QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

7

(1978)

Emilio Betti
e la scienza giuridica del Novecento

giuffrè editore milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

TUTTI I DIRITTI SONO RISERVATI

(1979) Tipografia MORI & C. s.n.c. - 21100 VARESE - VIA F. GUICCIARDINI 66

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAOLO GROSSI

PAGINA INTRODUTTIVA

Il ' Quaderno ', che affidiamo al lettore, vuol significare, per il nostro ' Centro ' fiorentino, l'impegno preciso di avviare e di portare innanzi, con questo primo e poi con successivi spezzoni esplorativi, un esperimento di storicizzazione di quella particolare realtà culturale che è la scienza giuridica italiana operante nel primo cinquantennio del Novecento e che manifesta — nel periodo compreso fra la prima e la seconda guerra mondiale — la pienezza dei propri strumenti conoscitivi; una realtà culturale di non poco momento, percorsa da forze molteplici, certamente di non agevole collocazione storiografica, ma già disponibile — nel suo alveo ormai conchiuso — per l'osservazione indagatrice dello storico.

Come recenti diatribe hanno chiaramente dimostrato, è l'ora di abbandonare i facili sentieri dei giudizi sbrigativi nel tentativo di un recupero della scienza giuridica novecentesca a tutta la sua complessità. Siamo infatti convinti che una storicizzazione compiuta — o, almeno, approssimata — di questa *jurisprudentia* può operarsi soltanto partendo dal tessuto specifico del suo discorso conoscitivo, cioè da quell'orditura — talora appropriata talora forzosa — del sapere *sub specie juris* che siamo soliti qualificare come ' tecnica '. Solo avendo alle spalle una acquisita familiarità con quel tessuto — spesso di non facile lettura, spesso disarmante — lo storico del pensiero giuridico può permettersi di spostare il proprio osservatorio verso altre dimensioni e implicazioni senza perdere l'aggancio concreto con il suo oggetto storiografico; giacché solo allora questo spostamento — per esempio sul piano delle ideologie del giurista — sarà non una forzatura indebita, non un lusso mal sopportabile, ma la definizione e il compimento della propria ricerca.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È quanto abbiamo cercato di fare assumendo a tema l'opera di un personaggio singolare come Emilio Betti. Ma perché Betti? Perché scegliere lui e cominciare da lui? Una motivazione è doverosa.

Innanzi tutto per la forza incisiva di cui il giureconsulto italiano è portatore. Noi siamo tra coloro che riconoscono verso la testimonianza bettiana un debito rilevante da parte della scienza storico-giuridica (e — più in generale — giuridica) sia italiana che di larghe zone dell'area europea o a questa tributarie. V'è chi enuncia conclusioni di segno diverso, se non opposto; un dato è però certo e non controvertibile: senza smarrirsi nel vicolo cieco delle apologie o degli smantellamenti totali, non si può non riconoscere che la riflessione di Betti, pur con tutte le sue fragilità e contraddizioni, abbia storicamente avuto un valore provocatorio e sollecitante, lasciando un sedimento preciso e nell'approccio diagnostico e nell'armamentario concettuale e nello stesso linguaggio della successiva scienza giuridica.

Betti non è infatti uno dei tanti probi ed innocui giureconsulti, di cui è ammirevolmente gremito il Novecento italiano. Tra i giuristi è quello che si stacca per scelte culturali nitidissime e per una costante, vigorosa ed anche virulenta carica morale. Perciò il suo discorso è, prima di tutto, metodologico, e il problema del metodo sotteso ad ogni sua pagina; perciò le sue riflessioni, sempre taglienti e sempre munite di una loro incrollabile convinzione, non han potuto che accendere polemiche, avviare dibattiti, avvivare insomma la morta gora della consueta esegesi stagnante dei giuristi. Se non fu, ad esempio, il primo a cogliere sotto il profilo metodologico i nessi fra dogmatica e storiografia giuridica, fu certamente il primo, con una sua icastica prolusione, a costringere gli storici del diritto ad affrontare di petto il problema, a farlo proprio, a dibatterlo nel tentativo di venirne a capo. La prolusione bettiana del 1927 è così l'origine concreta di un filo riflessivo che si snoda ininterrotto per un intero quindicennio con apporti che esorbitano di gran lunga la terricciola circoscritta dei romanisti e che sono ben noti a chi abbia un minimo di familiarità con la scienza giuridica degli anni Quaranta; un filo che la guerra non reciderà, ma che, grazie all'espandersi della stessa me-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ditazione di Betti, uscirà dal terreno dei giuristi per assurgere al cielo delle grandi dispute filosofiche.

E qui si inserisce, per lo storico della cultura, un altro privilegio obbiettivo della testimonianza di Betti: di mostrarsi insofferente alle chiusure e ai consueti incasellamenti tipici dell'accademia di ieri e di oggi. Certo, non ci muove né l'ammirazione per l'enciclopedismo né uno stimolo agiografico per chi si dimostrò giurista senza limitazioni mortificanti. Betti non fu infatti né un eclettico né un enciclopedico. Nel momento in cui voleva e sapeva appropriarsi con disinvoltura d'un tema romanistico come d'uno internazionalistico, d'un problema di diritto civile come di teoria generale, era soprattutto una istanza di maggiormente salde fondazioni a muoverlo. Più che d'una testimonianza di sicumera e di orgoglio, si trattava di un'ansia di verifica e, in fondo, d'una testimonianza di umiltà.

In questa esigenza si origina e si motiva la curiosità intellettuale, che è tipica del personaggio, anche verso altre sponde culturali; particolarmente, le sue incursioni nel territorio dei filosofi, autentiche esplorazioni autonome più che divertimenti d'un giurista, tentativi di reperire larghe fondazioni speculative alle proprie architetture giuridiche. I filosofi, cui abbiamo chiesto un contributo critico, primo fra essi Hans Georg Gadamer, ci diranno la robustezza e l'efficienza di simili fondazioni. In questa pagina liminale ci basta segnare la tensione che spinge costantemente il giureconsulto italiano a uscire dal bozzolo delle sue conoscenze specifiche, a varcare confini troppo angusti, a intessere legami interdisciplinari, a cercare interlocutori culturalmente validi. La tecnica giuridica di Betti paventa l'isolamento e chiede sempre di immettersi all'interno d'un fascio di sollecitazioni sociali e culturali. Tenta insomma di proporsi essa stessa in una chiara espressività storica. Ed è questo, davvero, un aspetto positivo della ricerca bettiana; indubbiamente positivo in sé, ma positivo anche per chi storiograficamente l'esamina. Quella ricerca si palesa infatti, in sommo grado, rivelatrice: ciò che nel coro dei giuristi o è ignorato o è latente, qui diventa un discorso aperto, consapevole, intellettualmente organizzato. Non è il modello di giurista che ne esce fuori, ma la figura di un giurista singolare che sceglie il rischio e il privilegio di non deporre mai il segno dell'uomo di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cultura, di correre un'avventura intellettuale, allo scoperto, fuori della consueta cittadella murata. Risaltano ingenuità e deficienze, ma, insieme, una storicità tutta viva e intensa di questa voce scientifica.

Da qui è nata la scelta per Betti, la scelta di cominciare da Betti. Ed è sempre da qui che si giustifica il largo spazio che nel volume si darà all'ermeneutica giuridica bettiana nel più ampio contesto del generale dibattito ermeneutico.

Per il tramite di Betti, e grazie alla sua chiara vocalità, il volto d'una riflessione giuridica comincia a svelarci tutta la complessità che gli è propria.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

HANS-GEORG GADAMER

EMILIO BETTI UND DAS IDEALISTISCHE ERBE

Niemand kann über seinen Schatten springen. Das gilt ebenso, wenn ich über Emilio Betti und zu seiner Ehre das Wort ergreife, wie es für Emilio Betti galt, der in Heidegger, in Bultmann und in mir selber immer nur schwere Irrtümer zu sehen meinte. Natürlich bedauerte ich es, daß er das Gemeinsame und die Gemeinsamkeit der Aufgabe, die ich mit ihm teilte, nicht wahrhaben wollte. Dabei war nichts von persönlichem Übelwollen im Spiel. Ich erinnere mich genau jenes Heidelberger Vortrags, als er auf meine Einladung in meinem Seminar sprach. Die Spannung und Erregung, mit der er auftrat, war ganz unverkennbar, aber es war weder Feindseligkeit darin noch freilich auch die Toleranz, die er selber so hoch einstufte. Gewiß hoffte er mich zu überzeugen. Aber dessen bedurfte es kaum. Was er bekämpfte, war nichts, worin ich mich überhaupt wiederkennen konnte. Ich schätzte und verehrte in ihm einen ganze erstaunlichen Mann, einen Rechtshistoriker von internationalem Ansehen, der zugleich ein treuer Erbe und ein glühender Anwalt der Philosophie des deutschen Idealismus war wie wohl kein zweiter. Sein ' hermeneutisches Manifest ' von 1954 hatte ich seinerzeit mit Bewunderung gelesen, fast wie eine Erinnerung an das, was mir selber in der Tradition meiner Herkunft ständig vor Augen war. Ach nein, ich unterschätzte die Dankesschuld gegenüber dem Idealismus nicht, unter der wir Heutigen allesamt stehen. Wir alle-das schliesst Heidegger wie Bultmann, ebenso wie Emilio Betti ein. Im Grunde war unsere deutsche Problemsituation auch gar nicht so verschieden von der, vor die sich Betti gestellt sah, als er sich von dem beherrschenden Einfluß Benedetto Croces zu befreien suchte.

Er mag davon selber etwas empfunden haben, obwohl wir natürlich verschiedene Sprachen sprachen und aneinander vorbei-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

redeten. Jedenfalls verlief sein Besuch sehr freundschaftlich. Er lud mich dringend ein, ihn auf seinem Gut zu besuchen. Vermutlich erhoffte er von mir doch, ich könnte lernen, über meinen Schatten zu springen.

Aber ich sah gar nicht, wohin ich springen sollte. Für mich war Croces Abwertung der Objektivität in den Naturwissenschaften zur bloßen 'Praktik' und die globale Theorie des schöpferischen Ausdrucks, die er aus dem Hegelianismus entwickelt hatte, nicht so wie für Betti ein Druck, der auf ihm lastete. Der begrenzte Sinn, in dem das Streben nach Objektivität das Verhalten der Wissenschaft definiert, war mir selbstverständlich. Auch die Problematik des historischen Relativismus, die Dilthey und Troeltsch in Atem hielt, hatte nichts Bedrohliches für jemanden, der an Heidegger die leibhaftige Überwindung des Historismus durch die Kraft des Gedankens erlebt hatte. Die kurzschlüssige Wendung zu einem 'realistischen' Objektivismus hatte ich nicht mehr nötig.

Oh, ich verstand schon, was ihn bewegte. Er empfand wie wir alle die ganze Wucht der Geschichte und unserer eigenen Geschichtlichkeit, und nun suchte er den relativistischen Konsequenzen, die darin drohen, zu entgehen. Was uns in den Jahren nach dem ersten Weltkrieg angetrieben hatte, mochte für ihn in der faschistischen Ära und nach ihrem Ende eine neue Dringlichkeit gewonnen haben. Sicher war ihm dabei das Schauspiel der zeitgenössischen Rechtswissenschaft und ihrer Akkomodation an die Macht ein beständiger Ansporn, Abstand zu gewinnen. Leider orientierte er sich dabei nicht an neueren Entwicklungen des philosophischen Gedankens, sondern an jener Art von phänomenologischem Realismus, den Max Scheler und Nicolai Hartmann aus dem frühen Husserl herausgelesen hatten. So erschien ihm Heidegger als ein Rückfall in den Historismus und meine eigene Weiterführung Heideggerscher Gedanken und insbesondere auch mein Versuch, mich gegen die große hermeneutische und geschichtsphilosophische Tradition des deutschen Idealismus von Schleiermacher bis zu Dilthey abzusetzen, als ein vermessenes Unterfangen. In Wahrheit wäre ich der letzte, zu leugnen, daß wir alle noch immer im Schatten Hegels stehen. Aber freilich, wer wäre denn bereit, in dem Vernunftglauben Hegels sich selber ganz wiederzuerkennen? Ein Jahrhundert der Kritik am Selbstbewußtsein, wie sie durch Marx

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

und Nietzsche, durch Freud und Heidegger vorwörtsgetrieben wurde, läßt sich nicht auslöschen. Da fügt der Halbschatten Croces und die Emanzipation von ihm, die Betti betrieb, kaum etwas hinzu.

Betti schien mir zwar die Aufgabe richtig zu sehen. Es war ja seine eigenste Sache gewesen, die innere Wechselwirkung zwischen dem rechtshistorischen und dem rechtsdogmatischen Interesse zu verteidigen. Aber seine erkenntnistheoretische Naivität verwickelte ihn in einen krassen Psychologismus, wenn er den Akt des Verstehens als den gegenläufigen Prozeß zum Akt des Schaffens auffaßte. Das ging mit seinen im übrigen gesunden Einsichten über die ratio legis nicht zusammen. Hier tritt die Halbherzigkeit, mit der er der Tradition des deutschen Idealismus folgte, deutlich zutage. Denn die Entsprechung von Schaffen und Denken hatte im spekulativen Idealismus der Identitätsphilosophie ihren Grund. Es ist nur die Wirkung Schleiermachers auf die Psychologie, nicht aber sein spekulativer Idealismus, was Betti inspirierte. Auch ich selber hatte es mir mit meiner Schleiermacherkritik etwas zu leicht gemacht. Ich hatte dem Umstand nicht genügend Rechnung getragen, daß Schleiermachers Hermeneutik von seiner ' Dialektik ' gefolgt war und daß dort die spekulative Verflechtung von Denken und Sprechen und der Warheitsbezug, der das Denken leitet, das ausdrückliche Thema bildeten. Freilich bleibt Schleiermachers künstliche Abtrennung der hermeneutischen Fragestellung von der Fragestellung der auf Erkenntnis gerichteten Dialektik in meinen Augen unbefriedigend.

Weit mehr mußte es mir aber unbefriedigend sein, wie Betti seine Typenlehre der Auslegung aufstellte. Da stellte er die sogenannte wissenschaftliche Auslegung ganz für sich und trennte sie von der reproduktiven wie von der praktischen Anwendung gänzlich ab. Statt in dem reproduzierenden Künstler oder dem praktizierenden Richter oder Seelsorger an erster Stelle das kognitive Moment hervorzuheben und dann erst als einschränkende Bedingungen die Realisation durch schöpferisches Tun einzuführen, drehte sich für ihn die Sache förmlich um. Der naive Objektivismus, durch den er die wissenschaftliche Auslegung auszuzeichnen suchte, zwang ihn, diese anderen Formen der Auslegung, der schöpferischen Auslegung, völlig davon abzusetzen — statt gerade

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

die Unlösbarkeit von Verstehen und Auslegen in ihnen allen anzuerkennen. Er wollte nicht wahrhaben, daß die zusätzlichen Entscheidungen, die der Übersetzer, der Schauspieler, der Musiker zu treffen haben, ebenso wie die praktischen Entscheidungen des Richters oder des Seelsorgers im Verstehen entspringen und das Richtmaß des rechten Verstehens ganz und gar gelten lassen. Im Hinblick auf diese Fragen habe ich selber von der ästhetischen Nichtunterscheidung gesprochen, die im besonderen in den reproduktiven Künsten die entscheidende Rolle spielt, sofern die Art und Weise der Reproduktion nicht eigentlich zum Gegenstand wird. Im gleichen Sinne bleibt das kerygmatische Moment für den Theologen, das Bestreben nach gerechter Lösung für den Richter und das Gericht maßgeblich. Das macht deutlich, daß der Begriff des Objektes und der Objektivität dort nicht ausreicht, wo es sich nicht um die Bemächtigung eines Gegenstandes und die Überwindung eines Widerstandes handelt, sondern um die Wiedergewinnung einer Teilhabe an Sinn. Das aber nennen wir Verstehen.

Man wird auch nicht im Ernst die ehemalige Scheidung von Tatsache und Wert erneuern wollen. Das wollte auch Betti nicht. Wenn Betti einmal mit Nicolai Hartmann die Erkennbarkeit der Werte mit der der theoretischen ' Kategorien ' in Parallele setzt, erkennt er in beiden Hinsichten das subjektive Moment der Perspektivik durchaus an. Aber freilich, wenn er die Objektivität der Erkenntnis als Maßstab verteidigt, mochte das für die wissenschaftliche Forschung eine angemessene Beschreibung sein, die den Prozeß von Fortschritt und Annäherung, die das Schrittgesetz der wissenschaftlichen Arbeit sind, gut formuliert. Aber wenn er die Objektivität auch auf unser Wertgefühl erweitert, verwickelt er sich durch eine solche Parallelisierung in heillose Aporien. Der Wertforscher kommt dann in die prekäre, um nicht zu sagen: lächerliche Rolle eines überlegene Richters über die Vorzüge und Einseitigkeiten gelebter Ethosgestalten und stellt gleichsam selber eine Art Überethos dar. Nicolai Hartmann hatte es den Wert der Wertfülle genannt. Ich war selber nicht zuletzt von Nicolai Hartmann erzogen worden, freilich nie überzeugt von seiner sich phänomenologisch glaubenden Wertforschung, die er zur Erforschung jenes Himmels der Werte im Lampenlicht seiner Stu-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dierstube betrieb, wenn er nicht gerade den wirklichen Sternenhimmel mit seinem Zeiss-Teleskop begeistert beobachtete. In Wahrheit scheint mir trotz Scheler, Hartmann und Betti mit der Idee der Wertforschung die Grenze erreicht, an der das Ethos der Wissenschaft und ihrer Objektivität in das Wider-Ethos des Theoretisierens und des Wegreflektierens praktischer Verbindlichkeiten umschlägt.

Es ist nun in hohem Grade belehrend zu sehen, wie eine jüngere Generation italienischer Juristen und Philosophen, die den neueren Entwicklungen auf der deutschen Szene mit Sympathie gefolgt ist, die Spannungen, Probleme und Aporien sieht, in die sich die Gedanken des verehrten Meisters Betti verstricken. Es ist wahrlich nicht so, als ob da nur die Sache eines anderen erzählt würde. Es ist vielmehr unsere eigene Sache, die da mit auf dem Spiele steht. Das Erbe Hegels, die romantischen Ursprünge des geschichtlichen Denkens, das die deutschen Geisteswissenschaften so groß gemacht hat, steht in unseren Tagen wahrlich auf dem Spiele. Es ist nicht nurdas alte Mißvergnügen an der Geschichte, unter dem schon Goethe gelitten hat, Es ist vielmehr ein steigendes Verlangen nach Sicherheit, was überall um sich greift, mag es sich im Methodenglauben der Wissenschaft, insbesondere in den modernen Sozialwissenschaften befriedigen, mag es nach der Befestigung in einer Ideologie verlangen, die sich von der Kritik aller Ideologien nährt. Wieder einmal fragt eine jüngere Generation, wie der junge Heidegger nach dem 1. Weltkrieg angesichts des neukantianischen Bildungsidealismus gefragt hatte, was diese Tradition eigentlich noch ist, die der Bildungsstolz eines bürgerlichen Zeitalters gewesen war. Im Zeitalter der Technokratie und der Bürokratie, der Massenmedien und der technischen Reproduzierbarkeit, der engagierten Literatur und der Anti-Kunst, des Emanzipationspathos und des Autoritätsverfalls erscheint die Berufung auf das alles tragende Einverständnis, das das Zusammenleben der Menschen ermöglicht, wie eine falsche Romantik. Man mag es zwar anerkennen, daß die Wirksamkeit der sozialen Institutionen ebenso wie die letzten Grundwerte unseres Daseins nicht selber der wissenschaftlichen Rationalisierung unterliegen. Aber ein Einverständnis über diese Dinge postulieren, scheint eher

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

einer konservativen Option als einer philosophisch begründeten Einsicht zu entspringen.

So verkenne ich nicht, daß es hier andere Einwände gibt, die insbesondere unter dem Stichwort der Ideologierkritik vorgetragen worden sind. Das hermeneutische Urmodell ist das Gespräch und dieses steht unter der Leitidee der Erzielung von Verständigung. Das braucht näturlich nicht immer zu Einverständnis zu führen. Es kann auch verständnisvoller Austausch von Gründen und Gegengründen sein. Aber auch dann noch ist ein tragendes Einverständnis dabei vorausgesetzt. Denn das Resultat der Verständigung insofern positiv, als sich dadurch die Überbrückung von Gegensätzen, Vermittlung und Kompromiß anbahnen können.

Nun ist es gewiß wahr, daß es ideologische Barrieren gibt, die bis in das Vokabular des täglichen Meinungsaustausches hinabreichen, und es ist ebenso wahr, daß die Bereitschaft zum Gesprächsaustausch unter dem Druck solcher Barrieren zum Erliegen kommen kann. Aber daß unter vernünftigen Wesen am Ende allein der vernünftige Austausch der menschliche Weg der Lösung zwischenmenschlicher Probleme sein kann, wird in Wahrheit auch nicht von der Theoretikern der Ideologierkritik bestritten.

Man soll die Begriffe von Tradition, Autorität, Kontinuität usw. nicht mit ' kontrafaktischen ' Optionen belasten. Sie formulieren die Tatsache, daß unsere Vernunft und Vernünftigkeit von wesenhafter Begrenztheit ist. Wenn sie ihre Grenzen nicht wahrhat, verirrt sie sich in abstrakte Deklamatorik. Es braucht hier nicht wiederholt zu werden, was durch die fruchtbare Diskussion zwischen Hermeneutik und Ideologiekritik nach beiden Seiten hin an Klärung erreicht worden ist. Es besteht, denke ich, Übereinstimmung darüber, daß man niemals Vernunft von Kritik trennen kann. Es ist die eine und einzige Grundausstattung des Manschen, daß er nicht in bloße Instinktbahnen des Reagierens eingesperrt ist, sonder Möglichkeiten denken kann und im praktischen Verhalten zwischen Möglichkeiten zu wählen vermag. Wählen aber heißt immer Kritik üben: unterscheiden, vorziehen und zurücksetzen. Freilich, die Bedingungen vernünftiger Praxis und praktischer Vernünftigkeit müssen jeweils vorgegeben sein. Keiner beginnt auf dem Nullpunkt der Vorurteilslosigkeit und Unvoreingenommenheit. Wir stehen in einem Prozeß, und das, was man heute Soziali-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sierung nennt, ist eine Phase dieses Prozesses. Die Einformung des Einzelnen in die Gesellschaft stellt einen komplexen Vorgang dar, in welchem Überkommenes, Gewöhnung und Sitte und eingeprägte Verhaltensmuster nach und nach, mehr oder minder radikal, zur Rede gestellt werden und vernünftiger Abweisung oder Aneignung verfallen, jedenfalls durchaus nicht notwendig einer emanzipatorischen Reflexion überantwortet sind.

Es ist also die allgemeine ontologische oder anthropologische Grundverfassung des Menschen, an die eine philosophische Hermeneutik gegen abstrakte Begriffe von Vernunft und Reflexion zu erinnern hat. Das habe ich zu tun versucht, und wie ich meine, im Rückgang auf ursprüngliche Phänomene menschlich-gesellschaftlicher Existenz am Modell des Dialogs auszuweisen gesucht. Daß damit eine weit ursprünglichere Dimension von Vernunftübung anvisiert ist, als die der Wissenschaft und ihrer Objektivität, die auf dieselbe erst aufgebaut ist, ist ein Umstand, der mir den denkenden Rechenschaftsversuchen, wie sie Emilio Betti unternahm, weitgehend zuzustimmen erlaubt — und der freilich weit darüber hinauszugehen und weit dahinter zurückzugehen zur philosophischen Pflicht macht.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

FRANCO BIANCO

OGGETTIVITÀ DELL'INTERPRETAZIONE E DIMENSIONI DEL COMPRENDERE

Un'analisi critica dell'ermeneutica di Emilio Betti

1. Betti e il problema ermeneutico nel pensiero contemporaneo. — 2. Oggettività reale ed oggettività ideale. — 3. La funzione conoscitiva dell'intendere. — 4. *Iter* genetico ed *iter* ermeneutico. — 5. La dialettica del processo interpretativo. — 6. Momenti e canoni dell'interpretazione. — 7. Lineamenti di una tipologia ermeneutica. — 8. Significato e limiti dell'ermeneutica bettiana.

1. *Betti e il problema ermeneutico nel pensiero contemporaneo.*

Nel dare alle stampe un suo scritto teorico e critico sull'odierna ermeneutica, Emilio Betti ricordava, qualche anno soltanto prima della morte, come tutti gli sforzi da lui messi in atto per la costruzione di una « teoria generale dell'interpretazione » fossero stati rivolti allo sviluppo di un'ermeneutica concepita quale metodologia delle scienze dello spirito e come, conseguentemente, di fronte alle più recenti tendenze dell'ermeneutica stessa, orientate per un verso o per l'altro a porre in discussione il carattere scientifico del processo interpretativo, egli avvertisse la necessità di scendere in campo per difendere « l'oggettività dei risultati dell'interpretazione » (1). Già l'anno prima, del resto, in una conferenza tenuta a Bari ed in seguito pubblicata negli « Annali » della Facoltà di Giurisprudenza di quella Università, Betti aveva sottolineato come la teoria interpretativa sviluppatasi in Germania negli ultimi decenni a partire dall'insegnamento di M. Heidegger dovesse essere considerata « rivoluzionaria » se posta a confronto

(1) Cfr. E. BETTI, *Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften*, Tübingen, 1962, p. 2.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

con la gloriosa tradizione dell'ermeneutica romantica da Schleiermacher a Dilthey e tale, in ogni caso, « da mettere in pericolo la oggettività dei risultati che si possono raggiungere con l'osservanza dei canoni dell'ermeneutica storica » (2).

Che tali affermazioni non siano da considerare isolate e soltanto polemiche, bensì espressione della tendenza più profonda del pensiero di Betti, è attestato dal fatto che, fin dal tempo della sua *summa* ermeneutica, egli aveva non solo combattuto ogni visione soggettivistica e relativistica della conoscenza in generale (3), ma aveva anche esplicitamente preso le distanze, con specifico riferimento al processo interpretativo, da ogni « concezione angustamente vitalistica e materialistica di un soggettivismo ego-centrico » (4). Né può essere trascurata, in questo contesto, una ulteriore considerazione, e cioè che nell'elaborare la propria « metodologia ermeneutica », sulla quale più avanti dovremo a lungo soffermarci, lo stesso Betti giungesse a porre come suo primo canone il principio formulato nella massima « sensus non est inferendus, sed efferendus » (5), intendendo con ciò sottolineare la necessità, « contro ogni arbitrio soggettivo, [...] di rispettare l'oggetto nel suo peculiare modo di essere », e di misurarlo quindi « col suo stesso metro » (6).

Dinanzi a questa significativa serie di affermazioni, che potrebbe agevolmente essere ampliata mediante il riferimento ad altri luoghi delle stesse o di differenti opere del grande giurista italiano (7), appare dunque comprensibile, e in certo senso anche obbligato, l'orientamento dominante nella critica, che assegna a Betti un ruolo preciso nella « odierna contesa sull'ermeneutica »: quello di rappresentare, « nella tradizione di Dilthey », la tendenza

---

(2) Cfr. E. BETTI, *L'ermeneutica storica e la storicità dell'intendere*, Bari, 1961, p. 3 dell'estratto.

(3) Cfr. E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, 2 voll., Milano, 1955, vol. I, pp. 5-11 (in seguito citata come TGI).

(4) Ivi, p. 251.

(5) Ivi, p. 305.

(6) Cfr. E. BETTI, *Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungslehre*, in AA.VV., *Festschrift für Ernst Rabel*, vol. II, Tübingen, 1954, pp. 97; 100.

(7) Cfr. E. BETTI, *Di una teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1965, pp. 5-12 dell'estratto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a fornire « una teoria generale di tutte le ' oggettivazioni ' dell'esperienza umana che possono essere interpretate », e così a difendere « l'autonomia dell'oggetto dell'interpretazione e la possibilità della ' oggettività ' storica nelle interpretazioni valide » (8). Fino a che punto, tuttavia, quello che risulta, *prima facie*, l'impegno prevalente dell'ermeneutica bettiana trovi riscontro in un discorso scientifico rigoroso è argomento che merita — riteniamo — attenta verifica e qualche approfondimento. Verifica ed approfondimento che non possono non prendere le mosse dal tentativo d'inquadrare — sia pure, in questa sede, solo per grandi linee — il contributo che l'autore della *Teoria generale dell'interpretazione* ha dato al dibattito in corso nell'ermeneutica contemporanea, all'interno della quale la ripresa dei principali motivi che connettono la tradizione dell'*ars interpretandi* alle dottrine storicistiche e romantiche si è venuta intrecciando negli ultimi decenni con prospettive critiche assai difformi, genericamente indicate sotto le dizioni di « ermeneutica filosofica » e di « nuova ermeneutica » (9).

Alle alterne fortune della disciplina che, per lunga tradizione, è chiamata a riflettere sui processi interpretativi già Dilthey aveva fatto esplicito riferimento, osservando in margine al suo saggio su *Le origini dell'ermeneutica* (10) come tale scienza avesse avuto in sorte un singolare destino: quello « d'imporsi all'attenzione sempre soltanto in concomitanza di grandi movimenti storici che esigono una comprensione dell'esistenza singola, individuale », per ritornare poi nell'oblio fino al ripresentarsi di analoghe situazioni storico-culturali (11). « Fu quello che accadde — proseguiva Dilthey — quando l'interpretazione dei testi sacri del cristianesimo divenne una questione di vita per i protestanti e che si ripeté poi nel nostro secolo, in connessione con lo sviluppo della coscienza storica, quando l'ermeneutica ebbe nuovo impulso

(8) Cfr. R. E. PALMER, *Hermeneutics. Interpretation Theory in Schleiermacher, Dilthey, Heidegger, and Gadamer*, Evanston, 1969, p. 46.

(9) Cfr. AA. VV., *Hermeneutische Philosophie*, a cura di O. Poeggeler, München, 1972; J. M. ROBINSON - E. FUCHS, *La nuova ermeneutica*, a cura di A. Ornella, Brescia, 1967.

(10) Cfr. W. DILTHEY, *Ermeneutica e religione*, a cura di G. Morra, Bologna, 1970, pp. 47-91.

(11) Ivi, p. 79.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ad opera di Schleiermacher e di Boeck ». Come in passato, tuttavia, anche nel corso dell'Ottocento l'ermeneutica finì con l'avere, dopo Schleiermacher, « pochi continuatori ed esponenti », cessando ben presto di rappresentare una realtà culturale viva, capace cioè di fare propri i problemi derivanti dalle forme più avanzate del dibattito scientifico. Ciò che sarebbe stato necessario, e la cui esigenza Dilthey giungeva ad avvertire tra i primi, era il tentativo di « fondare teoreticamente, contro la continua intrusione dell'arbitrio romantico e del soggettivismo nel campo della storia, la validità universale dell'interpretazione, sulla quale si basa ogni certezza storica » [12].

È difficile dire fino a che punto le ragioni della durevole fortuna incontrata dall'ermeneutica nel nostro secolo — un evento, come si è visto, assolutamente inconsueto — possano esser fatte coincidere con la precisa individuazione di un suo compito critico-trascendentale, additato dal filosofo delle *Geisteswissenschaften* alle soglie del Novecento. È comunque innegabile che proprio a partire dall'opera diltheyana la riflessione sui procedimenti interpretativi appare costantemente al centro della problematica speculativa contemporanea, contribuendo in modo significativo agli sviluppi, prima, della disputa metodologica tra fautori ed avversari dell'unità conoscitiva di scienze della natura e scienze della cultura [13], alla elaborazione, poi, di quelle tematiche che hanno trovato nel fenomeno del linguaggio un comune punto di riferimento ed una base a partire dalla quale l'analisi si è venuta articolando in una molteplicità di direzioni [14].

Chi consideri dunque nel suo insieme l'evoluzione filosofica in atto nel secolo XX e guardi da tale angolo visuale alla certo importante, ma più limitata storia della moderna ermeneutica, può senza dubbio vedere, insieme con Betti [15], un tradimento

---

[12] Ivi, p. 76.

[13] Per una indicazione delle opere più importanti sull'argomento si veda N. HENRICHS, *Bibliographie der Hermeneutik und ihrer Anwendungsbereiche seit Schleiermacher*, Düsseldorf, 1968, pp. 90-102.

[14] Cfr. P. RICOEUR, *Dell'interpretazione. Saggio su Freud*, trad. di E. Renzi, Milano, 1967, pp. 15-74.

[15] Cfr. E. BETTI, *Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften* cit., pp. 5-6.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dello spirito originario delle teorie interpretative di Schleiermacher e di Dilthey nella « ontologizzazione » dell'ermeneutica operata da Heidegger e dalla sua scuola nel corso degli ultimi cinquant'anni, e può conseguentemente prendere partito per una concezione che all'ermeneutica stessa affidi il più limitato compito di offrire una metodologia da applicare nell'ambito delle scienze dello spirito. Per quanti sforzi faccia, questo ipotetico studioso non potrà tuttavia evitare di porsi un problema critico elementare, dovendo in ogni caso chiedersi se nel passaggio da una visione « metodologistica » ad una comprensione « ontologica » dell'ermeneutica non si sia per caso realizzato un approfondimento del compito interpretativo che vale a rendere ragione non soltanto dell'interesse manifestato da una parte cospicua del pensiero contemporaneo nei confronti della « filosofia ermeneutica » [16], ma anche della capacità che tale orientamento ha mostrato di aprirsi al dialogo con altre importanti forme della riflessione odierna, dalla filosofia analitica alla psicoanalisi, dalla teoria critica della società al materialismo dialettico [17].

È infatti sullo sfondo di una situazione teoretica particolarmente complessa e in un momento culturale caratterizzato da un vero e proprio « conflitto delle interpretazioni » [18] che lo sforzo speculativo e metodico di Betti deve essere visto, se l'intento è, come nel nostro caso, quello di coglierne gli elementi peculiari e di accertarne, alla luce della problematica odierna, validità e limiti. Per questo motivo, se da un lato il richiamo operato dalla *Teoria generale dell'interpretazione* alla tradizione schleiermacheriano-diltheyana può senz'altro essere accolto sul piano di una ricostruzione genealogica della linea di pensiero di cui Betti in-

---

[16] Si veda, in proposito, l'ampio studio introduttivo di O. POEGGELER al volume di AA. VV., *Hermeneutische Philosophie* cit., pp. 7-71.

[17] Per un primo orientamento cfr. K. O. APEL, *Transformation der Philosophie*, 2 voll., Frankfurt a. M., 1973; ID., *Comunità e comunicazione*, a cura di G. Vattimo, Torino, 1977; AA. VV., *Hermeneutik und Ideologiekritik*, Frankfurt a. M., 1971; H. J. SANDKUEHLER, *Praxis und Geschichtsbewusstsein. Grundfragen einer historisch- und dialektisch-materialistischen Erkenntnistheorie und Hermeneutik*, Frankfurt a. M., 1972.

[18] Cfr. P. RICOEUR, *Il conflitto delle interpretazioni*, a cura di A. Rigobello, Milano, 1977.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tende farsi portatore [19], non può d'altro canto essere esclusa apriori l'opportunità di vagliare anche le ragioni che hanno dettato all'« ermeneutica filosofica » il tentativo di superare proprio il metodologismo storicistico abbracciato da Betti, per sostituirlo con una « restaurazione » ontologica che negli ultimi anni è tornata inaspettatamente al centro dell'attenzione di tanta parte della nostra cultura [20]. Alla luce di tali ragioni potrebbe infatti risultare che la svolta ontologica impressa da Heidegger all'ermeneutica risponde all'esigenza di dare pieno e coerente sviluppo alle intuizioni innovatrici di cui le teorie schleiermacheriane e diltheyane erano portatrici e tutta la difesa bettiana della oggettività del processo interpretativo contro il soggettivismo della « nuova ermeneutica » [21] risulterebbe allora, per un verso, frutto inconsapevole di una ingiustificata subordinazione all'ideale metodologistico della scienza moderna, per l'altro rivelazione della incapacità di cogliere nel pensiero degli stessi maestri quei più celati elementi di novità che consentirono a Heidegger di compiere un decisivo passo innanzi sulla stessa via aperta dalla ricerca diltheyana.

Alla luce di questa considerazioni introduttive appare chiaro che un giudizio complessivo sul significato e la portata dell'ermeneutica di Betti implica necessariamente — e non soltanto a causa della dimensione polemica ad essa intrinseca [22] — il confronto con le parallele tendenze che dominano il campo delle attuali teorie interpretative e in primo luogo con gli orientamenti e i problemi dischiusi dall'« ermeneutica filosofica ». Nella ricostruzione e nell'analisi del pensiero bettiano cui ora diamo inizio

---

[19] Cfr. TGI, I, pp. 141-147.

[20] Ci riferiamo in particolare alla nuova attualità toccata al pensiero heideggeriano con gli ultimi sviluppi dello strutturalismo e, per quanto concerne più specificamente la situazione italiana, con la fortuna incontrata dalle discussioni sul cosiddetto « pensiero negativo ». Su quest'ultimo punto cfr. M. CACCIARI, *Krisis. Saggio sulla crisi del pensiero negativo da Nietzsche a Wittgenstein*, Milano, 1976; ID., *Pensiero negativo e razionalizzazione*, Venezia, 1977.

[21] Cfr. E. BETTI, *Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften* cit., pp. 24-52.

[22] Su cui richiama l'attenzione E. PARESCE, s. v. *Interpretazione. Filosofia del diritto e teoria generale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXII, Milano, 1972, p. 153.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'attenzione critica sarà dunque costantemente indirizzata, anche là dove non emerga in superficie, al fitto dialogo e alla discussione che l'autore della *Teoria generale dell'interpretazione* ha intessuto con i maggiori teorici dell'ermeneutica contemporanea. Solo attraverso la sintesi rivolta a collocare ciascuna delle prese di posizione del maestro italiano nel contesto del dibattito più ampio sarà possibile infatti pervenire ad una soddisfacente delineazione della sua dottrina e, su tale base, sarà consentito poi tentarne una valutazione complessiva, in vista non solo del grado di coerenza interna, ma anche della sua maggiore o minore attualità.

2. *Oggettività reale ed oggettività ideale.*

È noto come alle origini dell'interesse manifestato dai maggiori teorici dell'ermeneutica per tale disciplina sia da rintracciare l'esperienza scientifica compiuta da ciascuno di essi in uno dei settori che, per cause intrinseche e per lunga tradizione, risultano maggiormente legati al problema dell'interpretazione. Schleiermacher, Dilthey e Heidegger incarnano così il ruolo di chi giunge alla riflessione ermeneutica a partire dalla teologia (23), Gadamer vi porta viceversa l'esperienza della comprensione letteraria e filologica (24), mentre Betti è certamente il giurista che più d'ogni altro ha avvertito nel nostro secolo l'acutezza e il rilievo del problema ermeneutico nella mutevole, ricca, talora drammatica esperienza umana del diritto (25).

Non è possibile qui, naturalmente, ripercorrere le tappe principali dell'itinerario di pensiero che consentì a Betti di acquisire piena consapevolezza della moderna problematica ermeneutica e di elaborare in forma via via più compiuta la propria « teoria

(23) Cfr. F. D. E. SCHLEIERMACHER, *Hermeneutik*. Nach den Handschriften neu hrsg. und eingeleitet von H. Kimmerle, Heidelberg, 1959; W. DILTHEY, *Preisschrift über die Hermeneutik Schleiermachers*, edita sotto il titolo *Das hermeneutische System Schleiermachers in der Auseinandersetzung mit der älteren protestantischen Hermeneutik*, in W. DILTHEY, *Leben Schleiermachers*, 3ª ed. a cura di M. Redeker, vol. II, Berlin, 1966, pp. 595-787; M. HEIDEGGER, *In cammino verso il linguaggio*, a cura di A. Caracciolo, Milano, 1973, pp. 83-125.

(24) Cfr. H. G. GADAMER, *Platos dialektische Ethik*, 2ª ed. accresciuta, Hamburg, 1968; ID., *Philosophische Lehrjahre*, Frankfurt a. M., 1976.

(25) Cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

generale dell'interpretazione ». Ricorderemo soltanto che, com'egli stesso scrisse nella *Prefazione* al suo *opus majus* (26), la preparazione remota deve esser fatta coincidere con le sue prime riflessioni sull'*hermeneutica juris*, risalenti alla fine degli anni Venti (27), e quella prossima può essere individuata in una serie di saggi che, a partire dall'immediato dopoguerra, rappresentano altrettanti tentativi di delineare e cogliere sempre più da vicino i tratti di una dottrina capace di abbracciare in unità, con l'interpretazione giuridica, ogni altra forma del comprendere (28). Si tratta di diversi scritti, poi sintetizzati e rifusi nei due volumi della *Teoria generale dell'interpretazione*, tra i quali spicca per impegno teoretico ed erudizione storica un lungo saggio pubblicato nel '49, poi ristampato in forma sostanzialmente inalterata all'inizio dell'opera del 1955 (29), e redatto fin dall'inizio nella forma di *Prolegomeni ad una teoria generale dell'interpretazione* (30). In esso Betti si sforza di porre in luce la « posizione dello spirito rispetto all'oggettività », identificando non a torto nella preliminare definizione di questo tema la premessa ad ogni « modo di concepire l'interpretazione e d'impostare, in una col problema centrale di questa, tutti quelli che sono i suoi problemi specifici » (31). Da tale scritto, ove con esplicito riferimento alla ontologia critica di Nicolai Hartmann è formulata la basilare distinzione tra « oggettività reale » ed « oggettività ideale » (32), prendiamo dunque le

---

(26) Cfr. TGI, I, p. VII.

(27) Cfr. E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in « Archivio giur. F. Serafini », n. 99, 1928, pp. 129-150; n. 100, 1928, pp. 26-66.

(28) Tra i più importanti ricordiamo: *Probleme der Uebersetzung und der nachbildendend Auslegung*, in « Deutsche Vierteljahrschrift für Literaturwissenschaft und Geistesgeschichte », 27 (1953), pp. 489-508; *Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungslehre* cit., pp. 79-168.

(29) Cfr. TGI, I, pp. 1-57.

(30) Cfr. E. BETTI, *Posizione dello spirito rispetto all'oggettività. Prolegomeni ad una teoria generale dell'interpretazione*, in « Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto », 26 (1949), pp. 1-38. È da osservare che nella ristampa di tale saggio in TGI Betti opera significativamente una inversione fra sottotitolo e titolo, intendendo così accentuare il carattere introduttivo dello scritto rispetto all'insieme della sua *Teoria*.

(31) Cfr. TGI, I, p. 1.

(32) Ivi, pp. 1-11.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mosse, nel tentativo di chiarire innanzi tutto il significato di quella differenza, quindi il suo ruolo nell'ordinamento complessivo della teoria bettiana dell'interpretazione.

Non diversamente da Hartmann, Betti muove infatti dal postulare l'esistenza, accanto alla sfera della « oggettività reale », racchiudente l'insieme dei dati fenomenici dell'esperienza, di una seconda sfera — l'« oggettività ideale », appunto — chiamata a raccogliere in sé le condizioni della possibilità, e cioè i presupposti dell'esperienza stessa ([33]). Se la filosofia trascendentale aveva delineato nelle intuizioni pure e nelle categorie i presupposti a priori dell'esperienza conoscitiva, è necessario — secondo Betti — procedere oltre sulla strada tracciata da Kant, tentando di porre in termini analoghi il problema dei presupposti apriori dell'esperienza estetica e di quella pratica: « presupposti da ravvisare, gli uni, nei valori estetici, gli altri nei valori etici, in quanto la nozione che li fa presenti alla nostra sensibilità estetica o morale, rende possibile quell'esperienza senza desumersi da essa » ([34]). Sulla scia di Kant si tratta dunque, in primo luogo, di chiarire che i presupposti dell'esperienza non possono evidentemente essere posti sul suo stesso piano e che pertanto essi non entrano a far parte della prima sfera, quella della « oggettività reale ». L'apriorità delle condizioni trascendentali dell'esperienza non significa tuttavia — come Hartmann insegna ([35]) — che se ne debba dedurre il carattere « soggettivo », sia pure di una soggettività trascendentale come quella teorizzata nella filosofia critica di Kant. Negata, e a buon diritto, l'appartenenza delle condizioni apriori dell'esperienza all'ambito della « oggettività reale », resta pur sempre possibile intendere tali condizioni come facenti parte di una seconda sfera, ideale ma non soggettiva, il cui rifiuto pregiudiziale non potrebbe che essere motivato, secondo Betti, da un « salto logico » che il soggettivismo moderno opererebbe nel suo ricongiungersi, al di là della stessa impostazione kantiana del

---

([33]) Ivi, p. 5.

([34]) Ivi, p. 7.

([35]) Cfr. N. HARTMANN, *La fondazione dell'ontologia*, a cura di F. Barone, Milano, 1963, pp. 345-370; ID., *Etica* (*1. Fenomenologia dei costumi*), a cura di V. Filippone-Thaulero, Napoli, 1969, pp. 143-146.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

problema della conoscenza, « allo psicologismo sensista di D. Hume » [36].

È vero infatti — argomenta Betti — che i valori dello spirito e in primo luogo i valori etici si trovano necessariamente correlati a persone che ne sono portatori e a situazioni che ne consentono l'ambientazione storica; ma tutto ciò costituisce l'aspetto fenomenologico, non quello assiologico del loro essere, che richiede viceversa un'accurata analisi proprio in vista della necessità di accertarne senza pregiudizi causa ed origini. La *Fondazione dell'ontologia* e l'*Etica* hartmanniane costituiscono anche qui un punto di riferimento obbligato per le tesi di Betti, che riprende infatti, e fa propria, la derivazione analogica della trascendentalità dei valori dalla trascendentalità delle categorie logiche già tentata dal pensatore tedesco [37]. « Come sul terreno noetico — scrive il Betti — sarebbe assurdo negare all'attività conoscitiva — solo perché attività di un soggetto pensante — la capacità di conoscere la verità (sia pure tal conoscenza storicamente condizionata nella sua problematica dall'angolo visuale dell'io contemplante) così sul terreno pratico è parimenti assurdo assumere che il nostro senso morale — solo perché senso di un soggetto — sia impotente ad attingere valori etici oggettivi e costanti (ancorché storicamente condizionati nella loro problematica), e brancoli nel buio perenne di una soggettività incomunicabile e sempre variabile. Al contrario: che non sia nel nostro arbitrio spostare, rimuovere, rovesciare, ridurre, alterare quei valori, ce lo insegna la quotidiana esperienza. Neppure avrebbe senso dimostrare fenomeni d'illusione o di falsificazione (per risentimento), di opacità, di miopia, o di cecità per certi valori (allorché vengano a torto disconosciuti), se come termine correlativo alla valutazione non si supponesse un'oggettività che può essere attinta o mancata » [38].

Respinta così *in limine* la possibilità di spiegare l'origine dei valori non solo attraverso l'esperienza, ma anche per mezzo della

---

[36] Cfr. TGI, I, p. 7.

[37] Ivi, pp. 9-11. Per l'analisi di tale problema nel pensiero di Hartmann si veda F. BARONE, *Nicolai Hartmann nella filosofia del Novecento*, Torino, 1957, pp. 101-177.

[38] Cfr. TGI, I, p. 7.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

coscienza, non resta che ammettere la loro appartenenza, al pari delle entità della logica e della matematica, ad una sfera oggettiva che, « configurando un modo di essere non fenomenico della spiritualità, può ben qualificarsi ideale » ([39]) e che inoltre non è sottoposta a giurisdizione estranea, essendo regolata esclusivamente da sue proprie leggi. In tal modo Betti perviene all'affermazione, fondamentale per il suo sistema di pensiero, della « oggettività ideale » dei valori, intorno alla quale — come vedremo — egli organizza tutta la propria dottrina ermeneutica, assegnando anche al regno dei significati quello statuto ontologico attribuito ai valori etici ed estetici oltre che logici.

Con la postulazione di una oggettività ideale dei valori e dei significati si apre tuttavia per Betti il problema di cercare un nesso tra tale idealità e la coscienza singola dell'uomo, dal momento che la vita concreta e l'affermazione del valore non si compiono nella sfera della pura idealità, ma sempre e soltanto nella e per l'opera della soggettività. Seguendo la via obbligata di ogni platonismo consapevole — quella via che, prima di lui, lo stesso Hartmann era stato costretto a percorrere ([40]) — Betti non può infatti fare a meno di teorizzare un collegamento tra idealità e realtà nella forma del « sentimento del valore », della intuizione emozionale che, accanto al presupposto costituito dal cosmo ideale dei valori, avrebbe la funzione di adeguare al sentimento morale dell'individuo l'astratto regno della pura eticità, rendendo in tal modo possibile l'incontro, nel vivo dell'esperienza morale, del momento universale con quello soggettivo, dell'ideale con il reale ([41]). Con questa soluzione Betti mira però anche ad affermare, contro ogni forma di relativismo assiologico, il carattere « relazionale » dei valori, cioè la possibilità di pensarli come dotati al tempo medesimo di oggettività ideale e di variabilità empirica, in maniera da spiegarne l'evolversi storico ricorrendo non alla « trasvalutazione » nietzscheana, che giunge ad intaccarne

([39]) Ivi, p. 11.

([40]) Cfr. N. HARTMANN, *La fondazione dell'ontologia* cit., pp. 371-391; 411-419; ID., *Etica* cit., pp. 158-161; 199-212.

([41]) Cfr. TGI, I, p. 12. Importante il richiamo, in questo contesto, anche a M. SCHELER, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, Halle, 1921[2].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'« in sé », ma ad una sorta di moderato prospettivismo, che ammette il mutamento delle condizioni individuali e collettive a partire dalle quali la soggettività si relaziona al cosmo ideale dei valori e ne spiega perciò la variabilità in funzione del diverso atteggiarsi della coscienza rispetto a quella idealità ([42]).

È in tal modo salva, e in certo senso conciliata, l'oggettività ideale dei valori con il divenire della storia e dello spirito: divenire che Betti mira ad intendere non « idealisticamente », cioè come processo di creazione *ex nihilo*, come prodotto esclusivo della spontaneità del soggetto, bensì « realisticamente », come progressiva scoperta di una oggettività ideale esistente in sé e sottratta all'arbitrio soggettivo ([43]). Nella possibilità del comune riferimento, da parte di più soggetti, alla oggettività ideale del valore riposa inoltre per Betti il fondamento della comunicazione, che non concerne soltanto l'ambito logico-conoscitivo, ma anche la sfera del giudizio assiologico, alla quale si riferisce tanta parte del processo interpretativo. L'interpretazione infatti si colloca, per Betti, in quello spazio aperto tra l'oggettività ideale dei valori e la necessaria concretizzazione che di essa il singolo è chiamato di volta in volta a fornire, in quello scarto che strutturalmente inerisce all'essere stesso dei valori, cui non può risultare sufficiente né la sola unicità obbiettiva dell'ideale « essere in sé » e neppure soltanto la molteplice e concreta opera di realizzazione compiuta dalla soggettività. È nella sintesi del momento ideale con l'aspetto fenomenico, nello sforzo di calare, di esprimere l'oggettività ideale attraverso quella reale, che i valori possono da un lato « esistenziarsi » e la storia dell'umanità ricevere dall'altro un senso, una unità profonda che lega i diversi momenti e rivela alla soggettività i suoi legami storici, sociali e culturali che ne fanno una realtà subordinata, da intendere all'interno di una millenaria tradizione ([44]).

Muovendo da questa concezione, Betti parla di un « compito dell'iniziativa individuale nell'attuazione dei valori »: iniziativa ad

([42]) Cfr. TGI, I, p. 22.

([43]) Ivi, p. 30.

([44]) Ivi, p. 37. Non manca, anche qui, il riferimento esplicito alla dottrina it. N. HARTMANN, in particolare al suo *Problema dell'essere spirituale*, ora in trad. di di A. Marini, Firenze, 1971, pp. 337-388.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

opera della quale si media « l'oggettività ideale dei valori, della cui attuazione si tratta », con « l'oggettività reale delle situazioni di fatto, nelle quali i valori debbono darsi un'esistenza fenomenica » (45). È ben vero, infatti, che « l'oggettività ideale dei valori appare, sotto un certo aspetto, compiuta e sufficiente a se stessa, per modo che, rispetto ad essa, è indifferente che vi corrisponda un'esistenza fenomenica »; ma è altrettanto vero che, « sotto altro aspetto, non è indifferente che [ai valori] corrisponda o meno nella realtà un'esistenza in cui si concretino ». Come in Hartmann, si può dire che anche in Betti vi sia, da questo punto di vista, un primato della realtà sulla idealità, cui corrisponde l'attribuzione ai valori di una « tendenza a darsi una esistenza fenomenica, ad 'esistenziarsi' » (46). In tal modo, però, emerge all'interno dell'edificio teorico sin qui tanto accuratamente costruito, la prima traccia di un'antinomia che mina nel profondo la concezione bettiana del valore: antinomia che il nostro stesso autore è costretto ad ammettere e che non appare in alcun caso riconducibile alla tradizionale antitesi tra essere e dover-essere. A differenza delle categorie kantiane, che si configurano come funzioni sintetiche dell'intelletto in generale e s'impongono quindi sempre identiche a se stesse in ogni attività conoscitiva, i valori — ammette Betti — « non hanno la potenza di realizzarsi per virtù propria né la forza di dispiegarsi da sé nell'attualità del soggetto, ma debbono fare assegnamento sopra un'istanza intermedia, alla quale è affidato un ufficio di mediazione al servizio di una causa: istanza che è la spontaneità del soggetto stesso » (47).

Se si tiene presente quest'ultima osservazione, è difficile comprendere come Betti possa ancora giustificare il riferimento e la derivazione del carattere trascendentale dei valori dalla trascendentalità delle categorie kantiane. Né può sfuggire che, con il lasciar riemergere, tra le pieghe del suo discorso « realistico », una categoria inequivocabilmente idealistica come quella di « spontaneità », intorno alla quale — non è superfluo ricordarlo — si è

(45) Cfr. TGI, I, p. 38.
(46) Cfr. N. HARTMANN, *Etica* cit., pp. 213-223; TGI, I, p. 39.
(47) *Ibidem.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a lungo affaticato il soggettivismo moderno ([48]), l'autore della *Teoria generale* tenta, è vero, di rendere ragione dell'unità ideale dei valori senza rinnegare per questo la loro molteplicità fenomenica, ma è costretto a servirsi dell'iniziativa individuale in funzione mediatrice tra oggettività ideale ed oggettività reale, finendo così con il conferire alla soggettività un ruolo difficilmente conciliabile con il suo postulato di partenza, vale a dire con l'affermazione di una trascendenza oggettiva ed ideale dei valori. Nel complesso, è perciò difficile evitare la sensazione che, pur schierandosi con risolutezza in favore di una incondizionata accettazione della rivoluzione copernicana operata da Kant, la posizione bettiana si discosti dalla preoccupazione di riaffermare la possibilità, per l'uomo, di « attingere valori oggettivi di verità » e di superare così « il buio di una soggettività sempre variabile » ([49]). Non desta dunque meraviglia che, muovendo da tali premesse, il nostro autore difenda una concezione che vede la conoscenza scientifica non come sforzo destinato a ricominciare sempre di nuovo, ma come successione coerente e inarrestabile di scoperte, come una serie di gradini capaci di consentire all'uomo di « salire più in alto nell'orizzonte del vero » ([50]).

È nel contesto di questo disegno speculativo che Betti introduce il concetto fondamentale della sua teoria ermeneutica, quello di « forma rappresentativa », chiamato a dare concretezza a quell'ascensione *de claritate in claritatem* che ricorda tanto da vicino, nonostante i molti accenni polemici, la concezione dello spirito sviluppata da Benedetto Croce ([51]). Le bettiane « forme rappresentative » non soltanto occupano infatti l'intero arco delle produzioni dello spirito umano, abbracciando sotto un unico concetto espressioni d'arte e di pensiero, istituzioni, leggi, riti, strutture e forme strumentali, ma si vedono anche attribuito lo specifico

([48]) Per l'elaborazione filosofica di tale concetto si vedano in particolare I. KANT, *Critica della ragion pura*, a cura di G. Colli, Torino, 1957, pp. 108-112; J. G. FICHTE, *Dottrina della scienza*, a cura di A. Tilgher, Bari, 1925², pp. 97-105.

([49]) Cfr. TGI, I, p. 47.

([50]) Ivi, p. 48.

([51]) A parte gli sporadici riferimenti, sparsi qua e là nell'opera, si veda la critica sistematica condotta nei confronti dello « storicismo atomistico e adialettico », come Betti definisce la posizione del Croce, in TGI, I, pp. 147-156.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

compito di costituire il mezzo attraverso il quale lo spirito umano, comunicando tra individuo e individuo, consente il formarsi della tradizione come incessante processo di ascesa e di conquista di un'autoconsapevolezza sempre maggiore ([52]). Nella creazione di forme rappresentative lo spirito umano compie, secondo Betti, quell'opera di mediazione tra oggettività ideale ed oggettività reale che dicemmo essere un momento essenziale per lo stesso « esistenziarsi » dei valori. Per dare realtà all'essere in sé dei valori lo spirito umano finisce infatti necessariamente con il modificare l'oggettività reale del mondo sensibile e solo attraverso tale modificazione riesce a garantire la possibilità della comunicazione, che è necessaria al costituirsi della tradizione.

Il problema dell'interpretazione nasce proprio su questo terreno, esattamente nel momento in cui si attua, o dovrebbe attuarsi, la comunicazione intersoggettiva. Suo strumento sensibile non può che essere, pertanto, la crescente modifica dell'oggettività reale, tra le cui produzioni rientrano anche le forme rappresentative. E tuttavia, proprio perché le forme rappresentative costituiscono, come si è detto, l'intermediazione tra oggettività ideale ed oggettività reale, il problema dell'interpretazione non potrà che essere quello di ricondurre le forme rappresentative stesse alla loro origine ideale, ripercorrendo a ritroso il cammino compiuto dai valori per darsi un'esistenza fenomenica ([53]).

Nella necessità che l'interpretazione riconverta ogni volta di nuovo l'aspetto reale delle oggettivazioni dello spirito nella oggettività ideale dei valori è celato però, secondo Betti, quello che possiamo considerare il carattere più singolare e problematico del processo interpretativo. Intendiamo alludere alla funzione, per dir così, « produttiva » che anche Betti è costretto a riconoscere all'interpretazione, almeno nella misura in cui il riconducimento dell'espressione alla sua matrice ideale consente all'interprete di scorgere l'inadeguatezza della prima alla seconda e dunque di prendere coscienza dell'ampia frangia di significati che sorpassa le singole determinazioni linguistiche pur esprimendosi attraverso di esse. Da tale scoperta Betti ritiene, è vero, di poter ricavare

([52]) Ivi, p. 50.
([53]) *Ibidem*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una prova ulteriore del fatto che « la natura umana possiede il presentimento divinatorio di un mondo ideale di valori, che va al di là del linguaggio e di ogni forma rappresentativa e che da tal forma viene in certo modo limitato » (54); ma quello che importa è che la « produttività » dell'interpretazione s'imponga fin dall'inizio dell'analisi del Betti, rappresentando un'istanza autonoma e difficilmente conciliabile con il punto di vista generale, consistente — lo si è detto con chiarezza fin dal principio — nella rivendicazione e nella difesa pregiudiziale del carattere « oggettivo » dell'interpretazione stessa.

Nella incessante dialettica tra mondo ideale ed oggettività reale trova dunque il suo spazio, secondo l'autore della *Teoria generale*, il fenomeno del linguaggio e, con esso, il processo dell'interpretazione. Processo che assolve la funzione di ricondurre ad un metro ideale ed oggettivo le forme sensibili in cui lo spirito si è oggettivato, ma che, appunto per questo, sollecita anche l'interprete a « supplire nella propria concezione quel che manca nell'espressione » e così ad integrare nella propria comprensione quanto vi è d'incompiuto, di provvisorio, di caduco in ciascuna forma rappresentativa (55). A questo punto non sarebbe difficile mostrare come, al di sotto della dialettica tra oggettività ideale ed oggettività reale, si manifesti nel pensiero di Betti una tensione più profonda, che è tradita dal ricorso alternativo ora alla « oggettività », ora alla « produttività » dell'interpretazione. Un chiarimento decisivo di tale antinomia potrà venirci più avanti dall'esame e dalla discussione concernenti la dialettica del processo interpretativo; ma per metterci in condizione di arrivare a quel punto, dovremo prima occuparci in maniera più sistematica di un concetto già introdotto nelle argomentazioni precedenti, quello di « forma rappresentativa », che costituisce il pilastro su cui la *Teoria generale dell'interpretazione* costruisce la propria visione del comprendere come modo autonomo ed autosufficiente

(54) Ivi, p. 56.

(55) Ivi, p. 57. È da ricordare, in questo contesto, il ruolo che la riflessione estetica di A. BARATONO, soprattutto con il suo frutto più maturo, il volume *Arte e poesia*, Milano, 1945, ha esercitato, per ammissione dello stesso Betti, sulla costituzione del concetto di « forma rappresentativa »: cfr. TGI, I, p. 62.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di conoscenza, ed esaminare poi le condizioni ed i procedimenti che consentono allo sforzo ermeneutico di configurarsi come ripercorrimento del cammino che lo spirito compie nel dare vita alle sue oggettivazioni.

3. *La funzione conoscitiva dell'intendere.*

L'accento posto da Betti in tutte le sue opere teoretiche sul problema della oggettività dell'interpretazione rivela senza ombra di dubbio che la preoccupazione fondamentale dalla quale egli è mosso nell'elaborare la propria dottrina ermeneutica resta sempre quella di garantire al processo conoscitivo posto in essere dalle cosiddette « scienze dello spirito » uno statuto epistemologico non meno rigoroso di quello conseguito dal sapere scientifico-naturalistico. In tale prospettiva Betti si preoccupa perciò di delimitare innanzi tutto il concetto di « interpretazione » nel suo significato ermeneutico da altri, impropri ed estensivi usi, che vanno dal qualificare « interpretazione » ciò che più comunemente e correttamente è definita « spiegazione di fenomeni naturali », al chiamare « interpretazione » quella che è invece una « spiegazione soggettiva della vita e del mondo, proposta da un pensatore, filosofo o poeta » ([56]). Nel primo caso, infatti, manca la stessa dimensione del problema interpretativo, che Betti vuole rigorosamente ristretto all'ambito del cosmo spirituale; nel secondo, invece, la concezione speculativa o poetica solo impropriamente può essere chiamata « interpretazione », poiché manca ad essa quella possibilità di controllo e di valutazione intersoggettiva che deve essere viceversa considerata essenziale alla definizione dell'interpretazione come metodo ermeneutico, cioè come processo epistemologico in grado di mettere capo ad una conoscenza verificabile nel suo oggetto, nei procedimenti e nei risultati conseguiti.

È dunque allo scopo di porre su basi solide il processo interpretativo come metodo di conoscenza che Betti elabora la propria nozione di « forma rappresentativa » come concetto in grado di unificare le differenti espressioni dello spirito. Nei diversi campi

([56]) Cfr. E. BETTI, *Di una teoria generale dell'interpretazione* cit., p. 6 dell'estratto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'arte e del pensiero, della storia, del diritto e della religione le forme rappresentative si offrono alla comprensione altrui, facendosi latrici di messaggi che è appunto compito dell'interpretazione raccogliere, decifrare e portare alla consapevolezza della propria società e del proprio tempo ([57]). « Forma rappresentativa » è, in altri termini, ogni estrinsecazione dello spirito che si offra come oggetto di quell'attività conoscitiva che prende a buon diritto il nome di « interpretazione »; è quella sintesi di elementi sensibili in grado di fissare e trasmettere la personale impronta di chi l'ha operata; è dunque l'unico mezzo che gli uomini abbiano per intendersi, per unirsi e per costituire così « comunioni di spiritualità nei rapporti reciproci » ([58]).

Con il suo carattere di realtà sensibile in cui lo spirito si è oggettivato, la forma rappresentativa assolve d'altro canto la funzione di offrire un supporto materiale alla mediazione tra oggettività reale ed oggettività ideale, favorendo in tal modo l'opera di controllo, di verifica intersoggettiva del processo interpretativo destinato a passare necessariamente attraverso di essa. Non si deve tuttavia pensare che, essendo sempre legata alla materialità, la forma rappresentativa esplichi tale funzione solo in maniera meccanica; al contrario, essa è in ogni caso latrice di un messaggio che solo lo spirito dell'interprete può cogliere, può decodificare, non attraverso un accostamento estrinseco, ma in virtù della capacità di chi ascolta o legge a vibrare all'unisono con la personalità dell'autore ([59]).

Il processo interpretativo risulta pertanto caratterizzato, nella prospettiva bettiana, da un rapporto essenzialmente triadico, determinato in primo luogo del fatto che la comunicazione non appare mai, in esso, nella forma diretta, immediata, ma si configura sempre come l'incontro di due individualità nel *medium* della forma rappresentativa. Il carattere di mediazione imposto dalla forma rappresentativa al comprendere ermeneutico consente d'altro canto a tale forma di conoscenza una libertà che la comunicazione immediata interpersonale non è in grado di raggiun-

([57]) TGI, I, pp. 61-64.
([58]) Ivi, p. 63.
([59]) Ivi, p. 65.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gere. Proprio in quanto l'interpretazione ha sempre e soltanto di mira la forma rappresentativa, e proprio per il fatto che forma rappresentativa è qualsiasi oggettivazione dello spirito, il comprendere ermeneutico può assumere a suo oggetto anche manifestazioni dello spirito che non siano state originariamente concepite per un fine comunicativo e che tuttavia possiedono — si pensi, ad esempio, ai frutti dell'attività pratica — in forma vicaria, ma in grado eminente, una intrinseca capacità rappresentativa ([60]).

Venendo ora ad esaminare più da presso l'attività del comprendere dal punto di vista epistemologico, occorre dire che il processo interpretativo si configura, per Betti, allo stesso modo di ogni altra forma di conoscenza, e cioè come l'incontro di un soggetto con un oggetto, nel quale però l'oggetto non è rappresentato da una entità logica o naturale, bensì da una realtà sensibile in cui si è oggettivato un modo di essere dello spirito umano, e dove al soggetto non spetta il compito né di dedurre concetti, né di connettere causalmente fenomeni, ma quello di riconoscere nelle oggettivazioni dello spirito il pensiero che si è in esse rivelato, cogliendone per di più il carattere di assoluta individualità ([61]). Pur senza escludere la possibilità di fare ricorso anche nel processo epistemologico dell'intendere a concetti di carattere generale come i « tipi ideali » di M. Weber, Betti tiene infatti ben ferma l'individualità della conoscenza interpretativa, contrapposta così allo « spiegare per cause » proprio delle scienze della natura, ove il riconducimento dei fenomeni a concetti e nessi generalissimi rappresenta il fine stesso della conoscenza, piuttosto che un mezzo, un accorgimento euristico valido, come è appunto nel caso di M. Weber, a penetrare più a fondo nell'individualità ([62]).

Alla luce di queste ultime considerazioni si capisce come, nel contesto del discorso epistemologico sul comprendere, Betti

---

([60]) Ivi, p. 66.

([61]) Ivi, pp. 73-74.

([62]) Ivi, pp. 77-78. Oltre che alla *Wissenschaftslehre* weberiana, Betti si riferisce qui al ruolo della « dogmatica » nelle scienze dello spirito, affermato da E. ROTHACKER, *Die dogmatische Denkform in den Geisteswissenschaften*, Wiesbaden, 1954, e ai *Kunstgeschichtliche Grundbegriffe* di H. v. WOELFFLIN (München, 1915).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

avverta la necessità di tracciare una netta linea di demarcazione tra la propria ermeneutica e la semeiotica come teoria generale dei segni, che egli considera, in quanto nata da un orientamento di pensiero pragmatista e comportamentista, abilitata ad un discorso soltanto psicologico sul fenomeno conoscitivo, e non epistemologico, quale è quello che aspira viceversa a svolgere la riflessione ermeneutica ([63]). Più arduo appare invece seguire Betti, pur muovendosi all'interno della logica che sorregge ed articola la sua posizione, nella pretesa di tenere rigorosamente distinti il comprendere ermeneutico e il costruire speculativo, il procedimento interpretativo e quello filosofico-sistematico. Ciò su cui l'autore della *Teoria generale* intende far leva è il fatto che ogni costruzione filosofica può essere vagliata in funzione della sua coerenza interna o della sua capacità di corrispondere ad una determinata situazione storica e sociale, in riferimento alle tendenze psicologiche o alle opzioni etiche di chi l'ha elaborata, ma certo non può chiedere né accettare di essere valutata in funzione della controllabilità del suo metodo e dei risultati, così come deve invece accadere nei confronti di ogni autentico processo interpretativo. Proporsi la verifica intersoggettiva di un qualsiasi sistema filosofico è evidentemente un non senso, come afferma Betti; ma questo di per sé non dimostra che tale verifica sia invece possibile nei confronti dell'interpretazione, soprattutto se si tiene conto del ruolo che la soggettività, come vedemmo, è chiamata dallo stesso Betti a svolgere. Il cammino che deve condurci a riconoscere una almeno « relativa oggettività dell'intendere » ([64]) è insomma ancora tutto da percorrere, e non è detto che sia così agevole e rapido, come sembra da Betti ipotizzato.

Al conseguimento di tale oggettività, che la *Teoria generale dell'interpretazione*, con esplicito richiamo alla *Historik* di Droysen e alla riflessione diltheyana, mostra chiaramente d'intendere come sinonimo di « controllabilità del processo interpretativo », risulta infatti essenziale la capacità dello spirito umano di oggettivarsi in forme rappresentative; ma è proprio nel rapporto a quella oggettivazione che può essere individuata una nuova forma del-

([63]) Cfr. TGI, I, pp. 78-95.
([64]) Ivi, p. 102.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'aporia già indicata discutendo della natura dei valori, dal momento che ogni forma rappresentativa, pur necessariamente legata ad una realtà sensibile, non può fare a meno dell'esercizio in virtù del quale lo spirito ne intende il significato, convertendo in tal modo l'estraneità della materia allo spirito in una più profonda intimità. Betti stesso è costretto a riconoscere che « la manifestazione fissata è ridotta a dover fare assegnamento su una specifica *collaborazione* di quello che di volta in volta è lo spirito vivente e pensante chiamato ad intenderla » ([65]), con la conseguenza di dover poi interrogarsi sullo *status* ontologico delle oggettivazioni dello spirito in sé e per sé considerate. Se la collaborazione dello spirito è ritenuta infatti necessaria all'essere stesso delle oggettivazioni, a quale ordine di realtà dovranno essere ascritte quelle oggettivazioni cui lo spirito « vivente e pensante » non si rivolga in atto ([66])?

È vero che a tale aporia, in cui — dovrebbe essere ormai chiaro — trova espressione un problema più generale dell'ermeneutica bettiana, il nostro autore ritiene di poter dare soluzione ricorrendo ancora una volta al realismo critico di Hartmann, ed in particolare alla sua distinzione tra due strati all'interno di ogni oggettivazione dello spirito: l'uno superficiale (*Vordergrund*), l'altro profondo (*Hintergrund*), caratterizzati rispettivamente da un'esistenza autonoma, ma solo sensibile, e da un contenuto intelligibile, ma legato all'attività di uno spirito in grado di riconoscerlo e di coglierlo ([67]). Non meno vero, tuttavia, è che tale soluzione deve essere apparsa allo stesso Betti fondamentalmente problematica, assumendo i caratteri di una rimozione, piuttosto che di un vero e proprio superamento della difficoltà implicita in quella obiezione. È infatti — si chiede in sostanza Betti — la materia sensibile a « sostenere, trattenere e 'racchiudere' in sé un contenuto spirituale, in quanto porta impressa una certa forma, che ve la fa ravvisare e ne risuscita l'idea », o si deve dire piuttosto che tale reviviscenza « presuppone sempre una messa in correlazione di essa forma con un soggetto pensante che la riconosce » ([68])?

([65]) Ivi, p. 110.
([66]) Ivi, pp. 110-111.
([67]) Cfr. N. HARTMANN, *Il problema dell'essere spirituale* cit., pp. 555-564.
([68]) Cfr. TGI, I, p. 111.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'antitesi tra un approccio che potremmo definire « aristotelico » e un punto di vista « platonico » che si manifesta così nella problematica ermeneutica bettiana non è sufficiente, tuttavia, ad indurre l'autore della *Teoria generale* a riesaminare le strutture portanti della propria dottrina, ma lo spinge a cercarne una legittimazione in parte diversa da quella fin qui analizzata e a ricorrere, a tale scopo, al metodo diltheyano di comprensione del mondo storico, basato — com'è noto — sulla concatenazione di tre momenti fondamentali: l'esperienza vissuta, l'espressione e l'intendere ([69]). In questo modo Betti dà inizio ad un recupero di nozioni e procedimenti dell'ermeneutica storicistico-romantica, legata non solo all'insegnamento di Dilthey, ma anche a quello di Schleiermacher; recupero che, se conferisce da un lato maggiore duttilità alle successive analisi metodologiche e tipologiche da lui tentate, appare dall'altro difficilmente armonizzabile con le linee essenziali di una epistemologia in gran parte edificata sulla speculazione di Hartmann. Riservandoci di tornare nelle pagine successive su questo argomento, vogliamo intanto sottolineare qui come appunto nella dottrina schleiermacheriana dell'interpretazione Betti trovi la fondazione ultima della propria gnoseologia ermeneutica, mostrando di accogliere orientamenti ed istanze di ordine psicologistico, che imprimono in certo senso una svolta al suo pensiero.

4. Iter *genetico ed* iter *ermeneutico*.

Acquisita piena consapevolezza della funzione epistemologica dell'intendere, Betti passa a distinguere il processo dell'interpre-

---

([69]) Cfr. W. DILTHEY, *Critica della ragione storica*, a cura di P. Rossi, Torino, 1954, pp. 293-361. Sul problema si vedano, oltre al volume di O. F. BOLLNOW, *Dilthey. Eine Einführung in seine Philosophie*, Leipzig-Berlin, 1936, pp. 84-199, i contributi critici di P. ROSSI, *Lo storicismo tedesco contemporaneo*, Torino, 1971², pp. 56-99; G. MARINI, *Dilthey e la comprensione del mondo umano*, Milano, 1965, pp. 313-428; G. CACCIATORE, *Scienza e filosofia in Dilthey*, vol. II, Napoli, 1976, pp. 5-237. A quest'ultimo autore va poi riconosciuto il merito di aver prestato grande attenzione ai rapporti tra il pensiero di Betti e quello di Dilthey: ivi pp. 20; 26; 189-191; 370.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tazione nel suo farsi, nel suo divenire, dal risultato che, solo in quanto caratterizzato da esito positivo può, ai suoi occhi, essere riconosciuto come « intendere » ([70]). Con ciò egli mira esplicitamente a contestare la « ontologizzazione » del comprendere operata da Heidegger, per sottolineare ancora una volta il carattere puramente « conoscitivo » dell'intendere stesso, al quale si perviene attraverso il linguaggio e rispettando fino in fondo il modello dialogico implicito in ogni atto che tenda alla comprensione. Esistono, ci sembra, i termini per parlare di un vero e proprio primato del dialogo, del colloquio interpersonale nella gnoseologia ermeneutica di Betti, il quale del resto può richiamarsi, non senza fondamento, oltre che a Schleiermacher, a Humboldt ed anche a Droysen ([71]), per rimarcare come nel rapporto dialogico l'interprete sia facilitato nel suo compito, nella comprensione cioè della personalità altrui, dalla « percezione immediata del viso e del gesto », le cui modificazioni valgono a chiarire meglio di ogni discorso gli aspetti affettivi della comunicazione. Ove questa diretta penetrazione psicologica non sia consentita dalla situazione — ad esempio in presenza di un testo scritto — l'interprete non potrà che tentare, conseguentemente, di supplire a tale mancanza con lo sforzo rivolto ad integrare la propria conoscenza dello scritto mediante l'indagine sulla personalità dell'autore ([72]).

È alla mancata o insufficiente conoscenza di tale implicito ma essenziale aspetto del discorso che può essere ricondotta, secondo Betti, la genesi del « mancato o deficiente ' intendersi ' fra interlocutori di un colloquio » ([73]), così come è dalla consapevolezza del rilievo che la comprensione della personalità dell'autore assume per chi interpreti un suo testo che scaturisce il fermo rifiuto bettiano dei « surrogati automatici del processo interpretativo proposti dal neo-positivismo logico ». Surrogati che, al pari di quelli introdotti dalla civiltà di massa, hanno in sostanza il torto di ridurre un processo essenzialmente triadico ad una « situazione

([70]) Cfr. TGI, I, pp. 157-158.
([71]) Ivi, p. 159.
([72]) Ivi, pp. 160-166.
([73]) Ivi, p. 172.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

signaletica », alla relazione cioè « fra un oggetto, che stimola, e un soggetto che reagisce allo stimolo » (74).

Ma la rivendicazione del carattere triadico del processo interpretativo significa poi per Betti la necessità di distinguere più rigorosamente di quanto non abbia fatto l'ermeneutica precedente tra l'interpretazione come atto e l'intendere o comprendere come evento: una distinzione che ricalca, è vero, la strada tracciata dal ragionamento giuridico (75), ma che mira soprattutto ad evidenziare la distanza intercorrente tra i termini del rapporto interpretativo, nonché la necessità di una loro mediazione, operata di volta in volta, a seconda del punto di vista dal quale si guardi a quel rapporto, dalle oggettivazioni dello spirito, dalle forme rappresentative oppure dal linguaggio inteso come « universo del discorso », all'interno del quale si collocano tanto la soggettività interpretante che quella interpretata (76). A chi si chieda quale significato attribuire alla netta separazione bettiana tra interpretazione e comprendere è forse possibile rispondere con il ricordare quanto fu già rilevato in precedenza, e cioè la ferma volontà manifestata dallo studioso italiano di tenere ben distanti e di evitare ogni confusione tra l'interpretare e il conoscere per intelligenza dialettica, tra attività inventiva ed attività interpretativa: in una parola, tra metafisica ed ermeneutica. Perché si dia « in-

(74) La polemica bettiana contro il neo-positivismo ha come bersaglio soprattutto la *Sintassi logica del linguaggio* e *La costruzione logica del mondo* di R. Carnap, anche se non mancano accenni alle opere di O. Neurath, L. Wittgenstein e J. R. Weinberg: cfr. TGI, I, pp. 180-200. La critica alla « società di massa » è effettuata invece avendo l'occhio rivolto in particolare alle teorizzazioni di Ortega y Gasset, ma anche di Hölderlin e Nietzsche: cfr. TGI, I, pp. 201-205. Né va trascurato l'accenno polemico alla cibernetica di N. Wiener (ivi, pp. 200-201).

(75) Ivi, pp. 157-158. Anche qui la polemica è rivolta in particolare contro Heidegger, accusato di invertire il retto rapporto tra interpretare e intendere, facendo del secondo non il risultato, ma la premessa del primo. Al riguardo, si veda anche la critica contenuta in E. Betti, *Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungslehre* cit., pp. 91-92.

(76) Cfr. TGI, I, pp. 167-172. Può essere interessante osservare come, in questo contesto, la *Teoria generale dell'interpretazione* affronti anche il problema del rapporto tra l'attualità del parlare e l'oggettività della lingua, con riferimento non solo a Humboldt, ma anche alle posizioni di F. De Saussure e di altri linguisti contemporanei.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

terpretazione » è infatti necessario, a giudizio di Betti, trovarsi di fronte ad un'attività spirituale « succedanea e subordinata ad una precedente e principale attività creatrice di forme rappresentative », quali che siano la natura e l'origine di tali forme, il carattere e i protagonisti di quella attività (77).

Da questo punto di vista non ha rilievo, dunque, se la soggettività della quale s'intendono interpretare le manifestazioni sia reale o mitica, umana o divina. Interpretazione, per Betti, è così non solo l'attività di chi si sforza di penetrare un qualsiasi testo tramandato, ma anche, per esempio, l'opera degli auguri e dei sacerdoti romani, che si propongono d'intendere la volontà degli dei attraverso i segni visibili che si presentano come altrettante oggettivazioni dello spirito. Non è invece interpretazione, né può esserlo, la spiegazione che il poeta romantico dà dei fenomeni naturali nel suo intenderli come « scrittura cifrata »: con essa ci troviamo infatti di fronte ad una dizione, secondo Betti, soltanto metaforica, che non rinvia cioè a nessuna oggettivazione. Dubbio infine — e la cosa può stupire ormai soltanto in parte — il carattere ermeneutico della stessa « interpretatio prudentium », che la *Teoria generale* mostra di considerare non come un'attività « succedanea e subordinata a norme del costume e a testi di legge », insomma non « mero accertamento », bensì « soprattutto svolgimento » (78).

Quanto alla differenza intercorrente tra il risultato dell'interpretazione e l'attività inventiva, sia essa di natura artistica o speculativa, Betti sottolinea il carattere di libertà che presiede alla seconda e che risulterebbe, a suo dire, del tutto assente dalla prima. L'interpretazione, infatti, è essenzialmente « vincolata ad una oggettivazione dello spirito altrui, che si tratta di riconoscere soltanto per quello che è » (79): una concezione, tuttavia, che ha il torto di non tener conto del problema ripetutamente emerso nelle analisi fin qui condotte e cioè della necessaria integrazione soggettiva postulata da qualunque attività ermeneutica e che rende estremamente problematico ogni tentativo di separare net-

(77) Cfr. TGI, I, p. 231.
(78) Ivi, pp. 232-234.
(79) Ivi, p. 236.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tamente l'attività interpretativa da quella inventiva. Una traccia di tale difficoltà è del resto chiaramente avvertibile nelle stesse pagine della *Teoria generale*, là dove Betti tenta di fondare la distinzione tra l'interpretare e il conoscere per intelligenza dialettica. Con quest'ultima espressione si deve intendere l'elaborazione conoscitiva conseguibile sulla base di una presa di coscienza interpretativa, che secondo il nostro autore caratterizza tanta parte della filosofia idealistica odierna. In questo caso lo scoglio è rappresentato dal fatto che, innestandosi l'atto teoretico sul tronco stesso dell'atto interpretativo, appare arduo indicare in maniera univoca il punto in cui ha termine lo sforzo ermeneutico e subentra ad esso la riflessione libera e creatrice. Né minori perplessità può suscitare la pretesa di far valere tale separazione anche nei confronti della comprensione dell'arte e dell'agire pratico: ambiti in cui ancor più che nella interpretazione delle opere di pensiero l'attività ermeneutica, in quanto necessariamente integratrice, finisce con l'essere una critica e un prolungamento della stessa attività produttiva ([80]).

Nel complesso occorre rilevare che, pur consapevole del carattere sostanzialmente antinomico della propria posizione, Betti mostra di non saper andare al di là di una mera riaffermazione dei principi dai quali muove, ed in particolare della norma secondo la quale l'interpretazione dovrebbe limitarsi a riconoscere il significato originario delle forme rappresentative. Invece di tentare una almeno sommaria delineazione dei confini che a suo giudizio dovrebbero separare l'opera creativa da quella interpretativa-rappresentativa — un compito che, se pensato con sufficiente radicalità, lo avrebbe quasi certamente portato a prendere coscienza delle aporie intrinseche alla sua maniera d'intendere l'interpretazione — Betti si limita a ribadire l'esclusione dall'ambito ermeneutico di tutto ciò che non sia risultato di un consapevole processo triadico, nel quale — come abbiamo ripetutamente posto in rilievo — una individualità parla all'altra attraverso forme rappresentative. Tale restrizione mira in particolare a colpire ogni possibile allargamento del *Verstehen* diltheyano, come quelli ope-

([80]) Ivi, pp. 251-258.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rati da Heidegger, ma anche da Jaspers e da Bultmann, colpevoli tutti di aver utilizzato il fenomeno dell'intendere per definire una situazione esistenziale piuttosto che il risultato positivo di un processo, nel quale uno spirito « vivente e pensante » raccoglie l'appello lanciatogli attraverso le forme rappresentative da un altro spirito, legato al primo, al di là di ogni possibile differenza, dall'appartenere di entrambi alla comune natura umana ([81]).

In questo modo la *Teoria generale dell'interpretazione* può approdare finalmente a quello che Betti stesso giudica il « presupposto dell'intendere » e che segna il pieno recupero, da parte sua, dell'orientamento proprio dell'ermeneutica romantica, da Ast e Schleiermacher a Humboldt, Boeck, Droysen e Dilthey. Recupero che gli consente di fondare la totalità del processo interpretativo su quel ripercorrimento, da parte dell'interprete, dell'*iter* genetico seguito dall'autore all'atto della creazione che già Schleiermacher aveva teorizzato con tutta chiarezza e posto alla base della propria ermeneutica, essenzialmente orientata verso una comprensione di tipo psicologico ([82]). Il processo triadico, in cui vedemmo consistere l'interpretazione, assume così i caratteri di un tentativo volto essenzialmente a collegare l'opera, l'oggettivazione, la forma rappresentativa alla personalità del suo autore, in maniera tale da intenderla come espressione di uno spirito diverso da quello che interpreta, e tuttavia a lui imparentato in forza della comune umanità.

Si comprende poi come, su tali basi, Betti sia portato progressivamente a reintrodurre nel proprio pensiero tutti i moduli più caratteristici della filosofia idealistica d'ispirazione romantica, in

---

([81]) Ivi, p. 261. Amplissimi i riferimenti bibliografici addotti da Betti a fondamento della concezione che vede nella « comune umanità » il presupposto del comprendere: ricordiamo solo i nomi di Humboldt, Droysen, Dilthey, Spranger, Scheler e Hartmann.

([82]) Cfr. TGI, I, pp. 262-263. L'ovvio termine di confronto è qui rappresentato da F. D. E. SCHLEIERMACHER, *Hermeneutik* cit., pp. 116-120. Ricordiamo tuttavia che Betti cita non l'edizione critica, pubblicata quattro anni dopo la sua opera, e alla quale noi facciamo riferimento, ma il testo delle lezioni pubblicate da F. Lücke sotto il titolo *Hermeneutik und Kritik mit besonderer Beziehung auf das Neue Testament*, in F. SCHLEIERMACHER'S *Literarischer Nachlass*. Zur Theologie, vol. II, Berlin, 1838.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

particolare per quanto concerne la definizione dell'attività spirituale e dei modi in cui può essere conosciuta. Attraverso l'oggettivazione l'opera esce infatti dalle mani del suo autore ed assume un'autonomia che le consente di esercitare la propria influenza su altri individui: essa trasmette loro un messaggio che, per essere inteso, richiede sempre la collaborazione attiva da parte dell'interprete. Ma che cos'è questo processo, ci si può chiedere con Betti, se non una nuova forma di manifestarsi della fondamentale verità idealistica, secondo la quale « la vita dello spirito fa ritorno a se stessa » ([83]) e che richiede, pertanto, anche dal punto di vista epistemologico, il pieno rispetto dei suoi caratteri peculiari? È vero, infatti, che al pari delle altre attività conoscitive il comprendere ermeneutico non può fare a meno di un soggetto e un oggetto; ma l'elemento specifico del suo procedimento deve essere visto nel fatto che, attraverso le forme rappresentative, lo spirito dell'interprete è portato a riconoscere se stesso nella personalità dell'autore interpretato e quindi, in certo senso, a fondere la propria soggettività con l'oggettività ([84]).

Da questo punto di vista, l'interpretazione e il comprendere, che ne costituisce il risultato, vengono a consistere per Betti in un ricondurre, prima, le forme rappresentative alla personalità che le ha generate e nel trasporre, poi, la personalità dell'interprete nei contenuti psichici che dall'autore furono nella sua opera oggettivati. La strada da battere per giungere alla comprensione può così essere configurata come un ripercorrimento a ritroso della vita seguita dall'autore nell'atto della creazione: il punto di partenza dell'uno — l'oggettivazione dello spirito — coincide con il punto di arrivo dell'altro, e viceversa, mentre l'opera interpretativa può considerarsi veramente compiuta solo nel caso in cui, procedendo all'indietro, giunga al punto d'arrivo teorizzato da Schleiermacher, all'« idea germinale » da cui l'autore prese le mosse nella sua opera di creazione ([85]).

([83]) Cfr. TGI, I, p. 260.

([84]) Anche qui è chiaramente avvertibile l'influenza dell'ermeneutica romantica su Betti, che si richiama in particolare, oltre che a Schleiermacher e a Humboldt, alla fondamentale opera di A. Boeckh, *Encyclopedie und Methodologie der philologischen Wissenschaften*, Leipzig, 1886².

([85]) Cfr. F. D. E. Schleiermacher, *Hermeneutik* cit., pp. 163-165.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

5. *La dialettica del processo interpretativo.*

Nella prospettiva di un ripercorrimento dell'*iter* genetico da parte dell'interprete, Betti non può tuttavia arrestarsi ad ipotizzare la possibilità di riconvertire il procedimento ermeneutico in quello creativo, ma deve compiere anche il successivo passo, indispensabile alla fondazione di una teoria ermeneutica essenzialmente psicologistica, ammettendo che il comprendere si attui in virtù di una « trasposizione » della soggettività interpretante in quella interpretata, di modo che lo spirito possa, passando attraverso l'oggettivazione, tornare a se stesso e chiudere in un unico circolo il processo creativo-interpretativo che ne caratterizza le manifestazioni. È a questo punto che tutte le difficoltà presenti nel duplice approccio bettiano alla problematica ermeneutica vengono in piena luce, dal momento che tendenza realistica e tendenza idealistica finiscono qui con lo scontrarsi in una forma che non sembra consentire la possibilità di una sintesi. Betti stesso, del resto, non esita a parlare della « antinomia di due esigenze, alle quali l'interpretazione deve del pari obbedire » [86], intendendo sempre rifarsi, da un lato, alla richiesta di *oggettività*, fatta valere fin al principio della sua ricerca, e dall'altro alla scoperta della *soggettività*, rivelatasi — via via che il processo interpretativo veniva scandagliato nei suoi aspetti più complessi — come un momento, un'istanza indispensabile al costituirsi e al realizzarsi della comprensione stessa.

Più precisamente, si può dire che la richiesta di oggettività avanzata da Betti per il comprendere ermeneutico nella forma di subordinazione al dato che l'interprete è chiamato a riprodurre, appare ora, alla luce delle considerazioni svolte nell'ultimo paragrafo, esaudibile solo in forma profondamente antinomica, o forse non esaudibile affatto, se è vero che per lo stesso Betti l'interprete può giungere alla comprensione solo in quanto cooperi, collabori, riviva nella propria individualità l'individualità del soggetto producente. La subordinazione all'oggetto, che dovrebbe garantire all'interpretazione, insieme con l'alterità del suo termine di confronto, la possibilità di una fondazione rigorosamente inter-

[86] Cfr. TGI, I, p. 262.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

soggettiva dei suoi procedimenti conoscitivi, si stempera così, e in certo senso si annulla, nel necessario volgersi alla spontaneità del soggetto interpretante, alla quale anche Betti è costretto alla fine a far ricorso, riconoscendo il ruolo che ad essa compete soprattutto in un'ermeneutica che, come la sua, fonda il comprendere sulla possibilità d'invertire l'*iter* genetico in quello interpretativo.

Da questa antinomia tra oggettività e soggettività, tra alterità e spontaneità Betti tuttavia non sa trarre che una edulcorata « dialettica del processo interpretativo » ([87]), nella quale sono ancora presenti, ma in forma larvale e depotenziata, i problemi che scaturiscono dallo scontro di un impianto concettuale realistico con le istanze e i punti di vista dell'idealismo. Anche qui Betti si richiama all'impostazione propria di Schleiermacher, per porre in luce come il carattere dialettico dell'interpretazione, intrinseco ad ogni dimensione del comprendere, emerga con particolare evidenza nelle tre forme dell'interpretazione psicologica, dell'interpretazione tecnica e di quella interpersonale. Va rilevato comunque che, lungi dal mantenersi costante, il significato del termine « dialettica » appare di volta in volta diverso, con slittamenti che, pur modificando i termini del discorso, non riescono ad occultare del tutto la dimensione problematica cui l'analisi bettiana del processo ermeneutico dimostra di essere pervenuta.

Nell'ambito dell'interpretazione psicologica già Schleiermacher aveva richiamato l'attenzione sul fatto che la comprensione di un'altra individualità da parte del soggetto interpretante viene a configurarsi sempre come un procedimento dialettico. Tale comprensione, infatti, presuppone e comporta una certa identificazione e, insieme, un certo distacco, dal momento che solo nei due casi limite, come tali sempre ipotetici, si può parlare di una totale immedesimazione delle due individualità, che renderebbe la comprensione superflua, o di una totale estraneità, che la renderebbe impossibile. Da questo punto di vista si può dire dunque che solo nel carattere necessariamente dialettico dell'interpretazione psicologica riposa la possibilità stessa di quella compren-

([87]) Ivi, pp. 263-265.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sione. Ove per ipotesi il rapporto non fosse dialettico, la comprensione stessa risulterebbe infatti, come si è detto, assolutamente superflua o del tutto impossibile (88).

Quanto alla dialetticità dell'interpretazione tecnica, il discorso si presenta più complesso, poiché si può parlare non tanto di una dialettica intrinseca a tale forma d'interpretazione, quanto piuttosto di una dialettica che s'instaura tra interpretazione tecnica e interpretazione psicologica. Anche qui è Schleiermacher ad aprire la strada, con l'osservazione che l'interprete può venirsi a trovare di fronte ad un'opera comprensibile sia in base ai criteri dell'interpretazione psicologica, vale a dire secondo il principio della trasposizione nella soggettività producente, alla ricerca dell'impulso germinale da cui l'opera ha tratto origine, sia seguendo le regole dell'interpretazione tecnica, nella quale l'opera risulta viceversa intesa grazie alla possibilità di ricondurla ad un ambito più vasto, coincidente con il « genere » letterario cui appartiene e all'interno del quale occupa un posto preciso nello sviluppo di un certo orientamento problematico e ideale. È possibile in tal modo l'instaurarsi di una vera e propria dialettica tra l'interpretazione che mira ad intendere l'opera come un momento particolare della vita del soggetto producente, e quindi a coglierla sullo sfondo del complesso della vita psichica, e l'interpretazione che ha invece come suo scopo precipuo quello di ricondurre la stessa opera al ruolo che essa occupa nell'insieme di un discorso superindividuale, che si snoda attraverso l'intero ambito o settore letterario e che pertanto trascende in certa misura la stessa personalità dell'autore (89).

Ancora diversa, infine, l'accezione in cui il termine « dialettica » può essere applicato all'interpretazione che si realizza nello schema del colloquio, e in primo luogo al dialogo interpersonale. In esso l'oggettivazione dello spirito, per quanto pensata ed eseguita in maniera isolata, unilaterale, non può sottrarsi al carattere che gli è proprio, ossia alla capacità di rivolgere un appello, una richiesta di comunicazione che vale in linea di principio per tutto

---

(88) Cfr. F. D. E. SCHLEIERMACHER, *Hermeneutik* cit., pp. 32; 40-42; 80; 100-105; 118; 159.

(89) Ivi, pp. 107-109; 113-120.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il resto dell'umanità. All'apertura intrinseca di chi nel dialogo si affida all'interpretazione deve corrispondere però nell'interprete una apertura analoga, che è disponibilità all'ascolto e all'accoglimento del messaggio e dunque, in ultima analisi, all'inversione del posto e del ruolo di interprete con quello proprio dell'autore. E come l'opera creativa trova il suo senso soltanto nell'apertura all'interprete e nella possibilità di lasciarsi da esso sostituire, così esclusivamente nella capacità di trasporsi, cioè di collocarsi dal punto di vista dell'autore, l'interprete può sperare, pur rimanendo se stesso, di adempiere al compito ermeneutico (90).

Se si tiene presente quanto avemmo occasione di dire in precedenza a proposito del modello dialogico implicito nell'ermeneutica bettiana, si può comprendere ora come, attraverso la scoperta del carattere dialettico proprio della comprensione interpersonale, passi nella *Teoria generale dell'interpretazione* il principio della dialetticità di ogni forma dell'intendere, nel quale — lo abbiamo accennato all'inizio — ancora è presente una certa consapevolezza della antinomicità di una dottrina che non riesce ad abbracciare fino in fondo né il principio realistico, né quello idealistico. Nella misura in cui ogni comprendere, infatti, implica una inversione di ruoli, si può dire che il compito ermeneutico si presenti come qualcosa di perennemente incompiuto e inesauribile: tale non può non essere considerato se è vero che deve consistere nell'adeguarsi « all'autore tanto dal lato oggettivo — nella conoscenza della lingua [...] — quanto dal lato soggettivo — nella conoscenza della sua vita interiore » (91). Compito incompiuto e inesauribile anche perché destinato a coincidere con lo sforzo d'inquadrare l'opera che è oggetto dell'interpretazione nella duplice totalità, linguistica e psicologica, in cui — come sappiamo — essa chiede di essere inserita e che fin dal tempo dell'ermeneutica schleiermacheriana è venuto a configurarsi come tentativo « d'intendere gli elementi per mezzo del tutto e reciprocamente, questo per mezzo di quelli » (92).

---

(90) Cfr. TGI, I, pp. 266-269.

(91) Ivi, p. 275.

(92) *Ibidem*. Il riferimento ovvio è a F. D. E. SCHLEIERMACHER, *Hermeneutik* cit., pp. 89-90: « Anche all'interno di un singolo scritto la parte può essere com-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La dialettica del processo interpretativo conduce così Betti a prendere coscienza di quello che può essere considerato senz'altro il problema centrale di ogni teoria ermeneutica e che, da Schleiermacher a Dilthey, da Heidegger a Gadamer, ha occupato un posto di assoluto rilievo nella riflessione sulle modalità e sui limiti del comprendere: il problema del « circolo ermeneutico » [93]. Anche Betti è indotto dalla logica stessa della sua posizione di pensiero a confrontarsi con tale problema, ma non può sfuggire all'osservatore che il suo interesse verso quella tematica è limitato ed occasionale, rivelando ancora una volta la tendenza dello studioso italiano ad evitare i nodi teorici più complessi che si presentano a chiunque rifletta sul processo ermeneutico e sulle sue condizioni. Al pari di quanto vedemmo a proposito dell'antinomia tra oggettività e soggettività, tra recettività e spontaneità, tra approccio realistico ed approccio idealistico al problema dell'interpretazione, dobbiamo rilevare anche qui come Betti tenda sostanzialmente ad eludere la problematicità intrinseca all'affermazione del « circolo ermeneutico », mostrando di cercare non una effettiva soluzione del problema, bensì soltanto delle assicurazioni verbali circa la possibilità di costruire, malgrado il circolo, la propria « teoria generale ».

È vero infatti che, da un certo punto di vista, tutta la trattazione bettiana delle antinomie insorgenti nella sua peculiare maniera d'intendere il processo interpretativo, ed alle quali abbiamo fatto sopra riferimento, può essere considerata un modo di portare l'attenzione sul « circolo ermeneutico », sia pure considerandolo in una prospettiva assai specifica e da un angolo visuale sostanzialmente più ristretto, ma è anche vero che, né attraverso uno sforzo teoretico autonomo, né mediante il riferimento agli autori più illustri della tradizione ermeneutica, cui pure egli rapporta costantemente il proprio pensiero, il nostro studioso mostra in concreto di volere o di saper spingere l'analisi al di là del

---

presa solo a partire dal tutto. Perciò, prima di procedere ad una interpretazione dettagliata, è necessario che si abbia una visione d'insieme mediante una lettura cursoria. E questo sembra essere di nuovo un procedere in circolo ».

[93] Cfr. J. C. MARALDO, *Der hermeneutische Zirkel. Untersuchungen zu Schleiermacher, Dilthey und Heidegger*, Freiburg-München, 1974.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mero riconoscimento e della formulazione del problema. Lo stesso sforzo più significativo ch'egli compie in questa direzione — intendiamo dire il confronto con M. Weber — se da un lato conferma il suo apprezzabile intuito storiografico e la felice capacità di operare sicuri riferimenti culturali anche in ambiti assai distanti da quelli della sua professionale competenza, ribadisce dall'altro le remore e le difficoltà a sviluppare con coerenza e fino in fondo le intuizioni problematiche presenti allo stato germinale nella sua coscienza filosofica. Così, la ricerca bettiana di mediazione tra il punto di vista originario tendente ad evidenziare soprattutto l'oggettività dell'interpretazione e il punto d'approdo, in larga misura condizionato dalla soggettività, riscoperta con la speculazione idealistica e romantica alla base dell'atto interpretativo, appare senz'altro degna della massima attenzione; essa nasce infatti da un'esigenza reale e assai diffusa nell'ermeneutica contemporanea, impegnata in gran parte nel tentativo di superare la scissione tra un comprendere intersoggettivo, ma amorfo e privo di riferimento all'individualità, e un comprendere in cui la ricchezza di vita non si associa a concrete possibilità di comunicazione e di verifica (94). Del pari significativo non può non apparire il richiamo che, a questo scopo, la *Teoria generale* compie al pensiero di M. Weber, la cui ricerca è correttamente colta è indicata nella tendenza, affine a quella di Betti, di sottoporre a controllo intersoggettivo l'intuizione empatica elaborata nella tradizione ermeneutica precedente (95). E tuttavia il lettore non può fare a meno di avvertire che, pur muovendo da premesse valide, Betti evita sostanzialmente il confronto con la problematica weberiana, non prendendo, ad esempio, in considerazione le modalità e i limiti entro i quali lo studioso tedesco sostenne la possibilità di conseguire una conoscenza « oggettiva » del mondo storico-sociale, o snaturando profondamente — come avremo modo di vedere meglio in seguito — il suo precedimento idel-tipico: due aspetti

---

(94) Una delle opere che esprime nella maniera più chiara tale tendenza è lo scritto di E. D. Hirsch jr., *Teoria dell'interpretazione e critica letteraria*, trad. di G. Prampolini, Bologna, 1973, ove non mancano i riferimenti alle posizioni di Betti (per esempio, alle pp. 35; 120; 129; 257).

(95) Cfr. TGI, I, pp. 276-279.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che, essendo centrali anche nell'elaborazione della *Teoria generale dell'interpretazione*, avrebbero potuto e dovuto costituire oggetto di maggiore attenzione da parte del nostro autore.

6. *Momenti e canoni dell'interpretazione.*

Nel volgerci ora all'esame della metodologia ermeneutica prospettata da Betti ciò che non deve essere perso di vista è il suo costante, implicito o esplicito riferimento a quello che si può forse considerare il punto di più acuta contraddizione nel suo pensiero e, in questo senso, il culmine delle sue possibilità speculative: la delineazione, vale a dire, della dialettica o, se si vuole, dell'antinomia immanente al processo interpretativo. Tutta la trattazione metodologica, assai dettagliata e complessa, offerta dall'autore della *Teoria generale dell'interpretazione* finisce infatti con il fare riferimento, in maniera diretta o, più spesso, indiretta, a quella dialettica, rispetto alla quale la metodologia può essere intesa pertanto come un aspetto ed un'applicazione. A questo proposito, è forse appena il caso di osservare che, nel trasferire sul concreto terreno interpretativo i principi generali enunziati fin qui, la riflessione che ci avviamo ad esaminare consentirà di cogliere più da presso il valore ed i limiti del disegno ermeneutico bettiano.

È almeno a partire dall'ermeneutica romantica che siamo stati abituati a distinguere fra i tre momenti — filologico-critico, psicologico e tecnico — nei quali anche Betti articola la sua visione del processo interpretativo ([96]). Al primo, il momento filologico, spetta il compito della ricognizione e dell'intelligenza dei simboli attraverso i quali lo spirito è giunto ad esprimersi durevolmente. Può accadere tuttavia che la ricognizione non sia in grado, talvolta, di offrire una comprensione adeguata: si pensi, ad esempio, al problema posto da eventuali lacune o incongruenze del testo

([96]) Ivi, pp. 291-296. La distinzione, com'è noto, si trova già formulata nelle lezioni schleiermacheriane: cfr. F. D. E. SCHLEIERMACHER, *Hermeneutik* cit., pp. 57; 90-93; 107-109; 165-166.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

da interpretare. Occorre allora che, dal seno stesso del momento puramente filologico e ricognitivo, sorga il momento critico, che ha il compito di vagliare le testimonianze attendibili, colmare le eventuali lacune, consentire insomma al discorso di assumere un senso coerente e compiuto. È evidente che l'istanza critica si colloca sullo stesso piano linguistico in cui si muove l'interpretazione filologica, della quale può essere considerata perciò una integrazione, un approfondimento; e tuttavia non può essere disconosciuto che, da un lato essa assume una posizione dialettica rispetto al mero accertamento filologico, non solo integrandolo, ma anche superandolo, mentre dall'altro rivela già al livello della comprensione linguistica quell'intervento della soggettività non disconosciuto dal Betti, ma da lui mai pensato veramente fino in fondo e soprattutto mai conciliato con la generale impostazione realistica della sua gnoseologia. Malgrado l'immanenza del momento critico nell'interpretazione filologica e dunque l'esplicito riconoscimento del ruolo che anche in essa tocca alla spontaneità, Betti infatti ribadisce il carattere puramente ricognitivo della prima forma d'interpretazione, riservando — a quanto sembra — l'intervento della soggettività solo ai gradi successivi del comprendere ([97]).

Con il volgersi dell'attenzione ermeneutica dall'aspetto espressivo, e quindi in certo senso esterno, a quello contenutistico del messaggio che si è chiamati ad intendere, sorge l'esigenza di guardare all'opera da interpretare come momento di vita della personalità del suo autore e di ricostruire quindi dal di dentro l'itinerario che ha portato alla creazione, in maniera che, ripercorrendo tale itinerario a ritroso, l'interprete possa trasferirsi nell'intimo di quella personalità. Siamo così di fronte al secondo momento o aspetto dell'interpretazione, che Schleiermacher pose al centro della propria dottrina, riprendendo e sviluppando — come le ricerche diltheyane hanno ormai dimostrato ([98]) — elementi teorici affacciatisi in precedenza nell'ermeneutica del pietismo e della

([97]) Cfr. TGI, I, pp. 293-294.

([98]) Cfr. W. DILTHEY, *Das hermeneutische System Schleiermachers in der Auseinandersetzung mit der älteren protestantischen Hermeneutik* cit., pp. 618-622.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scuola wolffiana. Dall'affermazione del rilievo che tocca al « punto di vista » dell'interprete nel realizzarsi della comprensione, all'insistenza con cui Schleiermacher sottolinea il ruolo dell'interpretazione psicologica in una ermeneutica che voglia porsi come disciplina scientifica autonoma ed universale ([99]), corre in effetti un filo rosso che non solo collega le diverse posizioni, ma evidenzia anche il progressivo formarsi della consapevolezza di avere nell'interpretazione psicologica uno strumento di straordinaria portata ai fini della penetrazione del mondo umano; consapevolezza di cui lo stesso Betti è partecipe e che rappresenta il motivo fondamentale della sua convinta adesione alla via tracciata dalla riflessione dell'ermeneutica romantica.

Neppure con il momento psicologico l'interpretazione trova tuttavia il suo compimento, se è vero che, accanto ed oltre quella dimensione, si pone — ancora una volta in virtù di una negazione dialettica — il momento tecnico, nel quale, al di là degli stessi interessi e delle inclinazioni personali dell'autore, appaiono determinanti « istanze e potenze ideali, al cui dominio i singoli sono soggetti e al cui servizio essi svolgono la propria attività inventiva, speculativa, costruttiva » ([100]). Il problema che l'esistenza di una interpretazione « tecnica » accanto a quella psicologica pone — e intorno al quale già il fondatore dell'ermeneutica moderna aveva a lungo meditato ([101]) — è quello di stabilire se punto di vista psicologico e punto di vista « tecnico » siano da applicare indifferentemente a tutti gli scritti, o se viceversa si dia la possibilità di distinguere tra l'utilizzazione dell'uno e quella dell'altro in base alla natura dell'opera. Betti dimostra di avere piena consapevolezza del problema e di voler assumere nei suoi confronti una posizione mediana, che si ricollega all'insegna-

---

([99]) Accanto alla teoria del *Sehepunkt* sostenuta da J. M. CHLADENIUS, *Einleitung zur richtigen Auslegung vernünftiger Reden und Schriften*, Leipzig, 1742, Dilthey sottolinea l'importanza della dottrina pietistica degli « affetti », applicata all'ermeneutica soprattutto da A. H. FRANCKE, *Praelectiones Hermeneuticae*, Halae Magdeburgicae, 1723.

([100]) Cfr. TGI, I, p. 295.

([101]) Cfr. F. D. E. SCHLEIERMACHER, *Hermeneutik* cit., pp. 131; 137-151; 159-164.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mento schleiermacheriano e rifugge da ogni estremismo unilaterale e dogmatico. Pur nel riconoscimento della specifica diversità tra interpretazione psicologica ed interpretazione tecnica — la prima considerando essenzialmente l'autore quale soggettività libera, capace di obbedire soltanto alle esigenze emergenti nell'impulso germinale della propria opera, la seconda guardando invece all'influenza che il tipo di discorso, il genere letterario, l'ambito culturale cui l'opera appartiene finiscono inevitabilmente con l'esercitare « tanto nel momento della meditazione, quanto in quello della composizione » ([102]) — la *Teoria generale* si sforza infatti di evitare una rigida contrapposizione, una radicale alternativa tra i due orientamenti, sostenendo la necessità che l'interprete si limiti a stabilire « un rango di preferenza » fondato sulla natura del discorso o dell'opera da comprendere, senza pretendere dunque di privilegiare l'una o l'altra prospettiva se non in funzione delle concrete circostanze in cui è chiamato a prestare il suo contributo ([103]).

Può essere opportuno richiamare qui esplicitamente l'attenzione su tale tentativo di mediazione posto in opera dal Betti, poiché esso consente, dal punto di vista storiografico, di risolvere l'antitesi tra indirizzo psicologico ed indirizzo tecnico senza operare cesure drastiche nella scelta dei metodi da adottare quando si vogliano ricostruire ed analizzare fenomeni storici, artistici, letterari, filosofici, etico-religiosi, in una parola fenomeni caratteristici e propri del mondo umano. All'alternativa esemplificata nella storia dell'arte dallo scontro tra i fautori della « Stilgeschichte » da un lato ed i sostenitori della « Geistesgeschichte » dall'altro, Betti intende opporre così la possibilità di una sintesi, mostrando la legittimità di entrambe le esigenze: tanto di quella che vuole l'inquadramento dell'opera o del fenomeno da comprendere « nell'ambiente storico dal quale è nato », mediante il suo coordinamento « con altri fenomeni concomitanti e paralleli nati sul medesimo terreno », quanto di quella che, più tecnicamente, intende guardare all'opera come alla « soluzione di specifici proble-

([102]) Cfr. TGI, I, p. 300.
([103]) Ivi, p. 301.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mi teorici e pratici », la cui conoscenza è pertanto presupposto indispensabile al realizzarsi della comprensione ([104]).

La discussione sui singoli momenti nei quali si articola l'intendere rappresenta tuttavia soltanto l'avvio del discorso metodologico che lo studioso italiano mira a svolgere in riferimento all'ermeneutica. Assai più ampia e circostanziata si presenta infatti la sua trattazione dei canoni interpretativi, vale a dire dei principi che dovrebbero garantire un esito positivo ad ogni sforzo ermeneutico ed assicurare così a tale forma di conoscenza uno statuto epistemologico non meno rigoroso di quello in vigore presso le altre forme dell'attività conoscitiva.

È stato rilevato in precedenza come tutta la dialettica del processo interpretativo scaturisca, per Betti, dall'antinomia che s'instaura tra la soggettività dell'intendere e l'oggettività dell'opera da interpretare, tra la spontaneità dell'individuo e l'alterità del senso che l'oggetto rivendica a se stesso. I quattro canoni ermeneutici che vengono elaborati e presentati al lettore nel terzo capitolo della *Teoria generale* rispondono appunto alla necessità di garantire di volta in volta l'adeguatezza del processo interpretativo al suo oggetto, o di salvaguardare il ruolo che alla soggettività compete nel realizzarsi della comprensione. Distinti in due coppie simmetriche e, per così dire, contrapposte, essi possono dunque essere indicati come i canoni dell'autonomia e della totalità di senso dell'oggetto ermeneutico da un lato, dell'attualità dell'intendere e della congenialità ermeneutica dall'altro.

Al principio dell'autonomia o « dell'immanenza del criterio ermeneutico » ([105]) abbiamo già fatto riferimento in sede introduttiva per sottolineare come, attraverso la sua formulazione, Betti intenda porre in primo piano l'esigenza di ancorare ad un dato oggettivo, indubitabile, tutto il procedimento che consente all'interprete di pervenire alla comprensione. Tale canone, infatti, non si limita a contrapporre « il senso del linguaggio » alla « nuda lettera », né la « forma » alla « funzione rappresentativa » cui essa serve, ma impone che la forma stessa sia intesa « nella sua autonomia, alla stregua della propria legge di formazione, secondo una

([104]) Ivi, p. 302.
([105]) Ivi, p. 305.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sua interiore necessità, coerenza e razionalità » e che essa sia quindi « apprezzata alla stregua immanente della esigenza cui l'opera doveva rispondere per l'autore all'atto della genesi ». Solo in tal modo, infatti, l'interpretazione risulta garantita, agli occhi di Betti, dal pericolo di servire ad uno scopo « estrinseco », ad un « compito o valore oggettivo, si, ma sempre desunto ab extra », che la porterebbe a far propria « una misura e stregua di valutazione accidentale e di carattere eteronomo » ([106]).

Al punto cui siamo pervenuti nella nostra analisi non è necessario, riteniamo, sottolineare con particolare enfasi il rilievo che, nell'economia generale dell'ermeneutica bettiana, compete a questo suo primo canone, nel quale si assommano, evidentemente, tutte le preoccupazioni via via manifestate dall'autore della *Teoria generale* in vista della possibilità di garantire alle « forme rappresentative » l'autonomia in sé conclusa ed autosufficiente di una realtà che s'intende porre come alternativa rispetto al soggetto interpretante. Se tuttavia nella sua presentazione ci siamo serviti con insistenza delle espressioni letterali usate dal Betti, ciò è accaduto perché ci è parso che in quel modo potesse essere comunicato il *pathos*, oltre che il senso, delle principali questioni riassunte dal nostro autore nel suo « canone dell'autonomia ». Siamo dell'avviso, infatti, che si possa intendere come uno studioso avvezzo soprattutto a confrontarsi e a riflettere sulla vicenda umana espressa attraverso il divenire degli istituti giuridici — e quindi in primo luogo impegnato intorno al problema della « certezza del diritto » — abbia finito con l'avvertire la necessità di estendere quella istanza anche all'ambito ermeneutico, distinto ma non estraneo al primo; ma siamo altresì convinti del fatto che non possano essere taciuti i motivi d'insoddisfazione e di critica che la prospettiva ermeneutica bettiana suscita nel lettore odierno, particolarmente in ordine ai modi in cui l'alterità dell'oggetto dell'interpretazione è fondata nel canone appena esaminato.

Anche a tacere infatti della difficoltà — o si dovrebbe dire della impossibilità? — di penetrare, da parte dell'interprete, l'oggetto della comprensione in maniera da soddisfare l'esigenza bet-

([106]) Ivi, p. 306.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tiana di cogliere in modo del tutto indipendente dal sentire soggettivo le necessità « cui l'opera doveva rispondere per l'autore all'atto della genesi », resta pur sempre vero — come è stato osservato, non senza fondamento ([107]) — che nel suo stesso porsi come oggetto d'interpretazione ogni forma rappresentativa fa valere la propria autonomia, se è vero che la prestazione dell'interprete, proprio in quanto conversione nell'*iter* genetico, si configura essenzialmente come distanziamento dalla propria individualità e attitudine al riconoscimento della relativa indipendenza dell'oggetto. Certo, la rivendicazione della oggettività conoscitiva del processo interpretativo non può mai prescindere — come già all'inizio del secolo vide M. Weber ([108]) — dal riconoscimento della produttività del soggetto interpretante: in questo senso l'indipendenza dell'oggetto del sapere storico-sociale non potrà che essere sempre relativa. Ma c'è da chiedersi, di fronte al grado di consapevolezza metodologica oggi raggiunto anche grazie alla riflessione avviata dallo storicismo weberiano, se l'insistenza di Betti nel ricercare un fondamento del processo interpretativo del tutto indipendente dal soggetto e dunque una oggettività « assoluta », garantita dalla totale indipendenza e dalla radicale alterità dell'opera da interpretare rispetto al soggetto conoscente, non rappresenti un residuo della concezione positivistica tardo-ottocentesca, che ancora ritiene assimilabile la oggettività storica a quella naturalistica e si rifiuta perciò di prendere coscienza della insopprimibile produttività ermeneutica del soggetto, pur astrattamente teorizzandola nei limiti segnati dalla ipotesi di una inversione dell'*iter* genetico in quello del comprendere.

Anche il canone della totalità risponde all'esigenza di salvaguardare l'oggetto dell'interpretazione, prendendolo in considera-

---

([107]) Cfr. E. HUFNAGEL, *Einführung in die Hermeneutik*, Stuttgart, 1976, p. 134.

([108]) Cfr. M. WEBER, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, a cura di P. Rossi, Torino, 1958, pp. 54-141. Sul problema si vedano, in particolare, A. v. SCHELTING, *Max Webers Wissenschaftslehre*, Tübingen, 1934; R. ARON, *La philosophie critique de l'histoire*, Paris, 1950², pp. 219-261; D. HENRICH, *Die Einheit der Wissenschaftslehre M. Webers*, Tübingen, 1953; F. H. TENBRUCH, *Die Genesis der Methodologie Max Webers*, in « Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie », 11 (1959), pp. 573-630.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione, tuttavia, non in quanto realtà isolabile dal soggetto, e pertanto nella sua autonomia, bensì dal punto di vista del contesto, cioè dell'unità di senso cui ciascun oggetto d'interpretazione è per sua natura chiamato a far parte. Il secondo canone suggerisce così all'interprete d'inquadrare qualsiasi forma rappresentativa nella triplice totalità di cui essa è elemento: in quella linguistica, alla quale grammaticalmente, sintatticamente e semanticamente appartiene; nella totalità psicologica, di cui può considerarsi momento o singola manifestazione; in quella morfologica, infine, cui inerisce come consapevole o inconsapevole espressione di un genere, di un tipo di produzione dello spirito, rispondente perciò a precise norme tecniche che caratterizzano e delimitano l'ambito nel quale tale produzione si colloca ([109]).

Non è il caso di richiamare qui l'ampia trattazione che del principio enunziato nel secondo canone bettiano Schleiermacher fornì con i suoi scritti e soprattutto con le sue lezioni sull'ermeneutica; basti ricordare che, attraverso quel principio passa nel suo pensiero, e successivamente in quello di Dilthey, di Heidegger e di Gadamer, il problema del circolo ermeneutico, cui in precedenza abbiamo fatto riferimento come al problema centrale della riflessione sul processo interpretativo. Sia dal punto di vista linguistico che da quelli psicologico e tecnico l'attività del comprendere si realizza infatti soltanto — come stabilisce appunto il secondo canone bettiano — attraverso il continuo procedere dall'intuizione della totalità dell'opera o del fenomeno da intendere alla conoscenza delle sue singole parti e da quest'ultima poi di nuovo alla comprensione della totalità ([110]). Nasce allora spontanea la domanda, se tale procedimento non si muova in un circolo vizioso, così da rendere vano lo sforzo conoscitivo esplicato dall'interprete nel tentativo di penetrare il significato di un testo o di un avvenimento del passato ([111]). Tra i moderni teorici

([109]) Cfr. TGI, I, pp. 313-314.

([110]) L'espressione più matura di tale principio nel pensiero schleiermacheriano può essere rinvenuta, com'è noto, nel secondo dei « Discorsi accademici » del 1829: cfr. F. D. E. SCHLEIERMACHER, *Hermeneutik* cit., pp. 141-153.

([111]) La più celebre formulazione di tale domanda nel pensiero contemporaneo resta sempre quella di M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, a cura di P. Chiodi, Torino, 1969, pp. 249-251.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'ermeneutica, Betti è forse l'unico a non avvertire l'urgenza di tale problema, limitandosi ad affermare che l'interpretazione procede attraverso una « illuminazione reciproca » tra le parti e il tutto, avendo di mira e mostrando di poter raggiungere, quando coronata da esito positivo, una « concatenazione illuminante più elevata e comprensiva » ([112]).

Anche se si prescinde da questa singolare mancanza, la trattazione bettiana del canone della totalità non può non suscitare un certo stupore, per il fatto che in essa manca ogni esplicitazione del carattere necessariamente anticipatorio che il comprendere ermeneutico rivela quando si prenda coscienza, come avviene appunto nel canone or ora esaminato, del suo muoversi circolarmente dal tutto alle parti e dalle parti al tutto. Carattere anticipatorio che dimostra quanto poco sia mantenibile la distinzione tra canoni rivolti alla salvaguardia dell'oggetto e canoni posti invece a presidio dell'opera soggettiva, per il fatto di porre in luce come, fin dal momento della considerazione dell'oggetto ermeneutico, sia presente e risulti fondamentale la parallela considerazione dell'attività propria del soggetto interpretante. Nell'anticipazione della totalità, postulata da questo secondo canone, si annunzia infatti, e chiede di essere riconosciuta, quella produttività ermeneutica del soggetto che, secondo Betti, dovrebbe viceversa trovare espressione soltanto nel terzo e quarto canone enunziati dalla sua *Teoria generale dell'interpretazione*.

Se è vero che il processo del comprendere può essere inteso come un ripercorrere all'indietro il procedimento creativo, muovendo dal suo punto terminale, cioè dalle oggettivazioni dello spirito, per giungere fino alle più intime e lontane scaturigini poste nel fondo dell'esperienza individuale dell'autore, è evidente anche per Betti che, pur nella sua subordinazione all'*iter* genetico, l'interprete deve « ricostruire dal di dentro [...] e risolvere ogni volta nella propria attualità un pensiero, un'esperienza di vita che appartiene al passato », immettendo il processo genetico « come fatto di esperienza propria, attraverso una specie di *trasposizione*, nel circolo della propria vita spirituale, in virtù della stessa sin-

([112]) Cfr. TGI, I, p. 310.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tesi con cui lo riconosce e lo ricostruisce » ([113]). È questo il nucleo centrale del terzo canone ermeneutico, quello della « attualità dell'intendere », attraverso il quale Betti aspira a sua volta a rendere giustizia al « contributo che la [...] mentalità [dell'interprete] apporta, e deve apportare, al processo interpretativo » ([114]), tentando così di prendere le distanze dal « falso preconcetto di una ' nuda oggettività ' che [...] sia raggiungibile *senza* la collaborazione dell'interprete e senza il sussidio delle sue categorie mentali » ([115]).

L'ideale cui il nostro autore anche in questo contesto si richiama resta pur sempre, tuttavia, quello di « lasciar parlare ' da sé ' l'oggetto che si tratta d'intendere » ([116]), così che non appare del tutto semplice comprendere fino a che punto sia giustificata la sua pretesa di respingere la storiografia positivistica, colpevole, ai suoi occhi, d'ignorare il ruolo della personalità dello storico agli effetti della ricostruzione storiografica ([117]). Betti infatti ribadisce che « ufficio dell'interprete è unicamente quello di ricercare e intendere il senso dell'*altrui* (*passata*) oggettivazione di pensiero », anche se ritiene che tale compito non possa configurarsi come « una operazione passiva e meccanica », ma come la presa di coscienza di una realtà « che l'interprete deve ricostruire e riprodurre in se stesso con la sua sensibilità e intelligenza, con le categorie della sua mente, col suo intuito e con le forme inventive della sua educazione » ([118]). Se a questo si aggiunge che, sempre per sottolineare la propria distanza dal positivismo, Betti non esita ad anticipare qui il discorso concernente il complesso rapporto tra l'interesse dell'interprete e la sua capacità di com-

---

([113]) Ivi, p. 314.

([114]) Ivi, p. 315.

([115]) *Ibidem*.

([116]) Ivi, p. 328.

([117]) È da osservare che, attraverso il riferimento a G. SIMMEL, *Die Probleme der Geschichtsphilosophie*, Leipzig, 1923[5], Betti sembra coinvolgere in tale accusa anche il Ranke: cfr. TGI, I, p. 315.

([118]) Cfr. TGI, I, p. 316. In questo contesto non sembra inopportuno ricordare che il discorso sull'« attualità ermeneutica » è tenuto da Betti ben distinto da quello di Heidegger e Bultmann sulla necessità di una « precomprensione » per l'instaurarsi di un qualsiasi processo interpretativo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prensione — argomento che troverà sede appropriata di discussione nell'esame del quarto canone ermeneutico — si potrà intendere come le difficoltà di cogliere in maniera univoca la tendenza dominante nel pensiero del nostro studioso siano accresciute, piuttosto che diminuite, dalle sue ammissioni circa il ruolo della soggettività interpretante.

Perché il timbro « idealistico » di alcune sue prese di posizione non conferisca un tono troppo marcato alla propria dottrina, l'autore della *Teoria generale* avverte infatti subito dopo l'esigenza di affermare che, « con questo, in verità, non si vuol disconoscere la propria autonomia dell'oggetto da interpretare, la sua storicità, la sua alterità rispetto al soggetto », ma che « si tratta soltanto di riconoscere la spontaneità del soggetto che interpreta, la sua storicità e, diciamo pure, la sua totalità spirituale, restando ben consapevoli dell'essenziale *contributo* che al processo interpretativo apportano, e debbono apportare, senza pregiudizio dell'autonomia dell'oggetto, la vivente spiritualità e le categorie mentali del soggetto interpretante » ([119]). Affermazioni, ci sembra, che rivelano il conflitto irrisolto nel pensiero bettiano tra due tendenze antagonistiche, vissute tuttavia dal nostro autore come pienamente compatibili e dunque neppure bisognose di una mediazione concettuale analoga o anche solo da lontano assimilabile a quelle tentate da altri pensatori contemporanei venutisi a misurare con affini istanze speculative ([120]).

Abbiamo sopra ricordato come, discutendo dell'attualità dell'intendere, Betti abbia avvertito la necessità di ampliare il discorso concernente la spontaneità del comprendere mediante il riferimento all'interesse, considerato condizione essenziale all'instaurarsi di un'adeguata interpretazione. È su questa linea di pensiero che Betti, proseguendo nella elaborazione delle condizioni

---

([119]) Cfr. TGI, I, p. 317.

([120]) Pensiamo soprattutto ai massimi esponenti dello storicismo tedesco contemporaneo, in particolare a Dilthey e a Weber, il cui pensiero è analizzato in questa specifica direzione d'indagine da J. HABERMAS, *Conoscenza e interesse*, trad. di G. E. Rusconi, Bari, 1973², pp. 142-186 e *Logica delle scienze sociali*, a cura di A. Santucci, Bologna, 1970, pp. 17-26, nonché — per quanto si riferisce al secondo — da T. PARSON, *La struttura dell'azione sociale*, a cura di G. Poggi, Bologna, 1970², pp. 711-783.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

soggettive del comprendere — ma sottolineando ancora una volta, a riprova della sua continua oscillazione tra realismo positivistico ed idealismo, che la spontaneità dell'interprete « non deve sovrapporsi e imporsi dal di fuori all'oggetto da interpretare » [121] — presenta il quarto dei suoi canoni, tendente a porre in luce come nell'interpretazione non sia sufficiente, *a parte subjecti*, la spontaneità del comprendere, ma sia necessaria anche la congenialità dell'interprete, cioè « un'*apertura mentale* che permette all'interprete di collocarsi nella prospettiva giusta, più favorevole per scoprire e intendere » [122]. Non a tutti, infatti, è dato cogliere i diversi messaggi veicolati dalla molteplicità delle forme rappresentative: solo l'interprete congenialmente disposto sarà in grado di comprendere quanto un altro spirito, al di là della distanza spazio-temporale, ha comunicato all'umanità attraverso la sua opera.

Il rilievo conferito da Betti al canone della congenialità — un tema su cui anche Dilthey aveva lungamente riflettuto nel suo sforzo di liberare l'ermeneutica romantica dai limiti di una concezione intuizionistica [123] — non si esaurisce tuttavia sul piano etico e del costume, pur sottolineato con cura nella *Teoria generale* come sforzo di « prescindere dai propri pregiudizi e abiti mentali ostacolanti », oltre che, dal punto di vista positivo, « come ampiezza e capacità d'orizzonte, che genera una disposizione congeniale e fraterna verso ciò ch'è oggetto d'interpretazione » [124]. Per quanto importante, tale aspetto non è il solo secondo lo studioso italiano, il quale intende richiamare l'attenzione sul fatto che, attraverso la considerazione della congenialità realizzabile nel processo interpretativo, è possibile rivendicare il carattere conoscitivo dell'intendere, senza passare sotto silenzio le sostanziali differenze che intercorrono tra il comprendere e ogni altra forma di conoscenza fondata su di una mera adeguazione del soggetto all'oggetto. Il quarto canone offre così la possibilità di affermare

---

[121] Cfr. TGI, I, p. 317.

[122] Ivi, p. 318.

[123] Cfr. W. DILTHEY, *Critica della ragione storica* cit., pp. 326-331. La discussione più ampia di questo e degli altri problemi legati all'ermeneutica diltheyana è oggi offerta da C. ZOECKLER, *Dilthey und die Hermeneutik*, Stuttgart, 1975.

[124] Cfr. TGI, I, p. 318.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che identità matematica ed identificazione ermeneutica non sono in alcun caso confrontabili, dal momento che non esistono vere e concrete analogie tra il « vibrare all'unisono » delle individualità protagoniste della comprensione ermeneutica e la « immota e definitiva e adialettica identità », da cui sarebbero caratterizzate l'equazione matematica ed il sapere ad essa riconducibile. Nella identificazione dialettica, che è « virtuale antinomia », sta il nucleo vivo e vitale dell'interpretazione, che viene ad opporsi così in maniera netta alla identità matematica, offrendo un fondamento epistemologico all'esigenza di distinguere il conoscere storico da quello scientifico-naturalistico, malgrado il riferirsi di entrambi ad una struttura comune, contrassegnata essenzialmente dal rapporto soggetto-oggetto.

Non il raggiungimento di una « perfetta identità », bensì l'ideale di una « corrispondenza ermeneutica » — cioè di una « corrispondenza di sensi tra uno spirito e un altro [...] grazie all'analoga tessitura in cui l'opera era, in origine, disegnata e ora viene rimodellata ed appresa » ([125]) — sembrano dunque caratterizzare, nella prospettiva di Betti, il procedimento interpretativo. Procedimento che si basa, è vero, sul presupposto della comune natura umana di autore e interprete, come appare confermato dalle espressioni appena citate, ma che cela un'aporia non risolta tra due linee di pensiero, dalla *Teoria generale* giustapposte, ma non portate ad effettiva unità. Per poco che si rifletta sul significato complessivo della trattazione bettiana dei canoni ermeneutici non potrà infatti sfuggire che, in assenza di qualsiasi tentativo volto a dimostrare la possibilità di far coesistere in un'unica dottrina punto di vista idealistico ed approccio realistico al problema dell'interpretazione, quella che il nostro autore chiama « interferenza fra il criterio dell'autonomia e il criterio dell'attualità ermeneutica » ([126]) non può non trasformarsi — come del resto egli stesso vede — in vera e propria « antinomia fra soggettività (inevitabile) e oggettività (postulata) » ([127]). E se è vero che — come Betti non manca di rilevare — tale antinomia era già stata chiaramente

([125]) Ivi, p. 324.
([126]) Ivi, pp. 324-328.
([127]) Ivi, p. 324.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

avvertita da Schleiermacher ([128]), non è meno vero tuttavia che il grande filosofo e teologo tedesco ne aveva poi additato il superamento, con il far rifluire l'ermeneutica e tutti i suoi problemi interni, al pari del resto di ogni forma del conoscere, nella più ampia sfera della *Dialettica*, intesa come principio e fondamento di tutto il sapere dell'uomo e quindi anche di ogni altra disciplina scientifica ([129]).

Così, in assenza di un analogo riconducimento, l'aporeticità della concezione bettiana, come è messa a nudo dal confronto tra i quattro canoni ermeneutici, si rivela del tutto insormontabile, restando chiusa nella antinomica accentuazione di un duplice monito, ora rivolto contro « la intrusione di categorie soggettive non confacenti all'oggetto, ossia tali che possano portare ad intendere qualcosa di più e di diverso », ora indirizzato invece contro « l'errore gnoseologico di credere che il soggetto possa venire a ' contatto ' dell'oggetto direttamente, senza bisogno delle proprie categorie » ([130]). Se si riflette poi sul fatto che ai problemi sollevati dalle divergenti esigenze fatte valere nella *Teoria generale* e soprattutto alla possibilità di una loro composizione ha dedicato le migliori energie la riflessione filosofica e metodologica contemporanea — si pensi, per restare in un ambito di studi familiare al Betti, alla tradizione storicistica tedesca che va da Dilthey a Simmel e Weber per un verso, a Heidegger, Gadamer e Bultmann per l'altro — la tendenza dello studioso italiano a permanere nell'antinomia, senza avvertire la necessità di un suo superamento, ma anzi addirittura teorizzandone la istituzionalizzazione come di realtà intrinseca al processo interpretativo, del quale costituirebbe il motore e l'elemento dialettico ([131]), non può non suscitare la sensazione di trovarsi di fronte ad una dottrina che accoglie ecletticamente istanze ed elementi appartenenti a tradizioni speculative diverse e non è in grado di esprimere un'effettiva capacità di sintesi, un orientamento unitario, nel contesto del quale situare le molteplici suggestioni culturali e le contraddittorie esigenze

([128]) Cfr. F. D. E. SCHLEIERMACHER, *Hermeneutik* cit., pp. 128-148.

([129]) Ivi, pp. 80; 159. Sull'argomento si veda W. DILTHEY, *Leben Schleiermachers* cit., vol. II, pp. 67-94.

([130]) Cfr. TGI, I, p. 326.

([131]) Ivi, p. 327.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

maturate sul terreno di un'esperienza di vita particolarmente ricca e multiforme.

7. *Lineamenti di una tipologia ermeneutica.*

Nella discussione metodologica sopra esaminata il pensiero di Betti si trova a fare i conti, come abbiamo cercato di mostrare, con i problemi di fondo dell'ermeneutica moderna, rivelando perciò i caratteri essenziali del proprio disegno, ma anche, appunto per questo, i suoi limiti intrinseci. Per tale motivo si può dire che tutta l'ulteriore, ampia trattazione dei diversi tipi d'interpretazione, in cui la sua opera principale si diffonde, anche se in una prospettiva storico-analitica ha senza dubbio i suoi pregi, del resto fin dall'inizio sottolineati dalla critica ([132]), rivela dal punto di vista filosofico un interesse più limitato, configurandosi essenzialmente come una verifica ed un'applicazione degli orientamenti emersi in precedenza e da noi stessi esaminati in sede di gnoseologia e di metodologia ermeneutiche. Ciò che ci proponiamo dunque, in quel che segue, non è una indagine dettagliata dei tre tipi d'interpretazione — ricognitiva, riproduttiva e normativa — di cui parla Betti, ma un tentativo di saggiare per un verso fino a che punto quella tipologia, con le sue articolazioni e la sua casistica, sia in grado di uscire confermata da un esame sufficientemente approfondito della sua strutturazione interna, e di vedere per l'altro quanto finiscano col pesare su di essa la prospettiva sistematica bettiana e soprattutto i nodi teoretici irrisolti sui quali ci siamo soffermati in precedenza.

La nostra analisi prende le mosse dalla distinzione fra i tre diversi tipi d'interpretazione, cui ineriscono funzioni specifiche ed assolutamente irriducibili, che consentono non solo di separare i momenti dai tipi, ma anche di conferire a ciascun tipo caratteri peculiari e finalità proprie. Mentre i momenti filologico, psicologico e tecnico sono infatti, sia pure in diversa misura, compresenti in ogni processo interpretativo, i tre tipi, pur non escludendosi necessariamente, ed anzi in taluni casi integrandosi, rispondono

([132]) Cfr. F. WAGNER, *Zur Nachwirkung Droysens: Emilio Betti's Hermeneutik*, in « Archiv für Kulturgeschichte », 38 (1956), pp. 258-263.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tuttavia a scopi ben distinti che, attraverso il comprendere, l'attività umana è chiamata a realizzare.

Il primo e, in certo senso, basilare fine che l'uomo può proporsi nell'intendere è — osserva Betti — l'intendere stesso. In tal caso ci troviamo di fronte ad un'interpretazione che possiamo definire « ricognitiva », poiché l'intento del comprendere, in sé e per sé considerato, non può che essere quello del mero accertamento ([133]). Qualora l'intendere non sia invece fine a se stesso, ma strumento per consentire ad altri la comprensione o per ispirare la condotta e regolare l'azione, ci troviamo dinanzi, rispettivamente, all'interpretazione « riproduttiva » o « rappresentativa » e a quella « normativa » ([134]).

Sebbene animato da un chiaro intento classificatorio, che trova modo di esprimersi in ulteriori articolazioni interne, alle quali non ci è possibile prestare attenzione in questa sede, l'autore della *Teoria generale* non può non avvertire tuttavia la problematicità dei criteri da lui adottati, soprattutto per quanto concerne la distinzione tra interpretazione ricognitiva ed interpretazione riproduttiva. Egli sottolinea, è vero, che la prima può essere considerata una forma « intransitiva », nel senso che si consumerebbe nell'interiorità dell'interprete, il quale mira esclusivamente ad accertare il significato di un testo, di un fenomeno o di un'azione, esaurendo in tale accertamento il suo compito, mentre la seconda dovrebbe essere considerata una forma « transitiva », dal momento che serve essenzialmente a presentare ad altri il risultato di uno sforzo ermeneutico e quindi a far rivivere di fronte ad un pubblico una qualsiasi oggettivazione dello spirito. Betti stesso, però, non può fare a meno di ammettere che anche all'interno dell'interpretazione ricognitiva operi un momento riproduttivo, legato se non altro al fatto che il frutto di ogni « ricognizione » può essere comunicato e finisce dunque con il risultare a sua volta oggetto di una « rappresentazione » ([135]).

È difficile stabilire fino a che punto il nostro studioso potesse considerarsi soddisfatto della soluzione a questo problema da lui

([133]) Cfr. TGI, I, p. 347.
([134]) Ivi, pp. 347-349.
([135]) Ivi, p. 349.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

escogitata e consistente nel supporre che il momento riproduttivo eventualmente presente nel primo tipo d'interpretazione debba considerarsi « estrinseco », in quanto legato ad essa da una possibile, ma non necessaria volontà di comunicazione ([136]). È certo, invece, che da quella soluzione dovevano scaturire difficoltà non lievi e incongruenze, in particolare per quanto concerne la rappresentazione storiografica, che Betti era costretto a concepire come un'opera scritta dallo storico « anzitutto per sé », per rendere conto a se stesso dei risultati della propria ricognizione, e dunque tale — a differenza dalla vera interpretazione riproduttiva — da non assorbire « la rappresentazione contenuta nelle fonti e nelle sopravvivenze del passato », ma capace solo di « chiarirla, [...] illuminarla e [...] integrarla » ([137]).

Che alla base di questa concezione risulti ancora una volta operante la maniera quasi-positivistica d'intendere l'oggettività dell'interpretazione è cosa che possiamo considerare acquisita, soprattutto se la poniamo in relazione che le diverse circostanze in cui il carattere « ricognitivo » della sua prima forma viene ribadito in riferimento al comprendere filologico, a quello storico ed infine all'interpretazione tecnica in funzione storica, che potremmo anche chiamare — come da qualche parte è stato proposto ([138]) e come lo stesso Betti ha mostrato di accettare ([139]) — « morfologico-storica ». Merita invece, ci sembra, rinnovata attenzione la contraddittorietà in cui la tipologia ermeneutica bettiana viene ad avvolgersi non appena il ruolo della soggettività interpretante torna a farsi valere, malgrado l'insistente ricerca di oggettività, anche all'interno della nuova dimensione in cui si colloca il problema del comprendere.

([136]) Altro aspetto dello stesso problema concernente il ruolo della soggettività anche all'interno dell'interpretazione ricognitiva è la questione dell'interpretazione allegorica, che Betti tratta all'interno dell'interpretazione filologica (cfr. TGI, I, pp. 373-381), ma fondandone la necessità dal punto di vista teologico-normativo.

([137]) Cfr. TGI, I, p. 349.

([138]) Cfr. F. WAGNER, *Zur Nachwirkung Droysens: Emilio Betti's Hermeneutik* cit., p. 261.

([139]) Cfr. E. BETTI, *Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften* cit., p. 57.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Pur se si voglia prescindere dal fatto che, come si è visto, l'interpretazione « ricognitiva » cela sempre in sé la possibilità di trasformarsi in « rappresentativa » proprio in virtù della capacità di comunicare che inerisce all'interprete, resta infatti vero che, sia nella forma filologica, sia in quella storica, sia nella tecnica, l'interpretazione non può essere mai — per ammissione dello stesso Betti — puro e semplice accertamento di uno stato di fatto o di un significato, come invece vorrebbe una difesa coerente della sua « oggettività ». Alla filologia, lo abbiamo visto, necessita un superamento nella critica, che è sempre frutto di valutazioni e di scelte affidate alla sensibilità, al gusto, all'acume dell'interprete; in maniera analoga, ed in misura ancora maggiore, la comprensione storica e quella morfologica non possono in alcun caso fare a meno dell'attività produttiva, e non meramente recettiva, esplicata dall'interprete nei confronti di quelle che vengono considerate di norma le loro « fonti ».

Da conoscitore attento e non occasionale della tradizione speculativa storicistico-romantica e, nel caso specifico dell'interpretazione storica, dell'opera di Droysen e di Dilthey, Betti mostra con chiarezza il disagio per il suo, sia pur parziale, autoconfinamento in un ideale conoscitivo di stampo positivistico, dal quale si sforza ripetutamente di uscire con il riconoscere che « il compito o il risultato del metodo storiografico » non può consistere nel « restaurare i fatti del passato », dal momento che essi « sono ormai irrevocabilmente trascorsi » (140). La lezione di Droysen e di Dilthey consiste appunto nell'indurci a riconoscere che quanto possiamo sapere del passato non può essere cercato nel passato stesso, « il quale non è più una realtà presente né è rinvenibile in alcun luogo così come fu » (141), ma solo in ciò che del passato sopravvive in noi o è comunque accessibile alla nostra percezione. Il compito storiografico viene pertanto a profilarsi, in positivo, come un'opera di scelta, valutazione, collegamento e integrazione dei materiali tramandati: un'opera resa tra l'altro indispensabile

---

(140) Cfr. TGI, I, p. 390.

(141) *Ibidem*. Il testo di riferimento essenziale per l'analisi bettiana dell'interpretazione storica è rappresentato dalla classica opera di J. G. DROYSEN, ora anche in trad. it. di L. Emery (*Istorica*, Milano-Napoli, 1966).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

— come anche Betti sembra ammettere (142) — dalla sterminata estensione dei « fatti » sui quali lo storico è chiamato a portare la sua attenzione, e che implica perciò inevitabilmente un punto di vista a partire dal quale procedere alla necessaria selezione (143).

Non diversamente stanno le cose per quanto concerne la terza ed ultima forma d'interpretazione ricognitiva, l'interpretazione tecnica in funzione storica, nella cui trattazione emergono con maggiore nettezza i limiti intrinseci alla posizione bettiana, che si sforza di far valere anche qui, su di un terreno per sua natura più arduo di quello finora praticato, i diritti di una conoscenza intesa come mero accertamento. Muovendo da una giusta esigenza, già anticipata da Schleiermacher (144), secondo la quale le opere d'arte, di scienza e di pensiero, e in generale tutto ciò che ci si presenta come forma o prodotto culturale, non può essere interpretato solo dal punto di vista psicologico, ma deve anche essere posto in correlazione con il dibattito più vasto che coinvolge tutto l'ambito cui l'opera o il fenomeno da comprendere appartengono, Betti ritiene di poter utilizzare tale considerazione morfologico-culturale per ricavarne principi di sviluppo, leggi di tendenza che governerebbero ciascuno dei settori presi in esame (145). L'interpretazione tecnica, in altri termini, consentirebbe una completa ed accurata « ricognizione » del dinamismo della vita spirituale, mettendo capo addirittura ad una rinnovata forma di « fenomenologia dello spirito », all'interno della quale sarebbero rinvenibili delle « normalità di sviluppo inerenti alla struttura dell'oggetto studiato », anche se, ovviamente, caratterizzate da

---

(142) Cfr. TGI, I, pp. 391-392.

(143) Se il senso complessivo della nostra analisi dell'interpretazione filologica e storica teorizzate da Betti è stato quello di mostrare la necessità d'integrare l'interpretazione « ricognitiva » con quella « riproduttiva », un tentativo parallelo, concernente la dialettica e l'integrazione di interpretazione storica ed interpretazione normativa, ci sembra offerto dal saggio di A. HEUSS, *Zur Hermeneutik des historischen und juristisch-normativen Satzes*, in AA. VV., *Studi in onore di Emilio Betti*, vol. I, Milano, 1962, pp. 151-172.

(144) Cfr. F. D. E. SCHLEIERMACHER, *Hermeneutik* cit., pp. 108-109; 147-148; 163-164. Sull'argomento si vedano G. VATTIMO, *Schleiermacher filosofo dell'interpretazione*, Milano, 1968, pp. 211-222; R. E. PALMER, *Hermeneutics* cit., pp. 84-97.

(145) Cfr. TGI, I, pp. 592-593.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« differenze essenziali rispetto alle leggi di decorsi fenomenici [...] propri del mondo fisico » (146).

Se nell'esame delle precedenti forme d'interpretazione « ricognitiva » vedemmo Betti impegnato per un verso a sottolinearne il carattere di mero accertamento, senza riuscire per l'altro ad evitare il riconoscimento del ruolo che anche in esse compete alla soggettività, in quest'ultimo caso veniamo dunque a trovarci di fronte alla singolare richiesta di far valere il carattere oggettivo dei risultati conseguiti dall'interpretazione tecnica non già, come accadeva in precedenza, *malgrado* il ricorso alla soggettività, bensì proprio *attraverso* strumenti concettuali che sanciscono in maniera inequivocabile l'intervento diretto e personale dell'interprete, la funzione insopprimibile della sua spontaneità. È interessante infatti osservare che, nell'interpretazione tecnica, Betti ritiene di poter giungere a stabilire leggi assolutamente oggettive, cioè riguardanti la struttura stessa dell'oggetto e dell'ambito indagati, mediante il ricorso alla tipizzazione (147), vale a dire ad un metodo che nel pensiero contemporaneo, ed in particolare nella riflessione storicistico-ermeneutica scaturita dall'insegnamento di Dilthey, ha avuto la mansione di liberare la filosofia e la metodologia odierne tanto dai vincoli e dai condizionamenti di un oggettivismo ingenuamente scientistico e positivistico, quanto dalle pretese di ordine idealistico e dialettico alimentate dalle diverse forme di hegelismo.

Più che alla tipologia diltheyana il riferimento è però nelle pagine bettiane alla costruzione idealtipica di M. Weber (148), dal confronto con la quale può forse venire qualche chiarimento anche sul significato e sui limiti del tentativo cui abbiamo accennato in precedenza. È noto che la dottrina del tipo ideale occupa un posto centrale nel pensiero weberiano ed è noto altresì che essa ha, per il suo autore, una funzione essenzialmente « euristica », cioè di strumento e sussidio alla ricerca, che senza il suo

---

(146) Ivi, p. 592.

(147) Ivi, pp. 593-600.

(148) È da tener presente, in proposito, anche E. BETTI, *Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungslehre* cit., pp. 156-157, ove è ricordata parte della bibliografia critica su questo specifico argomento della metodologia weberiana.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ausilio non avrebbe neppure la possibilità di costituirsi ([149]). Non è possibile, in questa sede, entrare in una disamina dei modi in cui, secondo Weber, il ricercatore procede alla costruzione dei « tipi ideali »; basti sottolineare, ai nostri fini, che tale costruzione è « arbitraria », nel senso che in essa lo studioso evidenzia e privilegia solo alcuni elementi del reale, in sé estensivamente ed intensivamente illimitato e pertanto, nella sua totalità, fuori della portata conoscitiva della mente umana. Il carattere euristico del tipo ideale weberiano viene così a consistere nella capacità di configurare un orizzonte, una trama entro la quale i fenomeni possano essere inquadrati e collegati, mentre la sua validità, dal momento che esso è frutto di una scelta, di un'ipotesi puramente soggettiva, s'intenderà verificata solo nella misura in cui attraverso di esso potranno essere posti in luce legami « oggettivi » tra i fenomeni: legami, cioè, che qualunque ricercatore dovrà essere in grado di riconoscere e controllare, solo che si collochi dallo stesso punto di vista indicato nella costruzione idealtipica prescelta ([150]).

Il discorso sul carattere soggettivo ed ipotetico del tipo ideale ci riconduce così, e non poteva essere altrimenti, al problema della « oggettività » conoscitiva delle scienze storiche e sociali, che resta al centro della problematica di Betti e costituisce lo sfondo a partire dal quale deve essere compreso il suo tentativo di fondazione del metodo ermeneutico. È tuttavia proprio dal confronto tra la posizione bettiana e quella di Weber sui due temi — oggettività e tipizzazione — toccati in queste ultime pagine, che emerge ancora una volta il peso della insufficiente elaborazione critico-concettuale della nozione di « oggettività » posta alla base della *Teoria generale dell'interpretazione*. Lungi dal prendere atto dei limiti intrinseci al discorso sull'oggettività della conoscenza

---

([149]) Cfr. M. WEBER, *Il metodo delle scienze storico-sociali* cit., pp. 107-120; 128-129; 216-218; 365-366. Tra i molti studi segnaliamo in particolare, per il collegamento con la problematica qui in discussione: W. MOMMSEN, *« Verstehen » und « Idealtypus ». Zur Methodologie einer historischen Sozialwissenschaft*, in W. MOMMSEN, *Max Weber. Gesellschaft, Politik und Geschichte*, Frankfurt a. M., 1974, pp. 208-232, ove è citata anche la più importante letteratura.

([150]) Cfr. M. WEBER, *Il metodo delle scienze storico-sociali* cit., pp. 211-212; 219; 241; 254.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

storico-sociale messi in luce dalla riflessione filosofica e metodologica degli ultimi decenni, Betti si muove infatti seguendo una linea di pensiero che, pur fondata su esigenze legittime e attuali, non considera tuttavia con la necessaria attenzione l'imponente lavorio critico espresso a partire dagli ultimi decenni dell'Ottocento nel *Methodenstreit* delle scienze economiche, storiche e sociali (151). Egli ritiene così, purtroppo a torto, di poter collegare senza specifiche mediazioni istanze e problemi di provenienza realistica e positivistica, alla base dei quali è rintracciabile il fascino esercitato dall'ideale di una fondazione rigorosa e assolutamente indubitabile della conoscenza, a tale scopo ricondotta a mera « ricognizione » dell'oggetto, con più sottili e complesse considerazioni di provenienza in senso lato idealistica, che mirano a far valere il ruolo della soggettività, della « teoria », in ogni più elementare « accertamento » dell'oggetto medesimo. È in questo modo che, mancando una sintesi, i due filoni speculativi cui il pensiero di Betti si ispira giungono a scontrarsi, dando vita a quelle difficoltà e contraddizioni che abbiamo avuto modo di vedere ripetutamente in precedenza, soprattutto nel corso dell'analisi destinata ad illustrare la bettiana « dialettica del processo interpretativo » e l'antitesi, ad essa relativa, tra i canoni ermeneutici miranti a prescrivere il rispetto dell'autonomia dell'oggetto e quelli ispirati viceversa alla salvaguardia del contributo soggettivo all'attività del comprendere (152).

Nell'affrontare ora le caratteristiche e i problemi dell'interpretazione « riproduttiva », essa pure distinta da Betti in tre branche (la traduzione, l'interpretazione drammatica e quella musicale), ciò che va messo in luce, innanzi tutto, è la difficoltà che anche

(151) Sull'argomento ci limitiamo a segnalare tre volumi collettanei recenti, che possono fornire un primo orientamento sulla vastissima bibliografia critica esistente: AA. VV., *Logik der Sozialwissenschaften*, a cura di E. Topitsch, Köln-Berlin, 1970; AA. VV., *Wissenschaftstheorie der Geisteswissenschaften*, a cura di R. Simon-Schaefer e W. Ch. Zimmerli, Hamburg, 1975; AA. VV., *Seminar: Geschichte und Theorie. Umrisse einer Historik*, a cura di H. M. Baumgartner e J. Ruesen, Frankfurt a. M., 1976.

(152) Adombra tale antitesi nel rapporto tra *Verstehen* e *Deuten* anche G. FUNKE, *Problem und Theorie der Hermeneutik. Auslegen, Deuten, Verstehen in Emilio Bettis* Teoria Generale della Interpretazione, in AA. VV., *Studi in onore di Emilio Betti*, vol. I cit., pp. 127-150.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

da questo punto di vista si fa valere nei confronti della distinzione teorizzata da Betti tra interpretazione « ricognitiva » ed interpretazione « riproduttiva », a causa dell'aporia instaurantesi tra i due momenti, strettamente legati l'uno all'altro dallo stesso autore della *Teoria generale* nella definizione dei caratteri e dei compiti di questa seconda dimensione del comprendere. Anche l'interpretazione « riproduttiva », infatti, non può che muovere da una preliminare opera di ricognizione che, di volta in volta diversa a seconda delle differenti forme rappresentative chiamate a venir poste in essere, costituisce pur sempre il fondamento e l'unità di misura dell'attività manifestantesi come interpretazione traducente, interpretazione drammatica ed interpretazione musicale (153). A differenza dalla prima, questo secondo tipo d'interpretazione non può tuttavia arrestarsi, secondo Betti, ad una mera presa d'atto, ma è per sua natura spinto a conferire oggettività, forma rappresentativa al proprio comprendere, che assume così una certa autonomia rispetto alla stessa forma di cui si presenta come interpretazione. In questo senso si può parlare non solo di riproduzione « transitiva », ma anche di trasferimento in una « mutata dimensione », dal momento che — quale che sia il testo cui si riferisce l'interpretazione riproduttiva — attraverso tale interpretazione si dischiude « una dimensione nuova e diversa, con la costruzione di una forma rappresentativa, nella quale quel testo viene sostituito ed assorbito » (154).

Se dunque ciò consente da un lato a Betti di affermare che, rispetto a questa nuova forma, « il testo originale rimane solo come termine di raffronto e di controllo, alla cui stregua è da valutare la fedeltà della riproduzione » (155), per l'altro è necessario che la *metabasis*, di cui l'interpretazione riproduttiva è ritenuta capace con il dar luogo ad una oggettivazione distinta da quella originaria, venga argomentativamente dimostrata sulla base della cosiddetta « integrazione rappresentativa », nella quale tornano ad emergere le antinomie già evidenziate nella precedente discussione sulla teoria ermeneutica bettiana. Ancora una volta

(153) Cfr. TGI, II, pp. 635-638.
(154) Ivi, p. 641.
(155) *Ibidem*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la delucidazione degli elementi specifici dell'interpretazione « rappresentativa » avviene infatti nella *Teoria generale* per contrasto rispetto alla forma meramente ricognitiva. Anche quest'ultima, come rilevammo a suo tempo, postula una certa integrazione, ma sappiamo che essa resta, per Betti, rigorosamente contenuta nei limiti della pura e semplice ricognizione. Al contrario, quando l'interprete si trovi di fronte al compito di produrre, cioè di tradurre la forma originaria in una dimensione diversa, l'integrazione richiesta va oltre l'ambito della ricognizione ed assume perciò i caratteri di un'attività guidata da « una propria ispirazione », la quale, pur restando vincolata rispetto all'opera da rappresentare, nel trasferire l'opera stessa nella nuova dimensione deve trovare una nuova ed individuale « chiave » interpretativa, che sia in grado di assolvere alla funzione specifica di questo secondo tipo d'interpretazione: alla funzione, vale a dire, riespressiva e rappresentativa ([156]).

È così che, tra le pieghe dell'« integrazione rappresentativa », torna a profilarsi la minaccia di quella stessa aporia che vedemmo operante alla base dell'interpretazione ricognitiva. Non a caso l'autore della *Teoria generale* è indotto qui a parlare di una « antinomia fra il vincolo di fedeltà e l'esigenza d'integrazione nell'attualità del riesprimere » ([157]): antinomia determinata dal fatto che l'interpretazione « rappresentativa » dovrebbe essere da un lato « adeguata ed equivalente » alla forma oggettiva da intendere, rispettando così il canone della corrispondenza ermeneutica, senza rinunziare dall'altro alla ispirazione soggettiva capace di suggerire all'interprete le vie per giungere alla riproduzione dell'originale nella dimensione rappresentativa prescelta.

Da questa segreta aporia è attraversata, a ben guardare, ogni dimensione dell'ermeneutica riproduttiva. Essa caratterizza infatti, per ammissione dello stesso Betti, l'interpretazione traducente ([158]); è esemplificata, nell'interpretazione drammatica, dal riferimento al lavoro teorico dei moderni registi, ma anche al celebre *Paradoxe*

([156]) Ivi, pp. 647-649.
([157]) Ivi, pp. 653-657.
([158]) Ivi, pp. 660-667.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sur le comédien di Diderot ([159]); trova infine modo di esprimersi nella discussione concernente l'interpretazione musicale, con particolare riferimento alle teorie di R. Wagner e W. Furtwängler ([160]). Nell'insieme sembra che tale aporia possa ancora una volta essere ricondotta al carattere duplice, e per di più antitetico, delle istanze che presiedono alla trattazione dell'intero argomento: allo scontro, cioè, tra la sempre rinnovata richiesta di « oggettività » dell'interpretazione, che Betti ritiene soddisfatta soltanto da una ideale adeguazione dell'interprete al « testo » cui è rivolto lo sforzo ermeneutico, e l'esigenza — in questo caso avvertita con particolare acutezza — di riconoscere che tale sforzo, in quanto eminentemente soggettivo, comporta la necessità di una integrazione, e quindi un oltrepassamento del punto di vista di chi vorrebbe legare l'interpretazione stessa alla pura e semplice presa di coscienza dell'oggetto che si offre alla comprensione.

Terzo ed ultimo tipo d'interpretazione è, nella classificazione bettiana, l'interpretazione in funzione normativa, nella quale l'intendere non è fine a se stesso, né viene perseguito in vista di una « rappresentazione », ma appare piuttosto « preordinato al fine di regolare l'agire alla stregua di massime che si desumono da norme o dogmi, da valutazioni morali o da situazioni psicologiche da tenere in conto » ([161]). L'interpretazione normativa, di conseguenza, viene a diversificarsi in interpretazione giuridica, teologica ed etico-pedagogica, ciascuna delle quali appare dotata di caratteri ben distinti, anche se radicata insieme alle altre in principi generali comuni, sui quali conviene ora, al fine di completare la nostra analisi, portare brevemente l'attenzione.

In proposito, ciò che occorre innanzi tutto rilevare è il fatto che, per esplicita asserzione dello stesso Betti, nell'interpretazione normativa, « alla esplicazione o rilevazione del significato deve seguire l'applicazione », la quale, a sua volta, « presuppone un'intima adesione e convinzione da parte di chi vi è chiamato » ([162]). Questo significa che i testi sottoposti ad interpretazione norma-

([159]) Ivi, pp. 696-706.
([160]) Ivi, pp. 760-765.
([161]) Ivi, p. 790.
([162]) Ivi, p. 791.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tiva, in particolare quelli giuridici e teologici, si presentano con carattere vincolante, richiedendo non solo di essere compresi nel loro messaggio, ma anche di venir tradotti in pratica. Con essi e con la loro interpretazione si assiste dunque ad un nuovo tipo di *metabasis*, che non mira più a trasporre il significato del testo in una inedita dimensione rappresentativa, ma che richiede invece la trasposizione del significato nella vita stessa e che assume per questo la veste di una vera e propria applicazione del comprendere alla situazione concreta dell'interprete e dei suoi potenziali interlocutori.

Accanto a questo primo carattere va ricordato poi che, proprio in quanto rivolta a suggerire un comportamento, ad ottenere l'assenso ad una legge, l'interpretazione normativa ha necessariamente un carattere « dogmatico », proponendo l'applicazione di un significato che risponde ad esigenze proprie della comunità sociale, religiosa o educativa, piuttosto che ad un accertamento ricognitivo, storico, del senso originario del testo religioso, giuridico ovvero del principio etico, di cui si chiede il rispetto e la traduzione in atto ([163]). Ma, poiché alla base della « dogmatica » che presiede ad ogni interpretazione normativa Betti stesso non può non individuare un'interpretazione storica, che solo per particolari circostanze ha assunto caratteri apparentemente così diversi, tramutandosi, grazie al suo irrigidimento, in negazione e antitesi del suo stesso processo d'origine ([164]), ecco che anche su questo terreno la teorizzazione bettiana appare destinata a entrare in crisi con il venir meno di ragioni « oggettive », intrinseche, che possano motivare a sufficienza la distinzione tra interpretazione normativa e interpretazione ricognitiva.

È singolare tuttavia osservare come, malgrado tale consapevolezza, l'autore della *Teoria generale* non sia mai stato indotto dalle osservazioni critiche mosse a questo punto specifico della sua dottrina ([165]), a riesaminare la propria concezione e a trarre

([163]) Ivi, p. 792.

([164]) Ivi, pp. 798-801.

([165]) In particolare da H. G. GADAMER, che nella *Prefazione alla seconda edizione tedesca* del suo *Verità e metodo* (ora in trad. it. a cura di G. Vattimo, Milano, 1972, pp. 5-17) ha esplicitamente contestato al Betti la possibilità di fondare da un punto di vista filosofico la distinzione tra interpretazione storica e in-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

le conseguenze implicite nella sua stessa ammissione. Anche negli scritti successivi all'opera del '55 egli ha infatti continuato a sostenere la necessità di separare nettamente l'interpretazione storica da quella normativa ([166]), evitando così di portare alle estreme conseguenze la conclusione cui il suo stesso pensiero era pervenuto con l'affermare che la cosiddetta « interpretazione normativa » altro non è se non la stessa interpretazione storica considerata sotto un particolare punto di vista; nella prospettiva — aggiungiamo noi — della richiesta di « applicazione », che promana non da una sola dimensione dell'intendere, ma dalla comprensione di un qualsiasi messaggio ([167]). Certo, tale conclusione avrebbe portato Betti a superare la distinzione tra interpretazione ricognitiva e interpretazione normativa, ammettendo anche all'interno della prima un momento di normatività, analogamente a quanto si vide nel corso della discussione concernente i rapporti tra interpretazione ricognitiva e interpretazione riproduttiva, quando emerse che il momento rappresentativo è insopprimibile e presente anche nella più elementare forma di « ricognizione ». È evidente, però, che con questo duplice riconoscimento lo stesso Betti sarebbe venuto a togliere ogni base alla sua tipologia ermeneutica e, quello che più conta, sarebbe giunto a negare la fondamentalità e l'autonomia della prima forma d'interpretazione rispetto alle altre. Un esito scientificamente inaccettabile per l'autore della *Teoria generale*, poiché coincidente, in sostanza, con la eliminazione del terreno stesso su cui egli ha tentato in tutta

---

terpretazione giuridico-normativa, rivendicando anche per la prima quel carattere di *applicatio* che l'autore della *Teoria generale* vuole riservato esclusivamente alla seconda.

([166]) Si veda, ad esempio, E. BETTI, *Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften* cit., pp. 48-53, e soprattutto la rielaborazione in lingua tedesca del suo *opus majus*, abbreviata di circa un terzo ed edita sotto il titolo *Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften*, Tübingen, 1967.

([167]) È quanto ha sostenuto con particolare vigore H. G. GADAMER, *Verità e metodo* cit., pp. 358-363, riconducendo il fenomeno ermeneutico — proprio allo stesso modo di Betti — all'originaria esperienza del dialogo, retto dalla « logica di domanda e risposta » (ivi, pp. 427-437). Per una critica di questo orientamento, che conferisce carattere paradigmatico all'ermeneutica giuridica e teologica, cfr. H. ALBERT, *Per un razionalismo critico*, a cura di G. E. Rusconi, Bologna, 1973, pp. 167-177.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la sua opera di affermare l'esigenza dell'oggettività: il terreno, appunto, della mera « ricognizione », che dovrebbe permettere di ancorare la oggettività dell'interpretazione all'oggettività del testo, garantendo il valore del comprendere al di là di ogni possibile, o anche necessario, intervento della soggettività.

8. *Significato e limiti dell'ermeneutica bettiana.*

Se vogliamo tentare ora, per concludere, di raccogliere in rapida sintesi gli elementi critici di maggior rilievo emersi, e in certo senso dispersi, nelle molte — forse troppe — pagine destinate all'analisi della problematica dipanata da Betti nei due volumi della *Teoria generale dell'interpretazione*, non possiamo fare a meno di prendere le mosse da una valutazione degli elementi positivi, delle acquisizioni durevoli che la riflessione bettiana ha contribuito ad elaborare e ad offrire al dibattito sviluppatosi negli ultimi decenni intorno all'ermeneutica. Crediamo di non andare lontani dal vero dicendo che il maggior merito del giurista italiano è consistito nel richiamare l'attenzione sul problema della validità e dei limiti del comprendere, sulla possibilità di superare le visioni individualistiche ed irrazionalistiche del processo interpretativo e di pervenire così alla fondazione dell'intendere come attività conoscitiva di valore intersoggettivo ([168]). Questa ci sembra l'esigenza principale che ha animato tutto lo sforzo teoretico di Betti e che consente di collocarlo tra quanti hanno avvertito con particolare acutezza la necessità di affrontare le questioni metodologiche essenziali in connessione con l'imponente sviluppo delle scienze storico-sociali nel nostro secolo. Solo se si tiene conto del fatto che gran parte dell'attività speculativa del Betti, sia pure soltanto nella fase preparatoria del suo *opus majus*, appartiene cronologicamente ad un momento in cui la cultura italiana, in particolare quella filosofica, si mostrava del tutto chiusa rispetto a questo tipo di problematica, si possono apprezzare nella giusta misura la sensibilità e la vasta erudizione che caratterizzano le posizioni dell'autore della *Teoria generale*, non a caso di

([168]) Cfr. R. E. PALMER, *Hermeneutics* cit., pp. 46-65; E. HUFNAGEL, *Einführung in die Hermeneutik* cit., pp. 128-148.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

frequente impegnato in una dura polemica nei confronti soprattutto di Croce e della sua scuola ([169]).

In sede consuntiva non può tuttavia non essere ricordata anche quella parte dell'opera bettiana che più chiaramente mette a nudo i limiti di un pensiero mai divenuto veramente padrone della dimensione problematica in cui le fondamentali domande dell'ermeneutica contemporanea vennero a porsi. È stato detto, e lo abbiamo ricordato, che nocque forse all'impostazione di Betti un certo eccesso polemico; ed è senz'altro vero. Ma almeno altrettanto, e forse ancora di più, nocque alla chiarificazione e alla composizione delle fondamentali istanze del suo pensiero un vero e proprio eccesso di erudizione, una scarsa capacità di dominare i diversi stimoli e di ricondurre ad unità le divergenti suggestioni. È per questo che il lettore della pagina bettiana — quanto meno dei suoi scritti sull'ermeneutica — non può fare a meno, talora, di avvertire un certo smarrimento di fronte alla molteplicità dei riferimenti contrastanti, che se da un lato attestano l'enorme sforzo culturale compiuto dallo studioso italiano, tradiscono dall'altro la mancanza di un disegno speculativo rigoroso, all'interno del quale soltanto essi potrebbero aspirare a divenire elementi dialettici di un discorso critico unitario.

Intimamente connessa a questo limite appare poi, dal punto di vista dei contenuti, la sostanziale oscillazione del pensiero bettiano tra esigenze contrastanti, rispetto alle quali né l'opera maggiore, né quelle successive mostrano una consapevole e chiara scelta di campo. Lungi dal maturare tale scelta e in assenza di ogni tentativo volto ad operare una sintesi tra le posizioni antagonistiche, il nostro autore si limita ad accostare i punti di vista in contrasto, troppo spesso accontentandosi — come è stato giustamente rilevato ([170]) — di soluzioni puramente verbali, che lasciano del tutto inalterato il carattere antinomico delle istanze avvicinate, ma non risolte in una effettiva unità. L'esempio più

([169]) Cfr. G. RIGHI, *L'opera principale di Emilio Betti e la cultura italiana nel nostro secolo*, in AA. VV., *Studi in onore di Emilio Betti*, vol. I cit., pp. 429-475.

([170]) Cfr. E. HUFNAGEL, *Einführung in die Hermeneutik* cit., p. 163. Sul medesimo aspetto richiamano l'attenzione L. KREISER e W. LORENZ nella loro recensione alla bettiana *Allgemeine Auslegungslehre* cit., in « Deutsche Zeitschrift für Philosophie », 18 (1970), pp. 1004-1007.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

significativo di tale atteggiamento è senza dubbio costituito dalla posizione assunta da Betti nei confronti dell'antinomia tra la richiesta di « oggettività » e il riconoscimento della « soggettività » dell'interpretazione, ma non sarebbe difficile mostrare come la stessa oscillazione osservata in quel contesto caratterizzi ovunque la posizione del nostro autore in riferimento ad esigenze e principi contrapposti: del realismo e dell'idealismo, della recettività e della spontaneità, dell'accertamento e della rappresentazione, della ricognitività e della normatività, e così via.

Chi volesse cercare di rendere ragione della insistenza con cui Betti pose fin dall'inizio della propria teoria ermeneutica il problema della « oggettività » dell'intendere, ritenendo di poter fare appello, a tale scopo, alla oggettività ideale dei valori, non potrebbe infatti non rammentare che tale ricorso risponde in primo luogo al bisogno di ancorare l'intero processo conoscitivo e teleologico dell'umanità — rispetto al quale, è bene non dimenticarlo, Betti considerò sempre l'interpretazione come un momento essenziale, ma subordinato e interno — ad un significato che trascendesse sia i singoli individui, sia la somma delle loro oggettivazioni spirituali, o — per parlare il linguaggio della *Teoria generale* — delle loro « forme rappresentative ». E chi volesse, cercando di portare avanti questa analisi, interrogarsi circa i motivi che dettarono a Betti l'assunzione di tale esigenza a elemento centrale del proprio pensiero, non potrebbe certo sottovalutare il fatto che egli fu senza dubbio studioso di vasti interessi e di formazione poliedrica, ma restò pur sempre legato, innanzi tutto, all'esperienza umana del diritto, avvertendo perciò con particolare acutezza la necessità di garantire il valore metasoggettivo e la costanza dei rapporti interindividuali, che gli apparivano minacciosamente ridotti alla sfera della soggettività da larga parte del pensiero filosofico e giuridico contemporaneo. In tale inquietudine, del resto, sappiamo che Betti non era solo, potendo contare sull'incontro con tendenze importanti della riflessione del nostro secolo, dalle quali il suo impegno volto a riconquistare e garantire l'oggettività dei valori doveva essere profondamente sollecitato e influenzato. Non v'è dubbio, così, che il realismo critico di Hartmann e l'etica materiale dei valori di M. Scheler, insieme con la ricerca fenomenologica di Husserl, rappresentarono per lui

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rilevanti ed autorevoli conferme delle sue tendenze antirelativistiche e gli offrirono, soprattutto con Hartmann, strumenti concettuali che esprimevano in forma rigorosamente sistematica il tentativo di pervenire ad una fondazione universale dei risultati conseguibili sia nell'attività conoscitiva che in quella pratica.

Da un lato, tuttavia, il ricorso alla hartmanniana « oggettività ideale » dei valori in funzione di struttura fondante l'oggettività del processo conoscitivo e teleologico, prima ancora che interpretativo, doveva rivelarsi alla lunga problematico, esponendo la *Teoria generale dell'interpretazione* a difficoltà analoghe a quelle incontrate dall'*Etica*, oltre che dalla *Fondazione dell'ontologia*, del filosofo tedesco: difficoltà consistenti essenzialmente nella crescente consapevolezza, attestata dalla critica, del carattere fittizio della estensione ai valori, per via puramente analogica, di quella oggettività ideale che Husserl aveva faticosamente conquistato a partire dalle *Ricerche logiche* soltanto per gli enti matematici e logici ([171]). Dall'altro la sovrapposizione a quest'impianto originario di motivi dell'ermeneutica storicistica e romantica, con i suoi problemi di immedesimazione, trasposizione e integrazione, era destinata a creare irrimediabilmente un attrito insanabile con l'impostazione realistica del problema conoscitivo, determinando — in assenza di un concreto disegno unificante le istanze contrapposte — quella singolare contraddittorietà dell'argomentazione, che abbiamo avuto modo di evidenziare più volte in precedenza. Non è dunque tanto nella indicazione di tangibili risultati positivi del suo lungo, enciclopedico lavoro che noi riteniamo di poter additare — quanto meno da un punto di vista filosofico — il significato permanente della riflessione ermeneutica di Betti; essenziale ci sembra, piuttosto, la sua funzione di battistrada, la sua opera pionieristica in un vasto campo d'indagine, al quale la cultura italiana era rimasta fino ad allora sostanzialmente estranea. Funzione che egli assolse con grande dedizione, che gli valse

---

([171]) Su questo problema, centrale per il pensiero di Hartmann e, conseguentemente, per la fondazione dell'ermeneutica bettiana si vedano i rilievi critici di F. BARONE, *Nicolai Hartmann nella filosofia del Novecento* cit., pp. 158-161 e di K. KANTHACK, *Nicolai Hartmann und das Ende der Ontologie*, Berlin, 1962, pp. 137-148.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

importanti riconoscimenti internazionali ([172]) e che consente ancora oggi di guardare ai suoi scritti come ad un punto di riferimento, ad una efficace sintesi dei problemi, se non delle soluzioni, con i quali la riflessione sui procedimenti interpretativi è chiamata anche nel nostro tempo a misurarsi.

([172]) Cfr. K. OEDINGEN, *Zu Emilio Bettis Teoria Generale della Interpretazione*, in « Kant-Studien », 50 (1958), pp. 230-233, e soprattutto H. G. GADAMER, *Hermeneutik und Historismus* (1961), ora in appendice alla 2ª ed. tedesca nel suo *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1965, pp. 477-512 (su Betti: pp. 482-484).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ANTONIO DE GENNARO

EMILIO BETTI: DALLO STORICISMO IDEALISTICO ALL'ERMENEUTICA

1. La novità dell'impostazione metodologica di Betti, a proposito dell'uso della dogmatica contemporanea nella storia del pensiero giuridico romano, e l'influenza dello storicismo idealistico crociano. — 2. La polemica, in base a quest'ultimo, con Pietro De Francisci. — 3. La crisi dello storicismo idealistico crociano nel secondo dopoguerra e la *Teoria generale della interpretazione*. — 4. La teoria generale dell'interpretazione di Betti e l'ermeneutica storica contemporanea nata dalla crisi dello *Historismus* tedesco: Bultmann e Gadamer.

1. La prolusione milanese di E. Betti del 1927, *Diritto romano e dogmatica odierna*, era stata immediatamente al centro — per la novità dell'impostazione metodologica, di chiara derivazione crociana — di una vasta discussione.

Betti aveva sostenuto che nella ricostruzione storica della dogmatica romana era impossibile prescindere dalla « dogmatica odierna », affrettandosi però immediatamente a chiarire — a scanso di equivoci — che cosa dovesse intendersi con quest'ultima espressione. Dogmatica odierna era in realtà sinonimo di « mentalità giuridica odierna: vale a dire, quella *preparazione*, che un giurista della nostra epoca porta — in quanto tale — nella conoscenza del fenomeno giuridico in genere » (1).

Nella conoscenza storica del diritto pertanto, accadeva quel che Croce appunto aveva messo in luce per la conoscenza storica dell'opera d'arte: « Riprodurre in sé un'opera d'arte, vuol dire guardarla, per quanto è possibile, dal punto di vista dell'autore

(1) Cfr. E. Betti, *Diritto romano e dogmatica odierna*, (in *Archivio giuridico*, 1928, vol. XCIX, pp. 129-50; vol. C, pp. 26-66), p. 140.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e ricrearla, rifarne entro di sé la genesi e il processo creativo » (2). Soltanto che tale processo di « ricreazione » presupponeva — paradossalmente — lo stesso carattere storicamente condizionato dell'interprete: « l'efficacia espressiva d'opere d'arte anche sublimi non è qualcosa d'immutabile, di superiore al tempo, allo spazio e alle condizioni individuali, ma è, anzi, *storicamente condizionata*. Condizionata così dalla *capacità intuitiva* dell'osservatore come dalla sua *preparazione specifica* » (3).

Come rilevava immediatamente Alessandro Levi in uno dei primi interventi sulla prolusione di Betti, era evidente che quest'ultimo riteneva, insieme a Croce, che « l'interesse storico — com'è indubbiamente anche quello che ci muove a studiare il diritto romano — è, e non può non essere, ' un interesse della vita presente '; e, pertanto, che la stessa storia (largamente intesa) del diritto romano è pur sempre una storia ' contemporanea ', nel senso crociano di tale espressione, vale a dire nel senso che — uso, appunto, parole del Croce (...) — ' il fatto, del quale si tesse la storia, vibri nell'animo dello storico ' » (4).

Ma era stato lo stesso Betti ad enunciare chiaramente quello che gli pareva l'insegnamento fondamentale dello storicismo idealistico crociano: « Il processo conoscitivo suppone (...) due termini: il soggetto e l'oggetto. Ora, non si tratta — diciamolo chiaro — di disconoscere la storicità dell'oggetto. Si tratta di riconoscere la storicità del soggetto: di riconoscere cioè, che noi moderni non possiamo saltare a piè pari diciassette secoli di tradizione giuridica e immaginarci di uscir fuori dalla nostra mentalità, quale si è formata attraverso questa imponente tradizione » (5).

Soltanto che, mentre in tutti i campi della storiografia idealistica crociana tale « contemporaneità » relegava pur sempre l'attività concettuale-astratta nella sfera meramente « pratica », Betti aveva sostenuto che nella storia del pensiero giuridico romano essa operava proprio mediante gli schemi o i concetti della dog-

---

(2) *Ibid.*, p. 131.

(3) *Ibid.*, p. 132.

(4) Cfr. A. LEVI, *Pandettistica, dogmatica odierna e filosofia del diritto*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1930, pp. 264-65.

(5) *Diritto romano e dogmatica odierna*, cit., p. 147.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

matica giuridica, pur non potendosi certo ritenere questi ultimi « rigidi e immoti, compiuti e sufficienti a sé stessi » (6).

Perciò mentre Croce, in una recensione pur favorevole allo scritto di Betti, poteva affermare che il problema dell'applicabilità o meno dei concetti della dogmatica giuridica attuale alla storia della scienza giuridica romana o storia del pensiero giuridico romano, era del tutto analogo a quello circa l'applicabilità o meno della « poetica moderna » alla « storia della poesia dei tempi passati, e, per es., di quella romana »; e che come quest'ultima « applicazione » — a rigore — non era possibile, così era del pari impossibile la prima, giacché in un caso e nell'altro bisognava, in realtà, non già « applicare » i rispettivi schemi nella ricostruzione storiografica bensì soltanto « giovarsene »; e che infine tutto ciò avrebbe reso desiderabile — secondo Croce — un maggior approfondimento — da parte di Betti — del carattere in generale di quei « concetti classificatorî », i quali non si applicavano mai « totalmente o rigidamente, neppure nel diritto attuale o nella poesia odierna, ma sono soltanto, come si è detto, strumenti di orientazione » (7) — Betti, nella sua risposta ad alcuni critici, ribadiva, al contrario, che soltanto « attraverso la loro propria qualificazione dogmatica rapporti e istituti giuridici acquistano per noi determinatezza, *significato* e *valore*: solo in termini di dogmatica essi *parlano* a noi il loro linguaggio, esprimono la loro logica. La dogmatica, qui, ci dà veramente gli *occhi* per vedere. Una ricostruzione storica del diritto che non fosse condotta alla luce della dogmatica, sarebbe una storia *cieca*, cioè meramente erudita, senza alcun interesse attuale » (8).

L'adesione di fondo tuttavia, che egli continuava a prestare allo storicismo idealistico crociano, spingeva Betti a non approfondire il contrasto che già si profilava inevitabile a proposito del più preciso valore, « pratico » o teoretico, da attribuire a quei concetti della dogmatica giuridica in quanto scienza « naturalisti-

---

(6) *Ibid.*, p. 145.

(7) Cfr. *La Critica* (XXVIII, 1930); ora in *Conversazioni critiche*, serie IV, Bari, 1932, pp. 184-85.

(8) Cfr. E. BETTI, *Educazione giuridica odierna e ricostruzione del diritto romano*, in *Bull. istit. dir. rom.*, vol. XXXIX, 1931, p. 69.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ca », sulla cui funzione « strumentale » tanto egli che il Croce sembravano essere d'accordo (9).

Quest'ultimo, nella citata recensione, aveva osservato come il problema affrontato da Betti appartenesse, in realtà, ai « problemi generali del pensiero storico », per comprendere e risolvere i quali era necessario uscire dalle singole « specialità » di cui si era cultori (10); mentre Betti rispondeva proprio avanzando l'esigenza di una distinzione.

Pur aderendo verbalmente all'affermazione di Croce circa il carattere « generale », cioè non limitato a questa o a quella disciplina storiografica, del problema dei rapporti tra storia e dogmatica, egli proponeva di distinguere tra storia della poesia o dell'arte e storia del pensiero giuridico, in base appunto alla « *differenza* dell'*ufficio* » delle rispettive « dogmatiche » (11). Un'opera di poesia infatti, o in genere un'opera d'arte, parlava « benissimo a noi il suo linguaggio essenziale, senza che ci sia alcun bisogno, per chi voglia penetrarne il significato e il valore, di ricorrere alle qualifiche, meramente estrinseche, dei generi letterari o artistici » (12). Mentre — in altri termini — il fenomeno artistico si esauriva nella « concreta intuizione dell'individuale », l'astrazione, cioè il procedere per « classificazione » di fattispecie e per « tipizzazione » di effetti giuridici, era essenziale al diritto, a tutto il diritto, tanto del passato che del presente (13).

Anzi era proprio questo il motivo per cui, pur adempiendo le categorie della dogmatica giuridica contemporanea un ufficio essenzialmente diverso nella interpretazione storica e in quella di

---

(9) Rispondendo infatti ad un aspro attacco del Biondi, BETTI scriveva « Accade a chi propugna un nuovo indirizzo o un punto di vista metodico non ancora praticato o apprezzato in un particolare ordine di studî, di essere più presto inteso da chi a quegli studî è estraneo, che non da coloro che ne sono cultori » (*Educaz. giur.*, cit., p. 33); e citava appunto l'intervento del Levi e la già vista recensione del Croce, la quale ultima anzi riproduceva in nota per intero (*ibid.*, pp. 65-67). Sui giovanili interessi per la storia della filosofia e in genere delle idee o del pensiero, e sul ruolo in tale sua formazione dello storicismo idealistico crociano, cfr. di BETTI, *Notazioni autobiografiche*, Padova, 1953, soprattutto pp. 6-17.

(10) *Convers. crit.*, IV, cit., p. 183.

(11) *Educaz. giur.*, cit., p. 67.

(12) *Ibid.*, pp. 68-69.

(13) *Ibid.*, pp. 69-70.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un diritto vigente — e cioè, rispettivamente, prevalentemente conoscitivo nel primo caso, anche « pratico » o « normativo » nel secondo (14) — l'una e l'altra non potevano tuttavia non prestarsi reciprocamente « aiuto ». E, a quest'ultimo proposito, Betti non aveva neppure mancato di arrecare, fin da adesso, un esempio concreto: era stata proprio la romana « successio in locum » ad ispirare il suo studio sul concetto di surrogazione e sulla natura giuridica della girata dei titoli all'ordine (15).

2. Si comprende quindi come, in base a tali premesse, la polemica di Betti dovesse dirigersi non soltanto contro quegli storici del diritto romano, come ad es. De Francisci, i quali svalutavano l'importanza della dogmatica nella ricostruzione storica di quest'ultimo; ma anche contro quanti si erano avvalsi della dogmatica contemporanea per compiere, in tale ricostruzione, « esagerazioni antistoriche nel senso di sopraffare l'oggetto osservato » (16).

In una importante prolusione del 1923, De Francisci infatti aveva visto nella conoscenza storica del diritto non soltanto « un correttivo di visione e una difesa contro le insidie che si nascondono nella dogmatica », ma era giunto ad una vera e propria svalutazione di quest'ultima, negando fra l'altro recisamente l'« opportunità » della ricostruzione dogmatica di un diritto non più vigente (17).

Innanzitutto — secondo De Francisci — se la conoscenza dogmatica del diritto, così come ogni altra disciplina scientifica, era una conoscenza « sistematica », procedeva cioè mediante classificazioni e definizioni delle norme positive e attraverso la « sussunzione logica » dei risultati così ottenuti entro concetti e schemi più ampi e generali, tuttavia occorreva tener ferma anche una essenziale differenza: « Mentre i principî fissati dalle altre

---

(14) *Diritto romano e dogmatica odierna*, cit., pp. 28-29.

(15) *Ibid.*, p. 64.

(16) *Ibid.*, pp. 30-31, 52, 60, dove Betti — a quest'ultimo proposito — citava il Checchini, il Cogliolo, e per la parte dedicata al diritto romano, anche J. GOLDSCHMIDT di *Der Prozess als Rechtslage* (1925).

(17) Cfr. P. DE FRANCISCI, *Dogmatica e storia nell'educazione giuridica*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1923, p. 383.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scienze hanno valore solo per la conoscenza, quelli stabiliti dalla dogmatica giuridica hanno, o vogliono avere, una *vis ac potestas* », ossia anche una funzione pratica o normativa ([18]).

Ciò permetteva appunto di mettere in luce i limiti o pericoli delle costruzioni dogmatiche: in primo luogo, queste ultime assumevano principalmente ad oggetto le fonti formali del diritto, cioè in pratica « la norma di legge », ed il loro unico scopo consisteva nella « investigazione della volontà e dei principii contenuti nelle norme legislative » ([19]). Senonché, come avevano messo in luce le moderne correnti antiformalistiche — da Ehrlich a Gény — ogni ordinamento giuridico, in realtà, era formato sempre da diverse « stratificazioni », le quali corrispondevano alle diverse origini degli istituti, alle diverse classi sociali, alle diverse influenze storiche, ecc. Conseguentemente, in ogni sistema giuridico, vi era tutta una serie di regole e di princìpi affatto inconciliabili con la « logica » di esso, quale veniva messa in luce e ricostruita dalla dogmatica. Si trattava perciò di elementi che — secondo De Francisci — dovevano francamente essere chiamati « più che anormali, irrazionali », ma la cui funzione era importantissima. Talvolta infatti essi rappresentavano semplicemente le tappe precedentemente percorse dal sistema in questione, costituivano cioè meri « rudimenti storici » del passato, ma altre volte invece erano le prime avvisaglie di princìpi nuovi, destinati ad affermarsi nel futuro, e nei cui confronti quindi il giurista che volesse avere l'« orecchio aperto alle voci della vita », doveva prestare tutta la propria attenzione: « sacrificando i suoi schemi logici e le sue costruzioni concettuali, convincendosi che esse hanno carattere contingente ed empirico e che non sono se non schematizzazioni di valore economico (secondo il concetto del Mach) » ([20]).

Il secondo pericolo insito nelle costruzioni dogmatiche, il quale era una diretta conseguenza del primo, consisteva nella tendenza alla assolutizzazione delle proprie categorie, essendo queste ultime ricavate mediante un procedimento di logica astratta, in cui spesso andava perduto lo scopo pratico degli istituti. Ma se già

([18]) *Ibid.*, p. 377.
([19]) *Ibid.*, pp. 378-79.
([20]) *Ibid.*, pp. 380-81.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

le norme giuridiche costituivano in realtà delle astrazioni rispetto ai concreti e sempre nuovi « fenomeni giuridici », tanto più le costruzioni dogmatiche innalzate esclusivamente su di quelle, dovevano adeguarsi al rapido mutare di tali fenomeni, se non volevano ridursi « a vuote formule concettuali, librate nel cielo delle astrazioni al di sopra della realtà e dei fatti » (21).

Nei confronti di tali pericoli o limiti della dogmatica, la storia del diritto costituiva — come già si è detto — un necessario « correttivo ».

Per essa infatti — in primo luogo — le norme giuridiche, che erano contemporaneamente espressioni di volontà del legislatore e astrazioni concettuali, non rappresentavano il termine ultimo della ricerca, ma soltanto degli « indici », contingenti e imperfetti, dei concreti fenomeni giuridici. Conseguentemente, per la storia giuridica, il diritto formulato nella legge non esauriva in sé tutto il mondo del diritto, al contrario « ogni rapporto della vita ha un suo scopo particolare e quindi una sua essenza obiettiva, che ne rappresenta la *ratio naturalis* variabile a seconda del tempo e del luogo » (22).

Come aveva messo in luce infatti Levin Goldschmidt fin dal 1874, esisteva un « diritto naturale o razionale o ideale (*ius naturale, ius naturae*), che è l'insieme di quei principî giuridici che corrispondono alla natura razionale dell'uomo e all'intima natura delle cose (*naturalis ratio*). Questo vero diritto naturale, non immaginato, non estratto dalla ragione, ma dalla natura razionale degli uomini e dei loro rapporti di vita e su questi realmente fondato, e quindi non eterno e immutabile, è *immanente* nei rapporti umani ». Levin Goldschmidt poteva quindi essere considerato il vero precursore di quel moderno « diritto naturale a contenuto variabile », che accomunava autori contemporanei per altri aspetti tanto diversi come uno Stammler e un Duguit, e che di recente era stato rivendicato anche in Italia da Del Vecchio, Asquini, Gangi, ecc. (23).

---

(21) *Ibid.*, p. 381.

(22) *Ibid.*, pp. 385-86.

(23) *Ibid.*, p. 385; sul dibattito — cui De Francisci accennava — seguito alla famosa prolusione di G. Del Vecchio (*Sui principî generali del diritto*, 1921;

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Circa l'altro pericolo insito nelle costruzioni dogmatiche, la storia del diritto serviva parimenti ad « evitare che i simboli onde la dogmatica si vale abbiano ad essere accolti come concetti universali e verità assolute, anziché come costruzioni approssimative e contingenti, per far presente infine come non da quelle formule e da quegli schemi possa essere chiusa e limitata la vita e come non da esse, con sillogismi, ma dalla realtà medesima debbano trarsi i criteri per l'ulteriore svolgimento del diritto » ([24]).

Benché De Francisci protestasse a più riprese che un tale indirizzo non si risolveva affatto in una sostanziale svalutazione della dogmatica e affermasse di non condividere l'« estremismo » di un filosofo ad es. come Vaihinger, il quale riteneva le costruzioni di quest'ultima mere « finzioni » sprovviste di « ogni valore *scientifico* », tuttavia prendendo posizione contro l'indirizzo ad es. di uno storico quale Checchini, era costretto ad ammettere: « estremismo per estremismo, confesso che preferisco il relativismo del Vaihinger alla tesi del Checchini » ([25]).

Nell'ambito dei rapporti così delineati fra storia del diritto e dogmatica giuridica in generale, una particolare importanza — secondo De Francisci — acquistava la storia del diritto romano. Quest'ultima infatti era in grado di mostrare non già il reciproco condizionamento — come sosteneva Betti — ma la vera e propria identità immediata esistente fra costruzioni dogmatiche dei giuristi romani e diritto positivo romano. Ciò in quanto — secondo De Francisci — la « logica » giuridica dei primi era « induttiva ed empirica »: muoveva dai fatti alle generalizzazioni e non viceversa, e una volta pervenuta ad un'idea generale non ne rimaneva « schiava », non presumeva di « aver esaurito per sempre la ricerca », ma la considerava una « formula riassuntiva valida solo in relazione ai fatti sui quali è costruita », uno « strumento di lavoro » insomma e non un « dogma ». L'indirizzo dei giuristi romani era stato perciò un indirizzo consapevolmente antiformalistico e antidogmatico, essi erano stati addirittura dei « pragmatisti » avanti let-

---

ora in *Studi sul diritto*, 2 voll., Milano, 1958, vol. I, pp. 207-70), rimando a A. De Gennaro, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, Milano, 1974, pp. 575-89.

([24]) *Ibid.*, p. 389.

([25]) *Ibid.*, p. 382.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tera, « per i quali il criterio della verità contenuta in una formula o della bontà di un istituto è dato dalla loro applicabilità ed utilità » (26).

Una netta « discontinuità » perciò — secondo De Francisci — esisteva fra l'indirizzo dei giuristi romani classici e quello dei giuristi bizantini che avevano influenzato il sistema giustinianeo, ai quali appunto si riallacciava invece la moderna dogmatica. Tale opposizione poteva essere avvicinata a quella — altrettanto netta — esistente tra giuristi europei e giuristi inglesi. Anche questi ultimi infatti rifuggivano « dalla costruzione sistematica » e tendevano invece soprattutto « a scoprire per ciascun caso la soluzione più conforme alla natura delle cose: elaborare teorie generali sarebbe opera ardua ed è, per giunta, ripugnante alla loro mentalità » (27).

Per Betti invece l'utilizzazione della dogmatica moderna nella ricostruzione storica della scienza giuridica romana, doveva servire indubbiamente a segnalare le differenze tra la prima e quella dei giuristi romani classici — e perciò anche tra l'indirizzo di questi ultimi e l'indirizzo dei giuristi bizantini e medioevali — ma non poteva neppure fare a meno di rilevare le analogie. Il carattere infatti storicamente condizionato di entrambi i termini della conoscenza storica, del soggetto cioè non meno dell'oggetto, imponeva di considerare analogie e differenze nell'ambito pur sempre della « continuità » di tutta la storia del diritto romano nelle sue varie fasi (28). Mentre Betti infine — pur intuendo l'esistenza di un nesso fra ricostruzione storica della dogmatica romana e costruzione dogmatica del diritto vigente, attestato fra l'altro dalla sua personale esperienza — aveva però in ogni caso escluso, non essendo ancora in grado di indicare il carattere preciso di tale nesso, che si trattasse di un rapporto di identità immediata (29), proprio a quest'ultimo tipo di rapporto invece accennava De Francisci alla fine del suo scritto, rivelando in tal modo l'ispirazione più profonda di esso.

---

(26) *Ibid.*, p. 391.

(27) *Ibid.*, pp. 392-95; in particolare p. 393.

(28) *Diritto romano e dogmatica odierna*, cit., pp. 32-57.

(29) Aveva parlato infatti — come abbiamo visto (note 14 e 15) — di un

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Secondo De Francisci, lo scopo ultimo infatti della storia del diritto romano così intesa, era quello di fornire « criteri più precisi per l'interpretazione, l'integrazione e lo svolgimento del nostro diritto positivo, che deve in tanta parte rinnovarsi, *ma organicamente e secondo la tradizione nostra*, se vuol essere un fattore vivo e fecondo della cultura e del progresso nazionale ». Questo compito poi era particolarmente urgente nel presente momento storico, « in cui vediamo crollare l'uno sopra l'altro ordinamenti che ci parvero un giorno insuperabili, in cui da ogni lato vanno sorgendo nuove tendenze spirituali e nuove concezioni economiche e politiche », e nel quale quindi dovere del giurista era « quello di preparare l'animo a intendere le nuove correnti della vita » (30).

Possiamo facilmente capire adesso perché, rispondendo direttamente a Betti nel 1931 — in uno scritto apparso però solo nel 1936 — De Francisci potesse giudicare viziato da cima a fondo il metodo proposto dal primo, in virtù del « punto di partenza erroneo » consistente nella « distinzione fra un diritto positivo che sarebbe in sè e per sè (...) e il diritto quale sarebbe stato pensato, costruito dai Romani e in particolare dai giuristi romani ». Donde la conclusione perentoria: « A me tale pretesa appare illegittima: e perciò ritengo inaccettabile l'indirizzo propugnato » (31). De Francisci rendeva anche ancora più esplicito il presupposto di fondo del suo atteggiamento nei confronti della dogmatica: « Se la dogmatica è necessaria, malgrado ciò ha pur sempre valore limitato e relativo; e questo sperimentiamo ogni giorno, quando vediamo i dogmatici completamente disorientati di fronte alla rapida trasformazione dello stato fascista e del suo diritto: e questo perché, senza volerlo, essi sono trascinati ad attribuire ai loro concetti un valore che non hanno e perché l'*alfabeto* del quale si servono non può servire a rappresentare tutta la storia », e citava a tal proposito uno scritto, ampiamente elogiativo del proprio metodo, di Arnaldo Volpicelli (32).

---

reciproco aiuto o scambio di « benefici » tra diritto romano e dogmatica attuale (*Diritto romano*, cit., pp. 64-65).

(30) *Dogmatica e storia*, cit., pp. 396-97.

(31) Cfr. P. De Francisci, *Questioni di metodo* (1931), in *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, 4 voll., Palermo, 1936, vol. I, pp. 9 e 15.

(32) *Questioni di metodo*, cit., p. 17. Lo scritto del Volpicelli che De Fran-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Inaugurando nel 1932, nella sua qualità di ministro della giustizia, il I Congresso giuridico italiano promosso dal Sindacato nazionale fascista degli avvocati e procuratori, De Francisci, dall'affermazione che la « interpretazione e applicazione del diritto, la determinazione dei principii, la stessa costruzione del sistema si compiono (...) sulla base di giudizi di valore dipendenti da una determinata situazione storica, da una speciale concezione della realtà sociale, da un particolare momento politico », ricavava la conseguenza che la dogmatica giuridica, come era venuta configurandosi nel sec. XIX e nei primi decenni del nostro, era una « dogmatica intimamente permeata dai massimi principii dell'individualismo liberale »; la quale perciò, dopo il trionfo della « rivoluzione fascista », doveva considerarsi definitivamente tramontata in Italia. Né era in alcun modo valida — secondo De Francisci — l'accusa di confondere in tal modo diritto e politica, giacché in realtà conoscenza ed azione, diritto ed economia, politica e arte costituivano, isolatamente presi, momenti astratti, tra i quali occorreva procedere ad una sintesi o unificazione immediata: « non esito ad affermare quale elemento caratteristico della nostra dottrina la preminenza del momento politico, considerato come unità degli altri momenti singoli, come sintesi di attività che l'analisi critica può anche esaminare come sezioni autonome, ma che sono inscindibili nella vita dello spirito » (33).

---

cisci citava (p. 18), era *Storia e scienza del diritto. Il programma di un romanista e il principio ricostruttivo di una nuova giurisprudenza*, in *Nuovi Studi di dir. econom. e polit.*, 1930, pp. 286-91. Di questa rivista, diretta da Spirito e Volpicelli, De Francisci figurava anche tra i « collaboratori principali ».

(33) Cfr. P. DE FRANCISCI, *Per la formazione della dottrina giuridica italiana*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1932 (pp. 581-97), in particolare pp. 586-89. È interessante osservare come a tale discorso di DE FRANCISCI (apparso con il tit. *Ai giuristi italiani* anche in *Nuovi Studi di dir. econom. e polit.*, 1932, pp. 269-84) — il cui significato l'autore stesso aveva sintetizzato con l'espressione: « A realtà nuova, dogmatica nuova » — la *Riv. dir. pubb.* facesse immediatamente seguire un aspro attacco di Carnelutti alla relazione presentata da Arnaldo Volpicelli al II Convegno di studi sindacali e corporativi di Ferrara del maggio 1932, cfr. F. CARNELUTTI, *Intorno ai presupposti scientifici del diritto corporativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1932, pp. 598-603. L'articolo di Carnelutti era accompagnato dalla seguente nota redazionale: « Alla tendenza radicalmente distruttrice della tradizionale dogmatica giuridica è bene opporre quella riformatrice e integratrice, espressa in ma-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

3. La prolusione del '27 di Betti doveva costituire il primo avvio per lui ad una vera e propria teoria generale dell'interpretazione (34), diretta ad unificare, nell'ambito di un'unica ermeneutica storica, qualsiasi forma di interpretazione, e perciò, in primo luogo, interpretazione storiografico-giuridica e interpretazione di un diritto vigente. Se pertanto la prolusione del '27 aveva messo in luce il carattere interpretativo, cioè storicamente condizionato mediante l'uso stesso della dogmatica giuridica contemporanea, della storia del pensiero giuridico; si trattava adesso — onde pervenire appunto ad una teoria generale dell'interpretazione o ermeneutica storica — di mostrare innanzitutto il carattere storico della interpretazione di un diritto vigente. Ciò che Betti si accingeva a fare in uno scritto del 1948 (35).

---

niera così alta e autorevole in queste pagine dell'insigne professore dell'Ateneo di Padova », dalla quale appunto traspariva chiaramente l'allusione allo stesso De Francisci, come d'altronde rilevava immediatamente Volpicelli nella sua replica a Carnelutti, cfr. A. VOLPICELLI, *Risposta al Prof. Francesco Carnelutti* (1932), ora in *Corporativismo e scienza giuridica*, Firenze, 1934, pp. 62-91.

Sull'affinità tra queste idee di De Francisci e quelle del filone irrazionalistico o gentiliano (G. Maggiore, A. Volpicelli, ecc., esplicitamente richiamati) della filosofia del diritto italiana tra le due guerre improntata allo storicismo idealistico, cfr. il mio *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, cit., soprattutto pp. 362-70 e 383-87. Sulla prolusione milanese di Betti e sul dibattito seguitone soprattutto con De Francisci — che costituisce uno dei momenti nodali del pensiero giuridico italiano del Novecento — cfr. G. GIACOMAZZI, *Problemi fondamentali del diritto (Indagini critiche)*, Palermo, 1935, pp. 163-87; E. PARESCE, voce *Dogmatica giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, Milano, 1964, pp. 678-712; R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1963², pp. 420-25. Per una successiva attenuazione nel secondo dopoguerra — per le ragioni che vedremo più avanti — del dissenso di De Francisci nei confronti del metodo di Betti, cfr. del primo *Punti di orientamento per lo studio del diritto*, in *Riv. ital. per le scienze giur.*, 1949, pp. 89-97; e soprattutto *E. Betti e i suoi studi intorno all'interpretazione*, *ibid.*, 1951, pp. 46-49.

(34) Cfr. E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, 2 voll., Milano, 1955 (ed *ivi*, nella *Prefazione*, il richiamo alla prolusione del '27); cfr. anche l'ediz. tedesca *Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften*, Tübingen, 1967.

(35) Cfr. la prolusione al corso di diritto civile tenuto da Betti nel 1948-1949 all'Università di Roma, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, in *Riv. ital. per le scienze giur.*, 1948, pp. 34-92; in seguito da Betti considerata un vero e proprio « manifesto ermeneutico », cfr. l'ediz. tedesca *Zur Grundlegung einer allge-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Secondo Betti, era in campo giuridico e in particolar modo in quello civilistico, che si era verificata l'« emersione storica » di alcuni canoni ermeneutici fondamentali, i quali erano comuni in realtà — come vedremo — anche all'interpretazione storiografica e quindi addirittura ad una teoria generale dell'interpretazione in quanto ermeneutica storica. Tali canoni erano: 1) quello della « autonomia » o « immanenza » del critero ermeneutico, diretto cioè al rispetto delle caratteristiche proprie dell'oggetto da interpretare; 2) quello della sua « totalità » e « coerenza », volto a mettere in luce il nesso o la reciproca correlazione fra il tutto e le parti di quest'ultimo; 3) il canone che emergeva con particolare evidenza dalla necessità di integrare una determinata disciplina legale lacunosa quando ricorreva la « eadem utilitas », e che poteva essere chiamato dell'« attualità dell'intendere »; 4) il canone infine per il quale tale necessaria « attualità dell'intendere » da parte dell'interprete, non doveva sovrapporsi o violentare l'oggetto interpretato, ma stabilire con quest'ultimo un rapporto di « corrispondenza o consonanza ermeneutica », onde appunto poteva essere detto canone dell'« adeguazione dell'intendere » ([36]).

Ora, di tali canoni ermeneutici, i primi due riguardavano l'oggetto da interpretare, mentre gli altri concernevano invece propriamente il soggetto o interprete. L'antinomia — in altri termini — che caratterizzava l'interpretazione giuridica, era quella tra soggetto ed oggetto: tra il canone cioè della « totalità e coerenza » nella direzione dell'oggetto, e quello della « adeguazione dell'intendere » nella direzione del soggetto.

Ma tale antinomia, appunto, non era propria soltanto dell'interpretazione giuridica, bensì concerneva anche l'interpretazione storiografica. Anche in quest'ultima infatti, da una parte, « si pone all'interprete un'esigenza di *oggettività*, in quanto la riproduzione, il ripensamento, deve essere il più possibile aderente e fedele al valore espressivo della forma rappresentativa che si tratta d'intendere: un'esigenza, pertanto, di subordinazione. Ma d'altronde tale oggettività non è attuabile se non attraverso la *soggetti-*

---

meinen Auslegungslehre: ein hermeneutisches Manifest, in *Festschrift für E. Rabel*, II, Tübingen, 1954, pp. 79-168.

([36]) *Ibid.*, pp. 44-57.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vità dell'interprete, mercè la sua sensibilità di quel valore espressivo e la sua capacità di risalire ad un grado di consapevolezza che ad esso si adegui » (37).

Ne conseguiva, circa i rapporti fra interpretazione giuridica e interpretazione storiografica — con particolare riguardo, come vedremo tra breve, alla storia del pensiero giuridico — che il momento conoscitivo o ricognitivo era presente anche nella prima; così come quello propriamente valutativo o creativo, grazie alla imprescindibile « attualità dell'intendere » dello storico, non poteva essere assente — secondo quanto Betti aveva mostrato fin dal '27 — dalla seconda. La differenza fra interpretazione storiografica e interpretazione di un diritto vigente, era insomma puramente di grado: mentre nella prima si trattava « di far muovere il soggetto incontro all'oggetto, tenendo fermo questo al suo posto nel primitivo storico collocamento »; nella seconda si trattava invece « soprattutto di far muovere l'oggetto incontro al soggetto, rendendolo partecipe della viva attualità di questo e aderente alla perenne dinamica della vita storica del diritto » (38).

Stabilita tale differenza meramente di grado fra interpretazione storiografica e interpretazione giuridica, Betti — in un volume del '49 (39) — passava ad illustrare concretamente le caratteristiche della seconda. L'interpretazione giuridica era sempre, non soltanto cioè nel caso d'interpretazione « integrativa », « necessariamente creazione » (in senso storico) (40). L'interpretazione di un diritto vigente non era diretta infatti — antropomorficamente — alla ricostruzione della « volontà » di un mitico legislatore, ma alla « ratio iuris » di una norma, cioè alla maniera in cui quest'ultima aveva regolato un determinato conflitto di interessi. La pre-

---

(37) *Ibid.*, p. 42.

(38) *Ibid.*, p. 58.

(39) Si tratta del volume che costituiva il risultato del corso di diritto civile del 1948-1949 e che era stato preceduto dalla prolusione cit., cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949; nella II ediz. di tale vol. (Milano, 1971, a cura di G. CRIFÒ) — che risulta arricchita anche del materiale inserito da Betti nella sua copia di lavoro — opportunamente perciò è stata ristampata, insieme ad altri scritti successivi di Betti, anche la prolusione del '48 (pp. 3-54).

(40) *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* (1949), cit., pp. 47-48.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sa di coscienza delle valutazioni implicite in una norma, non poteva avvenire — a sua volta — che sulla base di valutazioni storicamente condizionate dell'interprete, tratte cioè dalla « società presente » in cui egli viveva, grazie alle quali l'interprete si rendeva anche conto se il mutare dei rapporti sociali, reagendo sull'originaria « ratio iuris » della norma, avesse maturato un esito sociale ulteriore che rendeva necessario il ricorso al criterio analogico (41).

Tale funzione interpretativa era propria non soltanto della « giurisprudenza pratica », cioè essenzialmente del giudice, ma anche della « giurisprudenza teorica » o dogmatica giuridica, cioè del giurista. Le categorie dogmatiche elaborate da quest'ultimo, per quanto astratte, erano sempre infatti in funzione di una determinata interpretazione, come emergeva, con particolare evidenza, a proposito dei princìpi generali del diritto. Questi ultimi erano princìpi genetici delle singole norme di un ordinamento giuridico, costituivano il « fondo comune » in cui il diritto e l'*ethos* di una società storicamente determinata confluivano. Essi non erano quindi oggetto di interpretazione ma strumenti o « direttive storicamente condizionate » di essa, grazie alle quali là dove operavano i princìpi generali del diritto non vi era più posto per l'« equità » del giudice, che era in realtà una forma di « discrezionalità » assai simile a quella amministrativa. L'identificazione e l'elaborazione dei princìpi generali del diritto non poteva spettare perciò che alla giurisprudenza unitariamente intesa, cioè tanto

(41) *Ibid.*, pp. 18-23 e 69-74; *Le categorie civilistiche* (1948), cit., pp. 60-62 Per un'analoga concezione creativa in senso storico dell'interpretazione giuridica — nell'ambito del pensiero giuridico italiano del secondo dopoguerra di ascendenza idealistico-crociana — cfr. ad es. il saggio di T. ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione* (1945), ora nel vol. dello stesso *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, in particolare pp. 187 e 196. Nella prima ediz. ital. di tale saggio (cfr. *Saggi giuridici*, Milano, 1949, p. 41), era stato lo stesso ASCARELLI, con riferimento alla prolusione del '48 di Betti, a scrivere: « Desidero (...) menzionare la prolusione romana del Betti (...) della quale ho avuto conoscenza durante la correzione delle bozze e dove, nonostante la diversa impostazione dell'indagine, vedo espresse a volte conclusioni non diverse da quelle di questo studio, ciò che, data la singolare profondità dell'indagine dell'insigne civilista, mi conforta nell'orientamento qui sostenuto ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

teorica (scienza giuridica) che pratica, la quale in tal modo fungeva da vero e proprio « organo della coscienza sociale » di una società storicamente determinata (42).

Nell'ininterrotto compito di integrare un certo ordinamento giuridico oltre i limiti dell'*analogia legis*, così come nelle perenni discussioni tra i giuristi che accompagnavano tale compito, si rivelava la più autentica funzione di questi ultimi, consistente nel considerare il diritto in funzione di una determinata società e viceversa, funzione che rappresentava appunto — contemporaneamente — la loro « missione » e la loro « responsabilità » (43). La cosiddetta « completezza » dell'ordinamento giuridico, che il giuspositivismo aveva il torto di considerare « come un presupposto e un punto di partenza » dell'interpretazione, si rivelava in tal modo « come un punto d'arrivo ideale e una meta, mai definitivamente raggiunta », dell'attività del giurista-interprete. Si creava così una specie di « circolo » fra il vigore di determinate fonti di diritto e la loro interpretazione ad opera della giurisprudenza e della scienza giuridica: « Un circolo, codesto, che fa della giurisprudenza, teorica e pratica, il complemento necessario della legislazione, e dell'una e dell'altra fa gli elementi indefettibili di quel-

---

(42) *Interpretazione della legge*, cit., pp. 205-22; sulla funzione, in virtù della presenza di giudizi di valore storicamente condizionati del giurista-interprete, ineliminabilmente interpretativa — sia pure di casi soltanto « visualizzati » o « ipotetici » — della scienza o dogmatica giuridica, cfr. ASCARELLI, *L'idea di codice*, in *Studi di diritto comparato*, cit., p. 196 ss. e *Prefazione* a tale vol., p. XIII ss.; per un'analoga critica di Ascarelli all'equità come « giustizia del caso concreto » o del « caso singolo », *ibidem*, pp. 187-88; ma in tal senso, fin dal '25, con riferimento al MAGGIORE (*L'equità e il suo valore nel diritto*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1923, pp. 256-87), cfr. di ASCARELLI, *Il problema delle lacune e l'art. 3 disp. prel. nel diritto privato*, ora anch'esso in *Studi*, cit., p. 223.

(43) *Interpretazione della legge*, cit., p. 219. La « responsabilità » della scienza o dogmatica giuridica — a causa della presenza in essa, a differenza delle scienze « naturali », di valutazioni storicamente condizionate del giurista — era stata energicamente sottolineata, nell'ambito della crisi del positivismo giuridico determinata dallo Stato totalitario e in base all'influenza dello storicismo idealistico crociano, anche da un giurista italiano già rappresentante, fra le due guerre mondiali, del più ortodosso positivismo giuridico, cfr. P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina* (1942), in *Studi sul processo civile*, vol. V, Padova, 1947, pp. 91-111; e sull'evoluzione storica del pensiero giuridico di Calamandrei, il mio *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, cit., pp. 444-574.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lo che in una società, in un paese, è il diritto veramente vivo e vigente » (44).

Infine, nella *Teoria generale della interpretazione*, Betti — come si è accennato — compiva l'ultimo passo: considerava cioè quella che egli chiamava « interpretazione in funzione normativa » — di cui a noi interessa soprattutto l'interpretazione giuridica — e quella che chiamava invece « interpretazione in funzione meramente ricognitiva », cioè l'interpretazione storiografica — di cui a noi interessa particolarmente la storia del pensiero giuridico — come altrettante « species » di un unico « genus », ossia appunto di una teoria generale dell'interpretazione in quanto ermeneutica storica.

Tre erano infatti le « species » principali di quest'ultima: la già menzionata interpretazione « in funzione meramente conoscitiva o ricognitiva », che era in sostanza la storiografia nelle sue varie branche; l'interpretazione « in funzione riproduttiva o rappresentativa », in cui — a differenza della prima — l'intendere non era fine a se stesso, ma in funzione del « far intendere » a una cerchia più vasta di persone, come ad es. nell'interpretazione drammatica o musicale; infine l'interpretazione « in funzione normativa » della quale, accanto a quella teologica, faceva appunto parte l'interpretazione giuridica, in cui parimenti l'intendere era mezzo ad un fine ulteriore, consistente nell'assicurare una massima di decisione e in genere di azione onde operare nella vita sociale (45).

Nell'ambito della interpretazione propriamente storiografica Betti distingueva ancora, pur nell'unità di qualsiasi storiografia,

---

(44) *Le categorie civilistiche*, cit., pp. 62-66; *Interpretazione della legge*, cit., pp. 34-35 e 223; su tale « circolo », cioè sulla interdipendenza o storicità di tutti i momenti fondamentali dell'esperienza giuridica — legislazione, dottrina, giurisprudenza — in polemica con l'assolutizzazione del momento « logico » di tale esperienza o positivismo giuridico, e come condizione sia di una concezione storicistica o creativa dell'interpretazione giuridica che di autonome indagini concernenti la storia del pensiero giuridico, cfr. ASCARELLI, *Prefazione* a *Studi*, cit., p. XIX ss.; e dello stesso anche *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, ora in T. ASCARELLI, *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, pp. 481-519.

(45) Cfr. *Teoria generale della interpretazione* (1955), cit., vol. I, pp. 347-49; *Le categorie civilistiche*, cit., pp. 70-73.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la storia istituzionale o delle attività pratiche umane, che operava cioè con le categorie psicologiche, politiche, etiche (biografia, storia politica, ecc.), dalla storia delle attività teoretiche o del pensiero, come ad es. la storia dell'arte, della letteratura, del pensiero scientifico, del pensiero giuridico, economico e sociologico. La differenza consisteva nel fatto che queste ultime storiografie non potevano prescindere dai concetti elaborati dalle rispettive discipline teoretiche — le quali fungevano in tal modo da altrettante « dogmatiche » — onde era possibile denominare l'interpretazione storiografica cui esse davano luogo, interpretazione « tecnica in funzione storica » (46).

Ovviamente, i concetti o categorie di cui quest'ultima si avvaleva, avevano una funzione « euristico-ermeneutica », erano cioè « non già extratemporali, uniformi e immutabili, bensì essenzialmente variabili in funzione di condizioni storicamente determinate » (47). Così, ad es., la storia delle varie arti si avvaleva di concetti « tecnico-artistici »; quella delle letterature di concetti « tecnico-letterari » in rapporto ai vari generi letterari; la storia del pensiero scientifico si serviva di concetti tecnico-scientifici a seconda delle varie scienze; la storia del pensiero giuridico operava con gli strumenti concettuali della dogmatica; infine era necessaria una « interpretazione tecnico-sociologica ovvero tecnico-economica alla storia delle strutture sociali od economiche » (48).

In virtù di questa rivalutazione, in ogni campo della storiografia, dell'attività concettuale-astratta, inaccettabile appariva adesso a Betti lo storicismo idealistico crociano: era cioè risolutamente da respingere, in quanto « antiscientifica », la dicotomia di Croce tra concetti scientifici o « naturalistici » aventi un valore meramente « pratico » o « pseudoconcettuale », e concetti « puri » o storiografici.

L'errore di Croce — in altri termini — consisteva nell'aver confuso il piano del « processo creativo », nel quale si poteva ben concedere che il soggetto fosse più o meno inconsapevole delle leggi o regole cui obbediva, con quello del « processo interpreta-

(46) *Teoria generale*, I, cit., p. 434 ss.; *Le categorie civilistiche*, cit., pp. 73-74.
(47) *Teoria generale*, I, cit., p. 147; *Le categorie civilistiche*, cit., p. 75.
(48) *Le categorie civilistiche*, cit., pp. 77-78.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tivo » o propriamente storiografico, nel quale era invece assolutamente necessario che lo storico si ripiegasse sul primo per metterne in luce le direttive e le leggi di formazione e di sviluppo ([49]).

Così ad es., altro era indubbiamente — come voleva Croce — il linguaggio parlato ed altro invece il complesso di regole elaborato dalla grammatica e dalla retorica; altro la produzione letteraria ed altro i concetti ricavatine dalle poetiche; altro infine il diritto vivente in una determinata società ed altro la dogmatica con cui i giuristi contemporanei ne avevano tentato una sistemazione concettuale. Tuttavia né lo storico del linguaggio, né quello delle letterature, né quello del pensiero giuridico potevano prescindere dall'uso strumentale o euristico dei rispettivi concetti ([50]).

Avendo disconosciuto tutto questo, lo storicismo idealistico crociano — in conclusione — oscillava tra una visione « atomistica » o « adialettica » — di tipo illuministico — della storiografia, e una invece irrazionalistica, come quando ad es. giungeva a mettere sullo stesso piano « la storia dell'economia politica e quella dell' ' arte del baro, del *dandy*, del carnefice e simili ' » ([51]).

([49]) *Teoria generale*, I, cit., pp. 147-51; *Le categorie civilistiche*, cit., pp. 80-81; lo stesso Betti era così consapevole di segnare il definitivo distacco da « uno scrittore che gli era stato di preziosa guida nella sua formazione giovanile », cioè appunto Croce, cfr. *Notazioni autobiografiche*, cit., p. 51. Per un'analoga revisione, nel secondo dopoguerra, dello storicismo idealistico nell'ambito in generale della storiografia filosofica — e con particolare riguardo ad una « speciale » storia del pensiero come la storia del pensiero scientifico, dal primo, non meno di quella del pensiero giuridico, completamente disattesa — cfr. i saggi di P. Rossi, ora raccolti in *Storia e filosofia. Saggi sulla storiografia filosofica*, Torino, 1969, pp. 17-69 e 201-41; e quelli di G. Preti, ora in *Saggi filosofici*, vol. II, Firenze, 1976, in particolare pp. 265-75.

([50]) *Teoria generale*, I, cit., pp. 151-56; *Le categorie civilistiche*, cit., pp. 81-82.

([51]) *Le categorie civilistiche*, cit., pp. 83-84; lo scritto di Croce del dopoguerra, cui Betti — in particolare — faceva riferimento, era *Conoscenza storica e costruzioni tecniche e scientifiche*, in *Quaderni della « Critica »*, 1947; ora in B. Croce, *Filosofia e storiografia*, Bari, 1949, p. 110. Per la critica di Betti all'aspetto illuministico-borghese dello storicismo idealistico crociano — e soprattutto all'interpretazione in tal senso fattane nel secondo dopoguerra da alcuni seguaci, come ad es. Carlo Antoni — cfr. E. Betti, *Recenti reazioni liberali contro il pensiero di Hegel*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. IV, Padova, 1950, pp. 29-52; e per una interpretazione infine del pensiero vichiano come « ermeneutica storica » anziché come « filosofia della storia » — e la sua contrapposi-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Per quel che riguardava quella particolare interpretazione « tecnica in funzione storica » che era la storia del pensiero giuridico, e più precisamente la storia della dogmatica o scienza giuridica, Betti — come già nella prolusione del '27 — poteva così ribadire come la necessaria « attualità » o storicità dell'intendere dello storico operasse proprio tramite i concetti della dogmatica giuridica contemporanea: « solo un intelletto di giurista, cui siano familiari, attraverso l'esperienza del diritto, gli schemi concettuali della dogmatica, è in grado di proporsi i problemi di formazione degli istituti e principî giuridici, sceverando negli uni la struttura dalla funzione assunta in processo di tempo, e integrando negli altri non già la disciplina del precetto, ma la rappresentazione concettuale manchevole offertane dalle fonti contemporanee » (52).

E, a questo punto, era dunque evidente il vero e proprio « circolo » che — nell'ambito di una teoria generale dell'interpretazione o ermeneutica storica — si instaurava tra storia del pensiero giuridico e interpretazione di un diritto vigente.

Poiché — sul piano dell'interpretazione del diritto — le categorie della dogmatica giuridica erano anch'esse storicamente condizionate, erano cioè anch'esse un momento o aspetto di quella interpretazione giuridica dalla quale — non meno che dall'opera del legislatore — dipendeva la concreta vigenza, in una certa società e in un certo momento storico, di qualsiasi ordinamento giuridico; ne conseguiva — sul piano della ricostruzione dogmatica di un diritto del passato — che lo storico, non poteva prescindere né dal diritto positivo né dalla dogmatica elaborata dai giuristi a tale diritto più o meno coevi, così come non poteva neppure considerare l'uno e l'altra semplicemente la stessa cosa (53).

---

zione in tal modo all'ermeneutica storica idealistica crociana, svalutatrice de « tipico » e delle « categorie concettuali » — cfr. ancora di BETTI, *I principi di scienza nuova di G. B. Vico e la teoria della interpretazione storica*, in *Nuova riv. di dir. commerc.*, 1957, in particolare pp. 52-58.

(52) *Le categorie civilistiche*, cit., p. 79.

(53) Così il pensiero giuridico italiano formatosi allo storicismo idealistico, e nell'ambito della crisi di quest'ultimo e soprattutto di quella dell'esperienza giuridica borghese del secondo dopoguerra, aveva posto l'accento sul « circolo » — centrale in realtà, come vedremo con riferimento anche a Gadamer, in tutta l'ermeneutica storica contemporanea — tra storia del pensiero giuridico e interpre-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In virtù invece della necessaria « attualità » o storicità del suo intendere, in virtù cioè del fatto che neppure lo storico era in realtà fuori della storia, le categorie dogmatiche di cui egli si accingeva appunto a narrare la storia, per quanto lontane nel tem-

---

tazione di un diritto vigente: « La comparaison ne représente pas en réalité une deuxième recherche; elle est présente à l'origine même de l'étude du droit étranger — dès qu'il est étudié avec la méthode que j'ai esquissée — et se trouve avec celui-ci dans une relation que je dirais *circulaire*; c'est l'expérience du droit national qui pousse à interroger le droit étranger et à choisir les problèmes et c'est l'expérience acquise dans le droit étranger qui éclaire l'expérience nationale. C'est le même mouvement que nous trouvons dans les études historiques; nous partons du présent en posant nos questions au passé et l'expérience du passé enrichit notre conscience du présent », cfr. T. ASCARELLI, *Étude comparative et interprétation du droit* (1958), lezione tenuta alla facoltà internazionale di diritto comparato del Lussemburgo, ora in *Problemi giuridici*, 2 voll., Milano 1959, vol. I, p. 329 (corsivo, nel testo, mio); dove Ascarelli, con l'espressione « diritto comparato », intendeva sia la storia del pensiero giuridico che le ricerche giuridico-sociologiche, successivamente esplicitamente distinte; per la storia del pensiero giuridico come disciplina autonoma e il suo nesso circolare con l'interpretazione del diritto, cfr. in particolare l'ultimo scritto di ASCARELLI, *Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica*, introduz. al vol., a cura dello stesso Ascarelli e di M. Giannotta, *Testi per la storia del pensiero giuridico* (comprendente una tarda opera hobbesiana e alcuni scritti giuridici giovanili leibniziani), Milano, 1960, pp. 3-69; un aperto richiamo, d'altra parte, di ASCARELLI alla prolusione milanese del '27 di Betti e alla polemica tra quest'ultimo e De Francisci, era in *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in *Studi*, cit., pp. 196-97 e nella *Prefazione*, p. XLIX, a questo vol.

Sul rapporto tra scienza o dogmatica giuridica e storia del diritto, si era soffermato — nell'ambito della cultura giuridica italiana influenzata dallo storicismo idealistico — E. PARESCE, *Dogmatica e storia del diritto nell'unità del pensiero speculativo* (1939), ora nel vol. dello stesso *La genesi ideale del diritto. Saggio sulla attuazione spontanea del diritto e la sua creatività*, Milano, 1956², soprattutto pp. 165-83, il quale non a caso aveva preso anch'egli le mosse dalla prolusione bettiana del '27 e dal dibattito seguitone. Chi volesse tuttavia misurare tutta la differenza, circa il nesso tra storia del diritto e dogmatica giuridica, tra la cultura giuridica ortodossamente idealistico-crociana dell'anteguerra e il pensiero giuridico di Ascarelli o l'ermeneutica storica di Betti nel dopoguerra, basterebbe che si soffermasse sul vol. di G. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941, che costituiva il più importante tentativo, da parte di un giurista, di pervenire ad una teoria storicistica dell'interpretazione giuridica restando all'interno dello storicismo idealistico crociano. L'interpretazione giuridica, benché — secondo Gorla — fosse conoscenza puramente storica o individuale, non poteva tuttavia neppure fare a meno di concetti giuridici: occorreva però distinguere i concetti

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

po da quelle a lui contemporanee che ne avevano plasmato la mentalità di giurista, a queste ultime tuttavia in qualche modo continuavano a restare legate. Ne risultava quindi definitivamente confermata — per quel che riguardava, in particolare, la ricostruzione storica della dogmatica giuridica romana classica — la necessità di distinguere il diritto romano dai tentativi di sistema-

---

giuridici « legislativi » da quelli « scientifici ». I primi erano — in realtà — parte « integrante » e « inscindibile » dell'atto normativo, al di fuori del quale non avevano esistenza autonoma. Pertanto l'interprete, « nell'atto stesso in cui conosce individualmente, sviluppa o dispiega un atto normativo, conosce individualmente, sviluppa o dispiega i concetti che ne costituiscono parte integrante ». Quando egli dispiegava o sviluppava una norma particolare in una più generale, allora « dispiega o sviluppa anche i relativi concetti in concetti più generali » (*op. cit.*, pp. 58-59). Nasceva in tal modo, quella che Gorla chiamava « dogmatica interna », la quale si identificava con la stessa interpretazione in quanto conoscenza storica o individuale dei dogmi o concetti posti dal legislatore (*ibid.*, pp. 63-64). Al contrario, « lo scienziato del diritto considera un dato concetto legislativo, non come un atto da rivivere e sviluppare concretamente nel suo spirito, ma come un oggetto da inquadrare e classificare in altre categorie o concetti *già posti* e ricavati mediante astrazione di caratteri tipici dalla molteplice e varia esperienza » (*ibid.*, p. 59). Era questa la « dogmatica esterna » o scienza « naturalistica » astorica del diritto (*ibid.*, p. 63).

Alla base dunque di tutti i dualismi istituiti da Gorla (interpretazione giuridica e scienza del diritto, dogmatica « interna » e dogmatica « esterna », ecc.) — che vanificavano, contemporaneamente, qualsiasi storicità o interdipendenza dei momenti fondamentali dell'esperienza giuridica e qualsiasi autonoma storia del pensiero giuridico — vi era il presupposto fondamentale dello storicismo idealistico crociano: la concezione « naturalistica » o astorica della scienza giuridica. Sarà invece proprio dall'affermazione del carattere storicamente condizionato di quest'ultima, dalla presenza cioè di giudizi di valore nell'attività del giurista-interprete, che prenderà le mosse sia la concezione dell'interpretazione giuridica di Betti o Ascarelli che il nesso da essi istituito tra questa e la storia del pensiero giuridico, il quale nesso — nel Betti e in altri esponenti dell'ermeneutica storica contemporanea — si allargherà addirittura alla dimostrazione del carattere storicamente condizionato di una teoria generale della interpretazione o teoria della conoscenza storica in generale; cfr. le critiche, sostanzialmente analoghe, rivolte a Gorla tanto da BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., pp. 9-11 e 15-16, che da ASCARELLI, *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, cit., pp. 501-502. Sul significato del pensiero giuridico di Ascarelli nell'ambito della cultura giuridica italiana influenzata dallo storicismo idealistico crociano, cfr. il mio *Crocianesimo*, cit., pp. 575-754, in particolare pp. 652-54, 676-78, 692-712; su Gorla, *ibid.*, pp. 68-71, 82-84, 649, 658-59; su Paresce, *ibid.*, pp. 340-42.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione dogmatica ad esso coevi, poiché nella storia di questi ultimi lo storico non poteva prescindere dalla sua mentalità di giurista del proprio tempo (54).

4. Per comprendere il significato storico della teoria generale dell'interpretazione di Betti, occorre tener presente che essa è una delle manifestazioni della crisi dello storicismo idealistico contemporaneo (55), donde la sua oggettiva vicinanza ed altre espres-

---

(54) Si chiariva in tal modo, nel secondo dopoguerra, anche la radice più profonda del contrasto tra Betti ed alcuni eminenti storici del diritto romano quali De Francisci o V. ARANGIO-RUIZ (*La cosiddetta tipicità delle servitù e i poteri della giurisprudenza romana*, in *Il Foro ital.*, 1934, coll. 49-52), consistente nella parziale divergenza di interessi tra storici essenzialmente istituzionali, e chi, come Betti, era interessato invece soprattutto ad una storia del pensiero giuridico — con particolare riguardo alla scienza o dogmatica giuridica — romano; per i primi dei quali un metodo come quello di Betti, faceva paventare il ritorno all'equivoco che aveva circondato lo studio del diritto romano prima che esso si atteggiasse definitivamente a materia storica, cfr. ARANGIO-RUIZ, *Gli studi di storia del diritto romano*, in *Cinquant'anni di vita intellettuale italiana 1896-1946. Scritti in onore di Benedetto Croce per il suo ottantesimo anniversario*, a cura di C. Antoni e R. Mattioli, 2 voll., Napoli, 1966², vol. II, pp. 382-87. Dissipato tale equivoco — in virtù della riflessione ermeneutica di Betti nel secondo dopoguerra, destinata a sfociare nella *Teoria generale della interpretazione* — si aveva il parziale riavvicinamento, come si è accennato, tra De Francisci e Betti, cfr. DE FRANCISCI, *Punti di orientamento per lo studio del diritto* (1949), cit., pp. 89-97; e *Emilio Betti e i suoi studi intorno all'interpretazione* (1951), cit., pp. 46-49.

(55) Cfr. ad es., per quanto riguarda lo storicismo idealistico crociano — che costituiva l'*humus* culturale di Betti — un autore da lui non a caso molto citato, e cioè E. DE MARTINO, *Il mondo magico. Prolegomeni a una storia del magismo* (1948), Torino, 1967², il quale, partendo anch'egli dallo storicismo idealistico crociano, da una parte, aveva però sostenuto che per comprendere il cosiddetto « mondo magico » o prescientifico, era assolutamente indispensabile storicizzare le categorie dello storicismo idealistico; e dall'altra, in polemica con ogni forma di relativismo o irrazionalismo, aveva riaffermato l'imprescindibilità per lo storico di categorie, sia pure storicamente condizionate (cfr. per quest'ultimo aspetto, *Storicismo e irrazionalismo nella storia delle religioni*, in *Studi e materiali di storia delle religioni*, vol. XXVIII, 1957, pp. 89-107); da qui la nota, istruttiva polemica con CROCE, cfr. la recensione di quest'ultimo a *Il mondo magico*, in *Quaderni della « Critica »*, 1948, pp. 79-80 e soprattutto il saggio *Intorno al « magismo » come età storica* (1948), ora in *Filosofia e storiografia*, cit., pp. 193-208. Nell'ambito del pensiero giuridico contemporaneo, cfr. inoltre un autore — il cui pensiero affondava anch'esso le sue radici nella crisi dello storicismo idealistico — il quale,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sioni di tale crisi, come ad es. l'ermeneutica storica di Bultmann e di Gadamer maturata appunto nell'ambito della crisi dello *Historismus* tedesco. Presupposto fondamentale comune ad entrambe, era infatti la dimensione radicalmente storica o temporale dell'« esserci » o esistente umano empirico (*Dasein*) messa in luce da Heidegger ([56]).

In tal modo — secondo ad es. lo storico del pensiero teologico R. Bultmann — era sempre a partire da un interesse radicato nella vita degli storici che si sviluppava la posizione del problema storiografico ([57]). Gli avvenimenti del passato infatti non si trasformavano in fenomeni storici se non acquistando un senso per un soggetto posto egli stesso nella storia e ad essa partecipe, par-

---

nello sforzo di rintracciare nel concetto di « simpatia indiretta » smithiano le condizioni di possibilità del giudizio pratico o valutativo, in polemica con il cosiddetto « positivismo logico » o neopositivismo contemporaneo, scriveva: « La simpatia come condizione di possibilità della valutazione pratica è insomma interpretazione. Il processo simpatetico realizza una forma di conoscenza che è conoscenza pratica, cioè appunto conoscenza interpretativa, e non pura e semplice conoscenza di fatto ». Ed infatti la nozione di « simpatia indiretta » o « mediata », era utilizzabile — secondo Bagolini — nell'interpretazione giuridica, cfr. L. BAGOLINI, *La simpatia nella morale e nel diritto. Aspetti del pensiero di Adam Smith e orientamenti attuali* (1952), Torino, 1966², pp. 97 ss. e 121 ss.

Per quanto riguarda la letteratura italiana sull'ermeneutica bettiana, anche l'unico studio organico — quello del Caiani — non ne afferrava il significato storico in rapporto alla sua genesi dallo storicismo idealistico e in relazione ad altre espressioni dell'ermeneutica storica contemporanea, cfr. L. CAIANI, *Emilio Betti e il problema dell'interpretazione*, nel vol. dello stesso *La filosofia dei giuristi italiani*, Padova, 1955, soprattutto pp. 186-99; sull'ermeneutica giuridica, cfr. invece due storici del diritto: R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, cit., pp. 338-45 e 420-25; e F. CALASSO, *Storicità del diritto e scienza del diritto*, ora nel vol. dello stesso *Storicità del diritto*, Milano, 1966, pp. 196-97; nella letteratura straniera, cfr. infine G. FUNKE, *Problem und Theorie der Hermeneutik auslegen, deuten, verstehen in Emilio Bettis « Teoria generale della interpretazione »*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, vol. I, Milano, 1962, pp. 129-50; dello stesso anche *Gewohnheit und dogmatisierte Sinnbildung* (*Ein philosophisch-hermeneutisches Problem*), *ibid.*, pp. 339-64; e A. HEUSS, *Zur Hermeneutik des historischen und juristisch-normativen satzes*, *ibid.*, pp. 153-72.

([56]) Cfr. M. HEIDEGGER, *Eessere e tempo* (1927), trad. ital. di P. Chiodi, Milano, 1976², pp. 447-82.

([57]) Cfr. R. BULTMANN, *Das Problem der Hermeneutik* (1950), in *Glauben und Verstehen*, vol. II, Tübingen, 1952, pp. 217-19.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lavano cioè soltanto a chi era in grado di comprenderli. Non che lo storico potesse per questo attribuire loro un significato a suo arbitrio, ma tale significato dipendeva pur sempre dal legame che gli avvenimenti del passato intrattenevano con lo storico nel corso della storia ([58]).

A questi criteri ermeneutici — secondo Bultmann — dovevano sottostare, al pari di qualsiasi altro testo, anche i testi biblici, con particolare riguardo al Nuovo Testamento ([59]). Nasceva di qui la radicale « demitizzazione » di quest'ultimo: l'emergenza cioè del suo significato attuale o escatologico.

Diveniva così possibile accettare e nello stesso tempo superare i risultati cui erano giunti — in campo biblico — lo storicismo romantico e il cosiddetto protestantesimo liberale. Quest'ultimo aveva ben sottolineato — in virtù del metodo storico-critico — la storicità dell'oggetto, ma non altrettanto quella del soggetto: così per Schleiermacher ad es. l'interpretazione di un'opera presupponeva la trasposizione o coincidenza immediata dello spirito dell'interprete, grazie alla comune natura umana, con quello dell'autore di essa, con la perdita quasi della alterità dell'opera rispetto al soggetto o interprete stesso ([60]).

Ma la rilevanza attuale o escatologica cui poneva capo l'interpretazione del messaggio cristiano, permetteva anche di superare i risultati più notevoli ai quali era pervenuto lo storicismo idealistico contemporaneo, ad opera — rispettivamente — di Dilthey e di Croce. Tanto Dilthey che Croce avevano operato una radicale rottura con lo storicismo romantico: per entrambi infatti il soggetto o interprete era egli stesso nella storia. D'altro canto, essi avevano anche evitato il relativismo o irrazionalismo storico, ponendo a fondamento della ricostruzione o interpretazione — rispettivamente — una categoria psicologico-empirica come la dil-

---

([58]) *Ibid.*, p. 229.

([59]) *Ibid.*, pp. 231-35.

([60]) Cfr. R. BULTMANN, *Storia ed escatologia* (1957), trad. ital., Milano, 1962, pp. 130-31; su Schleiermacher cfr. G. VATTIMO, *Schleiermacher filosofo dell'interpretazione*, Milano, 1968; F. BIANCO, *Schleiermacher e la fondazione dell'ermeneutica moderna*, nel vol. dello stesso *Storicismo ed ermeneutica*, Roma, 1974, pp. 49-75; cfr. anche A. PLACHY, *La teoria della interpretazione. Genesi e storia della ermeneutica moderna*, Milano, 1974, pp. 39-47.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

theyana « vita dell'anima », o teoretico-conoscitiva come la crociana « ragione » (61).

Tuttavia, né la misteriosa e psicologica « vita dell'anima » di Dilthey, né la ragione di Croce, erano in grado di sottolineare la radicale storicità dell'essere umano, che nasceva dalla sua finitezza descritta da Heidegger, e nella quale quindi la dimensione escatologica coincideva con la stessa dimensione esistenziale. Per Croce — in particolare — lo storico non doveva « prendere in considerazione l'irrazionale, il male, le sofferenze, le catastrofi, se non nella misura in cui sono occasioni, incitamenti all'attività umana », e ciò in quanto per lui la vera essenza dell'uomo era la ragione, non la volontà. Ora, benché concretamente ragione e volontà non potessero mai essere disgiunte nell'esistenza umana, nondimeno « la volontà va considerata il fattore determinante, se è vero che la vita umana si vive nella decisione » (62).

Anche per lo storico della filosofia H. G. Gadamer, Heidegger — considerando il comprendere non già qualcosa di specifico o settoriale, ma come lo stesso fondamentale modo d'essere dell'individuo umano empirico — aveva posto le vere basi di una ermeneutica storica. Era cioè entrato in crisi sia lo storicismo romantico (e quel suo prolungamento costituito dallo *Historismus* tedesco contemporaneo), che aveva bensì visto come qualsiasi comprendere storiografico presupponesse un giudizio o presa di posizione dello storico nei confronti di tutta la storia o « tradizione », ma aveva ipostatizzato tale giudizio o presa di posizione in una « filosofia della storia »; sia lo « storicismo ingenuo » o l'oggettivismo degli storici di professione, per i quali il singolo giudizio storiografico non sarebbe sempre contestuale a una valutazione globale della storia o inserimento in una « tradizione », da parte dello storico (63).

---

(61) *Storia ed escatologia*, cit., pp. 143-49.

(62) *Ibid.*, p. 163; cfr. anche i saggi di BULTMANN tradotti in ital. nel vol. *Nuovo Testamento e mitologia*, Brescia, 1970; sull'ermeneutica storica bultmanniana, cfr. F. BIANCO, *Distruzione e riconquista del mito. Il problema della storia come orizzonte e fondamento della demitizzazione*, Roma, 1962 (con bibliografia di e su Bultmann); cfr. anche E. PARESCE, voce *Interpretazione*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXII, Milano, 1972, pp. 166-68.

(63) Cfr. H. G. GADAMER, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philoso-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Grazie invece alla simultanea storicità sia dell'oggetto che del soggetto del comprendere storiografico, grazie cioè al fatto che tale comprendere presupponeva come sua condizione di possibilità l'intima storicità o temporalità dell'esserci o esistente umano, la conoscenza storica era contemporaneamente un « sapere storico » e un « essere storico », era vale a dire essa stessa un « accadere » o un avvenimento storico ([64]).

In particolare, il concreto lavoro storiografico era sempre guidato da valutazioni che operavano come altrettante « precomprensioni », cioè « pre-giudizi » o « anticipazioni », in virtù dei quali il comprendere storico era — simultaneamente — un vedere le cose o i fatti alla luce di tutta la storia o « tradizione », e un entrare in contatto con quest'ultima mediante i singoli fatti o avvenimenti storici. Si trattava cioè di quella circolarità tra le parti e il tutto o « circolo ermeneutico », già messo in luce dall'ermeneutica romantica (Schleiermacher), ma erroneamente considerata da quest'ultima come un circolo « vizioso » o limite della comprensione storiografica, mentre ne era in realtà la stessa condizione di possibilità ([65]).

Un significato addirittura « esemplare » — secondo Gadamer — veniva ad acquistare allora, nell'ambito di una ermeneutica storica, proprio quella interpretazione in funzione apertamente di una « applicazione » o valutazione « pratica », che era l'interpretazione normativa, ossia l'interpretazione teologica e soprattutto quella giuridica. Il circolo cioè esistente tra lo « storico del diritto » e il « giurista pratico » — il primo dei quali partiva pur sempre da « anticipazioni » o « pre-giudizi » tratti dal diritto vigente; così come l'« applicazione » o lo scopo « pratico » del secondo non poteva non essere giuridicamente argomentato e perciò ragionevole o « giusto » — diveniva emblematico di quello che caratteriz-

---

phischen Hermeneutik, Tübingen, 1960; trad. ital. della II ediz. (1965) di G. Vattimo (*Verità e metodo*, Milano, 1972, pp. 131 e 211 ss.); *Il problema della coscienza storica* (1963), trad. ital., Napoli, 1969, p. 53 ss.

([64]) *Il problema*, cit., p. 78; *Verità e metodo*, cit., p. 360.

([65]) *Verità e metodo*, cit., p. 312 ss.; per la critica, in particolare, di Schleiermacher, *ibid.*, pp. 223-38; *Il problema*, cit., p. 88.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zava in generale un'ermeneutica storica o teoria generale dell'interpretazione ([66]).

A questo punto, erano però evidenti non soltanto le analogie tra Betti e gli altri esponenti dell'ermeneutica storica contemporanea, e in particolare Gadamer, ma anche le differenze.

Per Betti, nella conoscenza storica, in quanto rispondente al « problema epistemologico dell'intendere » — aspetto o momento del problema gnoseologico generale — l'oggetto era sempre costituito da valori, e precisamente da « forme rappresentative » mediante cui un determinato spirito, oggettivandosi, si rivolgeva ad uno spirito affine per essere inteso e compreso. Il compito del soggetto — a sua volta — consisteva nel tornare a conoscere, nel riconoscere in quelle oggettivazioni o forme rappresentative il pensiero animatore da cui erano scaturite, nel ricondurle a quella interiorità che le aveva generate, rivivendole tuttavia nella propria interiorità. La conoscenza storica, in tal modo, era caratterizzata da « una *inversione* del processo creativo nel processo interpretativo: una inversione per cui nell'*iter* ermeneutico l'interprete deve ripercorrere in senso retrospettivo l'*iter* genetico e operarne in sé il ripensamento » ([67]).

Così intesi i rapporti tra soggetto ed oggetto nella conoscenza storica, quest'ultima doveva evitare un duplice pericolo.

Innanzitutto, il pericolo del soggettivismo o « relativismo »: che i valori oggetto della conoscenza storica dovessero sempre presentarsi oggettivati in « forme rappresentative » e perciò condizionati non solo da un ambiente storicamente determinato, ma anche dall'attività del soggetto chiamato a riconoscerli, non significava in alcun modo attribuire ad essi un carattere soggettivistico

---

([66]) *Verità e metodo*, cit., pp. 11-12, 362 e 376-95. Sull'ermeneutica storica gadameriana, cfr. G. VATTIMO, *L'ontologia ermeneutica nella filosofia contemporanea*, *Introduzione* a *Verità e metodo*, cit., pp. I-XLI (con bibliografia di e su Gadamer); PARESCE, voce *Interpretazione*, cit., pp. 163-66; BIANCO, *Filosofia, linguaggio ed interpretazione nell'opera di H. G. Gadamer*, in *Storicismo ed ermeneutica*, cit., pp. 179-234; e sui rapporti in genere dell'ermeneutica storica tedesca contemporanea con lo storicismo tedesco, *ibid.*, pp. 15-75; L. DE RUGGIERO, *Tra consenso e ideologia. Studio di ermeneutica giuridica*, Napoli, 1977, pp. 47-107.

([67]) *Le categorie civilistiche*, cit., pp. 41-42; *Posizione dello spirito rispetto all'oggettività. Prolegomeni a una teoria generale dell'interpretazione*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1949, pp. 37-38; *Teoria generale della interpretazione*, cit., I, p. 59 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

o « relativistico », ma semplicemente considerarli come momenti di un « processo », in cui consisteva propriamente la conoscenza storica (68).

D'altro canto, occorreva evitare anche il pericolo — opposto e simmetrico — di una concezione oggettivistica dei valori, statica e immobilizzante alla maniera di quella eleatica o di quella platonica delle « idee ».

In realtà, il rigido dualismo e la conseguente contrapposizione — di origine kantiana — tra attività conoscitiva o meramente logica, da una parte, e attività pratica o valutativa dall'altra, non era accettabile. L'universale non coincideva affatto con la sola categoria logica, ma con il « valore » in genere: perciò, accanto alla mera conoscenza intellettiva e all'attività volitiva, era presente, nell'economia del pensiero umano, una funzione mediante cui diveniva operante la nostra sensibilità per i valori, etici, religiosi, estetici, logici, giuridici, ecc., e che si estrinsecava appunto in un'autonoma forma di giudizio, il « giudizio di valore » o assiologico (69).

L'errore comune tanto alla concezione relativistica o irrazionalistica dei valori che a quella oggettivistica, era di concepire « il soggetto e l'oggetto del giudizio assiologico in una posizione astratta, nella quale l'oggetto (il valore) si troverebbe rigidamente opposto al soggetto pensante e senza nessuna intrinseca relazione o mediazione con esso, che lo incontrerebbe e lo riconoscerebbe per una contingenza accidentale » (70).

---

(68) *Posizione dello spirito*, cit., pp. 7-8.

(69) *Ibid.*, pp. 8-11. Non è difficile individuare in alcuni esponenti tedeschi dell'idealismo fenomenologico husserliano — quali soprattutto N. Hartmann e M. Scheler, d'altronde esplicitamente richiamati — gli antecedenti immediati, nell'ambito della filosofia contemporanea, di queste concezioni filosofiche di Betti. Non è neppure privo di significato però che un'identica esigenza e analoghe conclusioni fossero state avanzate anche, nell'ambito della crisi dello storicismo idealistico italiano, da un autore ad es. come Bagolini, il quale aveva contrapposto alla « critica » meramente « gnoseologica » idealistica la carabellesiana « critica del concreto », cioè una critica che tenesse conto appunto di tutti i valori: « oltreché conoscitivi, morali, estetici, religiosi, ecc. », cfr. L. BAGOLINI, *Diritto e scienza giuridica nella critica del concreto*, Milano, 1942, p. 19 e p. 10; su Bagolini cfr. il mio *Crocianesimo*, cit., pp. 287, 432-35, 710.

(70) *Ibid.*, p. 16.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Al contrario, non soltanto bisognava riconoscere — con Hegel — che, nella conoscenza storica, giudizio e valutazione, il soggetto e i valori erano termini di un processo dialettico e perciò inseparabili. Ma ancora — con un vero e proprio recupero dello storicismo romantico hegeliano — occorreva anche ammettere che la sensibilità ai valori, cioè quella « struttura mentale vibratile ad essi conforme », che costituiva la condizione di possibilità del giudizio di valore o giudizio assiologico, era qualcosa che trascendeva l'io « empirico » o meramente individuale, per rivelarsi come « genio di umanità che si svolge nel processo perenne della storia » ([71]). Ed in quest'ultima così intesa, andava ricercato appunto il termine di mediazione tra la soggettività della coscienza valutatrice e l'oggettività ideale dei valori: « i due termini antinomici, coscienza e valori, possono pensarsi ricondotti ad unità e destinati a costituire un solo tutto attraverso un processo dialettico, che consiste nel vivente compenetrarsi e identificarsi dell'individuale, che è la coscienza, e dell'universale, che sono i valori » ([72]).

In tal modo, Betti poteva rivendicare il carattere « universale » in senso rigorosamente « metodologico » o « scientifico », cioè la « neutralità » filosofica della sua teoria generale dell'interpretazione, che serviva in realtà solo a mascherare il vero e proprio privilegiamento della categoria della « continuità » da lui operato sul piano della sua attività storiografica ([73]). Anche se infatti l'utiliz-

---

([71]) *Ibid.*, p. 18.

([72]) *Ibid.*, p. 19. Il recupero dello storicismo hegeliano che Betti così operava, non voleva essere tuttavia un ritorno puro e semplice (evidentemente impossibile), giacchè — sulla scorta della filosofia contemporanea — egli era invece perfettamente consapevole che la « vivente spiritualità della comunione fra i singoli reciprocamente congiunti » che caratterizzava il processo storico, non doveva « far pensare a una sostanza dotata quasi di coscienza propria », non poteva cioè essere ipostatizzata in uno « spirito oggettivo » contrapposto ai singoli individui alla maniera hegeliana, poiché essa doveva pur sempre « necessariamente fare assegnamento sulla coscienza e sull'iniziativa dei singoli partecipanti » al processo storico stesso. Questo significava che dipendeva in realtà dagli stessi individui, i quali nel corso di quest'ultimo creavano valori come lingua, letteratura, arti, scienze, religione, diritto, ecc., mantenere in vita e assicurare la continuità di tali valori, *ibid.*, pp. 22-23.

([73]) Per il carattere « scientifico » della sua ermeneutica e l'« indipendenza » di essa da qualsiasi « particolare sistema filosofico », cfr. BETTI, *Teoria generale*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zazione della dogmatica moderna nella storia del pensiero giuridico romano, doveva servire a rilevare non soltanto le analogie tra essa e quella dei giuristi romani classici — nonché tra l'indirizzo di questi ultimi e l'indirizzo dei giuristi bizantini e medioevali — ma anche le differenze; nondimeno il carattere storicamente condizionato di entrambi i termini della conoscenza storica, del soggetto cioè non meno dell'oggetto, imponeva — secondo Betti — di considerare analogie e differenze nell'ambito pur sempre, come si è accennato, della fondamentale « continuità » di tutta la storia del diritto romano nelle sue varie fasi (74).

Esplicita — al contrario — era la polemica, su basi heideggeriane, di Gadamer ad es. nei confronti del « metodo » caratteristico delle scienze naturali e di quelle umane o sociali, contrapposto alla « verità » ermeneutica; così come la rivendicazione del carattere esclusivamente « filosofico » o « ontologico » della ermeneutica storica o teoria generale della interpretazione (75).

Tuttavia, malgrado questi esiti apparentemente addirittura opposti — il tentativo di un recupero dello storicismo romantico, da una parte, l'utilizzazione dell'irrazionalismo heideggeriano dall'altra — la contemporanea ermeneutica storica continuava a rimanere nell'orbita dello storicismo idealistico, di cui costituiva la crisi (76). Anche se per Bultmann o Gadamer infatti, soggetto

---

cit., I, *Prefazione*, pp. IX e XII; per le critiche in base a tali presupposti all'ermeneutica gadameriana, cfr. *L'ermeneutica storica e la storicità dell'intendere*, in *Ann. Fac. Giuris. Univ. Bari*, XVI, 1961, pp. 3-28; e *Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften*, Tübingen, 1962.

(74) Cfr. ad es. *Diritto romano e dogmatica odierna*, cit., pp. 32-57.

(75) Cfr. *Verità e metodo*, cit., pp. 18-22; *Il problema della coscienza storica*, cit., pp. 77-93; e per l'analoga « universalità » — che proprio il carattere « filosofico » o « ontologico » assicurerebbe alla sua ermeneutica — cfr. anche di GADAMER, *L'universalità del problema ermeneutico*, trad. ital. nel vol. coll. *Filosofi tedeschi d'oggi*, Bologna, 1967, pp. 105-22.

(76) Cfr. ad es. la *Prefaz.* alla II ediz. di *Verità e metodo*, cit., pp. 5-17, dove — pur ribadendo, soprattutto nei confronti delle critiche di Betti, il carattere filosofico o ontologico della propria ermeneutica a differenza di quello meramente « metodologico » o « scientifico » dell'ermeneutica bettiana — Gadamer attenuava però la sua forte polemica antiscientifica heideggeriana, la quale aveva investito non soltanto le scienze naturali, ma anche — a differenza di Betti — le stesse scienze umane o sociali. Nelle sue ultime riflessioni ermeneutiche, Betti — d'altro canto — accentuava ancor più, in base appunto al loro comune carattere in-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del processo storico non era — a differenza di Betti — lo « spirito » hegeliano, ma l'esistente empirico heideggeriano, si trattava pur sempre però ancora dell'individuo empirico « in generale », cioè esso stesso non socialmente o storicamente determinato (77). Da qui, ancora una volta, non soltanto l'esaltazione della « continuità » come categoria fondamentale della comprensione storiografica (78), ma addirittura — in virtù del ruolo fondamentale giocato

---

terpretativo, cioè storicamente condizionato, il nesso circolare tra storiografia giuridica e interpretazione di un diritto vigente, cfr. E. BETTI, *Di una teoria generale dell'interpretazione* (Relaz. gener. al VII congr. naz. di fil. del dir.), Milano, 1965, pp. 14-30 (ora anche in *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* (1971²), cit., pp. 64-81); e soprattutto *Storia e dogmatica del diritto*, nel vol. coll. *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche* (Atti del I Congr. intern. della Soc. ital. di st. del dir.), Firenze, 1966, pp. 107-14, dove in particolare, esaminando le recenti riflessioni ermeneutiche — influenzate appunto da Bultmann e Gadamer — di uno storico del pensiero giuridico come Wieacker, Betti finiva per dare di queste ultime un giudizio sostanzialmente positivo.

Sottolinea la comune influenza dell'ermeneutica storica bettiana e di quella gadameriana sulla nuova ermeneutica giuridica tedesca, A. KAUFMANN, *Dal giusnaturalismo e dal positivismo giuridico all'ermeneutica*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1973, pp. 712-22; e su quest'ultima cfr. anche DE RUGGIERO, *Tra consenso e ideologia*, cit., pp. 109-89; circa l'importanza infine dell'ermeneutica storica contemporanea — malgrado i suoi limiti idealistici e borghesi — nel mettere in evidenza la dimensione storica o umana e non già « naturalistica », di alcune scienze sociali come ad es. la psichiatria, cfr. R. D. LAING, *L'io diviso. Studio di psichiatria esistenziale* (1959), trad. ital., Torino, 1969, pp. 38-39, dove Laing si avvaleva dell'ermeneutica storica diltheyana attraverso la sua recezione bultmanniana; e soprattutto fin dal '26 — sulla base della fenomenologia di Husserl — L. BINSWANGER, *Esperire, comprendere, interpretare nella psicoanalisi* (1926), trad. ital. nel vol. dello stesso *Per un'antropologia fenomenologica* (Biblioteca di psichiatria e di psicologia clinica), Milano, 1970, pp. 236-52.

(77) Cfr. ad es. le critiche di J. HABERMAS, *Logica delle scienze sociali* (1967), trad. ital., Bologna, 1970, pp. 245-57; e dello stesso *Zu Gadamers « Wahrheit und Methode »*, nel vol. coll. *Hermeneutik und Ideologiekritik*, Frankfurt-M., 1971, pp. 45-56; e la risposta di GADAMER, *Rhetorik, Hermeneutik und Ideologiekritik (Metakritische Erörterungen zu « Wahrheit und Methode »)*, *ibid.*, pp. 57-82; e soprattutto quelle di H. J. GIEGEL, *Reflexion und Emanzipation*, *ibid.*, pp. 244-82; e di SANDKÜHLER, *Praxis und Geschichtsbewusstsein*, Frankfurt-M., 1973, p. 51 ss.

(78) Che l'ermeneutica gadameriana presupponga — non meno di quella hegeliana con cui polemizza — una vera e propria « filosofia della storia » in tal senso, era stato osservato da W. PANNENBERG (*Hermeneutik und Universalgeschichte*, in *Zeitschr. f. Theologie und Kirche*, LX, 1963, pp. 90-121); ed è ripreso

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nell'ermeneutica storica gadameriana da concetti come « tradizione » o « wirkungsgeschichtliches Bewusstsein » — il significato nettamente « conservatore » di essa, cioè volto esplicitamente ad un recupero del passato o « tradizione » (79).

---

da HABERMAS, *Logica*, cit., p. 264; cfr. al riguardo anche DE RUGGIERO, *Tra consenso e ideologia*, cit., p. 84.

(79) De RUGGIERO, *op. cit.*, pp. 81-83 e 96; cfr. anche G. VATTIMO, *Introduzione a Heidegger*, Bari, 1971, p. 161; ad una « restaurazione » del « sacro » è addirittura rivolta — come è noto — l'ermeneutica di P. RICOEUR, *Della interpretazione. Saggio su Freud* (1965), trad. ital., Milano, 1967.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MARIO BRETONE

IL PARADOSSO DI UNA POLEMICA

1. Le opere, che lo « spirito » e la « mano dell'uomo » hanno prodotto nel passato, distendono sulla terra una « nobile ruggine ». Uno « spirito vivente e pensante » potrà raccoglierle, nel presente, e animarle « della sua stessa vita ». Così si tramandano, di generazione in generazione, i valori che vi sono racchiusi, e si rinnova il « profondo significato simbolico » della lampadedromia greca. La prima di queste due immagini è ripresa direttamente dal *Grundriss der Historik* di Johann Gustav Droysen: anche Droysen parlava di una *aerugo nobilis* sparsa sull'orbe terracqueo dal lavoro della storia. La seconda, anch'essa non inconsueta, amplia una metafora platonica (e lucreziana). Entrambe si incontrano, l'una accanto all'altra, nel capitolo conclusivo della *Teoria generale dell'interpretazione*. Qui Emilio Betti dà libero sfogo all'enfasi che serpeggia nell'intero libro. Si tratta, come tutti sanno, di un libro grandioso; ma si nutre anche di miti, condanna Sainte-Beuve come « troppo materialista », liquida in poche battute l'« infantile semplicismo » di Wittgenstein e impiega in modo scopertamente retorico gli aforismi di Nietzsche (1).

La tradizione, riconosce Betti, non è un processo automatico. Le forme rappresentative devono essere interpretate, perché i valori che esse contengono possano conservarsi e produrre nuovi sviluppi. Spetta alla coscienza ermeneutica quell'« educazione del genere umano » che Lessing scorgeva nello svolgimento delle religioni. E la coscienza ermeneutica ha bisogno di senso storico, come « senso della continuità ». Dal legame, sempre più vivo e

(1) BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione* 1, Milano 1955, pp. 49-50, 180; 2, Milano 1955, pp. 949-50, 956.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

consapevole, col proprio passato dipende la « nobiltà della condizione umana » (2). I tipi di interpretazione sono diversi, e si distribuiscono fra due estremi: la mera ricognizione di un « oggetto » dato e la sua ricognizione in funzione normativa (o applicativa). Ma quali che siano i tipi, il fine ultimo è nel perpetuare i valori tramandati. D'altra parte, « vi è al fondo di ogni forma sensibile un'eccedenza sovrasensibile ». Il carattere ellittico delle forme rappresentative, e particolarmente delle manifestazioni linguistiche, rimanda a un mondo ideale di valori che le trascende. L'ermeneutica accoglie, in ultima analisi, un'« istanza metafisica » (3). Qui il punto di riferimento fondamentale è Wilhelm von Humboldt (diremo meglio, la direttiva kantiana del suo pensiero); un altro punto di riferimento è Nicolai Hartmann. Ma a Humboldt è unito Maurice Blondel (4). Ci sarebbe parecchio da dire su questa tendenza ad adoperare intrecciandole le proprie fonti. Tuttavia, il punto sul quale vorrei soffermarmi è un altro; sta nel modo di concepire la tradizione e nell'atteggiamento che si assume di fronte ad essa.

Nell'idea che ne ha Betti, la tradizione si svolge in modo unilineare, cumulativo e organico. Il processo ermeneutico, correttamente attuato, ne ristabilisce il senso e ne prepara il futuro. Tradizione e interpretazione garantiscono, nel loro necessario rapporto, il « consorzio » di una umanità omogenea, che abbraccia i vivi e i morti. Necessario è anzitutto non confondere il sapere tecnico e la conoscenza che si realizza nel legame con il proprio passato. Il sapere tecnico, — che si rivolge al dominio della natura, e promuove « l'incivilimento materiale razionalizzando l'esistenza », — ha un'importanza esigua nella « sfera superiore dello spirito » (5). In queste proposizioni si riconoscono residui romantici e luoghi comuni idealistici, stranamente combinati con vaghe certezze positivistiche. Che cosa intende Betti per razionalità del sapere tecnico? Non sembra che egli abbia in mente la razionalità strumentale che gli è implicita, ma piuttosto i suoi effetti

---

(2) BETTI, *Teoria generale* 1, pp. 55, 336; 2, pp. 950-3, 962, 963.
(3) BETTI, *Teoria generale* 1, pp. 53-57; 2, pp. 961-2.
(4) BETTI, *Teoria generale* 1, p. 56.
(5) BETTI, *Teoria generale* 1, pp. 125, 391-2, 609; 2, pp. 957, 963-5.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

razionalizzanti sulla prassi. Se è così, bisogna dire che per lui il rapporto fra tecnica e prassi non costituisce un problema, trentacinque anni dopo le sottili analisi weberiane di *Wirtschaft und Gesellschaft*. D'altra parte, una « sfera superiore dello spirito », — divisa dalle molteplici pratiche dell'uomo, sociali e culturali, — è una sede immaginaria, dove l'eterno dialogo con la tradizione assolverebbe, nel migliore dei casi, una funzione inutilmente compensativa.

2. Risale a poco più di quindici anni fa la polemica del Betti con Hans-Georg Gadamer, il quale aveva pubblicato nel 1960 il suo libro *Wahrheit und Methode* (6). Il progetto heideggeriano di una fenomenologia ermeneutica rappresenta, in questo libro, la svolta decisiva. L'ermeneutica è posta su nuove basi rispetto alla sua preistoria romantica, che da Schleiermacher e Droysen giunge sino a Dilthey. « Per quanto lo animasse la tensione verso l'obiettività nelle scienze dello spirito », proprio Dilthey non aveva potuto « astrarre da ciò, che il soggetto che conosce, lo storico che comprende, non sta semplicemente di fronte al suo oggetto, la vita storica, ma è trasportato dallo stesso movimento della vita storica » (7). La pretesa dell'obiettività, il « naiver Objektivismus » storicistico, è per Gadamer un'illusione. Ma ha molto di illusorio anche il concetto « tecnico » di scienza, se non se ne scoprono le implicazioni ontologiche. In realtà ogni scienza « include una componente ermeneutica ». La verità del comprendere, la sua essenza, si situa oltre i confini del « metodo », sfugge alle abitudini mentali ed al fascino della scienza moderna.

---

(6) Ci riferiamo, in queste pagine, alla quarta edizione (Tübingen 1975), che è solo una ristampa della terza (1972). Essa contiene un ampio « Nachwort » (pp. 513-41) sul dibattito svoltosi nel decennio successivo alla pubblicazione del libro. Già la seconda edizione, del 1965, riproduceva in « appendice » (pp. 477-512) il saggio *Hermeneutik und Historismus*, apparso in *Philosophische Rundschau* 9, 1961, pp. 241-76, e molto importante per noi. Questo saggio viene tralasciato nella perspicua traduzione italiana di *Wahrheit und Methode*[2] a cura di Gianni Vattimo (Milano 1972): vi abbiamo fatto ricorso, ma ce ne discostiamo in parecchi punti.

(7) GADAMER, *Wahrheit und Methode*, p. 478.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'interprete è inserito in un circolo, nel quale passato e presente si mediano di continuo. Il « movimento della vita storica », come si diceva, lo trasporta insieme con il suo oggetto, quel « grande testo estraneo » che egli deve decifrare. L'uno e l'altro, soggetto e oggetto, appartengono a una tradizione che li coinvolge e predetermina le attese del processo ermeneutico.

Il circolo non è dunque di natura formale, non è né soggettivo né oggettivo, ma descrive il comprendere come il gioco reciproco del movimento della trasmissione storica e del movimento dell'interprete. L'anticipazione di senso, che guida la nostra comprensione di un testo, non è un atto della soggettività, ma si determina sulla base della comunanza che ci lega alla tradizione. Questa comunanza, però, nel nostro rapporto con la tradizione si forma continuamente. Essa non è solo un presupposto già sempre dato; siamo noi ad attuarla nella misura in cui comprendiamo, partecipiamo al divenire della tradizione e perciò contribuiamo al suo svolgimento. Il circolo del comprendere, quindi, non è affatto un circolo ' metodico ', ma descrive un momento strutturale-ontologico del comprendere (8).

La tradizione, che costituisce l'orizzonte necessario dentro il quale l'interprete è obbligato a muoversi, si prolunga e rinnova nell'interpretazione. Essa è, in ultima analisi, linguaggio: « l'udire che la intende, spiegando i testi, include la sua verità in un proprio modo di rapportarsi linguisticamente al mondo » (9). Perciò storia e filologia non si riducono mai, secondo Gadamer, a un ruolo ricognitivo. La loro funzione è essenzialmente « applicativa » (o, come anche si può dire, normativa).

La distinzione tra una funzione ricognitiva e una funzione normativa spezza ciò che è invece intrinsecamente unito. Il senso della legge, che si manifesta nel suo impiego (Anwendung) normativo, non è in linea di principio nulla di diverso dal senso della cosa, che si fa valere nella comprensione di un testo. È sviante fondare la possibilità della comprensione testuale sul presupposto della ' congenialità ' che deve legare autore e interprete di un'opera. Se fosse proprio così, si met-

---

(8) GADAMER, *Wahrheit und Methode*, pp. 274-5, 277, 293, 323, 478, 516-7, 520, 522.

(9) GADAMER, *Wahrheit und Methode*, p. 439: « Die Seinsart der Überlieferung ist freilich keine sinnlich unmittelbare. Sie ist Sprache, und das Hören, das sie versteht, bezieht ihre Wahrheit in ein eigenes sprachliches Weltverhalten ein, indem es die Texte auslegt ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

terebbe male per le scienze dello spirito. Il miracolo del comprendere è invece nel fatto che non occorre nessuna congenialità per riconoscere, nella trasmissione storica, ciò che è veramente significativo e che è originariamente dotato di senso. Noi siamo in grado di aprirci alla superiore pretesa del testo, e di aderire con la comprensione al significato nel quale esso ci parla. L'ermeneutica, nel campo della filologia e delle scienze storiche dello spirito, non è affatto un ' sapere-dominio ', uno *Herrschaftswissen*, ossia un appropriarsi attraverso una presa di possesso; essa, al contrario, subordina sé stessa alla dominante pretesa del testo.

Se il « senso della cosa » e il « senso della legge » coincidono, l'ermeneutica giuridica e quella teologica costituiscono il « vero modello ». Soprattutto la prima: essa non ha mai conosciuto, infatti, la riduzione obiettivistica a cui lo storicismo romantico ha sottoposto la seconda. Il cómpito pratico-normativo del giurista è nell'« assicurare lo svolgimento della vita del diritto e nel salvaguardare la tradizione del pensiero giuridico ». Sono parole di Betti, coerenti con le sue persuasioni fondamentali; ma anche Gadamer può adoperarle. L'idea che vi si esprime, è ancora quella di Savigny. « Al servizio » dunque « di ciò che deve valere », l'ermeneutica giuridica e quella teologica includono una *Applikation*. Anche l'ermeneutica storico-filologica, — è questa la tesi centrale di Gadamer, approfondita e riformulata in tutti questi anni, — è applicativa, « perché anch'essa serve alla validità di senso (der Geltung von Sinn) ». Sul filo della tradizione che diviene continuamente consapevole di sé, il divario temporale fra il testo e l'interprete si annulla, e il testo perde la sua estraneità e la sua lontananza ([10]). Quel divario si scopre ora nella sua verità: un fluire continuo, non « una distanza nello stesso senso in cui si parla di superare o vincere una distanza », o un « abisso spalancato » davanti a noi ([11]). Non ci sono interruzioni o fratture incolmabili. È evidente il contrasto fra la posizione gadameriana e altri indirizzi del pensiero contemporaneo, verso cui non vale

---

([10]) GADAMER, *Wahrheit und Methode*, pp. 294-5, 310 (con il richiamo a Betti).

([11]) GADAMER, *Wahrheit und Methode*, p. 281; *Le problème de la conscience historique*, Louvain-Paris 1963, p. 81 = *Il problema della coscienza storica*, Napoli 1969, p. 89.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'accusa di ingenuo storicismo. Per Gadamer sarebbe un pregiudizio illuministico insistere sul rapporto critico col passato (anche il più antico) per approfondire la coscienza di un cambiamento dell'uomo (e di una continuità solo relativa).

3. Contro Gadamer, avvicinato a Rudolf Bultmann per la comune ispirazione heideggeriana, Betti giudicava anzitutto necessario difendere i suoi « autori », gli esponenti di quella ermeneutica romantica su cui egli aveva innalzato il composito edificio della sua *Teoria generale*. C'è, di là dall'asprezza del tono, un sorprendente candore nelle sue parole, dettate (potremmo dire con un topos antico) più dall'autorità che dalla ragione: « è un po' curioso che in quella Germania che ha avuto la gloria di dar vita a pensatori della statura di Friedrich Schleiermacher e di Gustav Droysen, i nuovi discettatori considerino queste grandi personalità come sostenitori di erronee teorie » ([12]). Ma il punto da mettere in rilievo non è questo. Nel pensiero di Gadamer, Betti vedeva confusi in « una indifferenziata unità » i tipi di interpretazione che la sua *Teoria generale* aveva scrupolosamente distinti: il teologo e il giurista « dovrebbero porsi sul medesimo piano del filologo e dello storico tutt'insieme ». Funzione ricognitiva e funzione normativa si dissolvevano in una *Applikation*, di cui lui, giurista appunto, non voleva cogliere che il significato giuridico: il « miracolo » gadameriano era ai suoi occhi soltanto uno scandalo:

> Non ci vuole molto per comprendere come sia priva di fondamento la pretesa analogia dell'ermeneutica storica con l'ermeneutica giuridica orientata in funzione direttiva della condotta. Che l'applicazione giuridica richieda un'interpretazione della legge che sia consapevolmente orientata in funzione dei bisogni della vita di relazione del momento presente, è una conseguenza necessaria del fatto che il diritto, lungi dall'essere fine a se stesso, è per l'appunto strumento dell'ordine di convivenza di una società attuale. ... La stessa riflessione vale per il teologo chiamato ad interpretare i testi sacri, nei limiti in cui anche l'interpretazione teologica deve riconoscersi preordinata ad una fun-

---

([12]) BETTI, *L'ermeneutica storica e la storicità dell'intendere*, *Annali Bari*, n. s. 16, 1961, p. 14. La frase non è ripetuta in *Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften*, Tübingen 1962, 1972², p. 39.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione direttiva della condotta. ... Ma le cose stanno in termini radicalmente diversi per l'interpretazione storica, dato che la funzione caratteristica dell'interpretazione storica è puramente ricognitiva, contemplativa ([13]).

Con la confusione dei tipi, erano travolti i canoni ermeneutici, dalla cui osservanza dipendeva (così Betti si esprime) l'esito epistemologico del processo interpretativo. Egli non si accorgeva però, — e su questo io vorrei particolarmente insistere, — che la sua rigorosa classificazione dei canoni, e la paziente rassegna dei tipi, erano sostenute da un insieme di credenze, tacitamente accolte o anche esplicitamente manifestate, ma non mai poste in questione; le quali, se avesse voluto dar loro forma « speculativa », lo avrebbero paradossalmente spinto molto vicino al suo interlocutore.

Dicevamo, i canoni ermeneutici. Si è già visto come Gadamer rifiutasse il presupposto della « congenialità », fondamentale nell'ermeneutica di Schleiermacher; da cui anche Betti lo desume, cercando di ridefinirlo (com'è sua abitudine) attraverso un intreccio insidioso di posizioni non sempre coniugabili fra loro. Il canone della congenialità (Betti preferisce parlare di « adeguazione » o « corrispondenza dell'intendere ») riguarda il soggetto interpretante, come l'altro canone dell'attualità dell'intendere ([14]). Si riferiscono invece all'oggetto, il canone dell'autonomia ermeneutica, — che impone di rispettarlo « nel suo peculiare modo di essere », nella sua necessità e coerenza, — e il canone della totalità ([15]). Ma che cosa accade della totalità nella riflessione di Gadamer? Anche Gadamer, come Schleiermacher (e come Betti), parla di un tutto e delle parti. Ma non sono il tutto e le parti di un'opera o di un qualunque discorso, che si illuminino reciprocamente e nel loro rapporto con la sfera spirituale e la vita dell'autore. La totalità include l'interprete, che « appartiene » al testo. La comprensione è determinata, come in Heidegger, dal movimento anticipante della precomprensione. Il circolo erme-

---

([13]) BETTI, *L'ermeneutica storica*, pp. 23, 24-25; *Die Hermeneutik als allgemeine Methodik*, pp. 46, 48-49.

([14]) BETTI, *Teoria generale* I, pp. 314-24, 582-3.

([15]) BETTI, *Teoria generale* I, pp. 304-14.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

neutico non si chiude nell'interno del testo, ma esprime la *Vorstruktur* di un comprendere che sempre preinstaura sé stesso ([16]).

Alla « filosofia » gadameriana Betti opponeva le ragioni di una metodologia. La sua polemica non colpisce il bersaglio, perché da un lato non discute il pensiero ermeneutico in quanto tale, e dall'altro sceglie un punto di vista che l'interlocutore ha già abbandonato. A Gadamer non interessa, o interessa solo in modo esemplificativo e strumentale, il profilo metodologico. Egli tende deliberatamente a svalutarlo: la teoria ermeneutica, secondo le sue parole, « è dominata troppo spesso dall'idea di un procedere, di un metodo ». Ma il suo cómpito non è quello di elaborare una metodologia del comprendere, ma piuttosto quello di chiarire « le condizioni entro le quali il comprendere avviene ». Ora queste condizioni sono necessariamente date ([17]). Come si disse, « il circolo del comprendere non è affatto un circolo ' metodico ' »; il suo regno è nell'ontologia ([18]). La pretesa deve essere dunque un'altra: « non quanto facciamo, o dovremmo fare », — dirà Gadamer qualche anno più tardi, — « ma quanto accade attraverso di noi (mit uns) oltre il nostro volere e il nostro fare, costituisce il problema » ([19]). Una filosofia dell'ermeneutica, egli può replicare subito al Betti, non è una *Methodenlehre* (corretta o falsa) ([20]). Da questo angolo, la scelta dell'interpretazione giuridica o teologica come esemplare, rispetto a ogni altra forma interpretativa, non nasce dal confondersi di distinte procedure. Essa serve a chiarire indirettamente (e in un modo, si direbbe, didascalico) qualcosa di più profondo e nascosto: la « mobilità storica » del comprendere, il suo attivo inserirsi nel divenire della tradizione. Insomma, ciò che si vuole ristabilire è « l'antica verità e l'antica

---

([16]) GADAMER, *Wahrheit und Methode*, pp. 164, 187, 250-6, 277, 434.

([17]) GADAMER, *Wahrheit und Methode*, pp. 275, 279; v. anche pp. 245-6.

([18]) V. p. 116.

([19]) GADAMER, *Wahrheit und Methode*, p. XIV.

([20]) GADAMER, *Wahrheit und Methode*, p. 484: « Offenbar ist es mir nicht gelungen, Betti davon zu überzeugen, dass eine philosophische Theorie der Hermeneutik keine — richtige oder falsche (' gefährliche ') — Methodenlehre ist ». V. anche GADAMER, *Wahrheit und Methode*, p. XVII, 517-8, e *Replik*, in *Hermeneutik und Ideologiekritik*, Frankfurt am Main 1971, p. 296.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

unità delle scienze ermeneutiche », il nesso intrinseco fra interesse storico e interesse dogmatico ([21]).

4. Al Gadamer si dovrebbe porre invece, e in effetti gli è stata rivolta, una domanda radicale: è possibile un'autocomprensione ontologica dell'ermeneutica? ([22]). Ma questa domanda Betti non poteva formularla. Se l'avesse sollevata, egli avrebbe contemporaneamente messo in questione l'insieme di credenze che, come si diceva, domina la sua opera, la dichiarata o sottintesa ideologia che l'attraversa. La polemica di Betti non raggiunge dunque il suo obiettivo, movendosi lungo una linea parallela a quella percorsa da Gadamer. Osservata da un altro punto di vista, essa è solo apparente. Anche Betti postula una rigida opposizione fra scienze della natura e scienze dello spirito ([23]); anche per lui ogni attenzione si concentra sul « testo », e l'analisi testuale è il paradigma a cui ricondurre la conoscenza dei fenomeni più svariati nella sfera della « cultura » ([24]). L'insistere sulla tradizione, sulla continuità, sul legame col proprio passato, ha molto di ga-

---

([21]) GADAMER, *Wahrheit und Methode*, pp. 274-5, 292-3, 308, 310, 440-1; *Rhetorik, Hermeneutik und Ideologiekritik. Metakritische Erörterungen zu « Wahrheit und Methode »*, *Kleine Schriften* I, Tübingen 1967, pp. 120-1 = *Hermeneutik und Ideologiekritik*, pp. 68-69.

([22]) J. HABERMAS, *Der Universalitätsanspruch der Hermeneutik*, in *Hermeneutik und Dialektik* (Festschr. Gadamer) I, Tübingen 1970, 97 = *Hermeneutik und Ideologiekritik*, p. 151.

([23]) È marginale, anche se non infrequente, il richiamo a Max Weber nella *Teoria generale dell'interpretazione*, I, pp. 274 nt. 23, 276-9, 306 nt. 5 (dove Weber è in compagnia, fra gli altri, di Leopold Ranke), 318 nt. 13, 319 nt. 17a, 346 nt. 12, 348 nt. 15, 362 nt. 17, 409-10, 590-2, 593-600 (dove è poco chiaro il rapporto con Dilthey), 614-6. I luoghi indicati sono, se vedo bene, i più significativi.

([24]) Il tentativo, proprio del pensiero ermeneutico, di « estendere il modello dell'analisi testuale alla realtà nel suo complesso », rifiutando « il concetto di metodo elaborato dalla scienza moderna », ha un vivace oppositore in H. ALBERT, *Traktat über kritische Vernunft*, Tübingen 1968, 1975[3], pp. 131-57 = *Per un razionalismo critico*, Bologna 1973, pp. 163-93. Il punto di vista critico-razionalistico, che Albert riprende da Karl Popper, influenza in qualche misura (mi sembra) la recentissima discussione di F. WIEACKER, *Zur Methodik der Rechtsgeschichte*, in *Festschrift Schwind*, Wien 1978, pp. 355 ss., 361-81 (ove sono richiamati gli scritti precedenti).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dameriano. Ma il discorso di Gadamer è più fine, e (nonostante tutto) più problematico. Betti assume toni profetici: dubbi e esitazioni non incrinano il suo pensiero. Il permanere dei « valori », il cómpito conservativo-tradizionalistico dell'interprete e dello storico, sono dogmi, circondati ormai dalla tranquilla certezza dei luoghi comuni. Se si guarda bene, anche per lui ogni interpretazione include un'« applicazione ». Le pagine finali della sua *Teoria generale* stanno a dimostrarlo. Ma questa applicazione rimane implicita e (per così dire) su un piano non riflessivo. Non possiede la sottile ambiguità dell'*Applikation* gadameriana. La quale è tanto più ambigua, e (appunto per questo) significativa, quanto più il Gadamer ha cercato di determinarla: per esempio, contro Karl-Otto Apel.

> Si dovrebbe considerare davvero seriamente il fatto che l'analisi che io propongo dell'esperienza ermeneutica ha per oggetto la prassi effettiva delle scienze ermeneutiche; nella quale, senza dubbio, non è all'opera nessuna ' applicazione cosciente ' (bewusste Applikation), da cui si possa temere una corruzione ideologica della conoscenza. ... Evidentemente è qui in gioco un'oscurità nel concetto di coscienza dell'applicazione (Applikationsbewusstsein). È proprio vero ... che la coscienza dell'applicazione viene sollevata come pretesa ermeneutica nei confronti dell'autocomprensione obiettivistica delle scienze comprendenti, e allo stesso modo nei confronti del comprendere come prassi di vita. In questa misura un'ermeneutica filosofica, come io ho cercato di svilupparla, è certamente ' normativa ', nel senso che essa si sforza di sostituire una cattiva filosofia con una migliore. Ma essa non propaga una nuova prassi, ed è escluso che la prassi ermeneutica sia di volta in volta guidata, *in concreto*, da una coscienza dell'applicazione e da un intento applicativo, e ciò addirittura nel senso di una legittimazione consapevole di una tradizione vigente ([25]).

Come si vede, la riflessione filosofico-ermeneutica, non attaccabile sul piano metodologico, si astiene a sua volta dall'invaderlo. Il cómpito che essa si riconosce è di delineare l'orizzonte entro cui si muovono le scienze dello spirito (in antitesi con le altre scienze o su un altro piano rispetto a loro), non di inter-

---

([25]) GADAMER, *Replik*, 296-7. Il riferimento è a K.-O. APEL, *Szientistik, Hermeneutik, Ideologiekritik. Entwurf einer Wissenschaftslehre in erkenntnisanthropologischer Sicht*, in *Hermeneutik und Ideologiekritik*, pp. 34-36.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

venire nei loro procedimenti e di modificarne la prassi. Ciò che l'ermeneutica filosofica mette in luce è, dal suo punto di vista, universale e necessario. Noi non possiamo trascendere « il dialogo che noi siamo »: un « dialogo infinito in direzione della verità » ([26]). In un universo linguistico si realizza l'intimo rapporto fra tradizione e storia (Historie), riassumibile nel concetto di *wirkungsgeschichtliches Bewusstsein*, di « coscienza storico-operativa ». Aderire alla tradizione, divenendone consapevoli, è una necessità; la sua forza non può essere abolita. Questo non vuol dire, avverte Gadamer, privilegiare ciò che è stato tramandato e sottoporsi ciecamente ad esso. Anche il mutamento di ciò che esiste, implica, non meno della sua difesa, un'adesione alla tradizione. Non ci apriremmo al nuovo, non ci accadrebbe di intenderlo, se la nostra attesa non fosse « necessariamente » determinata dall'antico che ha preso possesso di noi ([27]). Ma quali sono le condizioni di quel dialogo che noi siamo? « Ogni consenso, nel quale termina un comprendere, un *Sinnverstehen* », è stato obiettato al Gadamer, « è esposto in linea fondamentale al sospetto di essere costrittivamente determinato in modo pseudo-comunicativo ». Una ermeneutica capace di autocriticarsi non dovrebbe dimenticarlo. Rinunciando alla sua pretesa universalistica, essa dovrebbe riflettere sui suoi limiti, e assumere in sé « il sapere metaermeneutico sulle condizioni di possibilità di una comunicazione sistematicamente distorta » ([28]). Una vera « comunità del dialogo », bisognerebbe concludere, piuttosto che un momento strutturale-ontologico è solo un ideale regolativo, e (eventualmente) il risultato pratico-empirico di una critica dell'ideologia.

Anche la tradizione in cui siamo inseriti, può agire in modo costrittivo. L'accordo fra autorità e ragione, che Gadamer riaf-

---

([26]) GADAMER, *Wahrheit und Methode*, p. 360; *Die Universalität des hermeneutischen Problems*, *Kleine Schriften* I, p. 111.

([27]) GADAMER, *Wahrheit und Methode*, p. 434; *Die Universalität des hermeneutischen Problems*, *Kleine Schriften* I, pp. 106, 109; *Rhetorik, Hermeneutik und Ideologiekritik*, *Kleine Schriften* I, 120-1 = *Hermeneutik und Ideologiekritik*, pp. 67-69; *Replik*, pp. 299, 307.

([28]) J. HABERMAS, *Der Universalitätsanspruch der Hermeneutik*, in *Hermeneutik und Dialektik* I, pp. 83, 99 = *Hermeneutik und Ideologiekritik*, pp. 133, 153-4, d'accordo con K.-O. APEL, *Szientistik, Hermeneutik, Ideologiekritik*, pp. 36-44.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ferma contro l'« astratta antitesi » illuministica ([29]), rimane un postulato inquietante (come dimostra soprattutto la lunga discussione con Jürgen Habermas) ([30]). Le scienze storico-ermeneutiche, se da un lato si riconducono all'illuminismo, dall'altro accolgono in sé gli impulsi della restaurazione romantica. Questa è, per Gadamer, la loro realtà costitutiva ([31]). All'incirca trent'anni prima, — ponendosi il problema del mito, « il più arduo di tutti i problemi della metodica storica », — egli si era espresso in modo ancora più drastico:

> L'onnipotenza della ragione storica (die Allmacht historischer Aufklärung) è mero apparire. Proprio in ciò che le resiste, e che dimostra la sua durata di continuo presente, sta l'essenza della storia. ... storia è ciò che noi sempre eravamo e siamo. Essa è la realtà vincolante (das Verbindliche) del nostro destino ([32]).

Atemporalità e tempo, alla fine, coincidono. Ma il « continuo presente », « ciò che noi sempre eravamo e siamo », non rischia di essere anch'esso un « idolo », solo l'altra faccia del « puro presente », in cui Theodor Adorno ([33]) indicava il punto più alto raggiunto dalla *Verblendung* della coscienza borghese?

([29]) GADAMER, *Wahrheit und Methode*, pp. 261 ss., 264; *Rhetorik, Hermeneutik und Ideologiekritik*, *Kleine Schriften* I, pp. 123-5 = *Hermeneutik und Ideologiekritik*, pp. 72-74.

([30]) L'avvio è in HABERMAS, *Zur Logik der Sozialwissenschaften*, Tübingen 1967, Frankfurt am Main 1977[4], pp. 274-90 = *Logica delle scienze sociali*, Bologna 1970, pp. 244-64.

([31]) GADAMER, *Replik*, pp. 299-300.

([32]) GADAMER, *Das Problem der Geschichte in der neueren deutschen Philosophie* (1943), *Kleine Schriften* I, pp. 9-10.

([33]) *Negative Dialektik*, Frankfurt am Main 1966, pp. 61-62.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

LUIGI MENGONI

LA POLEMICA DI BETTI CON GADAMER

1. « La nostra mèta è una teoria generale ermeneutica che, pur animata dalla fiducia nello spirito, vuol restare sul terreno fenomenologico della scienza (*bei den Sachen selbst*) senza ascriversi a nessun particolare sistema filosofico » (1). Questa professione di fedeltà al metodo fenomenologico non ha risparmiato a Betti, nella polemica intrecciata col maggiore rappresentante della filosofia ermeneutica contemporanea in Germania, il rimprovero di coltivare « un singolare risentimento contro la fenomenologia » (2). Evidentemente i due studiosi non hanno idee collimanti sulla fenomenologia, nella quale si propongono di fondare l'ermeneutica, e in ogni caso avevano origini troppo diverse per potersi intendere.

Sebbene ne faccia proprio il motto (« alle cose stesse »), Betti rimane lontano dal programma della fenomenologia di Husserl e si accosta piuttosto al modello di N. Hartmann (3), la cui fenomenologia non è preceduta da un'« epoché » di tipo husserliano (4), in quanto afferma « la possibilità che esistano principi propri del

---

(1) E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano 1955, I, Prefazione p. IX.

(2) H. G. GADAMER, *Hermeneutik und Historismus*, in *Phil. Rundschau*, 1961, p. 241 ss., ripubblicato, con integrazioni, in appendice alla 2ª ediz. di *Wahrheit und Methode*, Tübingen 1965, p. 477 ss., a p. 484 (d'ora in poi citato con l'abbreviazione *W.u.M.*).

(3) BETTI, *loco cit.*, dichiara di avere contratto un forte debito verso questo filosofo.

(4) Così A. MARINI, *Presentazione* di N. HARTMANN, *Il problema dell'essere spirituale*, tr. it., Firenze 1971, p. XXVII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

reale, i quali non possono essere sostituiti con le essenze » (5). Alla stregua di questo filosofo, appartenente alla corrente neokantiana di Marburgo, la fenomenologia di Betti è orientata alla ricerca dei principi normativi della conoscenza, intesa come relazione tra un soggetto e un oggetto da lui indipendente. Gadamer invece, discepolo di Heidegger, intende la fenomenologia secondo il concetto definito nel § 7 di *Sein und Zeit* e assunto da Heidegger come metodo per la sua ontologia fondamentale. Da questo punto di vista la doglianza del filosofo tedesco non è senza ragione: nei confronti della filosofia esistenzialistica e dei suoi importi ermeneutici la chiusura di Betti è totale e talvolta si esprime con toni fortemente risentiti (6). Per definire la posizione del suo critico Gadamer adopera due volte la parola « sonderbar » (7), la quale può essere tradotta in modo più o meno benevolo, ma è associata ad espressioni di ammirazione per questo « compatriota di Croce e Gentile », che « è di casa nella grande filosofia germanica, così da parlare e scrivere un tedesco semplicemente perfetto », e che all'inizio della seconda metà del secolo XX intraprende un'opera di rielaborazione sistematica della teoria ermeneutica classica, « fondata su una sorprendente ricchezza di conoscenze e vastità di prospettive » (8). L'opera non ha riscontro nella letteratura tedesca, nella quale l'ermeneutica romantica ha trovato un attento e minuzioso relatore (9), ma non un ricapitolatore

---

(5) N. HARTMANN, *Introduzione all'ontologia critica*, tr. it. di R. Cantoni, Napoli 1972, p. 167. Cfr. pure, del medesimo, *Zur Grundlegung der Ontologie* [3], Maisenheim am Glan 1948, p. 56, testo e nota.

(6) Cfr. *Teoria gen.*, cit., I, p. 243 (e v. pure p. 104).

(7) *W.u.M.*, p. 483 s.

(8) *W.u.M.*, pp. 293 (tr. it., p. 361), 482.

(9) Alludo all'opera di J. WACH, *Das Verstehen. Grundzüge einer Geschichte der hermeneutischen Theorie im 19. Jahrhundert*, 3 voll., Tübingen 1926, 1929, 1933, che è un lungo *Referat*, articolato per autori, sulle dottrine ermeneutiche del secolo XIX fino a Dilthey (escluso). A quest'opera, certamente preziosa, è stata rimproverata l'assenza di valutazioni critiche, che avrebbero potuto illuminare meglio lo sviluppo storico (R. BULTMANN, *Das Problem der Hermeneutik*, in *Glauben und Verstehen*, II, Tübingen 1952, p. 212 nota 4). Deve però essere apprezzato il contributo offerto nell'introduzione al volume II, anche se « rimane interamente nell'orizzonte di Dilthey » (così giudica GADAMER, *W.u.M.*, p. 171, nota 2).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sistematico; ma appare in forte ritardo rispetto allo sviluppo della cultura in Germania, dove già alla fine degli anni venti il clima speculativo era stato trasformato in maniera radicale dalle nuove correnti di pensiero derivate da Dilthey e soprattutto dalla filosofia antipsicologistica di Husserl [10].

Naturalmente Betti era troppo colto e dotato di sensibilità storica per non rendersene conto. Egli pensa di fornire alla sua « Teoria generale dell'interpretazione » una base filosofica più aggiornata radicandola nella filosofia dei valori [11], che è uno dei filoni della fenomenologia posthusserliana. Ma l'assunzione di un « nesso che lega l'oggettività dei valori col problema centrale dell'interpretazione » [12] non apre una prospettiva feconda [13], come dimostra lo scarso contributo specifico delle dottrine di Scheler e di Hartmann al rinnovamento dell'ermeneutica, il quale si è prodotto nel solco dell'altro filone, sfociato nell'« analitica esistenziale » di Heidegger. Del resto l'inserimento nella filosofia dei valori mancava nel progetto originario dell'opera, delineato nel « manifesto ermeneutico » del 1948 [14], e in definitiva è rimasto una sovrapposizione priva di sviluppi sostanziali, quando addirittura non produce momenti di perplessità nel pensiero dell'autore. Così sulla « questione della verità », alla quale rimanda il problema del comprendere [15], la posizione iniziale di Betti in sede filosofica e la posizione successiva in sede metodologica non combaciano perfettamente. Affermare che ciò « che l'interpretazione mira ad attingere nelle forme rappresentative costituenti il suo og-

---

[10] Cfr. P. Rossi, *Lo storicismo tedesco contemporaneo*, Torino 1971, p. 517.

[11] Betti, *Teoria gen.*, I, p. 1 ss.

[12] Betti, *Teoria gen.*, I, p. 57.

[13] Cfr. anche A. De Gennaro, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, Milano 1974, p. 425 s., in nota.

[14] Betti, *Teoria gen.*, I, Pref. p. VII. Si tratta della prolusione romana, pronunziata il 15 maggio 1948. È pubblicata, col titolo *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1948, p. 34 ss. (ora riprodotta in apertura della 2ª ed., a cura di G. Crifò, del volume *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano 1971, p. 3 ss.), e in lingua tedesca, col titolo *Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegunslehre*, nella *Festschrift für E. Rabel*, II, Tübingen 1954, p. 79 ss. La seconda edizione presenta notevoli integrazioni soprattutto nelle note.

[15] Cfr. E. Coreth, *Grundfragen der Hermeneutik*, Freiburg i.B. 1969, p. 166 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

getto » sono i valori, intesi come entità oggettive ideali, implica il riconoscimento di un rapporto (che peraltro la filosofia dei valori non è in grado di chiarire) tra il problema della comprensione corretta del significato di un testo e il problema della verità del suo contenuto. Con tale posizione non si accorda il rigore con cui Betti [16] conferma più avanti il canone ermeneutico dell'« astrazione metodica », che impartisce all'interprete una direttiva di indifferenza alla verità dei testi con cui ha da fare [17].

2. Secondo la concezione romantica, alla quale Betti rimane profondamente legato, il problema ermeneutico è essenzialmente un problema epistemologico di analisi delle condizioni di validità dei processi conoscitivi propri delle scienze dello spirito, in quanto scienze basate sul « comprendere » in antitesi alle scienze della natura caratterizzate da procedimenti di spiegazione causale. Per riaffermare questa concezione nella disputa con Gadamer, egli ricorre a una celebre formulazione di Kant [18] e definisce il problema ermeneutico come una « quaestio iuris » afferente alla legittimità dei procedimenti seguiti dall'interprete, e dunque « riguardante *quid de jure agi debeat* » [19].

La filosofia esistenzialistica mette in discussione il postulato di tale concezione, « che cioè le scienze dello spirito possano competere con le scienze della natura utilizzando una metodologia loro propria » [20]. Essa ritiene che il movimento iniziato da Schleiermacher, tendente a congiungere le varie ermeneutiche speciali (o « regionali », secondo una terminologia derivata da Husserl) in una

---

[16] *Teoria gen.*, I, p. 291 ss.; e, in polemica con Gadamer, *L'ermeneutica storica e la storicità dell'intendere*, in *Annali della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Bari*, XVI (1962), p. 19 s.

[17] Cfr. GADAMER, *W.u.M.*, pp. 185, 227, 463 (tr. it. di G. Vattimo, Milano 1972, pp. 238, 285 s., 557). Cfr. WACH, *Verstehen*, II, p. 21.

[18] *Critica della ragion pura*, I, 2, § 13 (tr. it., Bari 1969, I, p. 121 ss.).

[19] BETTI, *L'ermeneutica storica* ecc., cit., p. 27, testo e nota 16. GADAMER, *W.u.M.*, pp. XV, 484, obietta che Kant, ponendo la *quaestio iuris* della scienza pura della natura, non intendeva prescrivere come essa propriamente dovrebbe essere, bensì giustificare la possibilità trascendentale di essa, così com'era.

[20] P. RICOEUR, *Ermeneutica filosofica ed ermeneutica biblica*, tr. it., Brescia 1977, p. 33. Cfr. pure, del medesimo, *Il conflitto delle interpretazioni*, tr. it., Milano 1977, pp. 19, 22.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ermeneutica generale « non può essere condotto a termine senza che al tempo stesso le preoccupazioni propriamente *epistemologiche* dell'ermeneutica, vale a dire il suo sforzo per costituirsi in sapere di carattere scientifico, vengano subordinate a quelle ontologiche ». Essa si spinge oltre la ricerca epistemologica per « scoprire le condizioni propriamente ontologiche del comprendere » (21): primaria non è più la domanda « come si conosce », quali sono le regole metodologiche del sapere ermeneutico, ma la domanda più radicale circa le condizioni *a priori* di possibilità della comprensione.

Heidegger risponde assumendo il fenomeno della comprensione « come modo fondamentale dell'essere dell'Esserci » (22): il « comprendere » non è semplicemente una forma della conoscenza, ma è un « carattere ontologico originario della vita umana stessa » (23). Questa comprensione originaria, che qualifica l'uomo come un essere che esiste solo comprendendo, è messa da Heidegger in relazione con la nozione di possibilità, di « essere in grado di far fronte ad una cosa », « essere capace di », « potere qualcosa ». Definire la comprensione come modo fondamentale dell'esistenza umana (del *Dasein*) significa che l'esistenza umana « è primariamente un esser-possibile », una possibilità di essere: « nella comprensione è riposto essenzialmente il modo di essere dell'Esserci in quanto poter-essere ». Pertanto « la comprensione ha in se stessa la struttura esistenziale che noi chiamiamo *progetto* ».

Betti non ama il linguaggio ermetico di Heidegger, e non si può dargli torto. Nemmeno ha torto quando lamenta che « qui una stessa parola (« intendere ») viene usata per qualificare due atteggiamenti spirituali essenzialmente diversi » (24): da un lato, nel senso tradizionale, per indicare la conoscenza, ottenuta mediante l'attività interpretativa, del contenuto di una oggettivazione dello spirito altrui; dall'altro, per indicare la « conoscenza di sé », intesa come « visione » delle proprie possibilità di essere, che l'uomo acquista mediante l'esperienza del mondo in cui è gettato. E ancora ha ragione quando rileva che l'uso della parola

(21) RICOEUR, *Ermeneutica filosofica* ecc., cit., pp. 14, 33.

(22) *Sein und Zeit*, § 31 (tr. it. di P. Chiodi, Milano 1953, p. 156 ss.).

(23) GADAMER, *W.u.M.*, p. 246 (tr. it., p. 307).

(24) BETTI, *Teoria gen.*, I, p. 245.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« verstehen » nel secondo senso è determinato da un accostamento (B. parla di equivoco) al concetto di « sich auf etwas verstehen » (= intendersi di qc.), che implica l'idea di « potere », « essere capace » ([25]). Ma appunto perciò la critica ad Heidegger non può consistere, e tanto meno esaurirsi nell'obiezione di avere capovolto paradossalmente il rapporto genetico fra interpretare e comprendere. In questi termini la critica scade al livello delle « occasions de troubles » che Montaigne chiamava « grammairiennes ». Heidegger tiene distinti i due significati in cui adopera la parola « intendere » (o « comprendere »), così che non è a lui imputabile l'equivoco in cui cade la critica di Betti. Nel senso comune, in cui si determina col carattere di evento, come risultato dell'interpretazione, cioè « nel senso di un possibile modo di conoscere fra altri, distinto ad esempio dallo ' spiegare ' », la comprensione è per Heidegger, unitamente allo « spiegare », un « derivato esistenziale » della comprensione originaria da lui identificata come elemento costitutivo dell'esistenza propria dell'uomo. Corrispondentemente l'ermeneutica nel senso di « metodologia delle scienze storiche dello spirito » è un modo derivato dell'ermeneutica nel senso primario (ontologico) di « fenomenologia dell'Esserci » ([26]). Questo significato « primario » è sotteso evidentemente all'affermazione che « l'interpretazione si fonda esistenzialmente sulla comprensione e non nasce quindi questa da quella » ([27]).

Betti chiude troppo sbrigativamente la partita con Heidegger, rendendosi così indisponibile ad accogliere il contributo che l'« analitica esistenziale », purché trovi una via di ritorno sul piano epistemologico, può apportare alla teoria generale dell'interpretazione. Nella misura in cui è vera fenomenologia e non metafisica, la fenomenologia di Heidegger può aiutare a risolvere il problema, sempre aperto, dell'oggettività del sapere ermeneutico.

([25]) BETTI, *Teoria gen.*, I, pp. 158 nota 1, 244 nota 11; *Festschrift Rabel*, p. 91, nota 14b. Cfr. GADAMER, *op. loc. ult. cit.*, e già *Il problema della coscienza storica*, tr. it., Napoli 1974, p. 54 ss.

([26]) *Sein und Zeit*, § 7, lett. C (tr. it., p. 48). Peraltro, come osserva RICOEUR, *Conflitto delle interpretazioni*, cit., p. 24, Heidegger « non ci fornisce alcun mezzo per mostrare in quale senso la comprensione propriamente storica sia derivata da questa comprensione originaria ».

([27]) *Sein und Zeit*, § 32 (tr. it., p. 162).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

3. È merito di Gadamer avere sviluppato l'ontologia ermeneutica di Heidegger collegandola più strettamente col problema dell'interpretazione nel senso diltheyano di « intendimento, conforme a regole tecniche, di espressioni di vita fissate dalla scrittura » [28], e nell'ambito di questo problema mettendola a confronto con l'ermeneutica tradizionale. L'intenzione con cui egli si impegna nel confronto è sintetizzata nel titolo del suo libro, dove « il 'metodo' ... è introdotto in un senso fondamentalmente polemico » [29]. « Fondamentalmente », non « assolutamente »: l'antimetodologismo di Gadamer non è assoluto, non pretende che le scienze dello spirito siano dispensate dalla questione metodologica, ma produce un « mutamento di prospettiva » [30] che subordina le preoccupazioni di metodo al problema fondamentale della ricognizione, mediante l'analisi fenomenologica della « situazione ermeneutica », delle condizioni che rendono possibile la comprensione [31]. La critica di Gadamer ha un termine di riferimento costante nel concetto di metodo di Dilthey [32], secondo cui le scienze dello spirito « devono realizzare una obiettività simile a quella delle scienze della natura » [33], e pertanto si fondano su un rapporto di rigida contrapposizione del soggetto all'oggetto della conoscenza.

Nell'ambito di questa impostazione il « circolo ermeneutico », in cui si esprime « la legge fondamentale di ogni comprendere » [34],

---

[28] W. DILTHEY, *Die Entstehung der Hermeneutik*, in *Gesammelte Schriften*, V, Leipzig u. Berlin 1924, p. 319 (« kunstmässiges Verstehen von dauernd fixierten Lebensäusserungen »).

[29] Così VATTIMO, *Introduzione* alla tr. it. di *W.u.M.*, p. v.

[30] GADAMER, *Prefazione all'edizione italiana*, p. XLIV.

[31] GADAMER, *W.u.M.*, pp. XV, 279 (tr. it., pp. 8, 345).

[32] Cfr. RICOEUR, *Ermeneutica filosofica* ecc., cit., p. 47.

[33] È già stato osservato come l'intenzione della ricerca di Gadamer di « opporsi alla pretesa di universale dominio della metodologia scientifica » (*W.u.M.*, p. XXV; tr. it., p. 19), cioè alla pretesa del metodo scientifico (inteso come metodo che conduce a certezze empiriche) di essere l'unica misura della verità, sia improntata a una « concezione notevolmente antiquata della scienza »: C. DE RUGGERO, *Tra consenso e ideologia. Studio di ermeneutica giuridica*, Napoli 1977, p. 55). La scienza contemporanea è caratterizzata dalla consapevolezza della provvisorietà dei suoi schemi di spiegazione della realtà. Cfr. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, tr. it., Torino 1970, spec. p. 308 ss.

[34] WACH, *Verstehen*, I, p. 41.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

è una relazione formale tra parti e tutto che si costituisce all'interno del testo da interpretare e si traduce in una guida metodica dell'esegesi del testo. Ma già Schleiermacher aveva avvertito l'insufficienza del circolo ermeneutico così concepito, e lo aveva integrato col canone dell'interpretazione soggettiva o psicologica, alla stregua del quale « il testo va inserito, come manifestazione di un momento creativo, nella totalità della vita spirituale del suo autore » ([35]). In tal modo, mediante una trasposizione dell'interprete nella personalità dell'autore, si tentava di superare l'originaria posizione di estraneità del soggetto rispetto all'oggetto di cui intraprende la conoscenza.

L'analisi esistenziale elaborata da Heidegger e proseguita da Gadamer nega che la comprensione ermeneutica sia semplicemente uno sviluppo, differenziato da una migliore tecnica interpretativa, della relazione elementare soggetto-oggetto che si instaura fra lettore e testo ([36]). Il circolo ermeneutico non è soltanto una struttura interna al testo, considerato come oggetto contrapposto al soggetto, ma è una struttura alla quale appartiene lo stesso soggetto interpretante. Le condizioni di possibilità del comprendere « non sono riconducibili tutte nell'ambito di un ' procedimento ' o di un metodo » ([37]), ma includono anzitutto un dato esistenziale costituito dalla comprensione originaria che inseparabilmente accompagna l'interprete in quanto modo di essere della sua esistenza umana. Questa comprensione originaria (o primaria), che precede l'attività riflessiva dell'interpretazione e la determina permanentemente attraverso le progettazioni (o anticipazioni) di senso che in essa si formano, è denominata dai discepoli di Heidegger, a cominciare da Bultmann, « precomprensione » (*Vorverständnis*).

Una simile tesi, che fa dipendere la possibilità dell'interpretazione da una « struttura precostituita del comprendere », appare a Betti come manifestazione di un soggettivismo esasperato, che conduce a una perdita irreparabile dell'oggettività. Egli reagisce con espressioni di meraviglia quasi indignata, constatando che nel-

---

([35]) WACH, *Verstehen*, I, p. 102; GADAMER, *W.u.M.*, p. 174 ss. (tr. it., p. 225 ss.).

([36]) Cfr. R. LEICHT, *Von der Hermeneutik-Rezeption zur Sinnkritik in der Rechtstheorie*, in *Rechtstheorie* a cura di A. Kaufmann, Karlsruhe 1971, p. 73.

([37]) GADAMER, *W.u.M.*, p. 279 (tr. it., p. 345); e già BULTMANN, *op. cit.*, p. 214.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la Germania d'oggi allignano « nuovi discettatori » che osano « considerare pensatori della statura di Friedrich Schleiermacher e di Gustav Droysen come sostenitori di erronee teorie » (38). In realtà Gadamer giudica i canoni ermeneutici classici non tanto erronei, quanto insufficienti perché non tengono conto del « dato » della precomprensione. Chiuso nel suo punto di vista, che è quello della teoria della conoscenza, Betti fraintende il fenomeno della precomprensione descritto da Gadamer. Egli lo percepisce come « una relazione con l'oggetto da interpretare » (39), cioè un pre-giudizio sul contenuto del testo, in anticipo sui (e a scapito dei) risultati dell'esegesi; mentre Bultmann e Gadamer definiscono la precomprensione in termini esistenziali, quale « rapporto vitale con la medesima cosa di cui parla il testo » (40), con « ciò in vista di cui » il testo è stato scritto, rapporto che sollecita nell'interprete l'interesse a intraprendere la conoscenza del testo. Il fraintendimento non ha certo giovato alla fruttuosità della polemica, e anzi l'ha spinta in prossimità del dialogo fra sordi. Gadamer, al quale è toccata l'ultima parola, ha chiuso il colloquio lamentando di non essere riuscito a farsi capire da Betti, a convincerlo che la precomprensione non è un concetto metodologico (41).

Quando viene introdotta nella teoria della conoscenza, la precomprensione riceve la qualifica negativa di pregiudizio, che spinge l'interpretazione verso esiti segnati dall'arbitrio soggettivo e perciò incompatibili con la pretesa di oggettività della conoscenza. Allora il circolo ermeneutico non sfugge all'accusa di viziosità e la tesi di Gadamer sarebbe, come dice Betti, « palesemente paradossale ». Sul piano gnoseologico l'asserto che l'interpretazione è

(38) *L'ermeneutica storica* ecc., cit., p. 14.

(39) *Op. ult. cit.*, p. 6.

(40) BULTMANN, *op. cit.*, pp. 217, 219 s., 227; ID., *Geschichte und Eschatologie*, Tübingen 1958, p. 126. Non diversamente GADAMER, *W.u.M.*, p. 278 (tr. it., p. 344), scrive che la precomprensione « im Zu-tun-haben mit der gleichen Sache entspringt ».

La prima parte del saggio di Betti pubblicato negli Annali di Bari rinnova una critica a Bultmann già presente diffusamente in *Teoria generale*, I, p. 250 s.; II, p. 877 ss., e in *Festschrift Rabel*, II, p. 115, nota 47a. Ma Bultmann non ha risposto. In *op. ult. cit.* si limita a citare due volte Betti (pp. 126, 137) su punti che ritiene concordanti col proprio pensiero.

(41) *W.u.M.*, pp. 484, 495 nota 2.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

metodicamente promossa da una comprensione anticipata è una pura assurdità. Sul piano ontologico invece, che è propriamente il luogo di emersione del fenomeno della precomprensione, il cerchio ermeneutico non si costituisce come principio metodico, non è un atteggiamento possibile che il soggetto può rifiutare, ma è un dato non sopprimibile nel quale si rivela la struttura anticipatoria della comprensione: « chi ha capito il fenomeno sa ormai che ' il fatto decisivo non è l'uscire dal cerchio, ma il penetrarvi in modo corretto ' » (42).

4. Ma « stare dentro il cerchio in maniera corretta » non è più un « esistenziale », è un comportamento conforme a regole di legittimità. Heidegger avverte che la struttura anticipatoria della comprensione nella sfera ontologica, dimostrando insostenibile l'« ideale di una scienza libera da presupposti », produce un'aporia nella sfera epistemologica, dove sorge l'esigenza di oggettività della conoscenza. Perciò la sua descrizione del circolo ermeneutico sbocca in una prescrizione che coinvolge un problema di metodo: « la possibilità positiva di conoscenza racchiusa nel circolo ermeneutico può essere afferrata correttamente solo se l'interpretazione riconosce che il suo compito primo, costante ed ultimo è quello di non lasciarsi imporre progetti, visioni preliminari, anticipazioni da idee improvvise o da opinioni comuni, e di elaborare invece la precomprensione ' sulle cose stesse ', così da garantire per questa via la scientificità del proprio tema ».

Heidegger lascia aperto il problema, e proprio da questo punto il suo discorso è continuato da Gadamer (43). Egli riconosce la natura metodologica del problema: « un'interpretazione condotta con coscienza metodologica non deve tendere a portare semplicemente a compimento le proprie anticipazioni, ma deve sforzarsi di farsene consapevole per controllarle e guadagnare così dalle cose stesse la giusta comprensione » (44). Tuttavia la sua ricerca, secondo l'intenzione annunciata dal titolo, che pone un'alternativa tra « ve-

(42) RICOEUR, *op. ult. cit.*, p. 41, con riferimento a un noto passo di HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, § 32 (tr. it., p. 166): « Das Entscheidende ist nicht, aus dem Zirkel heraus-, sondern in ihn nach der rechten Weise hineinzukommen ».

(43) *W.u.M.*, p. 251 (tr. it., p. 313).

(44) *W.u.M.*, p. 254 (tr. it., p. 317).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rità » (nel senso heideggeriano di scoprimento dell'essere) e « metodo », si svolge pur sempre sul piano dell'analisi fenomenologica e mira ad approfondire la « scoperta heideggeriana della precomprensione » esplicitandone tutte le conseguenze sulla struttura dei processi interpretativi. Il suo libro « non vuole affatto essere una metodologia delle scienze dell'interpretazione » ([45]); per lui « l'ermeneutica sta alle scienze dello spirito, non come loro metodo, ma come svelamento della loro essenza » ([46]), come risposta alla domanda, kantianamente formulata, « come sia possibile il comprendere » ([47]). Ma ciò non significa che la teoria ermeneutica di Gadamer sia indifferente alla questione propriamente epistemologica circa lo statuto delle scienze dello spirito. Come egli stesso ha precisato ([48]), la riflessione sulla fondazione delle scienze dello spirito, in quanto rende trasparente la precomprensione che le dirige, pone la questione in una nuova dimensione e quindi contribuisce indirettamente anche al lavoro metodologico. In questo senso si può dire che « in rapporto a Heidegger, Gadamer significa l'inizio del movimento di ritorno dall'ontologia ai problemi epistemologici » ([49]).

L'analisi fenomenologica del « comprendere », compiuta dalla filosofia esistenzialistica, ha messo in luce l'insufficienza dell'ermeneutica classica, impostata sull'idea che lo scritto, di per sé, basti a guidare e a determinare la comprensione, così che questa sarebbe la riproduzione di un originario atto produttivo, il coglimento di un senso già compiutamente definito, un « erkennen was einmal 'erkannt' worden ist», secondo la celebre formula di August Boeckh ([50]). A questa stregua il testo da interpretare è assunto ad oggetto di una ricerca che si sviluppa progressivamente allo stesso modo di quella delle scienze naturali, nell'illusione di

---

([45]) *Prefazione all'ediz. ital.*, p. XLIII.

([46]) Così G. RIPANTI, *Il problema ermeneutico in H. G. Gadamer*, in *Riv. fil. neo-scolastica*, 1977, p. 495.

([47]) Cfr. luoghi citati sopra, nota 31.

([48]) GADAMER, *Rhetorik, Hermeneutik und Ideologiekritik*, in *Hermeneutik und Ideologiekritik*, a cura di J. Habermas e altri, Frankfurt a.M. 1971, p. 79.

([49]) RICOEUR, *op. ult. cit.*, p. 47.

([50]) Cfr. WACH, *Verstehen*, I, p. 178.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

raggiungere un'oggettività simile a quella propria (o, meglio, che a torto si ritiene propria) di tali scienze (51). Invece la comprensione non si sviluppa secondo una progressione lineare: il circolo ermeneutico, in cui è inserito lo stesso soggetto interpretante e che è « permanentemente determinato dal movimento anticipante della precomprensione », imprime al processo interpretativo la struttura dialogica della domanda e della risposta (52). Punto di partenza dell'interpretazione non è il testo (analogamente alle scienze della natura, la cui ricerca muove dalla « cosa in sé »), bensì un fatto della vita o una situazione problematici, sui quali il testo, che ha qualcosa da dire in proposito, viene interrogato. La comprensione si compie solo se l'interprete riesce a capire la domanda alla quale il testo risponde, e quindi a formularla adeguatamente antivedendo la risposta.

Il problema metodologico è allora quello di acquisire tecniche adeguate di controllo razionale della precomprensione in base alla quale l'interprete procede a interpellare il testo, in guisa da garantirne l'apertura costante al dialogo col testo e impedire che i pregiudizi, le abitudini mentali, le categorie dogmatiche dell'interprete, la sua partecipazione acritica alla tradizione convertano il dialogo in un monologo. Gadamer si astiene da specifiche proposte di metodo, ma sul piano epistemologico indica due condizioni fondamentali per ovviare al pericolo che la precomprensione diventi fonte di fraintendimento o strumento di manipolazione arbitraria del pensiero del testo. La prima condizione è una « coscienza ermeneutica educata », cioè « preliminarmente sensibile all'alterità del testo », che rende l'interprete pronto a lasciar par-

---

(51) *W.u.M.*, p. 283 (tr. it., p. 350). Anche qui la critica di BETTI, *L'ermeneutica storica* ecc., pp. 6, 16, non coglie il carattere relativo della polemica di Bultmann e di Gadamer contro l'ideale di oggettività dell'ermeneutica classica, da essi considerato un'« illusione » o un « fantasma ». Questi autori non « negano la possibilità di attingere una conoscenza oggettiva per via di interpretazione », come teme Betti, ma contestano che all'ermeneutica possa essere assegnato il compito « di armonizzarsi con l'ideale di obiettività delle scienze della natura » (GADAMER, *W.u.M.*, p. 277; tr. it., p. 342). Assumere questo compito, a giudizio di Gadamer, implica il costo della rinuncia « a far valere nella teoria ermeneutica la concretezza della coscienza storica ».

(52) GADAMER, *W.u.M.*, pp. 283, 344 ss., 351 ss. (tr. it., pp. 349, 418 ss., 427 ss.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lare il testo, a « mettersi in ascolto dell'opinione del testo » (53). La seconda condizione, implicita nella prima, è « una precisa presa di coscienza delle proprie presupposizioni e dei propri pregiudizi » per assoggettarli al controllo della riflessione critica. L'interprete deve essere costantemente disposto a mettere alla prova la sua precomprensione, a confrontarla criticamente, in relazione al fatto o al problema in questione, con la parola del testo e a introdurre nelle proprie aspettative di senso tutte le correzioni richieste dall'esegesi del testo (54). Solo accedendo alla dimensione propriamente critica dell'esegesi la comprensione diventa ermeneutica (55).

In questi termini il significato del testo viene afferrato attraverso un processo di adeguamento della precomprensione al contenuto dell'oggetto da interpretare, che insieme promuove la rispondenza del senso interpretato alla situazione concreta nella quale il testo si inserisce. Questo accordo tra soggetto e oggetto sulla *res proposita*, che progressivamente si compie nel processo della comprensione, è descritto da Gadamer col concetto di « fusione degli orizzonti interpretativi » (56). E solo nei detti termini, ormai lontani dalle categorie del soggetto e dell'oggetto proprie delle scienze naturali, può realizzarsi la pretesa di oggettività della comprensione, espressa dal brocardo « sensus non est inferendus, sed efferendus ».

---

(53) Cfr. già BULTMANN, *Das Problem der Hermeneutik*, p. 228: « Non si tratta di eliminare la precomprensione, ma piuttosto di renderla cosciente, di sottoporla a esame critico nel processo di interpretazione del testo, di metterla in gioco; in breve si tratta di questo: nell'interrogazione del testo lasciare che il testo interroghi noi stessi, ascoltare la sua pretesa di verità ». Che poi B. sia rimasto fedele a questa regola, si sia accostato ai testi della rivelazione cristiana disposto a mettere in gioco la sua precomprensione razionalistica e ad accettare la possibilità di un intervento soprannaturale nel mondo e nella storia, è un altro discorso.

(54) GADAMER, *W.u.M.*, p. 253 s. (tr. it., p. 316). Cfr. DE RUGGERO, *op. cit.*, p. 59 ss.

(55) Così RICOEUR, *Herméneutique des symboles*, in *Il problema della demitizzazione* (*Arch. di filosofia* diretto da E. Castelli), Padova 1961, p. 60.

(56) *W.u.M.*, pp. 289 s., 359, 375 (tr. it., pp. 356 s., 436, 456). Anche contro questo concetto, « veramente fecondo » secondo RICOEUR, *Ermeneutica filosofica* ecc., cit., p. 51, la critica di Betti, *L'ermeneutica storica*, p. 17 s., è molto severa, sempre in nome dell'« ideale della oggettività vagheggiato dalla corrente o mantica ». Eppure qualcosa di simile si trova già nella dottrina di Humboldt: cfr. WACH, *Verstehen*, I, p. 260.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

5. I canoni ermeneutici fondamentali, riproposti da Betti nel solco dell'eredità romantica (57), sono ancora avvolti nell'« aporia diltheyana, di una teoria cioè della comprensione destinata, di volta in volta, ad opporsi alla spiegazione naturalista e insieme a rivaleggiare con essa in oggettività e scientificità » (58). Se la parola interpretante è la parola dell'interprete, come riconosce il canone dell'« attualità dell'intendere », e non il linguaggio e il lessico del testo stesso, la comprensione non può ridursi, come vorrebbe il canone primario dell'« autonomia ermeneutica dell'oggetto », a una pura riproduzione del testo, a una sorta di ricostruzione che in certo modo ripete la genesi del testo e porta l'interprete a « penetrare e trasferirsi nello spirito che gli parla » (59). Questo canone, di derivazione storicistica, « segue l'ideale conoscitivo proprio della scienza della natura, secondo il quale comprendiamo davvero un dato processo solo quando siamo in grado di riprodurlo artificialmente » (60).

L'aporia è superata da Gadamer sulla base del « principio della *Wirkungsgeschichte* », che rappresenta il momento culminante della sua meditazione e significa « principio dell'efficacia conseguenziale dell'accadimento storico nella storia » (61). Ogni fatto storico, per esempio un discorso fissato in un documento, acquista un'efficacia ulteriore in quanto si inserisce in una concatenazione di determinazioni storiche, le quali conservano il passato nella forma della tradizione (non tutto il passato, perché la tradizione è selettiva) e in pari tempo si proiettano nel futuro predisponendo le condizioni per accadimenti successivi (62). L'interprete dotato di coscienza storica fondata sull'esperienza della *Wirkungsgeschichte* (63) sa che la lontananza temporale dall'epoca del testo non è una distanziazione alienante, ma è una distanza riempita dalla

---

(57) *Teoria generale*, I, p. 305 ss.; *Interpretazione della legge* ², p. 14 ss.

(58) RICOEUR, *op. ult. cit.*, p. 43.

(59) Cfr. BETTI, *Interpretazione della legge* ², cit., p. 24.

(60) Cfr. GADAMER, *W.u.M.*, pp. 355, 448 (tr. it., pp. 430, 540).

(61) *W.u.M.*, p. 284 ss. (tr. it., p. 350 ss.).

(62) Cfr. CORETH, *Grundfragen*, cit., p. 141.

(63) Il « wirkungsgeschichtliches Bewusstsein » (alla lettera: coscienza della storia degli effetti) ha la struttura dell'esperienza: GADAMER, *W.u.M.*, p. 329 (tr. it., p. 401).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

continuità di una tradizione comune, che definisce la situazione ermeneutica iniziale e della quale è parte integrante « la catena delle interpretazioni passate, attraverso cui la precomprensione è obiettivamente mediata con il suo oggetto » (64). Perciò egli deve non già rifiutare la distanza temporale, nell'illusione di potersi rendere « contemporaneo » al lettore originario (secondo la direttiva psicologizzante e storicizzante dell'ermeneutica romantica), ma al contrario appropriarsene (65) « riconoscendo in essa una positiva e produttiva possibilità del comprendere » (66). In questa prospettiva il passaggio dall'ontologia della comprensione all'epistemologia dell'interpretazione è compiuto da Gadamer fondando l'oggettività scientifica di quest'ultima sulla funzione di riflessione critica nei confronti della tradizione, che agisce nel processo interpretativo attraverso le strutture della precomprensione. Interpretare e riflettere diventano un solo e medesimo atto (67).

In tal modo l'ermeneutica di Gadamer recupera il dialogo con le scienze dello spirito, che Heidegger aveva interrotto (68). Il dialogo è possibile e aperto a sviluppi fecondi perché si tratta di una teoria che, pur avendo una precisa matrice filosofica, non esige di essere accettata o respinta in blocco. Essa può essere utilizzata dalle ermeneutiche regionali e in particolare dall'ermeneutica giuridica, che forse più di ogni altra ne ha tratto profitto (69), pur

---

(64) J. HABERMAS, *Logica delle scienze sociali*, tr. it., Bologna 1970, p. 234 (citato da VATTIMO, *Introduzione*, cit., p. XXI).

(65) Su questo concetto di « appropriazione », che sottolinea il carattere « attuale » dell'interpretazione, cfr. RICOEUR, *Qu'est-ce qu'un texte?*, in *Hermeneutik und Dialektik*, (*Festschrift f. Gadamer*), II, Tübingen 1970, p. 195.

(66) GADAMER, *W.u.M.*, p. 281 (tr. it., p. 347).

(67) Cfr. GADAMER, *Replik*, in *Hermeneutik und Ideologiekritik*, cit., p. 296: « le scienze ermeneutiche si difendono mediante la riflessione ermeneutica contro la tesi che il loro procedimento non sarebbe scientifico, in quanto negherebbe l'obiettività della scienza ». Cfr. pure RICOEUR, *Della interpretazione. Saggio su Freud*, tr. it., Milano 1966, p. 53 ss.

(68) Cfr. RICOEUR, *Ermeneutica filosofica ed ermeneutica biblica*, cit., p. 44; *Conflitto delle interpretazioni*, cit., pp. 20, 24, 32 s.

(69) Cfr. il mio saggio *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, p. 3 ss., spec. 23 ss.; W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, III, Tübingen 1976, p. 433 ss.; DE RUGGERO, *op. cit.*, p. 109 ss.; G. ORRÙ, *I criteri legali di integrazione del diritto positivo nella dot-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

respingendo la pretesa, formulata da Bultmann, ma presente anche in Gadamer, di porre l'interpretazione sotto il controllo della filosofia esistenzialistica ([70]). Siffatta pretesa è all'origine della tesi che assume l'« applicazione » come momento costitutivo dell'interpretazione in generale (« comprendere è sempre già applicare ») ([71]), e conseguentemente è portata a parificare l'interpretazione storica all'interpretazione giuridica ([72]) nel quadro di una « ridefinizione dell'ermeneutica delle scienze dello spirito sul modello dell'ermeneutica giuridica e dell'ermeneutica teologica » ([73]), cioè delle ermeneutiche che hanno il compito (e la responsabilità) di determinare regole vincolanti di comportamento. In relazione a questi sviluppi la critica di Betti ([74]) è giustificata ed ha raccolto autorevoli consensi anche presso autori meglio disposti di lui a riconoscere il debito della scienza ermeneutica verso Gadamer ([75]). Tanto più la critica deve essere ribadita quando si constata che l'attribuzione di un « significato esemplare » all'ermeneutica giuridica si ritorce contro di essa deformandone la funzione normativa per dare ingresso al singolare principio secondo cui il testo della legge « per essere compreso in modo adeguato, deve essere compreso in ogni momento, ossia in ogni situazione concreta, in maniera nuova

---

trina tedesca contemporanea, in *Jus*, 1977, p. 298 ss. Particolarmente fecondo appare il collegamento della teoria ermeneutica di Gadamer con le correnti metodologiche che rivalutano la topica e la retorica nell'ermeneutica giuridica. Ma giustamente è stato osservato che la portata dell'ontologia ermeneutica di G. per la metodologia del diritto non è stata ancora pienamente esplorata (FIKENTSCHER, *op. cit.*, p. 436).

([70]) BULTMANN, *Jesus Christus und die Mithologie*, in *Glauben und Verstehen*, IV, Tübingen 1967, p. 169.

([71]) GADAMER, *W.u.M.*, p. 290 ss. (tr. it., p. 358 ss.).

([72]) GADAMER, *W.u.M.*, p. 308 ss. (tr. it., p. 377 ss.).

([73]) GADAMER, *W.u.M.*, p. 294 (tr. it., p. 362).

([74]) *L'ermeneutica storica* ecc., cit., p. 21 ss.

([75]) Cfr. K. O. APEL, *Szientistik, Hermeneutik, Ideologiekritik*, in *Hermeneutik und Ideologiekritik*, cit., p. 30 ss., spec. p. 33 nota 28; K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*[8], Berlin 1975, p. 190 ss.; nonché F. WIEACKER, in due interventi sui quali riferisce ampiamente lo stesso BETTI, *Storia e dogmatica del diritto*, in *Atti del I Congresso int. della Società ital. di storia del diritto*, Firenze 1966, p. 105 ss. Cfr. mio saggio cit., p. 22 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e diversa » (76). Un simile principio, incompatibile con l'idea di ordinamento giuridico, è chiaramente un derivato dell'antropologia esistenzialistica, che concepisce il momento della decisione, per il quale esclusivamente l'uomo esiste, come una situazione in cui « *ora* si tratta di sapere che cosa si deve fare o lasciare, e non è data misura alcuna da precedenti o da modelli generali » (77).

Ma se i temi di Gadamer possono essere messi a partito dall'ermeneutica giuridica separandoli dalle implicazioni antropologiche della sua filosofia, scostando, per dirla con Betti (78), « il prisma deformante della filosofia esistenzialistica », è necessario invece non perdere mai di vista il loro radicamento ontologico. La teoria generale di Gadamer è fondamentalmente un'ontologia ermeneutica; il suo problema « non è quel che facciamo o quel che dovremmo fare, ma ciò che, di là dal nostro volere e dal nostro fare, accade con noi » (79). Nel « tragitto di ritorno » alla questione dello statuto delle scienze dello spirito occorre badare a non convertire indebitamente la precomprensione, che è un concetto descrittivo di un dato fenomenologico, in un concetto di metodo (80). La comprensione ha un valore euristico: serve ad aprire gli occhi al con-

---

(76) GADAMER, *W.u.M.*, p. 292 (tr. it., p. 360); cfr. mio saggio cit. (*Jus*, 1976), p. 37.

(77) BULTMANN, *Jesus*, Tübingen 1951, p. 77. Non è lontana da questo pensiero una delle frasi conclusive del libro di Gadamer (p. 465; tr. it., p. 558 s.): « nel comprendere siamo inclusi in un accadere di verità e arriviamo in un certo senso troppo tardi se vogliamo sapere ciò che dobbiamo credere ».

(78) *L'ermeneutica storica* ecc., p. 11. Cfr. i rilievi molto equilibrati di un autore pur legato alla filosofia esistenzialistica come RICOEUR, *Conflitto delle interpretazioni*, cit., p. 408 s. Al pari di Betti (*op. ult. cit.*, pp. 8 ss., 22 s.), egli avverte la necessità di distinguere « due soglie della comprensione »: la soglia « del senso » (*Bedeutung*) proprio del testo, che è « un momento oggettivo e insieme ideale », e la soglia « della significazione esistenziale » (*Bedeutsamkeit für mich*), che è il momento soggettivo dell'appropriazione del senso interpretato da parte del lettore, « il momento della sua effettuazione nell'esistenza ». Sulla distinzione tra « Auslegung » e « Aneignung » (nel senso di applicazione) v. pure WACH, *Verstehen*, II, pp. 12 nota 1, 19 ss.

(79) *W.u.M.*, p. XIV (tr. it., p. 6).

(80) Una tendenza a questa trasposizione è appuntata da alcuni critici al libro di J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt a.M., 1970. Cfr. LARENZ, *Methodenlehre* [3], p. 188 s.; FIKENTSCHER, *Methoden*, III, p. 439. Non condivide la critica DE RUGGERO, *op. cit.*, p. 153.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tenuto del testo ([81]), a mettere in moto il processo interpretativo fornendo un primo orientamento ([82]). Sarebbe un grave errore assumerla come guida che conduce l'interpretazione, attraverso la scelta dei criteri metodologici, verso un risultato già predeterminato dalle convinzioni del giudice su ciò che è giusto, ossia dalle sue prevenzioni ideologiche. L'interprete non deve abbandonarsi alle sollecitazioni della precomprensione, ma deve tematizzarla in consonanza col testo e per questa via « trarsi fuori dal pregiudizio » ([83]). Altrimenti egli « sottomette l'alterità del testo ai propri preconcetti » ([84]); e se il testo potesse rispondergli, parlerebbe come lo Spirito della Terra a Faust: « Tu somigli allo Spirito che tu comprendi, non a me! »

([81]) Così H. BOUILLARD, *La position d'une théologie reformée en face de l'interprétation existentiale*, in *Il problema della demitizzazione*, cit., p. 154.

([82]) LARENZ, *op. loc. ult. cit.*

([83]) Cfr. U. SCHROTH, *Zum Problem der Wertneutralität richterlicher Tatbestandsfestlegung im Strafrecht*, in *Rechtstheorie* a cura di A. Kaufmann, cit., p. 107.

([84]) GADAMER, *W.u.M.*, p. 374 (tr. it., p. 455).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

RUDOLF MALTER

DIE REZEPTION DER HERMENEUTIK EMILIO BETTIS IN DER DEUTSCHSPRACHIGEN PHILOSOPHIE

Die allgemeine Auslegungslehre Emilio Bettis, aus jahrzehntelanger Beschäftigung mit den hermeneutischen Problemen der Jurisprudenz einerseits und der Geisteswissenschaften andererseits hervorgegangen, hat auch im deutschsprachigen Raum eine nicht zu übersehende Wirkung gezeitigt. Rechtslehre (1), Theologie (2),

---

(1) Vgl. u. a. Alexander VON BAEYER: *Bemerkungen zum Verhältnis von juristischer und philosophischer Hermeneutik*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 54, 1968, S. 30, Anm. 20; Hermann EICHLER: *Das Wesen des Gesetzes*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, Milano, 1962, Vol. I, 297-311; Josef ESSER: *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen-Interpretationslehre*, Tübingen, 1956 (häufige Beziehung auf Bettis juristische Arbeiten); Alfred HEUSS: *Zur Hermeneutik des historischen und juristisch normativen Satzes*, in *Studi*, I, 151-172; Joachim HRUSCHKA: *Rechtsanwendung als methodologisches Problems*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 50, 1964, 497, Anm. 20/21; Fritz RITTNER: *Verstehen und Auslegen als Probleme der Rechtswissenschaft*, in *Verstehen und Auslegen*, hrsg. v. Werner Marx. Freiburg, 1968, 43-65; Franz WIEACKER: *Notizen zur rechtshistorischen Hermeneutik*, in *Nachrichten der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, Philologisch-historische Klasse*, 1963, 1-22 (zum Vergleich Wieacker-Betti vgl. Hans-Georg GADAMER: *Hermeneutik*, in *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, hrsg. v. Joachim Ritter, Band 3, Basel-Stuttgart, 1974, Sp. 1069 (forthin zit. als HWPh 3); vgl. auch den Vortrag von Theo MAYER-MALY: *Hermeneutik und Evidenz im Recht*, in *Hermeneutik als Weg heutiger Wissenschaft. Ein Forschungsgespräch*. Hrsg. Viktor Warnach, Salzburg-München, 1971, 127 ff. (forthin zitiert als: Warnach).

(2) Vgl. den bei Warnach abgedruckten Vortrag von Suitbert SIEDL: *Zum Wesen der biblischen Hermeneutik*, 209 ff.; an der Diskussion hat Betti sich beteiligt; vgl. auch Warnachs « Zusammenfassung » der Kongreßthematik, ebd. 231.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Philologie ([3]), Literatur- ([4]) und Geschichtswissenschaft ([5]) sowie Philosophie sind von den Disziplinen, in denen Bettis Wirkung spürbar geworden ist, vor allem zu nennen. Daß Bettis hermeneutische Theorie die besondere Aufmerksamkeit der Philosophen gefunden hat ([6]), rührt gleichermaßen von Zielsetzung und Durch-

---

([3]) Vgl. Heinrich LAUSBERG: Rez. der *Teoria Generale della Interpretazione*, in *Archiv für das Studium der Neueren Sprachen*, 108, 1057, 215-216; Günther KANDLER: *Sprachwissenschaftliche Aufgaben der Hermeneutik*, in *Studi*, I, 173-191.

([4]) Vgl. Häufigere Erwähnung findet Bettis Hermeneutik in den posthum hrsg. Vorlesungen Peter Szondis (Bd. 5, Frankfürt 1975). Vlg. auch Uwe JAPP: *Hermeneutik. Der theoretische Diskurs, die Literatur und die Konstruktion ihres Zusammenhanges in den philologischen Wissenschaften*, München, 1977; hier wäre auch das zwar ursprünglich in englischer Sprache verfaßte, jetzt aber in deutscher Übersetzung vorliegende Buch von E. D. HIRSCH (Jr.): *Prinzipien der Interpretation*, München, 1972, zu nennen; es schließt sich in vieler Hinsich an Bettis Theorie an (vgl. zu Hirsch: G. B. MADISON: *Eine Kritik an Hirschs Begriff der 'Richtigkeit'*, in *Seminar: Die Hermeneutik und die Wissenschaften*. Hrsg. v. Hans-Georg Gadamer und Gottfried Boehm, Frankfürt, 1978, 393 ff.).

([5]) Vgl. Firtz WAGNER: *Thukydides - Anfang ohne Ende*, in *Studi*, I, 221-235; Fritz WAGNER: *Zur Nachwirkung Droysens. Emilio Bettis Hermeneutik*, in *Archiv für Kulturgeschichte*, 38, 1963, 258-263 (forthin zit als: Wagner); Karl-Georg FABER: *Grundzüge einer historischen Hermeneutik*, in *Seminar: Die Hermeneutik* ..., 360, Anm. 24; vgl. auch 353.

([6]) Allerdings hält sich die Bettirezeption der Philosophen im deutschsprachigen Raum in recht engen Grenzen. In gewissem Sinne ist die Betti gewidmete Monumentalfestschrift *Studi in onore di Emilio Betti*, die 1962 5-bändig erschienen ist, mit ihrer quantitativ spärlichen philosophischen Vertretung noch immer typisch für die Quantität der Beschäftigung mit Bettis Hermeneutik seitens der deutschsprachigen Philosophie. Von deutschsprachigen Philosophen sind in der Festschrift bloß Funke und Litt vertreten, wobei der Aufsatz von Litt keinen Bezug auf Bettis Oeuvre nimmt.

Die wichtigsten im folgenden zitierten Arbeiten zu Betti aus der Feder deutschsprachiger Philosophen sind: Alfred BAEUMLER: Rez. der *Teoria generale* und der 1962 ([2]1972), in Tübingen erschienenen Schrift *Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften*, in *Gnomon*, 35, 1963, 113-120; Werner FLACH: Rez. der deutschen Fassung der *Teoria generale*, in *Philosophischer Literaturanzeiger*, 22, 1969, 25-29; Gerhard FUNKE: *Problem und Theorie der Hermeneutik. Auslegen, Deuten, Verstehen in Emilio Bettis Teoria generale della Interpretazione*, in *Zeitschrift für philosophische Forschung*, 14, 1960, 161-181 (abgedruckt auch in: *Studi*, I, 129-150; zitiert wird nach dem Abdruck in der Zeitschr. f. ph. F.); Hans-Georg GADAMER: *Wahrheit und Methode*, 3, erweiterte Auflage, Tübingen, 1972 (Gadamers 1961 in der «Philosophischen Rundschau» publizierter For-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

führung dieser Auslegungslehre her: sie will *allgemeine Grundlegung* geisteswissenschaftlicher Methodologie sein und sie nimmt bei der Verwirklichung dieser Aufgabe ständig Bezug auf maßgebliche Denker der abendländischen philosophischen Tradition.

Wenn man den überragenden Anteil deutscher Autoren unter den von Betti immer wieder herangezogenen Denkern beachtet, so überrascht es nicht, daß vor allem die deutschsprachigen Gegenwartsphilosophen ihr Interesse an den Arbeiten Bettis bekundet haben (7). Mitursächlich für Bettis Rezeption in Deutschland mag darüberhinaus auch die Vielfalt der unmittelbaren Beziehungen gewesen sein, die den italienischen Gelehrten mit der deutschsprachigen Wissenschaft verbanden: Beziehungen, die, erleichtert und gefördert durch Bettis glänzende Beherrschung der deutschen Sprache, in seinen deutschen Publikationen und in seinen häufigen, oft mit Vortragstätigkeit verbundenen Besuchen in deutschsprachigen Ländern zum Ausdruck kommen.

I.

Auf ihre allgemeine Tendenz hin betrachtet, kann die Reaktion der deutschsprachigen Philosophie auf Bettis Hermeneutik als affirmativ-kritisch bezeichnet werden, d.h.: Hinweise auf pro-

---

schungsbericht « Hermeneutik und Historismus » wurde von der 2. Aufl. an als Anhang in das Hauptwerk aufgenommen und wird nach diesem Abdruck zitiert); Gerhard HENNEMANN: Rez. von *Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften*, in *Zeitschrift für Religions- und Geistesgeschichte*, 16, 1964, 86-87; Lothar KREISER - Wolfgang LORENZ: Rez. von *Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften* (Tübingen, 1967), in *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 18, 1970, 1004-1007; Karlo OEDINGEN: Rez. der *Teoria generale*, in *Kant-Studien*, 50, 1958/59, 230-233.

(7) Vgl. Bettis eigene Auskunft über seine Verpflichtung gegenüber der deutschen Tradition in: *Die Hermeneutik*, S. 6 Anm. 1. Vgl. hierzu auch Flach, der S. 25 auf diese Tradition hinweist.-Wagner bemerkt zu Recht, daß französische und angelsächsische Literatur bei Betti nur eine sekundäre Rolle spielt (259). Als wichtigste « Autoritäten » aus der philosophischen deutschen Tradition seien genannt: an erster Stelle Schleiermacher, Kant, Hegel, Herder, Humboldt, Husserl, N. Hartmann, Nietzsche und — in seiner Eigenschaft als Hegelianer — Droysen. Vgl. Baeumler 114; Wagner 259. — Zur Bedeutung der deutschen philosophischen Tradition vgl. auch Anm. 9 ff.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

blematische Stellen in Bettis hermeneutischer Theorie und auch ausführlichere Auseinandersetzungen mit ihr erfolgen im Rahmen einer prinzipiellen Zustimmung zu Aufgabenstellung und Durchführung der auf idealistischer Basis gegründeten allgemeinen Auslegungslehre.

Nicht zu finden allerdings ist diese Tendenz bei den marxistisch-leninistischen Philosopehn, die — wie in der Regel auf alle neueren Entwicklungen im außersozialistischen Gegenwartsdenken — auch auf Bettis Hermeneutik relativ rasch reagiert haben. Ihrer prononciert antiidealistischen Position gemäß stehen die marxistisch-leninistischen Kritiker Bettis Auslegungslehre prinzipiell ablehnend gegenüber. Die von *Kreiser* und *Lorenz* in der « Deutschen Zeitschrift für Philosophie » publizierte Rezension der « Allgemeinen Auslegungslehre » richtet ihren Frontalangriff gegen die idealistische Basis, auf der Bettis Theorie errichtet ist: die durch « eine eklektische Verbindung von Platonismus und Kantschem Apriorismus, von Phänomenologie und Neuhumboldtianismus Weisgerberscher Prägung » (1004) zustande gekommene objektiv-idealistische Auslegungslehre Bettis hat ihre Substanz in der Annahme einer « idealen Seinssphäre » (1004), deren geschichtlich objektivierten Sinngehalte es nach Bettis Theorie im Verstehen zu erfassen gilt.

Bettis Theorie des Verstehens, so *Kreiser-Lorenz*, scheitert im vorhinein an dieser objektiv-idealistischen Annahme — an der Setzung eines durch kausal-deterministische Verfahren nicht erfaßbaren « ' Sinnüberschusses ' » (1004) im Gegebenen, d.i. sie scheitert an dem irrationalistischen Moment, das der Idealismus dem Erkenntnisvollzug zuordnet. Den Unterschied zwischen Betti und dem von ihm angegriffenen Heidegger setzen die marxistisch-leninistischen Kritiker aber nicht in den Gegensatz von Idealismus und neuer Ontologie, sondern in die unterschiedliche Fassung des im Grunde selbigen Idealismus. Bettis Heideggerkritik bedeutet so für die marxistisch-leninistischen Rezipienten lediglich die Ablehnung eines « übertriebenen Subjektivismus » (1004) zugunsten der Annahme eines Objektivismus, der real seiende geistige Werte dem Verstehen zugrundelegt. Die Hermeneutik, die durch « ' innere Einsicht ' » diese ideale Objektivität zu ergreifen hat, hat als Gegenstand den ganzen « Bereich bürgerlich idealistischer

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Sprach-, Kunst-, Rechts- und Geschichtsauffassung sowie der Theologie » (1005). Der in diesem Gegenstand versammelte « metaphysisch-irrationale Gehalt der allgemeinen Auslegungslehre, der sich ... als ' Rest ' jeder rationalen Einsichtigkeit entzieht » (1005), wirkt sich nach *Kreiser-Lorenz'* Kritik auch negativ auf die formale Darstellungsweise Bettis aus: « die sich durch das ganze Buch ziehende und dem Verständnis abträgliche Verschwommenheit in den Formulierungen » (1005) entstammt nicht Bettis mangelnder sprachlicher Ausdruckskraft, sondern jenem irrationalen Gehalt. Er macht aber nicht bloß die Sprache im Sinne des äußeren Mitteilungsmediums unscharf, er führt überdies dazu, daß die Hermeneutik « auch Begriffe mystifiziert, die unabhängig von ihr einen klaren Sinn haben. Sie verkehrt alles in irrationale Dunkelheit, um ihren eigenen Mystizismus ins rechte Licht setzen zu können » (1005).

In der Behauptung der Existenz einer idealen Werteordnung und in dem aus dieser Behauptung entspringenden Irrationalismus sehen die marxistisch-leninistischen Kritiker Bettis scharfen Antimaterialismus am Werk. Für spezifisch materialistische Verfahren bleibt bei Betti auch nur ansatzweise allein schon deswegen kein Platz, weil die Hermeneutik von Betti letztlich auch für die Naturerkenntnis in Anspruch genommen wird — und zwar in Konsequenz der These, daß die « ideale Seinssphäre der Werte » (1006) alle anderen Seinssphären überdeckt. Strukturell-mathematische und funktional-physikalische Verfahren (u. a. Semiotik und Kybernetik) zeugen für Betti von materialistischer Erkenntniseinstellung, sofern sie nicht der Hermeneutik im weitesten Sinn integrierbar sind. « Betti behauptet nicht, die genannten wissenschaftlichen Methoden bzw. Wissenschaften müßten vom Standpunkt der Hermeneutik aus rundweg abgelehnt werden. Das würde seine Hermeneutik von vornherein selbst als unwissenschaftlich, mehr noch, als überhaupt nicht diskutabel denunzieren. Um die materialistische Grundtendenz der modernen Wissenschaften zu paralysieren, kleidet sich der Fideismus in ein wissenschafliches Gewand und heiligt erst dann eine wissenschftliche Erkenntnisweise oder eine wissenschaftliche Erkenntnis, wenn sie sich in dieses Gewand einhüllen läßt. Die Hermeneutik hat nichts gegen die strukturell-mathematische Betrachtungsweise — wenn man sich ihrer

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Grenzen und damit notwendigen Einordnung in die Hermeneutik als der integrierenden Gesamtschau bewußt ist. Die Hermeneutik hat nichts gegen den mathematischen Physiker — wenn er sich der Gefahr des ' physikalisch-mathematischen Materialismus ' bewußt ist und dagegen Schutz sucht durch hermeneutische Erziehung des Geistes » (1006).

Der Fehler, den die marxistisch-leninistischen Kritiker in Bettis Einbeziehung der Naturerkenntnis in den Kompetenzbereich der Hermeneutik erblicken, betrifft die These, in der Natur seien ideale Werte realisiert. Auch die marxistisch-leninistischen Philosophen sind gegen ein wertfreies Naturerkennen, aber sie deuten die bei jedem Naturerkennen mitspielende Wertung aus dem Zusammenwirken der erkennenden Wissenschaftler: « Wertungen sind dadurch bedingt, daß nicht irgendwelche ' lebende Geister ' in einem abstrakten Erkenntnisverhältnis zur Natur und im ' brüderlich '-abstrakten Kommunikationsverhältnis untereinander stehen, sondern daß sich wissenschaftliches Erkennen über und durch die Erkenntnistätigkeit gesellschaftlich determinierter Wissenschaftler realisiert » (1007).

Wie diese theoretischen fallen auch die praktischen Momente der Hermeneutik Bettis, die sich in der erzieherischen Intention seiner Lehre artikulieren, unter das Verdikt der scharf antiidealistischen Kritik. Die zur « Veredelung des Menschen » hinführende hermeneutische Erziehung, die Betti propagiert, enthüllt jener Kritik sich als theologische Behauptung: « Die hermeneutische Erziehung der lebenden Geister ist ihre Vereinigung im Geiste Christi » (1005). Im gleichen Sinne zeigen auch Bettis Erörterungen sozialer Probleme den « theologische[n] Gehalt der idealistischen Konzeption » (1005) seiner Hermeneutik an.

Wer weiß, welchen Grad an Unwahrheit für die marxistisch-leninistische Philosophie einer Position zukommt, die im Lichte ihrer Kritik als Theologie sich enthüllt, erkennt die Radikalität der Ablehnung, auf die Bettis Hermeneutik bei den materialistischen Kritikern gestoßen ist. Zwar läßt sich nicht leugnen, daß *Kreiser-Lorenz* eine Reihe von Punkten angesprochen haben, die bei Betti in der Tat problematisch sind, so z.B. das Verhältnis von Hermeneutik und Naturerkennen, die Stellung zu Semiotik, Kybernetik und zum Logikkalkül, doch ist auch zugleich ebenso

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

wenig zu übersehen. daß der eigentliche Angriff auf Betti, nämlich die Polemik gegen die idealistische Erkenntniskonzeption, von einem dogmatischen Standpunkt aus erfolgt, dessen Wahrheit zuerst einmal bewiesen werden müßte, wenn die von ihm ausgehende Kritik legitim sich erweisen sollte. Die Unverträglichkeit der materialistischen Erkenntniskonzeption mit der Bettischen Theorie führt dazu, daß diese Theorie in allen ihren Aspekten verworfen wird. Keines Blickes wird daher die gewaltige Leistung gewürdigt, die allein schon in Bettis Materialdurcharbeitung zum Vorschein kommt; kein Wort wird verschwendet für die Feinfühligkeit der von Betti angestrebten Interpretationstechnik oder für das Problembewußtsein, das Betti hinsichtlich der Verstehensproblematik beweist — mit der Anklage, die idealistisch konzipierte Hermeneutik Bettis sei auf Theologie hinauslaufender Irrationalismus, und mit der Konkretiserung dieser Anklagen an einzelnen problematischen Punkten ist Bettis Hermeneutik für die marxistisch-leninistischen Rezensenten erledigt (8). Wer die Wahrheit schon hat, ist auch schnell mit dem fertig, der die Schwierigkeiten, an die geschichtlich sich realisierenden Sinnakte, d.i. an die in ihnen sich manifestierende Wahrheit heranzukommen, mit höchster Einfühlungsgabe und imposanter historischer Gelehrsamkeit zum Thema eines Lebenswerkes gemacht hat.

II.

Im Unterschied zu den radikalen Invektiven des Marxismus-Lenismus gegen die Bettische Hermeneutik ist die Kritik, die vonseiten der deutschsprachigen nichtmarxistischen Philosophie an Betti geübt wurde, durchgehend in eine positiv würdigende

(8) Wenn in dem Artikel « Hermeneutik » in dem von Georg Klaus und Manfred Buhr hrsg. « Philosophischen Wörterbuch » (6. überarbeitete Aufl. Berlin, 1969, 473-475) Betti unpolemisch erwähnt wird, so liegt dies nicht etwa daran, daß eine affirmative Stellung zu seiner Hermeneutik eingenommen werden würde, sondern allein daran, daß das Wörterbuch sich Bettischer Thesen bedient, um das im Grunde « bürgerliche » Phänomen « Hermeneutik » zu erläutern.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Darstellung eingebaut, bei der häufig der referierende Teil den kritischen überwiegt — wohl nicht deswegen, weil sie Kritik scheuten, sondern weil ihnen Bettis Hermeneutik so gewichtig erscheint, daß sie eine möglichst breite Information — mit Hinweisen auf Ansatzpunkte möglicher Kritik — für die vordringliche Aufgabe halten. Allerdings ist schon an dieser Stelle anzumerken, daß die durch die Rezensenten und Aufsatzautoren geleistete Informationsarbeit bislang nur erst punktuell dazu geführt hat, die intensive und extensive Auseinandersetzung mit Betti zu beginnen, deren Fruchtbarkeit für das systematische Philosophieren schon jene ersten informatorischen Arbeiten überzeugend ankündigten.

Wie anders sich der Rezeptionshorizont bei den nichtmarxistischen Kritikern im Vergleich zu demjenigen der Marxisten-Leninisten darstellt, lassen die von verschiedenen Rezipienten gegebenen allgemeinen Charakterisierungen der Bettischen Hermeneutik, sei es im Anschluß an die « Teoria Generale » und an ihre deutsche Bearbeitung, sei es im Anschluß an das « Hermeneutische Manifest », sei es an die Schrift « Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften » oder an alle zusammen, erkennen. Diese allgemeinen Chrakterisierungen besagen: Bettis Hermeneutik macht die ganze Spannweite des Auslegunsproblems sichtbar (*Gadamer, Funke*), sie imponiert durch überwältigende Begriffs- und Sachfülle (*Baeumler, Funke, Gadamer*) und zugleich durch die begriffliche Bewältigung des gedanklichen Reichtums (*Baeumler, Funke, Gadamer*), durch Klarheit und Konsequenz der systematischen Gedankenführung (*Flach, Funke, Gadamer*); Bettis Arbeit zeichnet sich aus durch « Lebendigkeit des Denkens » (*Baeumler*) und durch den « Mangel an gelehrter Rechthaberei » (*Baeumler*); sie zeugt von einer « Kultur des Denkens » (*Baeumler*), die die Lektüre des Hauptwerkes « zu einem Vergnügen » macht (*Baeumler*); das « Standardwerk der Interpretation » (*Oedingen*) greift in die unmittelbare Diskussion um das Recht der Wissenschaft vom Verstehen ein, indem es eine « Abwehr der zahlreichen Versuche, den epistemologischen Charakter der geisteswissenschaftlichen Hermeneutik auszuhöhlen oder gar zu bestreiten » (*Flach*, 28) liefert; und auf ihre eigene historische Relevanz hin betrachtet, leistet Bettis hermeneutische Theorie

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

eine « Zusammenschau, mit der für lange Zeit das letzte Wort in der Verstehensproblematik gesprochen sein wird, wenn wir uns nur mit dem objektiven Geist begnügen » (*Funke*, 179).

Was den hier in allgemeinen Charakterisierungen zu Wort gekommenen deutschen Autoren den Zugang zu Betti erleichtert und in ihnen häufig eine gleichsam sympathetische Beziehung zur Theorie des italienischen Wissenschaftlers aufkommen läßt, ist Bettis schon anfangs erwähnte Orientierung an der deutschen hermeneutischen Tradition. Es ist dies bei Betti keine bloß beiläufige Bezugnahme auf große Namen, sondern eine Einverleibung des in dieser Tradition Gedachten in den Vollzug des eigenen Denkens — und zwar in einem Ausmaß, das *Gadamer* zu Recht festellen läßt, Betti ziehe die « Summe der idealistischen Tradition von Schleiermacher bis zu Dilthey und über ihn hinaus » (HWPh, 3, 1065). Zwei für Betti maßgebliche Autoritäten ([9]), die auch von anderen Rezipienten immer wieder als für ihn entscheidend angeführt werden, sind hiermit schon genannt. Als weitere wichtige Denker aus dem von *Gadamer* umrissenen Traditionsfeld kommen bei den deutschsprachigen Rezipienten immer wieder zur Sprache: Kant, Hegel, Nietzsche, Droysen, Husserl, N. Hartmann ([10]) und

---

([9]) Vgl. zu Bettis Schleiermacherbezug: Baeumler 114; beachtens- und weiter bedenkenswert ist die Kritik, die Manfred Frank an Bettis Schleiermacherverständnis übt. Vgl. seine Studie *Das individuelle Allgemeine. Textstrukturierung und- interpretation nach Schleiermacher*, Frankfürt, 1977, 174, Anm. 70, 251 f., 261. Zu Betti-Dilthey vgl. auch Funke 161 ff.

([10]) Zu Betti-Kant: vgl. Baeumler, der auf die Wichtigkeit von Kants questio-iuris-Fragestellung bei Betti aufmerksam macht (118); Oedingen verweist auf Bettis Anerkennung der Kantischen « kopernikanischen Revolution » und auf Bettis an Kant orientierte These, die objektiven Fakten seien schon kategorial bearbeitet (231); zum Hegeleinfluß vgl. Baeumler 114; bezüglich der Beziehung zu Nietzsche führt Baeumler aus, Betti sei « wohl der erste Theoretiker der Interpretation, der Nietzsche fortlaufend als einen Hauptzeugen der Theorie des Verstehens anruft » (114). Obwohl er nicht unmittelbar zur philosophischen Tradition zu zählen ist, muß hier auch Droysen erwähnt werden, auf dessen Betti-Einfluß vor allem F. Wagner ausführlich eingeht (vgl. den in Anm. 5 zit. Aufsatz). Wagner sieht das Prinzipiell-Gemeinsame zwischen Droysen und Betti in der Ablehnung spekulativer Interpretation, im Entwurf einer zwecks Vermeidung des Historismus dynamistisch konzipierten Kategorienlehre und in einer Verbindung der Kategorienlehre mit einer Typologie und Morphologie (259/60).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vor allem Heidegger ([11]), der bei Betti allerdings eine fast ausschließlich negative Rolle spielt.

Daß Betti gerade Heideggers « Hermeneutik des Daseins » aus der Konsequenz des eigenen, ganz und gar nicht existentialontologischen Ansatzes ablehnt, wird von den deutschsprachigen Bettirezipienten vor allem durch die Hervorhebung des Objektivismus verdeutlicht, der für Bettis hermeneutische Konzeption konstitutiv ist. Als Wesen dieses hermeneutischen Objektivismus arbeiten die Rezipienten in ihren Darstellungen die Lehre heraus, es existierten ideale Sinngebilde ([12]), die aber nicht in Analogie zu platonistisch konzipierten Gegenständen ([13]) oder zu Naturobjekten vorgegeben sind, sondern — ihrer an sich seienden Objektivität unbeschadet — einem subjektiven Prozeß entspringen, der im Verstehen rücklaufend sich selbst wieder in den Objekten einholt. Allen Betti-

---

Prinzipiell unterscheidet sich Betti dagegen nach Wagners Interpretation von Droysen darin, daß er Droysens heilsgeschichtliche Auflösung der durch Verstehen erfolgenden Menschheitserziehung vermeidet. (« Über die Schwelle zur christlichen Transzendenz hat ihn Betti, der sich der begrifflichen Grenzsituationen genauer bewußt bleiben will, nicht begleitet. Statt der glühenden Beschwörung des Johanneischen Logos, die den deutschen Klassiker in seiner Eigenwüchsigkeit kennzeichnet, begegnet bei ihm das distanzierte Vertrauen auf die Menschennatur, die einen unverlierbaren Bestandteil des geistigen Kosmos bildet » 262/263). Auch wenn Wagner im Übergang von Droysen zu Betti einen « Säkularisierungsprozeß » ablesen kann, darf man Bettis affirmative Haltung zur Transzendenz doch nicht unterschlagen. Vgl. Bettis (die marxistisch-leninistische Kritik provozierende) Rede von der über den Tod hinausreichenden Gemeinschaft, die wohl nicht nur gedächtnishaft-immanent verstanden werden darf.

Vgl. weiter: Husserl und Hartmann: Oedingen 230, speziell zu den positiven und negativen Einflüssen Hartmanns die Rez. von Flach (s. Teil III unseres Artikels).

([11]) Vgl. vor allem unsere Ausführungen in Teil III.

([12]) Vgl. u. a. Wagner 262; Funke 165, 178 u. ö.; Baeumler 117; besonders hervorgehoben von Hennemann 86 f. Vgl. auch Frank 34.

([13]) Vgl. Oedingens Hinweis, die « Wertewelt » Bettis sei nicht platonistisch zu verstehen (232). Wenn Funke von Bettis Platonismus redet, dann bezieht er diese Kennzeichnung auf einen anderen Punkt, der allerdings mit der Behauptung einer an sich existierenden Bedeutungswelt eng zusammenhängt — darauf nämlich, daß Betti im Gegensatz zum « existentiellen Verstehen », welches « enttheoretisiert und entmythologisiert » (166), dann, wenn er « an die Heraufholung von Sinn aus Sinngebilden denkt ... die platonische Methexis an den Ideen im Auge » (ebd.) hat, « die nicht Identifikation mit den Ideen ist » (ebd.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rezipienten (außer den marxistisch-leninistischen) ist die Betonung dieses Subjektentsprungenseins der vorliegenden objektiven Sinngebilde gemeinsam. Auch *Hennemann*, der besonders nachdrücklich auf Bettis « starke Betonung der Objektivität gegenüber der subjektivistischen von der Existenzphilosophie inspirierten Auffassung » (86) hinweist, hebt Bettis Subjektivitätsbejahung hervor. Die Tatsache, daß Betti den Akt des Verstehens selber so faßt, daß die Subjektivität eine das objektive Gebilde unverändert lassende Aktualität des Ergreifens ausübt, wird vor allem von *Funke* im Kontext der Bettischen Gesamtkonzeption erläutert. Wie *Hennemann*, der Bettis Thema darin sieht, « die erkenntnistheoretischen Bedingungen der Möglichkeit der Objektivität beim Vorgang der Auslegung » (86) zu reflektieren und zu explizieren, wendet auch *Funke* seine Aufmerksamkeit dieser Reflexion und Explikation zu und versucht darüberhinaus, die Voraussetzungen des Bettischen Verfahrens selber ausfindig zu machen. *Funke* geht davon aus, daß Betti — wie die gesamte geisteswissenschaftliche Hermeneutik — ein Äußerlichwerden des Geistiginneren annimmt, welches Äußerlichwerden keine Verfälschung des ursprünglichen Sinnes des Geistiginneren zur Folge hat (vgl. 162). Bettis explizite Verstehenstheorie baut nach *Funkes* Darstellung auf dieser Voraussetzung auf: nur weil diese ursprüngliche Beziehung zwischen dem Geistiginneren und seinem Sichäußern besteht, kann es zum Verstehen kommen. Dieses Verstehen freilich — als Nachvollzug der schon geschehenen Gegenstandswerdung des Geistes — will Betti, wie *Funke* und *Baeumler* vor allem herausstreichen, nicht im Sinne eines bloß psychologischen Nacherlebens aufgefaßt haben (was *Gadamer* dann gerade doch bei Betti in subtiler Form vorzufinden glaubt); beide beschreiben diesen Nachvollzug des schon geschehenen Prozesses — um *Baeumlers* Formulierung zu gebrauchen — als « ein Nachkonstruieren objektiv gewordener Strukturen, bei welchen die Andersheit erhalten bleibt » (115).

Zusammen genommen bilden die von den Rezipienten hervorgehobenen Verstehensvoraussetzung und Verstehensaktualität den Inversionsprozeß: « Das schöpferische Subjekt drückt sich, sinnfomrend, in der geprägten Gestalt aus — das objektiv-geistige, ausgelegte Sinngebilde führt zum Geist zurück » (*Funke*, 171). Das heißt: die den Verstehensprozeß ermöglichende « ursprüngliche

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Worthaftigkeit des Denkens » (*Funke*, 170) wird eingeholt im Verstehensprozeß; das aber besagt dasselbe wie: der Geist versteht allein den Geist, die Subjektivität in ihrer höchsten Autarkie wird dem objektiven Sinngebilde in seiner Sinnhaftigkeit am ehesten gerecht (14). Daß dieser Subjektivität Allgemeinheitscharakter bei Betti zukommt, drücken die Rezipienten aus, wenn sie von der « Gemeinsamkeit » (*Baeumler*, 117) bzw. von der « gemeinsamen Menschlichkeit » (*Funke*, 171) reden, die im Verstehen vom Objekt aus als schon im Objekt vorausgesetzte aktual ergriffen wird und deren Reichweite nach Betti das Leben des einzelnen übergreift (15). Die Methode, die diese in den objektiven Sinngebilden als Ermöglichungsgrund vorhandene Gemeinsamkeit aktualisiert — das Verstehen —, will, wie wiederum *Funke* vor allem hervorhebt, weder Metaphysik sein (169/70), noch « spekulatives Deuten » (*Funke*, 169) sein. Verstehen, das sich immer « im Bereich der Kontrollierbarkeit » (*Funke*, 169) (16) bewegt, fällt gleichwohl, indem es auf Sinn-, nicht auf Sachlogik geht (vgl. *Funke*, 187),

---

(14) Vgl. Baeumlers Erläuterung der Bettischen Position: die Subjektivität des Interpretierenden ist kein Hindernis bei der Erfassung des objektiven Sinnes, sondern « eine Bedingung der Möglichkeit der Auslegung » (115); vgl. vor allem auch die treffende Charakterisierung Funkes: « Betti wimdet der Frage seinen besonderen Scharfsinn: Wie ist bei so ' subjektiven Bedingungen ' die ' Objektivität des Verstandenen ' zu halten? Die Antwort lautet: Gerade die höchste Subjektivität des Interpreten, das heißt, gerade seine Empfänglichkeit, Empfindlichkeit und Feinfühligkeit als Person ermöglich die Nachbildung des objektivierten Sinngehalts. Die höchst subjektive Spontaneität des Verstehens verschafft Zugang zum Anderen, zum Fremden und zum deponierten objektiven Sinn ... » (171). — Gegen die hier von Funke prägnant formulierte These von der Garantierung der Objektivität durch Subjektivität wird Gadamer, wie noch in III zu zeigen ist, Zweifel anmelden, indem er Bettis Verstehensbegriff den Vorwurf des Psychologismus macht. Ob zu Recht, bleibt einer eigenen Untersuchung der Bettischen Theorie vorbehalten.

(15) Die Rezipienten verweisen auf die — von der marxistisch-leninistischen Kritik als Ausdruck von Bettis Theologismus angesehene-Rede Bettis von der « magna viventium et defunctorum communio ». Vgl. Oedingen 232; Karlfried GRÜNDER: *Erfahrung der Geschichte*, in *Gedenkschrift Joachim Ritter*, Münster, 1978, 45 f.

(16) Vgl. auch Gerhard FREY: *Hermeneutische und hypothetisch-deduktive Methode*, in *Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie*, 1, 1970, 30.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nicht ineins mit dem diskursiv verfahrenden Erklären und dem Begründen. Verstehen hat für Betti vielmehr, so *Funke*, seinen spezifischen Charakter in einer intuitiven Erfassungsweise, die der Unmittelbarkeit der Sinngegebenheit in den Objekten korrespondiert; der Gegenstand wird demnach aus sich selbst heraus ergriffen und zwar je in Totalität: Die Intuition « ist Ganzheitswahrnehmung ohne abstrahierende Betrachtung und ohne isolierend atomisierendes Beobachten. In einem Blick wird das Ganze seiner Struktur nach, wird das Wesen seinem Sinn und seiner Bedeutung nach aus dem sinnlich anschaulichen Kontext herausgehoben » (*Funke*, 171) ([17]).

Funke sowie weitere Rezipienten, die zur praktischen Seite des Bettischen Verstehensbegriffs sich äußern, treffen die Intention des Hermeneutikers, wenn sie dieser Verstehenskonzeption (die zugestandenermaßen betrachtend-objektivistisch ist) zugleich eine moralische Relevanz zuschreiben. Sie besteht in der von Betti postulierten Haltung der Toleranz als eines Implikates von Verstehenwollen ([18]) und in der erzieherischen Absicht, die der Hermeneutik in ihrer Gesamtheit eignet. *Baeumler* akzentuiert diese erzieherische Funktion der Hermeneutik, von der auch die sozialistischen Kritiker, allerdings in pejorativem Sinn, sprechen, als ein besonders affirmatives Moment: « Hermeneutik ist nicht eine richtungslose Beschäftigung mit sinnhaften Formen. Der Mensch erhält sich als Mensch, wenn er auslegt. Indem er Gedachtem und Geformtem sich zuwendet, denkt und formt er sich selber. Hermeneutik ist praktischer Humanismus » (115).

([17]) Von den Einzelaspekten, durch die das Verstehen in seiner konkreten Durchführung nach Bettis Theorie bestimmt ist, werden von den deutschsprachigen philosophischen Rezipienten vor allem die von Betti behandelten vier Canones (Funke 172 ff.; Wagner 260) und die Heuptauslegungsarten erörtert (allgemein: Funke 173 ff.; zur technischen Auslegung: vgl. Warnach 29/30, wo die Diskussionsbeiträge von Siedl, Warnach, F. Kuhn und Bettis Antwort abgedruckt sind; zur Abgrenzung der juristischen von der historischen Auslegung vgl. Gadamer WM 489; zum Vergleich mit Droysen hinsichtlich dieser Abtrennung: vgl. 260 ff.; zur Einteilung der Auslegungsarten überhaupt: vgl. Lutz GELDSETZER: *Hermeneutik*, in *Fischer-Lexikon Philosophie*, hrsg. v. Alwin Diemer und Ivo Frenzel, Frankfurt, 1969, 99.

([18]) Vgl. Funke 166.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

III.

1. Beim Versuch, die theoretische *Grundposition* Bettis in ihrer Selbstabgrenzung von anderen Theorien des Verstehens zu charakterisieren, wird der Blick von Betti selber in erster Linie auf Heidegger [19] und auf von Heidegger beeinflußte Denker, wie Bultmann [20] und Gadamer, gelenkt. Polemisch wendet er sich auch, aber in geringerem Maße als gegen die Existentialontologie, gegen Kybernetik [21], Behaviourismus [22], Psychoanalyse [23] und logischen Positivismus [24]; ihres geringeren Gewichtes wegen finden diese polemischen Punkte auch nur marginale Erwähnung bei den philosophischen Rezipienten (eine Ausnahme bilden, wie wir sahen, die Marxisten-Leninisten).

Nach *Baeumler* kommt Bettis scharfe Heideggerkritik durch ein Mißverständnis des Heideggerschen Begriffs « Dasein » zustande. Betti faßt Heideggers Rede vom sich selbst verstehenden Dasein so, als gehe sie, wie *Baeumler* ausführt, auf das Eingeschlossensein des Einzelmenschen « in einen rein individuellen Erfahrungsbereich » (116) und auf eine solipsistische (dem Tiere analoge) Existenz; dem derart mißverstandenen Heidegger kann Betti dann seine Forderung nach der allem Selbstverstehen vorgängigen « Sphäre von Gemeinsamkeit » (116) entgegenstellen. Dieser Vorwurf, Betti individualisiere zu Unrecht das « Dasein », hängt sachlich zusammen mit dem, was *Gadamer* bei einem Vergleich zwischen Betti und Heidegger die Partei Heideggers ergreifen läßt — Betti bedenke nämlich (im Unterschied zu Heidegger) nicht die « ontologische Vorgreiflichkeit des Subjektbegriffs » (HWPh 3, 1067), welcher

---

[19] Vgl. zu Bettis Heideggerverständnis und -kritik: Oedingen 233; Funke 161 ff.; Baeumler 114 f.; Wagner 260; entschieden für Heidegger: Gadamer HWPh 3, 1067; zustimmend zu Bettis Heidegger-Kritik: Karl-Otto APEL: *Transformation der Philosophie*, Frankfurt, 1973, Bd. 2, 118, Anm. 28.

[20] Zur Bultmann-Kritik Bettis (vor allem in « Die Hermeneutik ») vgl. u. a. Baeumler 118 f.; Funke 163 f.

[21] Vgl. Oedingen 232; Wagner 260.

[22] Vgl. Wagner 260.

[23] Vgl. Oedingen 222.

[24] Vgl. Oedingen 232 f.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nach *Gadamer* gerade nicht von Heidegger als individualistischer gefaßt ist. Ganz ähnlich wie *Gadamer* vermerkt auch *Funke* — freilich ohne direkt Stellung gegen Betti zu beziehen — das Fehlen der « transzendentalen und fundamentalontologischen Fragestellungen » (164) bei Betti. Das Verstehen der geisteswissenschaftlichen Hermeneutik, so *Funke*, hat nichts zu tun mit dem « dezisionistischen Sichselbstverstehen » (164). « Nicht die ' Lichtung ' und das ' Licht ', sondern die ans Licht tretenden Erscheinungen werden ausgelegt » (164).

2. Um diese nach *Funke* von Betti ignorierte Fragestellung geht es auch im wesentlichen in der direkten Kontroverse zwischen *Gadamer* und Betti, die durch die Reaktion Bettis auf *Gadamers* eigene hermeneutische Theorie ausgelöst wurde ([25]). Was Bettis « fast empörte Polemik » (Gadamer, 246) auslöste, ist die (von *Gadamer* geteilte) Heideggersche These, das Verstehen sei « die Bewegung der Transzendenz, des Überstieges über des Seiende » (246) — wie *Gadamer* selbst weiß: « für die traditionelle Herme-

---

([25]) Vgl. zur Kontroverse Betti-Gadamer die Studie von J. VANDENBULCKE: *Betti-Gadamer: Een hermeneutische Kontroverse*, in *Tijdschrift voor Filosofie*, 32, 1971, 105-113. Vgl. aus dem deutschen Sprachbereich: Baeumler 119 f.; Walter HELLEBRAND: *Der Zeitenbogen*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 49, 1963, 57-76, bes. 66-76; APEL: *Transformation*, Bd. 2, 214 Anm. 72; Otto PÖGGELER: *Dialektik und Topik*, in *Hermeneutik und Dialektik*. Aufsätze II. *Sprache und Logik, Theorie und Auslegung und Probleme der Einzelwissenschaften*, hrsg. v. Rüdiger Bubner, Konrad Cramer, Reiner Wiehl, Tübingen, 1970, 279, Anm. 6. — Vgl. zu Gadamers Selbstabgrenzung gegen Betti außer den noch zu nennenden Stellen: Gadamers polemische Argumentation gegen H.-E. Hasso JAEGER (*Studien zur Frühgeschichte der Hermeneutik*, in *Archiv für Begriffsgeschichte*, 18, 1974, 35); Gadamer wehrt sich gegen die inadäquate Zuordnung, die Jaeger nach Gadamers Meinung mit der Bettischen Hermeneutik und derjenigen von « Wahrheit und Methode » vornimmt; bei dieser Abwehr charakterisiert Gadamer in Kürze den Hauptunterscheidungspunkt zwischen Bettis und seiner eigenen Lehre: unzulässigerweise, so Gadamer, « rücken ihm (d. i. Jaeger) Diltheys und E. Bettis Zusammenfassung der idealistisch-hermeneutischen Tradition mit Heidegger und mit meinem eigenen Beitrag in eins zusammen. Eine Methodenlehre der Geisteswissenschaften und eine philosophische Reflexion, die die Grenzen aller Methodik aufdeckt, gelten ihm gleich viel. Wie soll man das verstehen? Daß sie alle des Teufels sind? » (*Logik oder Rhetorik? Nochmals zur Frühgeschichte der Hermeneutik*, in *Kleine Schriften IV: Variationen*, Tübingen, 1977, 171.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

neutik eine Zumutung » (ebd.). Auf den von Betti in « Die Hermeneutik » veröffentlichten Brief, den *Gadamer* zwecks Klärung und möglicher Bereinigung sachlicher Differenzen an Betti gerichtet hatte, geht Gadamer in seinem in der « Philosophischen Rundschau » veröffentlichten Forschungsbericht selbstinterpretierend und sich gegen Betti abgrenzend ein. Bettis Position wird von *Gadamer* zunächst in ihrer (von Croce sich absetzenden) Eigenart als eine Position der « Mitte zwischen dem objektiven und dem subjektiven Element alles Verstehens » (482) beschrieben. Diese Mitte-Position kommt nach *Gadamer* im Kanon hermeneutischer Prinzipien « darin zum Ausdruck, daß gleichrangig nebeneinanderstehen Sinnautonomie — als objektives Moment — und Aktualität des Verstehens » (Objektanpassung) — als subjektives Moment. Betti, so *Gadamer*, « sieht, daß die Standortgebundenheit des Interpreten ein integrierendes Moment der hermeneutischen Wahrheit ist » (482). Gegen diese Gleichrangigkeit hat *Gadamer* prinzipiell nichts einzuwenden, wohl aber kritisiert er, daß Betti die Sinnaktualisierung *psychologistisch* faßt. Zwar ist Betti als Jurist nach *Gadamers* Auffassung davor gefeit, « die subjektive Meinung, z.B. die historischen Zufälligkeiten, die zur Formulierung eines Rechtsgehaltes geführt haben, zu überschätzen und mit dem Rechtssinn schlechthin gleichzusetzen », doch bleibt er « so sehr in Gefolge der durch Schleiermacher begründeten ' psychologischen Interpretation ', daß seine hermeneutische Position immer wieder zu verschwimmen droht » (482). Trotz seines Bemühens um Berücksichtigung der objektiven Seite des Auslegungsprozesses vermag Betti die « eigentlich hermeneutische Fragestellung », nämlich das Nachkonstruieren des « geistigen Zusammenhang[es] von Werten und Sinngehalten » lediglich « durch eine Art *Analogie zur psychologischen Auslegung* zu begründen » (483). Diese analog-psychologische Auslegung, die Betti in der Nachfolge Schleiermachers Boeckhs und Croces übernimmt, soll « sonderbarerweise » (483), wie *Gadamer* kritisch anmerkt, die Verstehensobjektivität garantieren. Den Hauptunterscheidungspunkt seiner eignen hermeneutischen Theorie von derjenigen Bettis erläutert *Gadamer* unter direktem Heranziehen des erwähnten Briefes an Betti. Für *Gadamer* besteht die Wissenschaftlichkeit des hermeneutischen Verfahrens allein darin, « *anzuerkennen, was*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ist, statt von dem auszugehen, was eben sein sollte oder sein möchte » (484); ihm geht es nicht um einen Methodologie- Entwurf, sondern darum, « über den Methodenbegriff der modernen Wissenschaft (der sein begrenztes Recht behält) hinauszudenken und in prinzipieller Allgemeinheit zu denken, was *immer* geschieht » (484). Das aber bedeutet für Betti Einengung des hermeneutischen Problems auf die quaestio facti und Ignorierung der quaestio iuris. Doch *Gadamer* kann diese kritische Charakterisierung seiner Position nicht akzeptieren: im Rekurs auf Kant, der « die transzendentale Möglichkeit » (484) der Naturwissenschaft begründen wollte, der aber der Natur nicht vorschreiben wollte, wie sie sein soll, weist *Gadamer* darauf hin, daß er die quaestio iuris durchaus gestellt habe: in eben jenem (modifiziert) Kantischen Sinne, in welchem in « Wahrheit und Methode » nach der transzendentalen Möglichkeit der Geisteswissenschaften gefragt wird. Das aber ist eine Fragestellung, die entschieden über die Bettische hinausgeht — Betti kann « das Problem der Hermeneutik nur als ein Methodenproblem ... denken, tief in dem Subjektivismus befangen, um dessen Überwindung es geht » (484).

Hiermit lastet *Gadamer* Betti etwas an, was dieser — in einer anderen Hinsicht — als das Unzulängliche Heideggers entdeckt zu haben glaubt: das Verharren in der bloßen Subjektivität, welches dem objektiven Moment des Verstehens nicht gerecht werden kann. Bettis psychologistisch verengte Hermeneutik — dies ist sie für *Gadamer* — verrät sich nirgendwo deutlicher als in der Inversionstheorie und in der Behauptung, nur Geister gleichen Niveaus verständen einander. *Gadamer* hält die Hegelsche Philosophie für allein befähigt, die Argumentationsweise zu liefern, durch welche der « Übergang von der Enge der Psychologie zu einer historischen Hermeneutik » (484) geleistet werden kann.

3. *Gadamer* hat mit dem Hinweis auf die transzendentale Fragestellung den Punkt bezeichnet, der nach Meinung weiterer Rezipienten — und u.E. von der Sache her sicher mit Recht — die eigentliche philosophische Schwachstelle der hermeneutischen Theorie Bettis ausmacht. In eine ähnlich grundsätzliche Richtung wie die von *Gadamer* und *Funke* geübte Kritik geht auch die Beurteilung, zu der *Flach* beim Versuch der Würdigung des Bet-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tischen Hauptwerkes gelangt. *Flach* setzt an Bettis Hartmann-Orientierung an: da Betti philosophisch weitgehend Hartmann folge, machen sich an der Basis seiner Position die Vorzüge und die Nachteile der Hartmannschen Philosophie bemerkbar. Der Hauptvorzug der Auslegungslehre Bettis besteht nach *Flach* darin, daß sie « basiert auf einem hinreichend differenzierten Geistbegriff, auf einem Wertbegriff, der bedeutende Errungenschaften der formalen wie der materialen Wertlehre einschließt, und auf der vollen Integration dieser beiden Begriffe im Begriff der Kultur » (28). Dies ermöglicht es Betti, « den ebenso allseitigen wie vielfältigen geschichtlichen Charakter der Kultur im ganzen wie im einzelnen [zu] durchschauen » (28) und die methodische Grundlegung des geschichtlich-kulturellen Verstehens auseinanderzulegen. (Wir meinen allerdings, daß — worauf ganz zu Recht *Oedingen* hinweist — das Wertdenken Bettis dunkel ist; wir lasten dies aber vor allem der unbegründeten Wertideologie Hartmanns an, die wie alle Wertphilosophie prinzipiell von bloßen Behauptungen zehrt). — Unzulänglich degegen ist nach *Flachs* Meinung — der man sich sicher anschließen kann — die grundbegriffliche Arbeit bei Betti: « Bettis Auslegungslehre entbehrt der zureichenden systematischen Artikulation und damit der Sicherheit ihrer Grundbegriffe » (28). Bettis Grundbegriffe sind nach Flach vielfach bloß deskriptiver Art und sie sind ohne die erforderliche Sachproblematisierung gewonnen. « Dadurch ist die ganze Lehre in nicht wenigen Stücken naiv-dinglichen Vorstellungen verpflichtet. Die unzulängliche Bestimmung zahlreicher kardinaler Lehrstücke, wie etwa selbst der Lehrstücke von der Objektivation und dem Leben des Geistes, und eine damit einhergehende Problemvereinfachung oder gar — entstellung, man denke nur an den promiscuen Gebrauch der Termini des Seelischen und des Geistigen, sind die zu bedauernde Folge » (28).

4. *Flach* nennt bereits einige Einzelpunkte, deren problematischen Charakter er aus der mangelhaften philosophischen Grundlagenarbeit entsprungen sieht. Innerhalb der deutschsprachigen Bettirezeption tauchen außer den schon genannten allgemeinen Punkten noch eine Reihe wesentlicher Einzelpunkte auf, in denen die Rezipienten unausgewiesene Behauptungen bzw. mangelhafte

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Argumentationen entdecken. So wird gefragt nach Bettis Hermeneutikbegriff überhaupt (26), nach der Abgrenzung der Hermeneutik von der naturwissenschaftlichen Verstehensweise (27) und nach dem Verhältnis der geisteswissenschaftlichen Verstehenskonzeption zur modernen Sprachtheorie (28). Fragen betreffen weiterhin die Behauptung der Wertabsolutheit (29) und die Ausklammerung des Sichverstehens (30), die einzelnen Canones der Interpretation (31) und schließlich die für die Gestalt der Bettischen Theorie entscheidende Einteilung der Auslegungsarten mit ihrem Ausgang von der « exemplarischen Bedeutung der juristischen Hermeneutik » (32).

---

(26) Vgl. Hülsmanns Diskussionsbeitrag in Warnach 28.

(27) Vgl. Warnach 28/29 (vgl. dort die Frage Hülsmanns an Betti und Bettis Antwort; hierzu auch die sich an Erich HEINTELS (bei Warnach abgedruckten) Vortrag über *Erklären und Verstehen* anschließende Diskussion, bes. S. 79 und Warnachs Diskussionsbeitrag im Anschluß an Josef KOLBS Vortrag über *Hermeneutik in der Physik*, S. 85 ff.).

(28) Vgl. den Vortrag Hülsmanns über *Hermeneutik und Sprache* (abgedruckt bei Warnach 101 ff.) und vor allem Franks Kritik an Bettis Zeichenkonzeption (174, An. 70).

(29) Vgl. Oedingen 232.

(30) Vgl. Funke 180.

(31) Vgl. Franks Kritik am Kanon der Sinnadäquanz. Frank formuliert das bei Betti und bei dem von Betti beeinflußten Hirsch in der Tat vorliegende erkenntnistheoretische Problem: « Woher sie das pragmatische Kriterium oder Maß für diese Anmessung beziehen und insbesondere: wie man sich die ' Objektivität ' eines originären Sinnes vor seiner interpretatorischen Aktualisierung vorzustellen habe, verraten beide nicht » (251, Anm. 11). Frank bemerkt weiterhin kritisch zu Bettis Erweiterung des Kanons der « objektiven Anmessung an die mens dicentis » durch den « Grundsatz der Ganzheit »: « Auf diese Weise entsteht der Schein, als habe die Bestimmung des Sinns einer Bedeutung aus ihrem Kontext den gleichen erkenntnistheoretischen Status wie die Sicherstellung der Bedeutung selbst » (257, A. 31).

(32) Gadamer, WM 307. — Gadamer findet die Einteilung der Auslegungsarten in kognitive, normative und reproduktive in vielfacher Hinsicht problematisch (293 ff.). Er bezweifelt vor allem die Berechtigung der radikalen Unterscheidung zwischen normativer und kognitiver Auslegungsart (vgl. dagegen die Stellungnahme Mayer-Malys zugunsten der Gadamerkritik Bettis, abgedruckt bei Warnach 137); weiterhin wendet sich Gadamer gegen die bei Betti herrschende Auffassung, der « Unterschied zwischen dogmatischem und historischem Interesse » sei « ein eindeutiger » (308, vgl. auch 308 ff.), und es komme der juristischen Auslegung eine Sonderstellung zu (vgl. 311).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Man kann nicht leugnen, daß mit diesen — auswahlweise genannten — Hauptkritikpunkten ein breites Feld für eine Fruchtbarmachung der Bettischen Auslegungslehre innerhalb der deutschsprachigen Philosophie eröffnet ist. Und wenn auch zuzugeben ist, daß diese intensiv-kritische Beschäftigung mit Bettis Theorie *Flach* 1969 zu Recht von der « überdurchschnittlichen Beachtung » (25) Bettis in den deutschsprachigen Ländern sprechen lassen konnte, so ist doch auch unverkennbar, daß die Diskussion der Hermeneutik Bettis nicht den Umfang und die Intensität angenommen hat, welche sie nach dem einhelligen Zeugnis der (nichtmarxistischen) deutschsprachigen Rezipienten verdient. Die von *Flach* erhoffte größere Berücksichtigung Bettis durch eine deutsche Übertragung seines Hauptwerkes hat, nachdem dieses Werk in deutscher Fassung erschienen ist, doch großteils nur in einer Vielzahl marginaler (wenn freilich auch oftmals sachlich gewichtiger) Stellungnahmen und Auseinandersetzungen sich niedergeschlagen. Bettis augenfällige Enttäuschung über das mangelnde Interesse der deutschsprachigen Leser an seinen deutschen Schriften mag 1962, als sie ausgesprochen wurde ([33]), berechtigter gewesen sein als heute, aber gemessen an der Wichtigkeit seines Werkes auch heute, muß man diese Enttäuschung teilen ([34]). Dies umso

([33]) Vgl. BETTI: *Die Hermeneutik*, 6, Anm. 1.

([34]) Man wundert sich, daß in der hermeneutischen Gegenwartsliteratur des deutschsprachigen Raumes bei der Erörterung von Problemen, an denen Betti eindringend gearbeitet und weiterführende Blickpunkte eröffnet hat, sein Name nicht auftaucht. Vgl. für die Philosophie die Sammlung eigener Aufsätze, die Manfred RIEDEL unter dem Titel *Verstehen oder Erklären? Zur Theorie und Geschichte der hermeneutischen Wissenschaften* (Stuttgart, 1978) herausgegeben hat; vgl. für die Literaturwissenschaft die mit hohem theoretischem Anspruch auftretende Studie von Heide GÖTTNER: *Logik der Interpretation. Analyse einer literaturwissenschaftlichen Methode unter kritischer Betrachtung der Hermeneutik*, München, 1973. Trotz direkter Sachnähe findet sich weder bei Riedel noch bei Göttner eine Erwähnung Bettis. Die Beispiele ließen sich beliebig vermehren. Man vgl. noch Emrich CORETH: *Grundfragen der Hermeneutik. Ein philosophischer Beitrag*, Freiburg-Basel-Wien, 1969. Auch in dem problembewußten und von Kenntnis der einschlägigen internationalen Hermeneutikliteratur zeugenden Buch *Zur Kritik der hermeneutischen Vernunft* des Funkeschülers Thomas M. SEEBOHM wird auf Betti leider nur am Rande hingewiesen. Immerhin findet er bei Seebohm Erwähnung, was allein schon dazu dienen kann, dem Leser das Werk des großen italienischen Theoretikers nahezubringen.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mehr, als gerade deutsche Philosophen einer breiteren kritischen Bettirezeption vorgearbeitet und die einzigartige Aktualität des Bettischen Großentwurfs sowohl durch eingehende Information als durch kritische Beurteilung der Hauptthesen überzeugend vor Augen gestellt haben. Die in Auseinandersetzung mit Sprachanalyse und Marxismus augenfällig an Hermeneutik interessierte deutschsprachige Gegenwartsphilosophie würde sich manchen wortreichen Umweg und auch auch manchen Irrweg sparen, wenn sie eine Zeitlang bei Betti in die Schule ginge.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

GIULIANO CRIFÒ

EMILIO BETTI. NOTE PER UNA RICERCA (*)

« Non ho tempo ».
E. BETTI, 1914

« Philologie ».
Man kann z. B. Thukydides nicht übersetzen. Sechs verschiedene Subjekte in einem Satz. Man könnte ihn verstehen. In Wörten kann man es nicht ausdrücken.
L. v. RANKE, *Tagebücher*, 108

I. *Spunti di una critica*: 1. La ' fortuna ' dell'opera bettiana. — 2. Dislocazioni e limiti della consapevolezza critica intorno all'opera bettiana. — 3. Revisioni e giudizi recenti. — 4. La valorizzazione delle proposte bettiane. — 5. Prospettive e limiti dell'indagine. — II. *Il nesso storia-diritto*: 1. La lezione mommseniana. — 2. Betti storico. — 3. La crisi della costituzione repubblicana, criteri d'indagine e risultati. — 4. Le radici culturali. Esperienze e testimonianze. — 5. Risultati dell'esperienza. — 6. I lavori privatistici e processualistici giovanili. Filologia e pandettistica. — 7. Gli studi sull'obbligazione romana e moderna. — 8. Storicità del fenomeno sociale e della sua qualificazione giuridica e la giustificazione del metodo. — 9. Il problema della dogmatica giuridica moderna e la concreta attuazione del metodo. — 10. Equivoci, confusioni e conferme circa la posizione metodologica bettiana. — 11. Il momento della socialità: riforma del diritto e riforma del giurista. — Appendice: *Per una nuova filosofia idealistica del diritto e della cultura* (1916).

I.

1. Tra i molti interessi, che sollecitano un discorso sull'opera di Emilio Betti, mi pare anzitutto da sottolineare quello relativo alla sua ' fortuna '. B., infatti, non è solo un autore che ricorra

(*) Avrò modo di precisare, nel corso del lavoro, il carattere essenzialmente preparatorio di queste note, che vorrebbero servire a una discussione corretta del pensiero bettiano. Debbo al prof. Riccardo Orestano e all'amico Severino Caprioli, che hanno letto queste pagine, osservazioni critiche e incitamenti di cui sono

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nelle bibliografie: è stato ampiamente letto, discusso, accettato, criticato; è un esponente significativo della scienza giuridica contemporanea (1); le sue idee, come anche certi suoi modi espressivi (2) fanno parte del patrimonio comune dei nostri giuristi. Tuttavia, quando ci si accinga ad una valutazione storiografica — spassionata e distaccata per quanto è possibile — ci si trova a dover immediatamente riflettere su un singolare fenomeno (3).

A leggere, infatti, scritti recenti e recentissimi sul negozio giuridico o sul metodo, sulla filosofia dei giuristi o la politica del diritto o la cultura giuridica italiana; se si ricordano testimonianze p. es. di Carnelutti, De Francisci, Calasso; gli stessi *Studi in onore* (4); osservazioni e saggi come quelli di F. Wagner e A. Heuss, di F. Wieacker e J. Esser, di B. Croce e H. G. Gadamer, di S. Satta e S. Mazzarino, di J. Merryman e E. D. Hirsch jr., di F. Anderle e K. Kroeschell e A. Plachy e così via (5) si ricava il riconoscimento diffuso di un magistero certo e di una influenza indiscutibile e, insomma, il segno di un'essenzialità dell'opera bettiana. Se però consideriamo, p. es., un rapporto sugli studi di diritto contemporaneo in Italia, steso giusto dieci anni fa, o un saggio sulla scienza giuridica italiana nell'ultimo secolo, una recente storia della filosofia del diritto o gli atti d'un recentissimo congresso nazionale sulla filosofia del diritto in Italia, non solo i contributi di B. sono ignorati, ma vi è assente persino il puro riferimento bibliografico (6).

---

molto grato. Ringrazio in specie la Signora Gemma Betti Lombardi per il materiale inedito di cui mi sono giovato e per la incessante collaborazione prestatami.

(1) V. p. es. quanto appare dalle belle pagine sull'*Interpretazione della legge* scritte da L. Mossa, in *N. Riv. dir. comm.*, V, 1952, 197 ss.

(2) V. alcuni riferimenti in *BIDR*, 70, 1967, 305 e n. 17.

(3) Esso consente di cogliere alcuni limiti della nostra cultura, che non è affatto, per così dire, a tempo pieno, si accomoda facilmente a cliché e pregiudizi, ignora autocritica e aggiornamento, trascura quella esigenza di un'educazione permanente da cui dipendono i veri salti di qualità, fuori dell'abitudine che può essere di accettazione acritica o di rifiuto immotivato e indifferente.

(4) I-V, Milano, 1962. Cfr. E. H. Kaden, *SDHI*, 30, 1964, 341 ss.

(5) Alcune indicazioni si trovano in *BIDR*, 1967, cit. e in *Iura*, 20, 1969, 697 ss. Ivi anche l'elenco degli scritti di B. ai quali, nelle pagine seguenti, farò riferimento indicando solo parzialmente i dati bibliografici.

(6) Mi riferisco a S. Rodotà, in AA. VV., *Gli studi di storia e di diritto contemporanei*, Milano, 1968, 93 ss.; M. Rotondi, in *La scienza del diritto nell'ultimo*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Si dice anche, comunemente, che B. è un maestro del metodo. Si può forse ricordare, in proposito, una pagina, che credo nota, di circa mezzo secolo fà:

« ... la storia del diritto non ha mai operato né sarebbe possibile che operasse a servizio della scienza se non mediante la comparazione. Se, per esempio, la indagine del processo romano ha da esser fatta a titolo di utilità, anziché a puro titolo di curiosità, l'utilità non ci può esser fornita se non dal confronto con il processo moderno. Ma fino a ieri il problema del metodo storico comparativo non era stato affrontato: e il difetto del metodo ha pregiudicato non di rado la fecondità dello sforzo. Chi lo ha risolto è non tanto un italiano, quanto un maestro della facoltà di Milano, Emilio Betti; e non si può parlare della scuola italiana del diritto senza fargli onore. Il suo proposito, non già di confondere la dogmatica antica con la dogmatica moderna, ma di trattare la fenomenologia antica con la dogmatica nuova al fine di poterne ricavare un frutto per la scienza, non può esser sinceramente contrastato: non si fa della comparazione senza una unità di misura; ciò vuol dire che i fenomeni antichi non possono esser valutati se non alla stregua dei concetti moderni; a rigor logico vi sarebbe l'altra possibilità di valutare i fenomeni moderni con i concetti antichi; ma ci vuol poco a intendere che dal punto di vista della pratica utilità questo sarebbe un assurdo. Che tale metodo sia stato respinto da alcuni romanisti di insigne valore dimostra soltanto con un nuovo esempio che le più discusse sono le meno discutibili verità (7) ».

Non mi soffermerò sul significato di tale giudizio (8). Mi limiterò a richiamare quello più recente del Wieacker (9) e ricorderò,

---

secolo, Padova 1976: per l'Italia, ivi 439 ss.; G. Fasso', *Storia della filosofia del diritto*, III, Bologna 1970; Atti XI congresso naz.: *La filosofia del diritto in Italia nel XX secolo*, Milano 1976.

(7) F. Carnelutti, *Scuola italiana del diritto*, Annali R. Università di Milano, Facoltà di Giurisprudenza, anno I (1935) e in *Riv. dir. proc. civ.*, XIII, 1936, I, 3 ss., ora in Id., *Discorsi intorno al diritto*, I, Padova, 1937, 110.

(8) Il rapporto tra B. e Carnelutti si è fondato su una discussione particolarmente serrata, fin dagli inizi: cfr. p. es. F. Carnelutti, *Efficacia diretta e efficacia riflessa della cosa giudicata*, in *Riv. dir. comm.*, XXI, 1923, I, 162 ss. e v. le varie segnalazioni di scritti bettiani in *Riv. dir. proc. civ.*, XX, 1943, I, 278; *Riv. dir. proc.*, V, 1950, 180 ss.; X, 1955, I, 233 s.; XI, 1956, I, 168 ss.; XIII, 1958, 233. E cfr., B., *Francesco Carnelutti zum Gedächtnis*, in *Zschr. f. Zivilprozess*, 79, 1966, 161 ss. e in *Ann. dir. internaz.*, 1965, 665 s.

(9) *Emilio Betti*, in *Labeo*, 16, 1970, 131 ss. Il colloquio scientifico tra B. e Wieacker è stato uno dei più intensi e interessanti nel campo delle nostre di-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a tacer d'altro, che la *Teoria generale dell'interpretazione* (TGI) è il preciso e consapevole sforzo — in ciò è il nuovo e lo specifico del tentativo bettiano ([10]) — di costituire in chiave erme-

---

scipline: v. in part. le rec. di B. alla *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (*SDHI*, 18, 1952, 291 ss.; *N. Riv. dir. comm.*, VI, 1953, 46 ss.) e al *Vulgarismus und Klassizismus im Recht der Spätantike* (*Gnomon*, 28, 1956, 299 ss.); *L'ermeneutica storica nella prospettiva di Franz Wieacker*, in *Synteleia Arangio-Ruiz*, I, Napoli 1964, 66 ss.; « *Iurisdictio praetoris* » e *potere normativo*, in *Labeo*, 14, 1968, 7 ss. E del WIEACKER, specialmente *Der gegenwartige Stand der Disziplin der neueren Privatrechtgeschichte*, in *Eranion Maridakis*, I, Atene, 1963, 339 ss.; *Notizen zur rechtschistorischen Hermeneutik*, Nachr. Akad. Göttingen, 1963, 1 ss. A tali scritti si riferisce anche M. KASER, *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung*, Oest. Akad. d. Wissenschaften, Phil-hist. Kl.,SB. 277, 5, Wien 1972, n. 2 a p. 10 s., specie per la ' *berechtigte Kritik an B.* '. Ma in proposito va nuovamente visto B., *L'ermeneutica storica* cit., 70 s., secondo il quale Wieacker (*Der gegenwärtige Lage*, 362 s.; *Notizen*, 13 s.) gli attribuirebbe « due tesi che noi non abbiamo mai pensato di sostenere. L'una tesi affermerebbe che sole ammissibili nella ricostruzione storica sarebbero categorie ermeneutiche desunte da concetti e istituti della tradizione dogmatica romanistica: tesi, questa, che, ben lungi dall'esser da noi sostenuta, sta in netto contrasto col nostro deciso ripudio della dogmatica pandettistica (a cominciare dal dogma della « Willenserklärung ») e con l'esigenza, da noi non meno recisamente affermata, di una revisione radicale di quella dogmatica, necessaria per chi voglia giungere ad elaborare un istrumento concettuale di valore ermeneutico in funzione storica ».

« La critica da noi rivolta a costruzioni evanescenti [...] non si fonda minimamente sul fatto che esse si allontanino dalla dogmatica pandettistica, ma sul semplice fatto che esse non segnano per nulla un progresso nelle nostre conoscenze delle concezioni romane arcaiche ».

« Quanto all'altra tesi che ci viene attribuita, essa consisterebbe nel postulato di una sorta di ' *begriffslose Präexistenz* ' delle categorie ermeneutiche da noi stimate più idonee a stringer da presso la realtà del fenomeno storico. È codesto un curioso modo di presentare il processo gnoseologico da noi seguito, facendone una specie di misteriosa scoperta ontologica. In realtà, il nostro non è che un modesto tentativo euristico-ermeneutico, che ha sugli ' *spontane Modelle der neueren Romanistik* ' il non disprezzabile vantaggio metodico di partire da una esatta ' *Stellung der historischen Frage* ', basandola su di una retta diagnosi giuridica del fenomeno, e di mirare alla *inventio* del sistema interiore dell'ordinamento romano, laddove quei ' *Modelle* ' muovono da una diagnosi sbagliata [...] ». V. anche *Storia e dogmatica del diritto*, 1966, 111 s.; « *Iurisdictio praetoris* », 7 ss. e cfr. oltre p. 186 s.

([10]) Un'affermazione forse riduttiva rispetto alla TGI. Ma v. p. es. la dichiarazione di B., *Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften* (Philosophie u. Geschichte, 78-79), Tübingen 1962, 1972², 6 n. 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

neutica una metodologia delle scienze dello spirito. Ebbene, un recente lavoro italiano (11) sul metodo giuridico tra scienza e politica ignora assolutamente B. che, peraltro, oggi è riconosciuto come un protagonista di un grande rinnovamento filosofico, è parte in causa, per dir così, della più recente discussione e revisione di canoni interpretativi, è presente, insomma, in un processo di aggiornamento ancora non ben avvertito nella cultura italiana contemporanea (12).

Tale fenomeno di sostanziale rimozione, che sembra del resto esser stato una costante lungo l'intera vicenda intellettuale di B., ha delle cause, che cercherò a suo luogo di indicare. Fin d'ora, però, andrà mostrata la necessità di un discorso informato, pacato, ampio (13) sulla reale opera svolta da B.: senza di che apparirà velleitario il tentativo di cogliere il significato di questa opera sia per la scienza del diritto sia in generale per la cultura italiana del nostro secolo. Anche perché sembrano, oggi, quasi scontate e comunque molto più facili a enunciarsi aspirazioni e

---

(11) M. JORI, *Il metodo giuridico tra scienza e politica*, Milano 1976. Tra l'altro non è mancata, come è noto, una approfondita discussione tra B. ed Hägerström anche se più specialmente in sede storico-giuridica.

(12) Si v. ad es. la discussione che, dal punto di vista della fondazione di una ermeneutica non idealistica, ne propone H. J. SANDKUEHLER, *Praxis und Geschichtsbewusstsein. Studie z. Materialischen Dialektik, Erkenntnistheorie u. Hermeneutik*, Frankfurt M. 1973, 54, 67 ss. [e cfr. — sulla *Allg. Auslegungslehre*, il Sandkühler e T. M. SEEBOHM, *Zur Kritik der hermeneutischen Vernunft*, Bonn 1972 — W. HEISE in *Referatedienst zur Literaturwissenschaft* (DDR), 7, 1975, 5 ss.]. Cfr. anche oltre, n. 119.

(13) Ampiezza relativa, data la massa di elementi presenti in un lavoro scientifico che ha spaziato, si può dire, in tutti i campi del diritto e della cultura (storica, filosofica, artistica, teologica: per quest'ultimo aspetto v. p. es. B., *Ermeneutica teologica con riguardo alla tesi proposta da Rudolf Bultmann*, in *SDHI*, 35, 1969, 5 ss., con pagine di presentazione e di ricordo di G. LOMBARDI, ivi 1 ss.). Non potrei certamente fermarmi, p. es., sul profondo interesse bettiano per i problemi della storia dell'arte, pur così rilevante per la stessa formulazione della sua metodologia giuridica, o della letteratura (dove è importantissimo il rapporto con il fratello Ugo: su ciò, v. anche oltre, n. 214). Una così inconsueta apertura intellettuale ha trovato il suo naturale esito nella TGI, ma, vorrei dire, ha specialmente arricchito gli allievi e i tanti frequentatori dell'Istituto di teoria dell'interpretazione, facendo loro prendere coscienza in modo critico dei nessi più profondi della cultura.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riflessioni che muovono la società intellettuale contemporanea e che, a mio avviso, erano chiaramente presenti in B.: nel giovane B. così in quello della maturità e della vecchiaia.

E in effetti, quando è possibile accertare che delle idee sono d i v e n t a t e patrimonio comune, credo che sia un'esigenza morale quella di individuarne l'autore e riconoscergli il ruolo che gli compete. Qui, comunque, si tratta specialmente di una esigenza scientifica. Afferrare quel dato permetterebbe, infatti, di aver un criterio per giudicare culturalmente anche il nostro tempo (14), tanto più se è vero — come è vero (15) — che anche un recente tentativo di ricostruzione integrale della storia della cultura italiana contemporanea ha semplicemente ignorato l'apporto della cultura universitaria, in generale, trascurando cioè il fatto che la cultura di un paese, di una società, si misura certamente sulla base della appropriazione e della riflessione che si sia fatta di culture specialistiche, ' tecniche ' per così dire (16); e se è vero,

---

(14) Un procedimento da seguire dovrebbe esser quello di sintetizzare lo stato attuale della ricerca storico-giuridica e giuridico-positiva per metterla a confronto con lo stato delle cose nei primi anni del secolo e con le esigenze e i criteri fatti valere da B. e portati a compimento nella sua opera. Un esempio di tale procedimento, che avrebbe effetti riduzionistici e demistificatori, è in K. Loewith, *Significato e fine della storia*, tr. it., Milano 1972, p. es. 12. Spunti di notevole interesse anche storiografico sono offerti dallo stesso B.: così per il diritto processuale civile (cfr. *Diritto proc. civ. it.*, Roma 1936², XI ss.; ivi, il giudizio di W. Kisch, XII n. 8), per il diritto romano (cfr. *Problemi e criteri metodici d'un manuale d'istituzioni romane (a proposito d'un libro recente)*, in *BIDR*, 34, 1925, 267 ss.; la stesura risale agli inizi del '24), per il diritto civile (cfr. *Per la nostra propaganda culturale all'estero*, in *Studi G. Pacchioni*, Milano 1939, 1 ss. dell'estratto; *Zur Erinnerung an gegenseitige Anregungen der deutsch-italienischen Zivilistik*, in *Festschr. für H. Nipperdey*, I, München u. Berlin 1965, 177 ss.; *Ricordando la diffusione all'estero del nostro pensiero scientifico*, in *Studi A. Segni*, I, Milano 1967, 151 ss.; ma particolarmente *Wechselwirkungen zwischen deutschem und italienischem Zivilrechtsdenken*, in *Epirrhosis. Festgabe C. Schmitt*, I, Berlin 1968, 61 ss., 72 ss.) ecc.

(15) Certo, sarebbe facile osservare che la responsabilità è, in primo luogo, dei professori universitari.

(16) È singolare, p. es., che l'eccellente *Storia d'Italia Einaudi* sembri ignorare totalmente le vicende del mondo universitario o tenerne conto per quanto di eccezionale in esso si realizza o si esclude: come nel caso di G. Salvemini. Eppure, l'attività normale, istituzionale, dovrebbe attirare l'attenzione dello stu-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per quanto ci tocca più da vicino, che, per di più, all'interno della stessa cultura giuridica, mancava e manca, in Italia, una scienza extrauniversitaria [17].

2. « Opera che non trova forse riscontro nella nostra letteratura giuridica ed anche filosofica dell'ultimo cinquantennio » [18], la TGI ha rappresentato uno dei vertici del lavoro bettiano [19]. Nello stesso tempo, questo « tentativo di fondazione di un'ermeneutica storica [...] era destinato [...] a restare pressoché isolato » nella cultura filosofica italiana [20], né se ne afferrava « il significato filosofico in rapporto alla sua genesi dallo storicismo crociano e in relazione ad analoghe tendenze presenti nella filosofia contemporanea » [21].

---

dioso della cultura, quella stessa che, nel momento della testimonianza politica o letteraria, non riservata ai soli 'politici' o ai soli 'letterati', porta in sé il patrimonio, il carattere, l'abitudine scientifica dell'universitario. Vorrei dire che non è affatto venuta meno la necessità vitale di un'appropriazione, una riflessione sulle culture 'tecniche', specie se se ne afferma la mancanza di autonomia; e potrebbe proporsi per analogia un discorso su *due* culture, non nel senso snowiano, come è chiaro, ma all'interno di una più vasta concezione della cultura di una società. È anche vero che la dimensione accademica troppo spesso è scolastica, ripetitiva e indifferente, quando non cinica, rispetto alle nostre cose culturali.

[17] Questa, p. es., era la constatazione, ignorata, di P. COGLIOLO, *Il progresso del diritto privato nell'ultimo cinquantennio*, in *Atti Soc. It. p. il progresso delle scienze* (Roma 1911), V, Roma 1912, 580 (l'intera raccolta contiene materiale interessante nei vari contributi di Perozzi, Novati, Tarozzi, Pais, G. Romano, Beloch, Zocco-Rosa). V. nello stesso senso e più in generale A. LA PENNA, *Università e istruzione pubblica*, in *Storia d'Italia*, V, 2, Torino 1973, 1774.

[18] L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, Padova 1955, 166. Ben diverso avviso è quello affidato ad una Relazione dell'Accademia dei Lincei, in *Rend. Adunanze solenni*, 1967, Roma, 1968, 203 ss.

[19] Cfr. P. DE FRANCISCI, *Emilio Betti e i suoi studi intorno all'interpretazione*, in *RISG*, 58, 1951, 1 ss. e v. la eccellente sintesi offerta da A. DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, Milano 1974, 698 ss. (n. 644): « Un'opera che non aveva precedenti nella cultura italiana ». Sull'apprezzamento della TGI v. oltre, n. 22, 119.

[20] DE GENNARO, *op. cit.*, 705 (n.).

[21] ID., *op. cit.*, 709 (n.), con riferimento al Caiani; ed anche ivi, 708 s. (n.) per il giusto accostamento alla consimile vicenda subita da E. De Martino.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Impressioni e valutazioni suscitate da questa opera non sono mancate ([22]). Sembra giusto però concentrare l'attenzione sul saggio onesto e impegnato del Caiani ([23]).

In esso si comincia con il rilevare correttamente la prospettiva culturale in cui si muovevano i maggiori giuristi del primo quarto del secolo — evitare soprattutto l'introduzione di elementi genericamente filosofici nella trattazione di problemi specificamente giuridici ([24]) —, un atteggiamento certo da condivide-

---

([22]) Alcune recensioni sono indicate dallo stesso B., *Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften*, Tübingen 1967, V n.; altre in A. PLACHY, *La teoria della interpretazione. Genesi e storia della ermeneutica moderna*, Milano 1974, p. es. 208 n. 22-23, e in *Iura*, 20, 1969, 699 s. B., che non ha mancato di replicare, soprattutto si meraviglia di un punto ricorrente in molti apprezzamenti critici della TGI: il rimprovero fatto all'affermazione di « voler rimanere sul terreno fenomenologico della scienza, senza ascriversi a nessun particolare sistema filosofico » (TGI, IX). Si trattava in realtà per B. non già di una pretesa, bensì di una meta da raggiungere; e la critica dipendeva, per B., da una assimilazione, a lui estranea, tra l'indirizzo seguito e l'eventuale sistema filosofico a cui quell'indirizzo può, ma non necessariamente, deve portare (*Einstellung*, non *Weltanschauung*): cfr. oltre, n. 137. Quanto al problema dell'identificazione tra *Einstellung* autoritaria dello scienziato e organizzazione del sapere specifica per un settore v. la critica a U. MEYER-CORDING, *Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?*, Recht u. Staat, 428-29, Tübingen 1973, 32 ss., svolta da D. DE LAZZER, *Rechtsdogmatik als Kompromissformular*, in *Dogmatik und Methode* (Festschr. J. Esser), Krönberg-Ts. 1975, 108. Va detto che B. accettava fin dal '25 l'idea zitelmanniana secondo la quale « la più importante esigenza che si pone al giurista è di non avere un sistema rigidamente fisso » (cfr. B., *Metodica e didattica del diritto secondo E. Zitelmann*, in *RIFD*, 5, 1925, 3 ss., 79 n. 2).

([23]) Pur con le sue insufficienze: cfr. n. 44 e ss.

([24]) *La filosofia* cit., 31 ss. e note (e v. già i materiali sul problema di questo atteggiamento critico ivi, 2 n. 2). È singolarmente attinente a questo profilo l'osservazione di B. che C. Longo « venuto su nel clima positivistico, [avesse] in ispregio la filosofia (come, del resto, tutti i giuristi della Sua generazione) e [ritenesse] prive di costrutto e di concludenza certe discussioni » (B., *C. Longo*, in *BIDR*, 45, 1938, 448). V. anche, per una delle sue frequenti constatazioni sull'ignoranza filosofica dei giuristi, grave specialmente per quanto riguardava i nuovi concetti filosofici, B., *Dir. proc. civ.*, 310 n. 11. Questo fatto e questo limite, di cui B. era ben consapevole, spiega senz'altro tutta una serie di difficoltà in cui egli si è venuto a trovare. È dunque necessario appurare, nella sua formazione, la posizione assunta nei confronti e della storia e della filosofia, che sono gli aspetti che maggiormente lo differenziano da altri giuristi italiani e

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

re [25], ma dal quale veniva ricavata la convinzione che « il giurista dogmatico [potesse e dovesse] prescindere da tutti quei valori, motivi ed esigenze che sono invece gli elementi da cui deve trarre alimento la sua ricerca per essere veramente valida ed efficiente » [26]. Dopo aver sintetizzato le linee di sviluppo della dottrina nella riduzione, positivistica, del valore a fatto ed, idealistica, del fatto a valore [27], il Caiani ricorda la discussione tra giuristi positivi e filosofi del diritto [28]; osserva [29] che la scienza giuridica italiana, in ogni suo settore, « rimaneva estranea a quell'ampio movimento di revisione del proprio metodo, dei propri presupposti, compiti e fondamenti » che altrove « ravvivano di continuo la coscienza tecnico-giuridica »; considera essen-

---

danno un senso anche alla sua esplicita adesione alla sociologia, neppur qui però nel senso della sociologia positivistica. V. per ciò, oltre, n. 57.

[25] Direi, con le stesse parole del BONFANTE, *Filosofia del diritto e scienza del diritto* (1923), ora in *Scritti giuridici vari*, IV, Torino-Roma, 1926, 458: « noi non combattiamo la filosofia, ma certa pseudo-filosofia, la quale non è che un tentativo di generalizzazione dogmatica compiuto con mezzi e metodi inadeguati, cioè da chi è forse troppo nutrito di studi filosofici, certamente troppo poco di studi storici e giuridici ». V. però, per la conclusione ovvia nei riguardi del positivismo giuridico e più ancora del kelsenismo, CAIANI, *op. cit.*, 44 ss. Sull'atteggiamento di autodifesa della scienza giuridica in senso antifilosofico cfr. anche S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *RISG*, 57, 1950, 49 ss., 51.

[26] CAIANI, *op. cit.*, 14. Si tratta per vero di una qualificazione del giurista dogmatico che oggi probabilmente nessuno condividerebbe, ma in base alla quale il giovane B. veniva criticato (oltre, n. 146), e che risponde, si direbbe, alla posizione espressa dal Von THUR, *Der Allgemeine Theil des deutschen bürgerlichen Rechts*, I, *Vorwort* VII (cfr. P. DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, I, rist., Milano 1943, 6, con ulteriori indicazioni; ID., *Punti di orientamento per lo studio del diritto*, in *RISG*, n.s. 3, 1949, 86 ss.), ma certamente non è la posizione realmente assunta da B. in ordine alla dogmatica giuridica. Il fraintendimento costante in questo senso, di fronte a tante esplicite dichiarazioni bettiane, giustificava l'angolosità verbale con cui B. doveva ripresentare il proprio punto di vista. A parte ciò, la vicenda rivela certo qualche cosa circa l'ambiente culturale in cui B. si muoveva.

[27] *La filosofia* cit., 16 n. 18. Cfr. L. STRAUSS, *Naturrecht u. Geschichte*, Stuttgart 1953, 41, 59 ss. e in generale la raccolta, a cura di A. ALBERT e E. TOPISCH, *Werturteilsstreit* (Wege der Forschung, 175), Darmstadt 1971.

[28] *Op. cit.*, 33 s.

[29] *Op. cit.*, 29 s.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ziale per la valutazione dei rapporti tra scienza giuridica italiana e condizioni culturali generali nel periodo 1910-1925 l'esaurirsi del positivismo ([30]), la « conquista lenta e faticosa del concetto critico della scienza » e l'avvio del fenomeno del dogmatismo metodologico: « accertamento dei fatti ed esplicazione logico-induttiva delle leggi che li collegano secondo il principio causa-effetto » ([31]). In questo clima, hanno certo grande importanza gli interventi crociani ([32]) così come le suggestioni del neokantismo ([33]), « tese a isolare le forme pure a priori della giuridicità, come tali costitutive e regolative dell'esperienza, e da questa pertanto non indotte » ([34]), l'una e l'altra prospettiva, peraltro, continuatrici del « distacco tra scienza e filosofi, tipico della tradizione evasiva e aristocratica della nostra cultura umanistica » ([35]), a parte gli inviti, diciamo filosofici, a uscire dal sonno dogmatico ([36]).

Rispetto a tale quadro, il Caiani ha avuto il merito di analizzare alcuni aspetti eterodossi, tentando di cogliere nell'opera di isolati giuristi, che si sono consapevolmente ripiegati su una riflessione, per dir così (ma non è così, come oggi sappiamo)

([30]) *Op. cit.*, 37 ss.

([31]) *Op. cit.*, 39 con la n. 44.

([32]) In generale, a partire dalla memoria sulla « riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia » e dalla *Filosofia della pratica*: v. G. CALOGERO, *Croce e la scienza giuridica*, in *RISG*, 59-60, 1952-53, 1 ss. e soprattutto DE GENNARO, *Crocianesimo* cit., 93 ss. (il Croce di cui si occupa Calogero è comunque diverso da quello di cui si occupa B.). V. anche A. GUERRA, *Vent'anni di studi sul Croce politico*, in *De Homine*, 11-12, 1964, 287 ss.; M. ABBATE, *La filosofia di Benedetto Croce e la crisi della società italiana*, Torino 1967², con vari utili elementi (p. es., l'eliminazione del carattere della ' socialità ' dal diritto e gli esiti relativi, ivi 239).

([33]) È certamente importante osservare che B. era particolarmente vicino a A. Baratono, P. Martinetti, G. E. Barié, A. Banfi, sui quali v. i cenni, p. es., di E. PACI, *La filosofia contemporanea*, Milano 1974², 42 ss.; sulla posizione neokantiana nel diritto cfr. per tutti A. E. CAMMARATA, *Contributi a una critica gnoseologica della giurisprudenza* (1925), ora in *Formalismo e sapere giuridico. Studi*, Milano 1963, 17 ss.

([34]) CAIANI, *op. cit.*, 52 n. 60.

([35]) CAIANI, *op. cit.*, 61.

([36]) Ivi, 46 n. 54-55.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

extra moenia rispetto alla tecnicità del loro impegno professionale, il tipo e le modalità — tra l'altro — d'un intervento culturale sui rapporti tra scienza e filosofia del diritto, sull'oggetto della scienza giuridica, sulla funzione e i limiti della dogmatica giuridica (37), sul problema del metodo, della natura, i mezzi e la funzione della giurisprudenza, della necessità di impostare storicamente il problema giuridico (38), sul problema della interpretazione (39).

Non sto qui a valutare quanto questa ricerca sia stata adeguata ai suoi obiettivi (40). Certamente, molto avrebbe significato anche studiare esplicitamente i rapporti tra gli studiosi presi in esame, le influenze reciproche, le basi culturali comuni o diverse, la discussione e l'adesione tra loro e dell'uno all'altro: ricerca, peraltro, che presupponeva ovviamente quei profili individuali che sono oggetto del lavoro del Caiani (41).

Mi soffermerò invece, come è qui ovvio, sul capitolo bettiano, che prende l'avvio dal riconoscimento che per molti aspetti il problema dell'interpretazione rappresenta «il tessuto connettivo, l'*implicito* (42) elemento di continuità che salda (anche per la sua stessa natura) i vari [...] aspetti della sua [di B.] specifica attività di tecnico del diritto» (43).

Il limite, però, a tale riconoscimento non è tanto o non solo, a mio avviso, nel carattere niente affatto implicito, ma chiaramente esplicito, in B., del problema metodologico ermeneutico o nel fatto che il Caiani si riferisca a talune dichiarazioni dello stesso B. (44) — mentre, come vedremo, le radici sono ben ante-

---

(37) Carnelutti: CAIANI, *op. cit.*, 79 ss.

(38) Ascarelli: ivi, 129 ss.

(39) Betti: ivi, 163 ss.

(40) V. p. es. W. CESARINI SFORZA, *Giuristi o filosofi?*, ora in *Vecchie e nuove pagine di Filosofia, storia e diritto*, I, Milano 1967, 393 ss.

(41) Sul rapporto B.-Carnelutti v. sopra, n. 8. Per Ascarelli, vorrei richiamare le due commemorazioni che B. ne tenne nel '59 e nel '60 presso l'Istituto di teoria dell'interpretazione (cfr. *Relazione*, ecc., in *Riv. giur. umbro-abruzz.*, 36, 1960, 325 ss.).

(42) Sottolineatura mia.

(43) CAIANI, *op. cit.*, 163 ss., 164.

(44) CAIANI, *op. cit.*, 164 n. 2 (con qualche imprecisione).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riori e vanno rinvenute in una lontana, costante e dichiarata meditazione del rapporto tra storia e diritto ([45]) — quanto nel fatto della dislocazione operata dal Caiani, di quasi una generazione, per certi essenziali momenti di vita culturale, con la conseguenza di sbagliare non poco riguardo all'effettiva personalità di B. in rapporto ai suo tempi ([46]).

L'equivoco non è di poco conto, giacché il giusto apprezzamento del valore di talune critiche bettiane ([47]) richiede l'accertamento preciso della cronologia e genesi loro, tanto più che il materiale discusso esaminando l'opera del Carnelutti, dell'Ascarelli e del B. viene considerato rappresentativo delle « prime e forse più impegnative testimonianze del processo di revisione dei rapporti tra scienza e filosofia del diritto » ([48]). Né, d'altra parte, si tratta di punti secondari, ma, p. es., della coerente e costante discussione nei riguardi del positivismo ([49]) e del formalismo

---

([45]) Alla luce, vorrei dire, di una esigenza filosofica essenzialmente esaurita nella sua funzione di fondazione, ma forse, proprio perciò, inappagata, e tale da consentire accenti spiritualistici, che sono quelli di un residuo metafisico: che pur esprime una necessità morale (non diversamente CALOGERO, *Croce*, cit., 11). Lo stesso Caiani afferma, d'altro canto — però come mera rilevazione di un dato culturale e di fatto — che (168) « la problematica interpretativa di B. è condizionata da una più ampia concezione della realtà storica e conseguentemente dell'esperienza giuridica ». E allora, risalga essa o meno ai presupposti speculativi dell'idealismo romantico — che è affermazione spesso ripetuta ma forse inesatta (cfr. A. PLACHY, *op. cit.*; v. anche P. STEIN, in *SDHI*, 40, 1974, 520 ss., 521) —, lo stesso Caiani avrebbe dovuto analizzare le fonti di tale concezione. È del resto significativo che venga del tutto ignorato l'incontro di B. con N. Hartmann, assolutamente fondamentale per la formazione bettiana.

([46]) V. p. es. CAIANI, *op. cit.*, 19 n. 21; 29 ss.; 39 n. 44, 61, 66; e v. anche, per autolimitazioni che hanno pesato su una esatta valutazione dell'opera bettiana, p. es. 166 n. 4, 201 s.

([47]) P. es. la critica all'idea di un giudice e di un giurista concepiti come meri e diretti « strumenti del potere esecutivo, cioè della volontà della classe e del gruppo dominante » (CAIANI, *op. cit.*, 74, cfr. 73 n. 90) o quella dell'eliminazione del principio di separazione dei poteri, ecc. V. oltre, n. 94, 109, 117, 284, 495.

([48]) CAIANI, *op. cit.*, 77.

([49]) Il richiamo recentemente fatto da G. MARINO, *La filosofia giuridica di Alessandro Levi tra positivismo e idealismo*, Napoli 1976, 63, ad un appunto del Levi circa l'atteggiamento antipositivistico di B. (A. LEVI, *Pandettistica, dogmatica odierna e filosofia del diritto*, in *RIFD*, 10, 1930, 261 ss. = *Scritti minori di filo-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

kelseniano ([50]) o dell'idea della completezza dell'ordinamento giuridico ([51]) o di una serie di riduttive posizioni crociane ([52]).

A parte ciò, se è merito indiscutibile del Caiani l'aver colto la sostanziale importanza della presenza bettiana nella nostra cul-

---

sofia del diritto, II, Padova, 1957, 31 ss.) resta del tutto in superficie. Piuttosto, è da notare che lo stesso Levi ha rilevato l'esigenza storicistica da cui B. era mosso: *RIFD*, cit., 269; cfr. B., *Educazione giuridica moderna e ricostruzione del diritto romano*, in *BIDR*, 39, 1931, 33 ss., 36, 51. V. anche oltre, n. 75 e cfr. le osservazioni, molto belle e di portata generale, svolte intorno allo storicismo di G. Pasquali da S. TIMPANARO (in *Belfagor*, 28, 1973, 183 ss.).

([50]) Per la distinzione v. i riferimenti in CAIANI, *op. cit.*, 12 n. 2; per la ricomprensione dell'uno nell'altro, invece, N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano 1972, 151 e n. 8. Il rapporto B.-Kelsen è uno degli aspetti più rilevanti del pensiero bettiano. Dalla iniziale « convinzione circa la bontà dell'indirizzo costruttivo del Kelsen » (*Notazioni*, 19) all'accettazione delle critiche kelseniane (*Hauptprobleme*, 146 ss., 225 ss.) allo Zitelmann (*E. Zitelmann e il problema del diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. intern.*, 17, 1925, 33 ss., 189 ss.: 8 n. 3 dell'estratto), nonostante la sua enorme ammirazione per il Maestro e per il suo *Irrthum und Rechtsgeschäft* (« basterebbe da solo a far sopravvivere il suo nome », « libro di alta psicologia e di filosofia dello spirito, il quale ricorda talune parti dell'Etica nicomachea [...] e certe altre dell'Etica di Spinoza [...] e della Filosofia del diritto di Hegel »: ivi, 8), B. passa, infatti, molto presto, alla critica su punti particolari (v. p. es. oltre, n. 151 e cfr. *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, 1920, 124 n. 16; su quest'opera, v. oltre, II, § 7) o sull'intera teoria interpretativa kelseniana [cfr. p. es. *La creazione del diritto nella 'iurisdictio' del pretore romano*, 1927, 11 dell'estratto; *Sulla base giuridica del potere regolamentare*, 1927, 10 ss.; *Ergänzende Rechtsfortbildung als Aufgabe der richterlichen Gesetzesauslegung*, 1948, 383 s., 390 s. (v. anche K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Heidelberg-New York 1968², 84 n. 1)] o infine a un generale giudizio critico (p. es. *Teoria gen. delle obbligazioni*, I, Milano 1953, 5 s.) contro il formalismo. In questo senso, la posizione bettiana è stata giustamente intesa da G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano 1969, 80 s., come superamento dell'« errore metodologico d'una prevaricazione del fatto da parte del concetto » tramite una visione che, « senza tradire l'importanza del concetto, muove proprio dal fatto, affermantesi con la propria autonomia e con le proprie leggi, da desumere con la logica del concreto ». V. ancora TGI, 819 ss.; *Allgemeine Auslegungslehre*, 629 ss. Sulla fortuna del Kelsen in Italia è annunziato un saggio di M. G. Losano.

([51]) CAIANI, *op. cit.*, 18; 24 n. 27; 174 n. 19; 176 n. 23; 218 ss.; BETTI, *Interpretazione della legge*, 1971², 31, 136 ss., 306 ss. con altre indicazioni.

([52]) CAIANI, *op. cit.*, 189 n. 48 (annotava B.: concessione incoerente e contraddittoria con le critiche di principio), 190 n. 49. Anche il rapporto B.-Croce in effetti è esemplare (oltre, n. 106, 145, 147, 205, 206, 285).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tura giuridica, mostrando con ciò una rara sensibilità e onestà intellettuale, va però anche rilevata una serie di fraintendimenti, inesattezze ed equivoci in cui è incorso ([53]), due dei quali sono in special modo interessanti per il nostro discorso.

Il Caiani nota, anzitutto, l'assenza di « una specifica indagine in ordine alla genesi, alla struttura e alla funzione della normatività giuridica nell'ambito dei più ampi processi normativi che costituiscono il tessuto obiettivo dell'umana convivenza » ([54]); ciononostante, riconosce che « tutta la trattazione del B. in ordine al problema dell'interpretazione giuridica [è] direttamente e consapevolmente condizionata da quell'ampia visione storicistica e dialettica del reale come continuo processo di realizzazioni spirituali e di situazioni valutative che costituisce [...] lo sfondo di tutta la sua trattazione del problema ermeneutico » ([55]). Ed ancora, mancherebbe nella prospettiva bettiana uno sviluppo del momento sociologico (l'aspetto sociologico della ricerca dell'interprete) adeguato alla sua importanza ([56]).

In realtà, entrambi i rilievi sono infondati ([57]). Che essi, però, siano elevati, è indizio eloquente della mancata ricognizione di aspetti fondamentali del pensiero bettiano e ciò mostra, per converso, la necessità, appunto, di rintracciare gli elementi di tale pensiero, il suo sviluppo e le sue più certe origini. Si potrebbe altrimenti continuare a credere che per la n o s t r a cultura giu-

---

([53]) CAIANI, *op. cit.*, p. es. 167 n. 7; 168 s.; 170 e n. 12; 173-176 ss.; 178 s.; 179 n. 28 (dove il rilievo su B. dipende dal non aver considerato, p. es., B., *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova, 1947², VII-VIII), 180; 182 n. 36; 184; 187; 190 n. 91 (ma cfr. TGI, 612, 952); 191 ss.; 197 s.

([54]) CAIANI, *op. cit.*, 173; 170 n. 12; 171.

([55]) Ivi; cfr. anche 193.

([56]) Ivi, 185 n. 41.

([57]) Così, per quanto riguarda il primo punto, occorreva ricavarlo per implicito (del resto il Caiani ha intuito qualcosa), essendo ovviamente presupposto (e se ne trarrà una riprova della necessità di indagare le fonti della problematica interpretativa bettiana). Lo stesso si dovrà dire per il secondo punto, se è vero che ad es. nella TGI si espongono essenzialmente le premesse di un'interpretazione tecnico-sociologica: I, 585 ss. V. anche quel che si dirà circa l'ufficio del giurista, oltre, n. 94, 109, 284, 495 e cfr. *Teoria generale del negozio giuridico*, 1960², 609 n. 5.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ridica sia un dato recente l'accentuata coscienza di una differenza tra fatti e valori e, quindi, l'accentuata considerazione della giustizia come valore e del diritto come fatto storico e sociale, lo sgretolamento dell'edificio della dogmatica giuridica e la critica del puro tecnicismo giuridico ([58]); o che sia un fatto recente la consapevolezza che lo storico del diritto e il giurista positivo facciano e debbano fare anche opera di sociologo ([59]): coscienza e consapevolezza che, penetrate oggi a livello accademico, restano pur sempre titolo di merito per chi le ha possedute contro corrente, in momenti e ambienti culturali, più che ostili, indifferenti alla storia ([60]).

3. Il senso di quanto precede potrà forse esser chiarito dalla riflessione su due scritti recenti, non privi di una loro persuasività e perciò tanto più suscettibili di esser considerati puntualizzazione attendibile di una intera vicenda culturale.

([58]) Così, N. BOBBIO, *La filosofia del diritto in Italia*, in *Ius*, 8, 1957, 183 ss.; ID., *Saggi sulla scienza politica in Italia*, Bari, 1971, 15 ss.

([59]) R. ORESTANO, *Sociologia e studio storico del diritto*, in *Jus*, cit., 199 ss., 218, 220; ID., *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino 1961², 485 ss.

([60]) La dottrina giuridica italiana contemporanea è stata caratterizzata come « astorica » dal Merryman (oltre, n. 516): una connotazione realistica, che certo ha tra le sue cause — a parte la filosofia dominante del tempo e l'atteggiamento formalistico — l'estraniamento da correnti vitali della cultura europea avutosi durante il fascismo (e su ciò andrebbero meditate, specie in rapporto al costume universitario, alcune pagine di R. BIANCHI BANDINELLI, *Dal diario di un borghese e altri scritti*, Milano 1962², 480 ss.). Credo che ciò vada sottolineato, perché l'insegnamento bettiano si qualifica, ben al contrario, come un tramite rigoroso e critico tra le nuove esperienze culturali straniere ed il mondo accademico italiano, senza dubbio non agnostico, ma troppo spesso conformista rispetto alle fortunose vicende sociali e istituzionali legate al primo dopoguerra, al fascismo, alla ricostruzione democratica. E se è vero — come pensavano già Dilthey, Çroce, Mannheim [cfr. H. STUART HUGHES, *Consciousness and Society* (1958), tr. it., Torino 1967, 411] — che la comprensione di un rapporto culturale, e più generalmente della storia, nasce solo dal farla, una storiografia che si concentri sull'esame dell'opera bettiana, così contro-corrente, apparirà ancor più necessaria per intendere il significato della scienza giuridica italiana della prima metà del secolo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Va manifestato infatti un consenso ampio, almeno da parte mia, all'operazione compiuta da A. Schiavone analizzando il negozio giuridico in diritto romano ([61]), con occhio giustamente volto ad una storia del diritto non più pensata come storia separata, alla opportunità, dunque, di valutare le strutture dei rapporti nel quadro delle forme di produzione, ma attento ai rischi altresì di nuove cristallizzazioni apologetiche di segno contrario a quelle appena criticate ([62]).

Dove l'accordo manca è su altre cose: e principalmente su una valutazione che da scientifica corre il rischio di diventare utopistica, là dove la critica alla ricostruzione della categoria del negozio giuridico, tentata finora, non tiene conto dell'effettivo quadro di riferimento di quella categoria — il mondo non della pianificazione bensì della proprietà individuale ([63]) — e proietta dunque, nella giusta esigenza di storicizzazione delle forme, una linea politica di emancipazione, non tenendo ferma come pur si dovrebbe la storicità dell'oggetto studiato ([64]).

Il discorso da proporre è, però, ora, un altro. Il saggio che si discute è quel che è, in virtù di un costante rifarsi all'insegnamento bettiano, a partire dai primissimi studi sul *contrahere* ([65]), ed esso — come qualunque altra valutazione del problema del

---

([61]) *Enciclopedia del diritto*, XXVII, 1977, 906 ss.

([62]) *Op. cit.*, 909.

([63]) B., *Riflessioni sulla nozione di negozio giuridico*, in *Temi*, 6, 1963 (Scritti per A. Candian), 605 ss.; ID., sv. *Negozio giuridico*, in *Nov. dig. it.*, XI, 1964, 808 ss. (§ 2) con significativo rinvio a W. CESARINI-SFORZA, *Il diritto dei privati*, Milano 1963². Tanto più il rilievo importa se si discute in sede storica, ché allora diventa indispensabile il preventivo chiarimento delle tesi.

(64) Questa storicità comprende certo anche le condizioni del proprio sviluppo e progresso. V. comunque una importante rassegna critica di varie opere recenti (p. es. D. GROH, *Kritische Geschichtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, Köln-Mainz 1973), in cui si profilano le linee di una storiografia emancipatoria e se ne sottolineano i rischi: K. G. FABER, in *History and Theory*, XVI, 1977, 57 ss.; cfr. inoltre ID., *Theorie der Geschichtswissenschaft*, München 1978⁴, 183 ss., 221 ss. Spunti interessanti si ricavano anche dalla lettura di vari contributi avutisi nel Rechtshistoriker-Symposion di Brema (13-15 febb. 1976): *Rechtsgeschichte-Fach ohne Alternative?* (policopiato).

([65]) Su tali lavori v. oltre, II § 6.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

negozio giuridico in diritto romano (66) — sarebbe oggi estremamente improbabile senza lo studio dell'opera di B. Non si tratta, come è chiaro, di semplice onestà scientifica, ma di costitutività di una riflessione sul negozio giuridico: chi ne volesse prescindere mostrerebbe evidentemente di non conoscere il proprio mestiere.

Ma, premesso ciò, in che modo nella ' voce ' in questione è stato valutato il contributo bettiano? A me parrebbe che l'a., avendo compreso il significato della soluzione bettiana, lo dimentichi però al momento stesso in cui se ne serve — senza, peraltro, segnalarlo — anche contro B. È vero (ed è insegnamento bettiano, così spesso frainteso) (67) che « la mancanza di un concetto all'interno di uno specifico sistema di sapere (68) [...] non è motivo di per se solo sufficiente per escludere ogni rapporto storiograficamente significativo fra quel concetto e quel sistema » (69): un insegnamento bettiano che ha precisi radici culturali, di cui certo dovremo occuparci (70), e che trova ad es. riscontro — non potrebbe essere diversamente — anche nel pensiero marxista e neo-marxista (71). È vero che le categorie giu-

(66) E del resto anche per il diritto intermedio e moderno. Basterà richiamarsi al *Negozio giuridico* di Calasso e ai riferimenti di F. GALGANO, in *Encicl. d. dir.* cit., 932 ss. (ai quali aggiungerei W. FLUME, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*. II. *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York 1965). Uno studio bettiano esemplare per quel che si è detto è *Der Typenzwang bei den römischen Rechtsgeschäften und die sogenannte Typenfreiheit des heutigen Rechts*, in *Festschr. L. Wenger*, I, München 1944, 249 ss.; trad. it., con una *postilla* 1965, in *Ann. Macerata*, n.s. I, 1966, 5 ss.

(67) V. oltre n. 70 e n. 335.

(68) *Diritto romano* (1935), XVIII.

(69) SCHIAVONE, *op. cit.*, 907.

(70) È forse istruttivo richiamare la caratterizzazione di una fondamentale esigenza illuministica offerta di recente da R. MORTIER, *Diversité des ' lumières ' européennes*, in *Romanische Zeitschr. f. Literaturgesch.*, 1977, 281 ss., 282: « Diderot félicite Socrate d'avoir fait descendre la philosophie sur terre, et Voltaire accable de sarcasmes la méthaphisique traditionnelle. En Italie, Genovesi formule ce qui pourrait être mieux encore que le *sapere audi* de Kant [...] la vrai devise des ' lumières ': ' Cose, non parole ' ». Cade a proposito, qui, un'annotazione sulla frase di Goethe: « perché, proprio dove mancano i concetti, si presenta al momento giusto una parola ». Cfr., anche TGI, I, 582 ed oltre p. 246 s.

(71) V. ad es. i testi marxiani studiati da L. CALABI, *Marx e la storiografia del mondo antico*, in AA. VV., *Problemi storici del marxismo*, Roma 1976, 165 ss., specie 170 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ridiche 'moderne' nascono non dal nulla (72), ma da una oggettiva 'continuazione' della precedente esperienza giuridica, p. es. quella romana (73) — e qui si dovrà pur vedere quale sia il senso del problema della 'continuità' (74). E certamente non potrà dirsi che questo fenomeno storico sia stato inteso da B. come un meccanico succedersi di dogmi, quando egli ne ha individuato in modo preciso il carattere di processo dialettico ed ha fortemente contestato, da sempre, le pretese dell'erudizione pedante, del miope positivismo filologico e dello storicismo atomistico (75), le pretese insomma di ciò che, per rimanere nel nostro

(72) Come ammoniva A. LABRIOLA, *Saggi sul materialismo storico*, a cura di V. Gerratana e A. Guerra, Roma 1963, 110 ss., «le idee non cascano dal cielo; né noi riceviamo il ben di Dio in sogno»: una frase che, come è noto, aveva profondamente colpito Trotzky.

(73) SCHIAVONE, *op. cit.*, 908.

(74) Una nozione quale quella bettiana del negozio giuridico è, p. es., una concreta illustrazione di come possa meglio afferrarsi la continuità della storia (cfr. GROSSO, in *RISG*, 58, 1951, 421). V. intanto B., *Das Problem der Kontinuität im Lichte der rechtshistorischen Auslegung* (Institut f. europäische Geschichte Mainz, Vorträge, 18), Wiesbaden 1957, specialmente 29 ss., sugli strumenti per cogliere la continuità storica. Cfr. anche WIEACKER, in *ZSS*, 75, 1958, 488 s. e v. oltre, n. 104, 457.

(75) La critica bettiana si dirige essenzialmente verso tutte le esagerazioni del relativismo storico, ma anche B. è storicista (v. già sopra, n. 49), naturalmente, se ciò significa — come ha ben illustrato p. es. P. Rossi — cogliere le dimensioni categoriali del mondo storico e determinare gli strumenti della sua comprensione; una metodologia, con chiara ascendenza vichiana, per la quale ogni fatto storico va interpretato in base alle condizioni della sua genesi e del suo sviluppo storico, tenendo ben fermo il punto che il risultato interpretativo si presenta come 'coerenza dell'ipotetico' (così, contro E. ROTHACKER, *Die dogmatische Denkform in der Geisteswissenschaften und das Problem des Historismus*, Abh. d. Akad. d. Wissenschaften u. d. Lit. Mainz, 1954, 261), B., p. es. *Das Problem* cit., 36 n. 45.

Si chiarisce ampiamente, in questo modo, l'intero discorso bettiano sulla dogmatica giuridica (su cui v. oltre, II § 9). È chiaro, p. es., che esso non potrebbe intendersi affatto nel senso della contrapposizione, tra *droit dogmatique* e sociologia del diritto, proposta recentemente, da J. CARBONNIER, *L'influence du code civil français sur la société européenne*, in *Reports of XIV Intern. Congress of the hist. Sciences* (1975), III, New York 1977, 1793 e ciò sia perché in B. il momento interpretativo prevale sempre su quello strumentale e dogmatico sia perché quest'ultimo, assolutamente necessario nel lavoro storico (non diceva già A. LABRIOLA, *Del materialismo storico*, in *Saggi* cit., 101, che «ogni storico, che

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

campo, si è efficacemente chiamato una « romanistica ridotta a una tecnica senza teoria e senza storia » (76). Perciò, è bene sottolineare che l'impostazione bettiana dell'impiego della dogmatica giuridica moderna per ricostruire un diritto non più in vigore presupponeva l'esatto contrario del « confuso eclettismo » (77), di un « provincialismo talvolta arrogante », di un « orecchiamento più o meno sprovveduto di grandi temi del dibattito contemporaneo », che è il giudizio con cui lo Schiavone caratterizza la romanistica (italiana?) di allora (78). Ed è anche giusto dire che B. « tese sempre a non apparire e non essere mai un neopandettista » (79). Ma qui parrebbe che si sia trattato di una mera

---

cominci a narrare, compie per così dire, un atto di astrazione? ») è in B. profondamente legato alla intera tradizione dottrinale. Questo aspetto, così rilevante nell'opera bettiana, può esser confrontato con quanto afferma p. es. Z. YAVETZ, *Why Roma? Zeitgeist and Ancient Historians in Early 19th-century Germany*, in *Am. J. Phil.*, 97, 1976, 276 ss. e, in termini più generali, trova un riscontro preciso nell'analisi della cultura storica italiana giustamente proposta da A. LA PENNA, *La tradizione classica nella cultura italiana*, in *Storia d'Italia*, V, 2, Torino 1973, 1370 s. V. anche oltre, p. 228.

(76) SCHIAVONE, *op. cit.*, 908. Cfr. ORESTANO, *Introduzione* cit., 297.

(77) Vorrei ricordare che recentemente — ma si tratta di una consapevolezza che può farsi risalire a E. Mach (cfr. L. GEYMONAT, *Storia del pensiero filosofico e scientifico*, V, 2, Milano, 1975², 325) — si è celebrata la rivoluzione scientifica del '25, legata al principio d'indeterminazione, come costituente « ancora il migliore modello di processo intellettuale completo in quanto non fondato sulla contrapposizione di dottrina a dottrina ma sull'estensione dell'ambito di validità delle teorie » (C. BERNARDINI, *Rinascita*, 16 giugno 1978, n. 24, p. 19). Si confronti l'avvertimento bettiano contro eventuali (e, per la verità, non mancate) accuse di eclettismo: TGI cit., prefazione, IX. V. anche la piena consapevolezza con cui B. esclude che vi sia una e una sola « maniera di costruire e di vedere il mondo », criticando M. AEBI, *Kants Begründung der 'deutschen Philosophie' - Kants transzendentake Logik: Kritik ihrer Begründung* (1947), in *Riv. crit. d. Storia della fil.*, 1953, 86 ss. e in *Responsabilità del sapere*, 39, 1954, 375 ss. V. anche oltre, n. 97, 260, 425.

(78) E naturalmente, si vuol parlare della romanistica eminente, che è la stessa di cui giudicava V. ARANGIO RUIZ, *Gli studi di storia del diritto romano*, in *Cinquant'anni di vita intellettuale italiana*. 1896-1946, II, Napoli 1966², 375 ss.

(79) SCHIAVONE, 910. A parte le ripetute dichiarazioni bettiane in questo senso (e di altri: p. es. H. KRELLER, in *ZSS*, 62, 1942, 451 s.) può giovare il riferimento ad una specifica analisi come quella dedicata al problema della simulazione (p. es. B., *Bewusste Abweichung der Parteiabsicht von der typischen*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

intenzione, destinata in fondo a fallire; giacché avremmo in realtà a che fare con il recupero sostanziale della pandettistica ([80]), l'annientamento della storia, l'innalzamento della logica giuridica del presente a forma universale del pensiero ([81]), motivazioni teoriche basate su eclettismo non limpido, confuso storicismo spiritualistico, stanchi tentativi d'insieme, pasticci filosofici ([82]), modi stravolti di fare la storia ([83]) e risultati storiografici stra-

---

Zweckbestimmung (causa) des Rechtsgeschäfts, in *Festschr. P. Koschaker*, I, Weimar, 1939, 296 ss.). Essa serve anche esplicitamente a prendere le distanze dalla pandettistica, che nel caso concreto della simulazione impostava il problema, in un modo che da B. è dimostrato estraneo alle fonti romane, così come l'individualistico dogma della volontà, su cui riposava la costruzione pandettistica (v. anche oltre, n. 80, 109, 387, 455, 457, 460).

([80]) Non credo che tale affermazione dipenda dall'equivoco sui limiti precisi nei quali gli strumenti pandettistici vengono da B. dichiarati inutilizzabili [p. es. B., *Consapevole divergenza della determinazione causale* (1934), 301], oppure vengono corretti, modificati, adeguati « ai nuovi problemi e alle nuove esigenze di socialità nella funzione ordinatrice del diritto », « senza bisogno di rinnegare e rifiutare il lavoro delle generazioni di giuristi formatesi alla scuola del diritto romano » (B., *Teoria gen. del negozio giuridico*, prefazione alla II ed., IX). Per la netta storicizzazione della pandettistica v., del resto, oltre, p. 247 s.

([81]) SCHIAVONE, 911, nonostante il richiamo (913 e n. 23) a TGI, I, 678 ss. V. già p. es. *Diritto romano*, XVII; ed oltre, II § 9 e, p. es., n. 425.

([82]) SCHIAVONE, 910 s.

([83]) Esemplificati con la trattazione del negozio giuridico nel *Diritto romano* del '35 (su quest'opera si vedano L. WENGER, in *ZSS*, 56, 1936, 278 ss.; G. GROSSO, in *SDHI*, 2, 1936, 190 ss.; L. DE SARLO, in *AG*, CXIX, 1938, 104 ss.; J. C. VAN OVEN, in *TR*, 15, 1937, 131 s.). Forse occorre tener conto di qualche ulteriore elemento di giudizio, prima di elevare condanne così dure. B., richiamandosi a CROCE, *Logica*, 135 s., ha inteso « reagire alla vecchia concezione volontaristica del negozio e [...] delinearne una nuova, diretta a metterne in rilievo il contenuto *normativo* (di autonomia privata) finora perduto di vista » (cfr. *Educazione giuridica*, 65 n. 1). Se questa nuova concezione è, più della vecchia, adeguata a rappresentare il diritto classico, il lavoro storico certamente se ne avvantaggerà. In secondo luogo, la preparazione dogmatica e il relativo suo impiego riceve il suo senso dal fatto che essa venga portata nella ricerca esegetica, fondamento di qualunque ricostruzione storica (per ciò v. oltre, p. es., n. 323): non sta certo a sé e per sé.

Del resto, una discussione dogmatica dei problemi negoziali romani, che prescindesse dall'esegesi testuale, per B. non avrebbe avuto senso. E infatti, le *Esercitazioni romanistiche su casi pratici* del '30, alle quali B. affidava (cfr. *Diritto romano*, 197 n. 1) quella dimostrazione esegetica che ancora mancasse nella ricostruzione del negozio giuridico classico, illustrano molte centinaia di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

volti ([84]), costruzioni totalmente acritiche del rapporto tra categorie moderne e storia giuridica, formalismo non criticato delle categorie interpretative ([85]), insomma, la « totale distruzione della storicità » ([86]): visione orrifica, esemplificata esplicitamente con il lavoro bettiano che, poi, è riconosciuto come quello concettualmente più raffinato, per coerenza, novità e ampiezza di motivazioni. Il giudizio generale sulla romanistica ne risulta pertanto, a maggior ragione, assolutamente distruttivo.

Ora, tutto ciò potrebbe essere vero (e io non lo credo), può trovare appigli in certe dichiarazioni bettiane (ma è facile far parlare frasi spezzate di un discorso complesso, di cui non si tiene conto — è una constatazione — se non con valutazioni necessariamente generiche e indimostrate), potrebbe soprattutto apparire giustificato a posteriori alla luce di effettivi, sostanziali, maggiori progressi ricostruttivi che dipendessero dall'impiego di metodologie migliori (e anche questo andrebbe verificato, per non dire che una valutazione pragmatica non renderebbe ragione

---

testi, nei quali si coglie il « concreto funzionamento di taluni principii generali sul negozio giuridico ». Si tratta di fare quello « studio accurato delle decisioni [che] addestra a cogliere nei casi decisi i lineamenti di fatto giuridicamente essenziali, a *vedere*, e a impostare esattamente le questioni da cui la decisione dipende, ad adoperare con sicurezza, nella loro soluzione, *i vari metodi dell'argomentazione giuridica* » (*Esercitazioni* cit., 1. I corsivi sono miei). Insomma, si può e si deve discutere: ma, stando alle premesse richiamate, non si potrebbe parlare di « modo stravolto di fare la storia ». Quanto alle *Esercitazioni*, giova segnalare l'osservazione recente di G. De Nova, *Appunti sul metodo casistico nell'insegnamento del diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, XXXII, 1978, 374 ss., 381, sulla unicità, nel panorama della letteratura giuridica italiana, di quest'opera, « quasi dimenticata »: non, però, da tutti, come indica p. es. E. Valiño che dalla prefazione bettiana trae il motto di una sua recente raccolta di casi di diritto romano (Valencia, 1976). Sull'importanza didattica e scientifica delle esercitazioni B. si è più volte espresso (p. es. *Notazioni*, 21; *Metodica e didattica del diritto secondo E. Zitelmann*, in *RIFD*, 5, 1925, 31 ss.). Del resto, non solo il B. romanista (v. ad es. il II volume delle *Istituzioni di diritto romano*, Padova 1960-1962: cfr. Th. Mayer-Maly, in *ZSS*, 81, 1964, 499) ma anche il B. civilista, processualista e internazionalista, comparativista, è sempre rimasto legato alla casistica, *bei den Sachen selbst*.

([84]) Schiavone, 913.

([85]) *Ibid.*

([86]) Ivi, 912.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del tempo storico in cui le dottrine criticate hanno trovato le condizioni e le modalità di esistenza e di applicazione): quel che mi pare certo, comunque, è che l'intero giudizio critico, nel suo riferimento specifico a B. e generico all'indirizzo da lui propugnato, si trova in contraddizione con quanto poi lo stesso critico propone.

Del resto, quando mai B. ha considerato le categorie giuridiche moderne come dotate di un valore metastorico, principi universali di una conoscenza giuridica sempre eguale a se stessa, elementi di una ermeneutica giuridica valida senza limiti, condizioni indispensabili per pensare c o m u n q u e qualunque esperienza giuridica (87)? Non è forse proprio B. ad affermare che le categorie giuridiche moderne (e in generale le categorie dogmatiche di qualunque concreta esperienza sociale e giuridica) sono legate « ad una società e ad un tempo definiti » (88)? E non è ciò, per tutti noi, credo, la condizione di un impiego storiografico corretto delle categorie stesse? Da questo punto di vista, che è agevolmente documentabile (89), l'ammissione — comunque importante di fronte a ignoranze e arroganze recenti e meno recenti — che un De Francisci e un B. sono ben convinti che « anche le categorie giuridiche della moderna esperienza borghese sarebbero state un giorno superate » (90) mi parrebbe, oltre che contraddittoria, palesemente riduttiva, perché, in fondo, non ha più senso affermare, allora, che la vera questione fosse quella di « mostrare come, nel presente, quel mondo portasse scritto sulla fronte [...] la presenza di un legame con un tempo ed una società determinata » (91). Chi avanza infatti un giudizio di prevedibilità di un superamento delle categorie attuali in presenza di una società diversa, è naturalmente consapevole della contingenza storica di tali categorie, che considera però valide ed adeguate

(87) Così SCHIAVONE, 911 s. Per l'apprezzamento presente in WIEACKER, p. es. *Die gegenwärtige Lage*, cit.; *Notizen*, cit. (sopra, n. 9), v. quanto già riferito sopra, stessa nota, e cfr. da ultimo ID., in *Labeo*, 16, 1970, 133 s.

(88) Cfr. SCHIAVONE, 913.

(89) Oltre, pp. 204 ss., 267 ss.

(90) SCHIAVONE, 913.

(91) Ivi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

come tali a questo tempo storico in cui si trova ad agire. Gli si potrà e dovrà chiedere di non attardarsi su categorie invecchiate (92), di proporne di nuove e più adeguate alla realtà del presente (93), non certo però di sostituirsi alla storia e di preparare formule per una società a venire (94).

La critica, insomma, mi pare viziata sotto un duplice profilo: e perché attribuisce alle posizioni discusse una certa ottusità, in modo che mi pare antistorico; e perché instaura con se stessa una contraddizione, quando, per avanzare i suoi rilievi, si serve

---

(92) Come la categoria pandettistica del negozio giuridico. Ma v. anche oltre, p. es., n. 269, 381, 393 e, cfr. la pregnante caratterizzazione dell'antitesi tra concezione windscheidiana e concezione bettiana del negozio giuridico, fatta da R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto* (1960), ora in *Azione Diritti soggettivi Persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, Bologna 1978, 115 ss., 150 n. 54.

(93) Come la nuova categoria del negozio giuridico: cfr. GALGANO, *op. cit.*, 944 ss. e oltre, n. 491. V. un elenco di tali concettualizzazioni in B., *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *AG*, XCIX, 1928, 143 e n. 2.

(94) Certo, qui si apre il discorso sul giurista puro tecnico e sul giurista mediatore politico. V. già sopra, n. 47 e cfr. *Diritto romano e dogmatica*, cit., 129 n. 1: « Una nuova legislazione è in corso. Un grande esperimento di organizzazione della società nazionale è in via di svolgimento. Il conflitto fra capitale e lavoro — motivo dominante delle crisi sociali moderne — ha trovato una soluzione, che non è quella socialistica, ma non è neppure quella del liberalismo borghese: una soluzione che — contro il miope individualismo di un tempo — afferma la funzione sociale della proprietà e il dovere del lavoro, la solidarietà degli interessi di classe e la loro comune subordinazione alle esigenze superiori della produzione. Lo Stato non è più assente: esso controlla le associazioni professionali e, occorrendo, interviene coi propri organi nel componimento delle loro vertenze. In conformità con la precedente tendenza ad assorgere da regola contrattuale a norma giuridica, l'ordinamento dei sindacati è stato assunto a far parte dell'ordinamento statuale [...]. Ora il giurista non può evidentemente ignorare una realtà di tanta importanza. Perché il nuovo ordine di cose fa sorgere nuovi fondamentali problemi: alla soluzione dei quali anche il giurista — anzi, il giurista soprattutto — è chiamato a portare il contributo della sua competenza e della sua critica. Se è vero che il giurista dev'essere sempre pronto a cogliere con vigile occhio ogni novità della vita sociale, se è vero che egli deve tenersi a contatto della coscienza sociale odierna e sorvegliare lo sviluppo della legislazione e della giurisprudenza in quanto tendono a rispecchiarla, è chiaro — oggi più che mai — che egli, nell'adempimento del proprio ufficio educativo, non potrebbe estraniarsi da quest'ordine nuovo senza venir meno alla propria missione ». Ma tali idee erano state formulate da B. già prima.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

propriamente delle posizioni concettuali che, dopo aver deformato, combatte ma che, non deformate, accetta. Il problema in sostanza diventa quello di vedere sia in che cosa consista la deformazione sia il perché di essa (95). Ma il recupero, che a questo punto viene fatto, del « valore storiografico delle forme giuridiche borghesi come i punti più alti a partire dai quali è possibile ripercorrere la vicenda della nascita, del compimento e, oggi, per la prima volta, della crisi dell'entrare astratto degli uomini in rapporto fra loro attraverso la produzione, lo scambio, il lavoro, ecc. » (96), non può aversi se non applicando quel procedimento di inversione dell'iter ermeneutico nell'iter genetico che proprio B. ha codificato (97). E il programma di lavoro si realizzerà, giustamente, attraverso una valutazione strumentale delle categorie (*quelle* categorie, *queste* categorie: qui è la contraddizione), che non sono affatto ipostatizzate (qui è la deformazione, dovuta a una volontà politica — non sarò io a dire se arbitraria o legata alla realtà sociale — di configurare una società diversa).

Che queste incomprensioni debbano essere rilevate non mi pare dubbio. Tanto più quando esse non sono argomentate e si riducono ad una critica estremamente generica e fuggevole, che può dar l'impressione di un'opinione consolidata o di un *ius receptum*, come accade in recenti considerazioni su storiografia e diritto di L. Berlinguer (98), ad avviso del quale certamente lo storico del diritto deve farsi « in primo luogo giurista » e possedere « lo strumentario di categorie e di linguaggio che sono propri dell'uomo di legge » (99), ma — aggiunge — « la dottrina (e la pratica) storiografica non si è limitata a questa condizione, pretendendo — nella sua tendenza ad assimilare totalmente la storia

---

(95) Esso può esser correttamente riportato all'impegno ideologico-politico.

(96) Cfr. SCHIAVONE, 914.

(97) TGI cit., 258 ss.

(98) *Studi storici*, XV, 1974, 3 ss. L'attenzione vi è particolarmente rivolta alla storiografia giuridica medievalistica (in specie del diritto privato) che, configurata, fino a oggi, come ' storia delle fonti prevalentemente descrittiva cronologica ed ' esterna ' » e come « storia degli istituti ', sarebbe stata « l'unica forma di esame di merito del fenomeno giuridico » (15).

(99) Ivi, 15.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

al suo oggetto ([100]) — un metodo di ricerca e di studio analogo a quello della scienza giuridica, nella sua accezione di dogmatica di derivazione idealistica. La tesi ha avuto espressioni esasperate, come ad es. in Betti », per il quale ([101]) « l'istrumentario rappresentativo del diritto vigente risponde alle esigenze della storiografie giuridica ».

Ora, non è necessario discutere l'esattezza con cui la questione viene qui presentata, in generale e nello specifico riferimento a B. Io direi che, accolta la premessa (mutuata qui da altri ma che ovviamente va fatta risalire proprio a B.) e riconosciuto che essa è la condizione imprescindibile del lavoro storiografico del quale ci si occupa, il problema era e rimane quello di sapere se la storiografia giuridica possa esser opera di chi giurista non sia; e quindi se, studiando un fenomeno giuridico — sia esso da valutare all'interno di un diritto in vigore sia esso da cogliere all'interno di un diritto non più in vigore — il giurista possa fare a meno della propria educazione giuridica, che è la stessa cosa della sua conoscenza della storia e della strumentazione dogmatica moderna, l'una e l'altra necessariamente presenti nel concreto lavoro scientifico, sia esso rivolto al passato sia esso rivolto al presente.

Vi sono differenze, come è ovvio — ma non mi vorrei attardare su ciò —, dipendenti dalla diversa funzione assolta dal lavoro scientifico nell'un caso e nell'altro e a queste finalità corrisponde un uso diverso del metodo ([102]): ma, ammessa la premessa dell'obbligo di farsi « uomo di legge », non direi che affermare la rispondenza alle esigenze della storiografia giuridica dello strumentario rappresentativo del diritto vigente sia una tesi ' esasperata ' da B. Quello strumentario, intanto, non è affatto dato *una tantum*, ma è esso stesso fenomeno storico, con-

---

([100]) Non credo che sia possibile riferire a B. una intenzione siffatta.

([101]) Si indicano, per ciò, soprattutto *Storia e dogmatica del diritto*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Firenze 1966 (ma 1963), 105 ss. e *Di una teoria generale dell'interpretazione*, in *RIFD*, 42, 1965, 236 ss.: *op. cit.*, 15 e n. 27.

([102]) Di particolare rilievo è la discussione fatta da F. WIEACKER, *Zur praktischen Leistung der Rechtdogmatik*, in *Hermeneutik u. Dialektik* (Festschr. Gadamer), II, Tübingen, 1970, 311 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dizionato, modificato e, soprattutto, duttile, se si guarda al suo contenuto; e non se ne può fare a meno, se si guarda alla sua funzione ([103]).

Questa, comunque, credo sia la posizione che si ricava dall'intera opera di B., le cui concezioni, del resto, non sono né pangiuridiche né normativistiche o positivistiche o formalistiche o deresponsabilizzate o legate ad una ermeneutica formale o neutrale o ad una teoria della continuità come quella a cui allude il Berlinguer ([104]), né basate su una separazione del diritto dalla complessità sociale o carenti di sensibilità politico-sociale o ispirate all'uso di una logica asettica e formale, né dipendenti acriticamente dalla dottrina tedesca ([105]) o succubi di un predominio crociano ([106]), ecc.

([103]) È appena il caso di dire che non tutti pensano così: v. p. es. U. MEYER-CORDING, *Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?*, sopra, n. 22). Ma v. oltre, n. 464 e ss. Quanto alla variabilità delle «categorie storiche che governano l'intrinseca coerenza e lo stile delle varie formazioni spirituali», in rapporto alla «storica peculiarità dell'oggetto» da interpretare, v. specialmente TGI, I, 31 s. con la illuminante n. 78.

([104]) *Considerazioni* cit., 23 ss. Il richiamo gramsciano ivi fatto (24) mi parrebbe del resto molto pertinente per caratterizzare la posizione assunta da B. in proposito: v. B., *Das Problem* cit. n. 74; cfr. anche F. CROSARA, *La teoria della «continuità storica» nella interpretazione degli storici del diritto*, in *La continuità nella storia del diritto*, Milano 1972, a cura di A. ERLER e E. BUSSI, specie 169 ss. ed ora soprattutto S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, Milano 1978, 257 ss., 323 ss., 327, 337 (su B.).

([105]) Anche qui è questione di intendersi. B. è stato certamente uno dei tramiti più importanti per la conoscenza in Italia delle dottrine tedesche, ma nessun studioso potrà affermare che ne sia stato succube, anche se già nel '15 dichiarava (*Sul valore dogmatico*, 5 dell'addendum = *BIDR*, 28, 1916, 333) che «da quegli scrittori (Lenel, Partsch, Wlassak) molte e molte cose abbiamo appreso. E crediamo che solo per questa via, imparando dai tedeschi, — non ignorandoli o respingendoli — si potrà superarli veramente». Nello stesso senso, p. es., G. I. Ascoli contrapponeva «al patriottismo sterile [...] il più sano patriottismo di chi voleva riammettere l'Italia nella circolazione viva del pensiero europeo» (S. TIMPANARO, *Il primo cinquantennio della «Rivista»*, in *RIFCL*, 100, 1972, 389; (ivi, altra citazione e considerazioni nello stesso senso).

([106]) Ho già accennato all'importanza del rapporto Croce-B., sopra, n. 52; e v. oltre, n. 285, i principali luoghi in cui B. si è richiamato a Croce.

Ora, i rimproveri del Berlinguer ovviamente non sono diretti specificamente a B. Ma giova richiamarli, perché si ricavi un giudizio su B. dal fatto che a lui, per l'appunto, non si possono rivolgere.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

E certo, se non sono tutto questo — come vedremo —, se non rientrano cioè nel campo delle concezioni in vario modo discusse e rifiutate dal Berlinguer, la posizione metodologica che vi si ricollega richiedeva ben altra attenzione, direi, che non il riduttivo fraintendimento dedicatogli, così radicalmente immotivato, e che non poteva certamente non venire rilevato.

4. Sta di fatto che affermazioni del genere appaiono frequentemente smentite nel concreto lavoro scientifico più recente, là dove non è questione di giudizi d'insieme ma di riflessioni sull'efficienza dei risultati bettiani in ordine a specifici problemi prettamente giuridici. Così, con la più diretta e semplice delle indagini — la lettura di un recentissimo fascicolo di una rivista scientifica ([107]) —, si coglie sintomaticamente un discorso in cui vi è un'utilizzazione precisa dell'opera bettiana, collegata p. es. al recupero di un'idea senza dubbio legata a B., quale è quella del compito e ufficio del giurista: un'idea 'politica', che si presta a consonanze ideologiche che possono apparire sconcertanti solo a chi continui ad esser dominato da antichi pregiudizi e manicheistiche impressioni, ma il cui oggettivo riscontro può dare invece — mi pare — la misura della reale incidenza culturale dell'insegnamento bettiano. Così, assistiamo ad una rinnovata denunzia dell'abito mentale e dell'attività concreta dei giuristi della prima metà del secolo, caratterizzati da formalismo, positivismo, separazione dalle scienze sociali, tecnicismo e purismo, nel senso di una 'neutralità' assegnata al giurista, di contro alla necessità di uno studio economico e sociale del diritto, in quanto il solo in grado di assicurare un equilibrio tra la realtà e il dato e, pertanto, tra questo e il costruito ([108]) e si riconosce, anche per questo, «il valore attuale di un autore come il Betti» ([109]).

([107]) *Riv. trim. dir. proc. civ.*, XXXII, 1978, 1 ss. (U. RUFFOLO, *Il parallelismo colpa aquiliana - volontà negoziale e l'autonomia negoziale nella pianificazione privata*); 309 ss. (O. T. SCOZZAFAVA, *Il problema dell'adeguatezza negli scambi e la rescissione del contratto per lesione*).

([108]) SCOZZAFAVA, 314 con rinvio (n. 31) a B., *Interpretazione della legge*, 1949, 1971², 283 ss. e ad altri aa.

([109]) Ivi, 312. Non credo però che sia giusto spiegare questo fatto con la persistenza in Italia, causata da uno scarso impegno politico del ceto dei giuristi,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Altri, invece, mostra nel proprio contributo ([110]) l'assoluta

di una metodologia tecnico-giuridica ' pandettistica ', importata per di più senza ragione (ivi, 311 s.). È vero che la metodologia pandettistica si applicava ad una concezione individualistica del diritto, da un lato, e ad una convinta distanza della scienza giuridica dalla effettività sociale [cfr. F. WIEACKER, *Pandektenwissenschaft und industrielle Revolution* (1966), ora in ID., *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt M. 1974, 55 ss., specie 60 ss.]. Ma contro siffatte scelte la posizione bettiana è decisa, sia sul piano teorico sia su quello pratico: basti richiamare, ad es., le note *Influenza dell'alienazione da parte del compratore sulla responsabilità del venditore per vizio redibitorio*, in *Riv. dir. comm.*, 23, 1925, II, 335 ss., specie 16 dell'estr.; *Se i discendenti legittimi siano tenuti alla collazione verso i figli naturali*, in *La Corte di Cass.*, n. 10, 20 luglio 1925, 1086 ss., specie 20 dell'estr.; oppure il saggio *Sulla base giuridica del potere regolamentare* (1927), specialmente 4. B., invero, ha esplicitamente combattuto quella metodologia (v. sopra, n. 79); inoltre, ha rappresentato proprio una voce ' politica ' in senso lato, non credendo affatto alla neutralità dell'attività svolta dal giurista, che non ha mai considerato come puro tecnico, strumento dell'esecutivo o del sistema; e comunque ha sempre operato sul terreno della socialità del diritto e della cultura. Del resto — se si entra brevemente nel merito della ricerca dello S. — pare giusto rilevare che ben qualificate posizioni bettiane nel senso detto si ritrovano in una serie di scritti di cui si poteva tener conto nel trattare dell'art. 22 Prog. di un codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti: tra gli altri, *Riv. dir. comm.*, 27, 1929, I, 665 ss.; 28, 1930, I, 184 ss.; *Riv. dir. proc. civ.*, 7, 1930, 259 ss.; *Diritto processuale civile italiano*[2], cit., XIII ss.; *Festschr. Nipperdey* cit., 177; *Festg. C. Schmitt* cit., I, 75 s. [sulla discussione relativa riferisce opportunamente, ma non completamente, G. CASTELLANO, *Le riviste giuridiche italiane fra le due guerre*: I. La « *Rivista del diritto commerciale* », in *Politica d. dir.*, 3, 1972, 873 ss., 887 ss., 900 ss. = *Studi D. Pettiti* I (*Ann. Perugia*, n.s. I, 1973, 185 ss.)]. Si tratta di scritti in cui si trovano affermazioni ispirate a un vivo senso della storia del diritto: la netta differenziazione tra diritto giustinianeo e tradizione romanistica; l'apprezzamento del valore della scienza giuridica italiana; l'idea del codice come un tutto organico che « non può essere un centone di disposizioni raccattate di qua e di là »; la necessaria organicità di tutta la legislazione di uno stato in un dato momento storico; le differenti esigenze di un'opera legislativa e di un trattato scientifico; soprattutto, direi, le affermazioni che « la mentalità dei giuristi, per quanto mentalità di eccezione, è tuttavia rappresentativa della mentalità della massa » e che « il diritto, e particolarmente il diritto privato, non è una sovrastruttura artificiale che si possa foggiare come meglio piaccia: esso penetra nelle fibre più intime della struttura sociale, dà la soluzione dei problemi più delicati della convivenza civile, e nel riflettere le concezioni dominanti in un dato ambiente storico, esprime in modo genuino e tipico il genio nazionale di un popolo »; il rifiuto di accuse di nazionalismo, ecc. V. anche oltre, n. 284, 495.

([110]) RUFFOLO, *op. l. cit.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

incidenza del pensiero, delle formulazioni, delle teorie bettiane sulla proposta di un « recupero e riutilizzazione del [...] bagaglio concettuale del ' formalismo ' », un'operazione culturale di grande interesse, anche se non priva di quelle che a me parrebbero imprecisioni o ambiguità (111). In ogni caso, nel riconoscimento del significato assunto dalla teoria negoziale bettiana, in quanto collegata ad indiscutibili modificazioni delle strutture sociali di cui la restante dottrina non riusciva a intendere la portata, si coglie un punto di fondamentale importanza (112), il cui rilievo diventa ancor maggiore, però, se codesto lucido ' adeguamento interpretativo ' dipende da una problematica che solo oggi parrebbe attuale (113), ma che in realtà può trovare all'in-

(111) Di fronte a giuste considerazioni (p. es. sulla rappresentazione del diritto come sovrastruttura e del diritto borghese come mera volontà della classe dominante) non mi paiono chiariti i limiti d'un recupero del kelsenismo o del mancato interscambio fra scienza giuridica e altre scienze umane. Nel merito, poi, va ribadito che non vi è mai stata in B. l'idea di una ' neutralità del diritto ' (3) ed è forse insufficiente affermare — di fronte all'intera problematica bettiana della responsabilità — che a B. « peraltro il parallelo processo di spersonalizzazione della responsabilità aquiliana non fu del tutto estraneo » (20, cfr. 21, di contro a ivi, 19: « i due processi [tutela dell'affidamento incolpevole del terzo nel negozio e tutela del terzo colpito dal danno anonimo nell'illecito] [sono] sempre stati vissuti come separati e divergenti tanto dal legislatore quanto dagli interpreti ».

(112) V. anche R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli 1969² e i vari saggi editi in *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico* a cura di C. SALVI, Milano 1978, specialmente U. NATOLI, *In difesa del negozio giuridico*, 262 ss. (nella detta raccolta v. anche il saggio cit. del Ruffolo, 135 ss.).

(113) Quella del collegamento tra micro-imprese e macro-imprese, su cui v. però molto opportunamente NATOLI, *In difesa* cit., 266 s. In realtà, credo che si possa cogliere una precisa consapevolezza di quel problema in B., p. es. quando discute (anche in ciò partendo da lontano) le tesi di W. RÖPKE, *Die Gesellschaftskrisis der Gegenwart*, Erlenbach-Zürich 1942, in *Per le relazioni culturali italo-tedesche* (*RIL*, LXXVI, 1942-43, 209 ss.), contemporaneamente a L. EINAUDI, *Economia di concorrenza e capitalismo storico. La terza via fra i secoli XVIII e XIX*, in *Riv. di Storia econ.*, VII, 1942, 49 ss. Quest'ultimo è certo « uno scritto di cui non isfuggirà la grande importanza », come annotava B. CROCE, *Come si debba concepire la pura storiografia economica*, ivi, 97 ss., 99 n. 2. Di fatto, la critica bettiana trova un riscontro significativo, p. es., nelle precise considerazioni sulla c.d. ' terza via ' avanzate da G. PIETRANERA, *Capitalismo materialismo storico e socialismo*, Genova 1945, 51 ss., 59 ss. Cfr. anche n. 117, 284.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

terno dell'opera bettiana risonanza e collocazione temporale ben più intensa e precedente a quelle usualmente considerate dagli studiosi ([114]). In questo senso, non è affatto privo di valore che l'opera di B. sia o non sia cosciente e in che misura in sintonia « col processo di oggettiva razionalizzazione capitalistica [...] e con taluni contenuti dell'assetto economico ' corporativo ' » ([115]). Se infatti la riflessione su temi socialmente impegnati e la revisione concettuale che vi si collega possono ascriversi al B. giovane ed è perciò possibile cogliere una larga anticipazione in questo senso anche rispetto a idee corporativistiche e simili ([116]), da un lato si illuminerà ancor più la portata della novità bettiana — la cui idea centrale è quella legata alla cooperazione dei consociati —, dall'altro lato la sua possibilità di persistenza oltre transeunti istituzionalizzazioni ideologiche, come quelle corporative; e d'altra parte apparirà forse anche più comprensibile una adesione mentale a strumentazioni che avrebbero dovuto rappresentare una ' terza via ' tra liberalismo e comunismo, l'uno e l'altro non più e non ancora storicamente accettabili in rapporto alla realtà delle cose ([117]).

([114]) Cfr. RUFFOLO, 20 e n. 20; SCOZZAFAVA, 328 n. 94.

([115]) RUFFOLO, 20.

([116]) V. oltre, n. 510.

([117]) V. la pagina richiamata sopra, n. 94. Ma la discussione deve essere allargata e deve tener conto non solo delle critiche al decisionismo schmittiano (v., p. es., *Interpretazione della legge, passim*) e, più in genere, alle stesse basi della intera politica legislativa nazista (oltre, n. 495), ma anche della critica alla legge 31 gennaio 1926, n. 100 (sulla facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche), critica imperniata sulla esigenza di mantenere il principio della divisione dei poteri (cfr. *Sulla base giuridica del potere regolamentare*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1927, 7 ss., 15 s. dell'estratto) e di osservare certe forme e garanzie; della esplicita riaffermazione (nel 1938) della necessità di salvaguardare le libertà individuali anche nel quadro di uno stato totalitario; della conseguente e coerente professione di fede del '48 (*Categorie civilistiche*, 1), accanto e non in contrasto con il rifiuto della pretesa crociana di considerare eliminata la questione sociale o con le pagine polemiche nei riguardi del Röpke (sopra, n. 113; v. anche oltre, n. 284), del De Ruggiero (p. es. *A proposito dell'evoluzione del liberalismo*, in *N. Riv. Dir. comm.*, II, 1949, 147 ss.) o dell'Antoni (B., *Recenti reazioni liberali contro il pensiero di Hegel*, in *Studi Carnelutti*, IV, Padova 1950, 27 ss.), o nel clima della guerra fredda, con le prese di posizione sul ricatto atomico, il problema coreano e quello tedesco. V. anche oltre, n. 495.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

5. Tutto quanto precede va, in realtà, ripensato in modo più organico. Ho già indicato alcuni possibili punti di specifica indagine, che cercherò ora di affrontare, come un lettore, che dà conto delle proprie fonti ed espone qualche riflessione da esse sollecitata, sperando che ne possa nascere una discussione, una chiarificazione, un approfondimento ([118]). Ambizioni maggiori per ora sono da declinare, Di qualche cosa potrò trattare più a fondo o più a lungo, per altre, dovrò limitarmi ad accenni e a rinvii.

Ad es., parlando della TGI — opera in Italia, come è noto, se citata, comunque poco letta e scarsamente studiata ([119]) —

([118]) Darò l'indicazione di queste fonti di volta in volta, non senza segnalare fin d'ora che le carte private, di cui non è stato ancora possibile fare una rilevazione completa, si trovano presso la Signora Gemma Betti Lombardi e sono destinate anch'esse alla Fondazione Emilio Betti. Ricorderò a titolo indicativo che nelle biblioteche di Roma, Camorciano di Camerino e Belforte sul Chienti vi sono inediti, esemplari largamente annotati degli scritti bettiani e non bettiani, un'amplissima corrispondenza (p. es. con Santi Romano, Guido Zanobini, Gino Segré, Pietro Bonfante, Benedetto Croce, Giorgio La Pira, Paul Koschaker, Gerhard Dulckeit, Adelchi Baratono, Giacomo Devoto, Pietro De Francisci, Guido De Ruggiero, Leopold Wenger, Franz Haymann, Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnelutti, Giovanni Pacchioni, Gerhard Beseler, Tullio Segré, Antonio Segni, Vincenzo Arangio-Ruiz, ecc.), gran parte dei 'diarii'.

Il poco che qui è stato possibile utilizzare si deve all'ammirevole sforzo di conservazione e trascrizione fattone dalla Signora Gemma Betti, che desidero sentitamente ringraziare.

([119]) Altrove, non è così. Nel '77-'78 sono state pubblicate in lingua tedesca più di venti opere su temi ermeneutici ed è agevole ritrovare in esse la presenza bettiana che, p. es., è indicata come assolutamente centrale per il dibattito in corso da H. ROTTLEUTHNER, *Hermeneutik und Jurisprudenz*, in H. J. KOCH, *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, Frankfurt M. 1976, 7 ss. (con ampia sintesi del pensiero di B.). L'importanza del dibattito fra scuola ermeneutica e scuola analitica è illustrato, p. es., dalla discussione tra U. MUHLAK, *Hermeneutik und Geschichtswissenschaft*, in *Zeitschr. f. hist. Forschung*, 3, 1976, 61 ss. e K. G. FABER, *Historie als Tradition*, ivi, 4, 1977, 51 ss. Ma v. anche, a titolo puramente indicativo del rilievo attribuito alle idee bettiane, sia per aderirvi sia per discuterle, H. G. HINDERLING, *Rechtsnorm und Verstehen. Die methodologische Folgen einer allgemeiner Hermeneutik für die Prinzipien der Verfassungsauslegung*, Bern 1971; W. KALLFASS, *Die Tübinger Schule der Interessenjurisprudenz. Darstellung und Würdigung*, Frankfurt M. 1972, specie 351 s.; H. ROTTLEUTHNER, *Richterliches Handeln. Zur Kritik der juristischen Dogmatik*, ivi, 1973; R. MARCIČ, *Geschichte der Rechsphilosophie. Schwerpunkte und Kontrapunkte*, Freiburg 1971; R. ZIPPELIUS, *Einführung in die juristische Methodenlehre*, Mün-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

spiriti intelligenti hanno tavolta notato che essa non può venir valutata se non nel quadro generale dell'opera bettiana: che può essere un'osservazione di stile, ma, nel nostro caso, invece, è affatto giusta.

È frequente anche l'osservazione che la TGI riveli una lunga preparazione. Non è mancato chi ha cercato di rintracciarne la genesi nei precedenti scritti di B., affidandosi per ciò anche ad esplicite dichiarazioni dell'a. ([120]). Tale genesi, però, non è soltanto estrinseca e queste stesse dichiarazioni — in omaggio del resto ad un canone bettiano — vanno bene intese. La valutazione della TGI non può non tener conto di ciò e la ricerca storiografica potrà avere dunque anche la funzione di rendere più esplicito il senso di tale opera. L'incomprensione, abbastanza generalizzata, che se ne è avuta, può infatti dipendere anche, in certa misura, dalla trascuranza di quelle basi, anzitutto tecniche, per così dire (intendo la concreta opera scientifica), ma anche più largamente culturali dell'intera attività bettiana.

È anche un fatto che oggi vi è un'intensa attenzione nei riguardi di B. Ricostruire la genesi del suo pensiero, attraverso l'opera, significa dunque arricchire culturalmente il concreto lavoro scientifico attuale, verificando, p. es., se spunti, imposta-

---

chen 1971; B. RUETHERS, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus* (1968), Frankfurt M. 1973; R. DREIER - F. SCHWEGMANN (edd.), *Probleme der Verfassungsinterpretation*, Baden Baden 1976; H. P. PRUEMM, *Verfassung und Methodik* ..., Berlin 1977; K. ACHAM, *Grundlagenprobleme der Geschichtswissenschaften*, in *Methoden der Geschichtswissenschaft und der Archäologie, Enz. d. geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden*, München-Wien 1974, 10 Lief., 3 ss.; J. ESSER, *Methodik des Privatrechts*, in *Methoden der Rechtswissenschaft*, I, München-Wien 1972, 3 ss.; K. G. FABER, *Theorie der Geschichtswissenschaft* cit. Appare perciò singolare che, p. es., E. SESTAN, *L'historiographie comme science historique*, in *Reports of XIV Intern. Congress of the Historical Sciences* (1975), New York 1977, 2015 ss., richiami il libro del Faber, lucido e bene informato, ma non menzioni affatto il nome di B. Invece, con riferimento all'importanza attuale dell'ermeneutica, v. S. G. WEILER, *Value reference and value judgments in Historiography*, ivi, III, 1975 ss., 1997 su B. Vorrei anche ricordare che B. è tra coloro ai quali è dedicato *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit. Hauptthemen der Rechtsphilosophie* di K. ENGISCH (München 1971).

([120]) P. es. TGI, prefazione, VII-VIII; v. già *Istituzioni di dir. rom.*, II (1960), 2 e cfr. la mia nota in *Interpretazione della legge*, 1971², XI-XII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zioni di problemi, soluzioni che si pretendono novità non possano risultare invece cose già dette o se motivazioni o applicazioni attuali non appaiono p. es. contraddette da una valutazione attenta della loro reale portata originaria.

L'attenzione odierna sta comunque in conflitto con la singolare disattenzione (121) rivolta al pensiero bettiano in un passato più o meno recente, e non vi è dubbio che gioverebbe cogliere le ragioni di tali fatti.

Insomma, questi appunti sull'opera bettiana servono, oggettivamente, come materiale per una storia della cultura giuridica italiana della prima metà del secolo, ma anche per una storia della storiografia giuridica moderna, per la quale si può ben dire, utilizzando quanto ha affermato il Mazzarino per la storiografia moderna del mondo romano, che essa « è, in gran parte, da scrivere; si tratta di uno dei capitoli più interessanti della storia della cultura moderna, ma anche di uno dei capitoli meno noti » (122). L'opera bettiana, del resto, rientra a giusto titolo anche in un tale specifico capitolo, e vi assume un posto di rilievo. I temi della ricerca, in definitiva, sono molteplici e, tutti, importanti. Identificarli sulla scorta dell'insegnamento di B. è impresa certo gravosa, ma necessaria, anche se indubbiamente non saranno queste pagine a realizzarla. Qui infatti si troveranno appunti, non altro, note di lettura e neppure, direi, testimonianza, ma semplice lavoro preparatorio a una più adeguata, futura valutazione (123).

---

(121) Ma v. n. 119.

(122) *Gli studi di diritto romano dal Rinascimento alla « Storia dei Romani »*, in V. Ussani e F. Arnaldi, *Guida allo studio della civiltà romana antica*, II, Napoli 1961, 585.

(123) Il taglio dato a questi appunti esclude che si prenda in esame la discussione di singole dottrine o esegesi bettiane fatta nell'ambito del normale lavoro scientifico. In essi del resto non potrei vedere altro che un principio di attuazione di quella possibilità di « completare mercé il ricordo o con l'aiuto di lettere scrittemi o da me scritte ad amici e colleghi [...] l'informe canovaccio di nomi e di dati [...], le scarne notazioni stenografiche » che B. affidava a chi gli fu compagno o testimone (*Notazioni*, cit., prefazione). D'altro canto, opere come la TGI o anche le *Istituzioni di diritto romano* permettono certo di ricavare la base sostanziale di un discorso già chiaramente enunciato nelle opere giovanili. I miei appunti vorrebbero perciò mostrare, in una prima approssimazione, come

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

II.

1. Vi è nei nostri studi un dibattito ricorrente, mai veramente cessato ma oggi particolarmente vivo, sulla funzione della ricerca storico-giuridica e dunque anche sul modo di intendere il diritto e sul modo in cui se ne può e se ne deve fare la storia ([124]).

Forse anche più che gli storici, sono in esso coinvolti i giuristi positivi ([125]) i quali si interrogano sulla loro storia e sulla storia specifica dei loro studi. La sensibilità che vi presiede prende le

---

l'itinerario giovanile bettiano si mostri esplicito antecedente culturale e ideologico dell'opera della maturità e della vecchiaia; ricercare la collocazione del giovane B. nel panorama culturale del suo tempo, indicandone le appropriazioni e adesioni da lui fatte e che lo rendono omogeneo ai suoi contemporanei, e le presenze peculiari alla cultura bettiana, tali da distinguerlo fin dall'inizio o da essere la ragione della distinzione ulteriore dai suoi contemporanei; le ragioni, infine, se possibile, di una serie di incomprensioni e contrasti che ebbero a render difficile l'accettazione delle idee bettiane o, per antitesi, ne rendono particolarmente significativa la persistenza, e, se vi è stata, come credo, la loro vittoria.

In questo senso, si spiegherà il motto dato alla ricerca. Anche perché i quaderni giovanili contengono importanti materiali e riflessioni che non cessano di essere recuperati in seguito. Essi si collegano all'importante esperienza austro-tedesca del '14 (basta scorrere la TGI per vedere come in effetti problemi fondamentali che attirano l'attenzione di B. siano gli stessi che sostanziano la 'critica alla società': soggetto-oggetto; comunicazione, ecc. della grande cultura viennese del '900) e sono tali da condizionare e far comprendere la gamma dei temi ai quali B. si è dedicato, stato di diritto, *libertas civitasque*, processo, didattica, autonomia privata, politica e diritto internazionale, senso del fatto sociale e della sua rilevanza, interpretazione etica e giuridica. La mia ricerca è volta dunque essenzialmente ad illustrare, anche per mezzo di tale materiale, le basi e la continuità del discorso bettiano.

([124]) Per qualche rapida informazione cfr. quanto dico in *Insegnamento delle discipline storico-giuridiche e riforma universitaria*, in *L'educazione giuridica* II: *Profili storici*, Perugia 1978, 495 ss.

([125]) P. es. M. S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Quad. fiorentini*, 2, 1973, 179 ss., con la *postilla* 1973: 263 ss. (ivi, 243 ss. sulla pandettistica); S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna 1971; C. MORTATI, *Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, in *Quad. fiorentini*, 2, 1973, 511 ss.; F. GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, Bologna 1976, ecc.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mosse da lontano ([126]) e nelle manifestazioni più consapevoli vede un momento culminante nell'interpretazione, « punto nodale — si è detto ([127]) — della speculazione filosofica e dell'epistemologia scientifica ».

Ci si riporta, perciò, come a un elemento decisivo di tale processo, alla meditazione bettiana, di cui in genere, come ho già accennato, vien vista l'origine nelle proposte metodologiche del '27, destinate man mano ad allargarsi al più generale problema ermeneutico, di cui costituiscono certamente una base ([128]). Sta di fatto, però, che, al di là dalle dichiarazioni bettiane, e, comunque, con una migliore loro cronologia ([129]), l'origine di tale meditazione è ben precedente, così come i materiali e gli elementi critici per avviare un discorso generale sul problema interpretativo. Ciò permette di valutare la straordinaria tenuta e coerenza di questa idea lungo l'intero arco intellettuale del discorso bettiano e consente, forse, di dare una spiegazione fondamentalmente univoca anche riguardo alle difficoltà di farsi intendere, già incontrate agli inizi e ripetutamente affrontate nei decenni successivi. Che tali difficoltà non venissero meno neppure nel caso di interlocutori attenti e di discussioni serene può infatti indicare

---

([126]) Non da ultimo, anche per ragioni di legittimazione o di egemonizzazione culturale: cfr. p. es. U. WESEL, *Zur Methode der Rechtsgeschichte*, in *Kritische Justiz*, VII, 1974, 337 ss., le cui osservazioni mi pare che facciano risaltare, tra l'altro, la posizione peculiare e aperta di B., pur considerato dal Wesel come hegeliano e oggettivista (p. es., ivi, 345, 350). Cfr. comunque F. WIEACKER, *Die Provinz der Rechsgeschichte*, in *Festschr. E. Seidl*, Köln 1975, 220 ss.; ID., *Rechtsgeschichte*, in BADURA, DEUTSCH, ROXIN, *Fischer-Lexikon: Recht*, Frankfurt M. 1977, 138 ss., 153 ed ora le « einleitenden Thesen zur Diskussion über die Aufgaben der Rechtsgeschichte » per il 22° Rechtshistorikertag tedesco (Berlin 1978) dovute a G. Dilcher, K. Kroeschell, D. Liebs e U. Wesel. Senza scendere a un esame dettagliato di tali tesi (di cui utilizzo la versione policopiata grazie all'amabilità del collega Paul Nève dell'Università di Nimega) mi pare di poter dire che anche esse appaiono largamente convergenti con i risultati della riflessione bettiana.

([127]) Così E. PARESCE, *La dinamica del diritto. Contributo a una scienza del diritto*, Milano 1975, 197 ss.

([128]) Ivi, 198, n. 2.

([129]) Non si tratta solo, come è chiaro, di correggere o integrare (p. es. come in Caiani o Paresce, che richiamano il lavoro bettiano del '37).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che l'idea proposta era in se stessa polemica nei confronti di un intero clima culturale (130).

Se questo è vero, una più precisa conoscenza e valutazione del perché alcune proposte culturali bettiane che, a parte le loro radici, si sono maturate consapevolmente sia sul piano del metodo sia su quello dei concreti risultati dell'indagine storico-giuridica, siano state fraintese, combattute, dimenticate contribuirà, a mio avviso, anche al dibattito attuale sui rapporti tra storia e diritto.

La chiave di tale ricerca, per quanto posso vedere, è pur sempre in una testimonianza del Mommsen (131):

« Es ist mir beschieden gewesen, an dem großen Umschwung, den die Beseitigung zufälliger und zum guten Teil widersinniger, hauptsächlich aus den Fakultätsordnungen der Universitäten hervorgegangener Schranken in der Wissenschaft herbeigeführt hat, in langer und ernster Arbeit mitzuwirken. Die Epoche, wo der Geschichtsforscher von der Rechtswissenschaft nichts wissen wollte, in der der Rechtsgelehrte die geschichtliche Forschung nur innerhalb seines Zaunes betrieb, wo es dem Philologen wie ein Allotrium erschien, die Digesten aufzuschlagen, und der Romanist von der alten Literatur nichts kannte als das Corpus iuris, wo zwischen den beiden Hälften des römischen Rechts, dem öffentlichen und dem privaten, die Fakultätslinie durchging, wo der wunderliche Zufall die Numismatik und sogar die Epigraphik zu einer Art von Sonderwissenschaft gemacht hatte und ein Münz- oder Inschriftenzitat außerhalb dieser Kreise eine Merkwürdigkeit war — diese Epoche gehört der Vergangenheit an, und es ist vielleicht mit mein Verdienst, aber vor allen Dingen mein Glück gewesen, daß ich bei dieser Befreiung habe mittun können. Was ich, ausgegangen von ernsten Studien des römischen Privatrechts, dabei meinen älteren philologischen Freunden, vor allen Jahn, Haupt, Welcker, Lachmann, an innerer Anregung und äußerer Förderung verdanke, wie dann das Land Italien mit dem ewig belebenden Atem seines Bodens und in Italien die Lehre unseres Altmeisters Borghesi, die treue Arbeitsgemeinschaft mit meinen Freunden Henzen und Rossi befreiend und

(130) Cfr. p. es. B., *Metodica* cit., 26 n. 1: « I giuristi sforniti di preparazione filosofica sogliono [...] attribuire ingenuamente la necessaria incompletezza della legge ad una particolare debolezza della ' mente umana ', laddove è la vita reale a far sorgere sempre nuovi casi e questioni non ipotizzabili dal legislatore ».

(131) Cfr. O. GRADENWITZ, *Theodor Mommsen*, in *ZSS*, 25, 1904, 1 ss., 6 s.; L. M. HARTMANN, *Theodor Mommsen*, Gotha, 1908, 56 s.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

den Blick erweiternd auf mich gewirkt haben, das habe ich lebhaft und dankbar immer empfunden, wo ich in die Lage kam, mir zu vergegenwärtigen, was ich gefehlt und was ich recht getan ».

Questa essenziale valutazione mommseniana ([132]) non per caso, direi, era stata esplicitamente recuperata fin dal 1913 da B. ([133]),

---

([132]) Già richiamata nella prefazione (X s.) alla sua traduzione dell'*Abriss* mommseniano (Milano 1904 = *Scritti giuridici vari* cit., IV, 509), questa idea è ribadita dal BONFANTE, *La riforma universitaria* (1912) e *Ordinamento generale dell'Università nella riforma universitaria* (1912 (= *Scritti* cit., IV, 297, 329). Di essa si è ricordato di recente M. I. FINLEY, *' Progress ' in Historiography*, in *Daedalus*, summer 1977, 125 ss., 127 s., per contestare, fra l'altro, l'opinione espressa dal Momigliano circa « la fine della storia del diritto come branca autonoma della ricerca storica » (M., *Le conseguenze del rinnovamento della storia dei diritti antichi*, in *La storia del diritto* cit. = *Terzo contributo alla storia degli studi classici e del mondo antico*, I, Roma 1966, 285). Non posso qui approfondire questo punto. Le ragioni del Finley per la diagnosi negativa non discutono, a dir vero, l'impostazione del Momigliano né, del resto, la tesi crociana — che credo indeclinabile — del progressivo aumento dell'intelligenza storica e, insomma, della prospettiva storica oltre che dell'aumento della casistica storica [v. anche il rinvio a P. VEYNE, *Comment on écrit l'histoire* (1971), tr. it., Bari 1973, 365, con la chiarificante prefazione di E. Lepore, VII s., XIII, XIX]. Egli in effetti è semplicemente convinto che dal Mommsen a oggi non vi sia stato alcun effettivo ' progresso ' storiografico, vedendone il motivo nella mancanza di specifiche e preventive discussioni, simili a quelle che, per contro, permisero le sistemazioni mommseniane. V. le considerazioni che credo di ricavarne per il nostro discorso, nel testo e nelle note seguenti.

([133]) B., *La restaurazione sullana* (1915), 56 n. 1. La critica del Mommsen appare rivolta anzitutto alle strutture universitarie del suo tempo. Non è un caso che nel '12 anche B. si occupasse di questo problema, come mostrano ad es. le molteplici postille da lui apposte su un esemplare dei progetti di riforma degli studi superiori, specie in ordine alle ripartizioni delle discipline nelle varie facoltà: piccolo indizio della serietà delle sue fondazioni, nel momento in cui (come vedremo) affrontava una battaglia psicologica tra le proprie tendenze umanistico-filosofiche e l'impegno pratico-positivo. Tutta la sua formazione, in effetti, pare orientata a trovare una giustificazione superiore per una scelta impostagli dalle circostanze (oltre, II, § 4). E la troverà appunto nel metodo e nella teoria generale, di cui va messa in luce, credo, proprio questa radice che fa vedere come si abbia a che fare con la realizzazione intellettuale di una scelta di vita, di un moto dell'animo e non di applicazioni accademiche di categorie sistemate in un dato corpo dottrinario.

Ma ancora. Battersi per il superamento delle barriere e contro le specializzazioni (v. p. es. B., *La formazione culturale di fronte al pericolo della specializ-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che per quella linea ha continuato a operare lungo tutto l'arco della sua riflessione storico-giuridica ed oltre, fino alla TGI ([134]). Recuperata, per di più, come vedremo, nel quadro particolarmente convincente di una critica di quegli storici dell'antichità che negavano una interdipendenza tra il fenomeno sociale e il fenomeno politico e in genere di quegli studiosi i quali pretendevano di « far *tabula rasa* della peculiare fisionomia politica di una determinata società o fare astrazione da condizioni concrete imprescindibili dell'attuazione pratica di una riforma in una determinata epoca storica » ([135]). Partendo da qui, l'itinerario bettiano prende le mosse dalla storia e, anziché arrivare, come l'uccello di Minerva, alla filosofia, conduce, attraverso la rifondazione del metodo storico-dogmatico ed il totale superamento delle specia-

---

zazione, in *Atti II convegno naz. INSPE*, Rocca S. Casciano s.d. ma 1960, 41 ss.; *Osservazioni critiche sul progetto di riordinamento didattico della facoltà di giurisprudenza*, in *Riv. giur. umbro-abruzzese*, XXXVI, 1960, 319 ss.; *Insegnamenti scientifici e insegnamenti umanistici nella funzione formativa della scuola secondaria*, in *Accademia nazionale dei Lincei*, Quaderno n. 59, 1963, 1 ss. dell'estratto) non ha mai significato per B. che di storia del diritto ci si potesse occupare senza avere a disposizione — da giuristi — gli strumenti tipici della storiografia giuridica; e per ciò v., ad es., B. *Storia e dogmatica del diritto*, in *La storia del diritto* cit., 105 ss. Tutto ciò è già evidente nei giovanili lavori di storia costituzionale romana, lavori che in buona sostanza non sono stati mai veramente discussi. Questo fatto, ovviamente non imputabile allo stesso B. ma, piuttosto, all'ambiente che credeva fortemente a competenze specialistiche, rende in definitiva ancor più difficile il compito di situare storiograficamente il lavoro bettiano e fa correre il rischio di schematizzare anche questa vicenda come un fatto di mera incomprensione; d'altro lato, servirà a mostrare che quanto si può oggi ritrovare come dottrina, se non comune, diffusa, è stato invece il risultato di uno sforzo notevole proprio nella direzione segnata dal Mommsen circa il rapporto tra la storia e il diritto.

([134]) La migliore illustrazione di quel che dico è offerta dai « chiarimenti circa il proposto [ed ottenuto con d. Pres. Rep. 4 ottobre 1955, n. 962; 18 luglio 1962, n. 1258] riconoscimento di un ' Istituto di teoria dell'interpretazione ' »: cfr. TGI cit., XI-XII.

([135]) *Restaurazione* cit., 12. Solo apparentemente simile è la critica che in campo giuridico sarà fatta in seguito da C. SCHMITT, *Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (1934), tr. it. in *La categoria del 'politico'*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna 1972, 273 (su cui v. comunque MORTATI, *Brevi note* cit., 513).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lizzazioni [136], alla ermeneutica come metodologia generale delle scienze dello spirito [137]. Ecco, dunque, a mio avviso, la vicenda culturale da ricostruire, sulla scorta degli scritti bettiani: come egli si sia posto il problema stesso del Mommsen, al quale ho accennato, da storico e da giurista; e via via, ma molto presto, sia giunto alla appropriazione del metodo e ad una sua rifondazione filosofica [138]; infine, coerentemente, alla soluzione interpretativa, possibile solo nella connessione della storia e del metodo, cioè, se si vuole, delle migliori condizioni possibili in cui è da porre alle fonti la questione storica.

2. La fedeltà fino all'ultimo, ma quelle radici all'inizio, rappresentano la dimensione di un pensiero che certo non è stato facilmente recepito ma che, a mio avviso, deve essere considerato ampiamente vittorioso. Tanto più grave per la nostra cultura il ritardo che i fraintendimenti e gli ostacoli hanno significato, tanto più notevole, d'altra parte, il fatto iniziale.

Se ripercorriamo ora alcuni momenti di questa vicenda, di cui B. era ben consapevole, va anzitutto richiamata una sintesi, particolarmente espressiva e più volte ribadita [139], di una fondamentale posizione bettiana:

« Che dinanzi ai testi e alle fonti rappresentative del passato, lo storico ansioso d'interrogarli e d'intenderne il senso debba proporsi una questione storica, è oggi, dopo l'insegnamento del Droysen, una verità di cui nessuno studioso serio può dubitare [140]. Non tutti, invece, sono ancora convinti che anche il giurista, in quanto storico, debba interrogare i testi alla luce di questioni storico-giuridiche, a proporsi

---

[136] P. es. *Diritto romano*, XXVIII. Ma le citazioni, qui e altrove, si potrebbero moltiplicare (p. es., sopra, n. 133).

[137] Ed essa stessa, perciò scienza e non filosofia: v. anche sopra, n. 22.

[138] P. es. *Methode und Wert des heutigen Studiums des römischen Rechts (die rechtsdogmatische Methode)*, in *TR*, 15, 1937, 137 ss., 6 ss. dell'estratto.

[139] *Falsa impostazione della questione storica dipendente da erronea diagnosi dogmatica*, in *Studi V. Arangio-Ruiz*, IV, Napoli 1952, 81 (in cui B. parlava di una « verità di cui tutti sono convinti »); cfr. nel testo il cambiamento nella formulazione successiva); *Moderne dogmatische Begriffsbildung in der Rechts- und Kulturgeschichte*, in *Studium generale*, 12, 1959, 87; « *Iurisdictio praetoris* » cit., 11 ss.

[140] Cfr. nota precedente.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

le quali egli è spontaneamente condotto dalla propria preparazione mentale e dal complesso d'esperienze e d'interessi in essa radicati. Eppure è chiaro che ad approfondire i problemi di convivenza risolti nell'ordinamento studiato, e a penetrare nel pensiero e nello svolgimento storico del diritto, egli non potrebbe arrivare senza un istrumentario di concetti e di criteri interpretativi, perché ogni diritto, anche primitivo, opera, consapevolmente o meno, con categorie giuridiche, le quali rispondono alla sua propria logica: categorie che, per lo storico giurista, si tratta di scoprire e di sviluppare nella loro intima correlazione e coerenza, nel loro sistema interiore » (141).

Può essere sintomatico il fatto che uno tra i più agguerriti protagonisti della discussione, De Francisci (142), ha accettato da par suo molte tra le premesse e conseguenze del discorso bettiano (143). Ora, però, non si tratta di riepilogare qui la discussione sulla dogmatica giuridica in rapporto allo studio del diritto romano (144), se non per sanare certi equivoci ricorrenti, da quello della adesione crociana alle idee di B. (145) agli altri, certo più

---

(141) *Istituzioni* II, prefazione.

(142) V, p. es. DE FRANCISCI, *Storia* cit., II, 1, 238 n. 1, con la replica di B., *Educazione*, 35 n. 1.

(143) Cfr. DE FRANCISCI, *Emilio Betti* cit.; *Primordia civitatis*, Roma 1959, 1 ss.; e v. MAZZARINO, *De Francisci fra ' storicismo ' e sociologia*, in DE FRANCISCI, *Arcana imperii*, I, rist., Roma 1970, IX n. 15, X n. 16, XX n. 54 (anche in *BIDR* 73, 1970, 1 ss.). Già B., del resto, aveva osservato che le divergenze non erano poi così gravi. V. anche oltre, n. 150.

(144) Un discorso organico in proposito dovrebbe comunque farsi. V. intanto ORESTANO, *Introduzione* cit., 285 ss., 420 ss. e gli spunti (ma senza discussione dei contributi bettiani) di F. TESSITORE, *Filosofia del diritto, dogmatica e scienza romanistica*, in *RIFD*, 41, 1964, 114 ss.; ID., *Capograssi nello storicismo*, in *Giorn. crit. fil. it.*, 44, 1965, 539 ss., specie 563 e n. 7.

(145) Porterò ad es. B. Biondi che, pure avendo affermato — in una recensione alle *Istituzioni* di Arangio-Ruiz (*BIDR*, 38, 1930, 243 ss. = *Scritti giuridici* I, Milano 1965, 215 ss., 217) — che « il Croce [...] si mostra piuttosto propenso alle idee del Betti », scriveva invece nelle *Prospettive romanistiche* (1931-32; cfr. *Scritti* cit., 221 ss., 237) che le idee bettiane « non hanno persuaso né romanisti (cioè, n. 2: De Francisci e Biondi) né filosofi (in n. 3: « non credo infatti che siano favorevoli né CROCE, *Critica*, 1930, 289 s., né LEVI, *Riv. intern. di fil. del dir.*, 10, 265-275, nonostante che il BETTI, *BIDR* cit., 39, 1931, 34, li annoveri tra gli aderenti »; ARANGIO-RUIZ, *Gli studi* cit., 385 n. 1 (« non credo che l'apparente adesione del Croce all'ordine d'idee bettiano [...] possa andare oltre i limiti nei quali anche il De Francisci [...] ed io [...] consentiamo »; L.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

importanti, del riconoscimento della strumentalità della dogmatica, della sua storicità, della sua necessaria flessibilità nel rispetto dell'oggetto da indagare e la sua provvisorietà, la sua funzione pratica ed il controllo sugli esiti della sua applicazione, ecc.:

AMIRANTE, *Lo studio storico del diritto romano*, in *Lo Spettatore italiano*, 5, 1952, 162 ss., 164 (« chi vuol continuare a sostenere che questa dogmatica può usarsi in funzione conoscitiva o meglio ancora scientifica [...] non può invocare a suo sostegno l'autorità del Croce »). In verità, se si è tutti costretti a ricavare dalla *Critica* del '30 il senso della posizione crociana, non mi pare possibile non scorgervi una convinta, esplicita, argomentata adesione alle idee bettiane. Il Croce prevede (cito da *Conversazioni critiche*, serie IV, II ed. riv., Bari 1951, 183-186) che la « dotta e acuta » prolusione del B. darà « certamente [...] materia a vive dispute tra gli storici del diritto ». Da parte sua, dichiara il suo consenso (« non posso non consentire nella tendenza che vi si manifesta ») e aggiunge, come considerazione generale personale, che, dal punto di vista metodologico, a parte i problemi specifici di ciascuna disciplina storica, « tutti gli altri sono problemi generali del pensiero storico, e vanno trattati come tali », quindi, che « i metodologisti debbono, per comprenderli e risolverli, uscire dalla loro specialità e risalire alla sfera in cui essi si accomunano ». Richiamandosi allo scritto *Per una Poetica moderna* (1922) [in *Nuovi saggi di estetica*², 1926 (III ed. riv., Bari 1948) 315-328] egli nota che la « dogmatica » dei giuristi è la stessa cosa che la Poetica che si ha anche nella critica e storiografia letteraria moderna e che è costituita da « una serie di concetti di orientamento ». Sul punto se tale dogmatica « abbia carattere scientifico o carattere normativo e promotore e riformatore e pratico », C. è concorde nel riconoscere « un intrinseco carattere scientifico » distinto dal fine « cui essa può essere piegata », osservando « che proprio il medesimo è della ' dogmatica letteraria ' o della ' Poetica ', la quale primariamente è semplice lavoro astrattivo e classificatorio onde si formano i tipi delle varie poesie, ma può servire per ragioni pratiche ». Quanto alla sua « applicazione » alla « storia della poesia dei tempi passati » o, con il B., alla « applicazione » alla storia del diritto romano dei concetti della odierna dogmatica del diritto, C. ritiene « giusta » la conclusione del B. che « non bisogna applicarvela », ma soltanto « giovarsene »; ché « questo significa, com'egli [B.] dice, applicarla con cautela, con temperamenti, con modificazioni, e simili ». E chiarisce che non si tratta mai di un'applicazione totale o rigida, « neppure nel diritto attuale o nella poesia odierna », di quei concetti classificatori, che sono soltanto strumenti di orientazione: i quali, portati in un campo diverso da quello in cui sono sorti, non diventano inutili, anche se ad alcuni di essi si rinunzia, altri si modificano, altri nuovi se ne aggiungono. Essi sono utili sia dove « positivamente aiutano allo studio dell'antico » sia « dove fanno risaltare la diversità dell'antico e la necessità di altri concetti suppletivi ».

Sul punto se sia « possibile accostarsi all'antico diritto romano, o all'antica poesia romana », « disfacendosi della propria mente di conoscitori del diritto e

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per cui tutto si dovrebbe dire meno che la proposta bettiana si riferisse a ipostasi fuori della storia (146).

E anzitutto, vorrei ricordare — per una caratterizzazione in sé limitativa, ma a suo modo oggettiva — il giudizio dell'Arangio-Ruiz, secondo il quale B. avrebbe realizzato i suoi migliori frutti sul terreno dogmatico, mentre gli si negava espressamente la qualità, per educazione o per vocazione, di storico (147).

Ora, questo giudizio sembra dipendere da una contrapposizione tra storia e dogma che, almeno per quanto riguarda l'opera bettiana, mi parrebbe improponibile. Vedremo, del resto, al vaglio

---

della poesia moderna, seguendo l'utopia di una determinazione storica astrattamente oggettiva », C. dà ragione all'opinione negativa di B. (il quale « ben dice che se l'oggetto è storico, anche il soggetto è storico e appartiene al proprio tempo ») e aggiunge esser chiaro che « noi facciamo la storia del diritto e della poesia romana non per i romani antichi, che sono morti, ma per noi [...] viventi », portandovi non solo « i nostri interessi attuali, ma anche tutte quelle esperienze e quegli scaltrimenti mentali di cui, nel corso dei secoli, ci siamo arricchiti ».

Sul punto se sia possibile spiegare la storia dell'effettivo diritto romano con la dogmatica dei giuristi romani e sulla distinzione di tale dogmatica romana dal diritto creato dal popolo romano, C. aderisce a B., sottolineando il principio che (ad es.) la poetica dantesca non basta a spiegare la Divina Commedia.

Rilevato che sarebbe stato opportuno dimostrare la tesi uscendo, più di quanto B. non abbia fatto, dal campo della storia e della dogmatica del diritto, C. non considera calzante il richiamo bettiano ai problemi di restituzione di testi originali e d'interpretazione storica delle parole e delle linee nelle opere d'arte, giacché la mancanza e l'insufficienza dei documenti « non facultano l'intervento... dell'arbitrio ermeneutico », ma riconosce che « il B. ha senso storico così severo da non negare certamente [...] per la storicità del soggetto la storicità dell'oggetto, che val quanto dire la serietà del giudizio storico ».

Cfr. B., *Educazione*, 65 n. 2 e v. sopra, n. 130; oltre, n. 206, 285.

(146) Su tutto ciò, v. oltre, II § 9. Se si vuol vedere un esempio di evidente incomprensione delle idee sostenute da B., si legga V. A. GEORGESCU, *Remarques sur la crise des études de droit romain = Etudes de philologie juridique et de droit romain*, I, Paris, 1940, 433 ss.

(147) *Gli studi* cit., 376. Il Croce, invece, in una lettera del '16 scriveva a B. dei suoi lavori: « [...] non solo ammiro in essi la vasta padronanza del materiale erudito, ma il forte senso storico e la precisione dei concetti. Sono lieto di aggiungere un altro nome ai non numerosi di coloro che in Italia attendono con serietà di affetto alle cose scientifiche ». E in un'altra del '17: « [...] Sono quasi in tutto d'accordo con Lei, e dove c'è qualche piccolo disaccordo, credo che non difficilmente si risolverebbe ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

degli scritti e della sua formazione e preparazione culturale e tecnica, se B. avesse o meno temperamento di storico. Certo, anche il De Francisci in anni precedenti aveva sostanzialmente negato che B. fosse uno storico («chi vuol ricorrere ad esse [*scil.* alle categorie giuridiche elaborate dalla dogmatica moderna] per intendere e ricostruire la storia, sarà un felicissimo dogmatico, ma non è uno storico») (148) e ciò, pur distinguendo, a giusta ragione, tra la dogmatica e il dogmatismo a ogni costo (149) ma attribuendo quest'ultimo atteggiamento proprio a B. Resta da vedere in concreto, però, se B. non fosse uno 'storico', pur essendo un 'dogmatico', sia pur senza dogmatismi. E non si tratta solo, per rispondere negativamente, di far leva sulle dichiarazioni bettiane, là dove si distingue sempre nettamente ta strumento e fine e si articola l'uso dei mezzi, secondo il loro carattere euristico, facendo sempre salva la storicità dell'oggetto, quanto sulle concrete e specifiche indagini ricostruttive dalle quali

---

(148) *Storia* cit., II, 238 n. 17. Qui il De Francisci, prendendo in esame il paragone instaurato da B. tra attività pretoria e attività regolamentare, dichiara che non può parlarsi di discrezionalità rispetto a un potere sovrano e originario, quale è l'*imperium*; e che un concetto di sfera di competenza, estraneo alla costituzione romana più antica, cominciò a delinearsi di fatto verso la metà del IV sec. a.C. Ma va detto da un lato che, se le manifestazioni dell'*imperium* non debbono qualificarsi in termini di puro arbitrio (cfr. da ultimo W. KUNKEL, *Magistratische Gewalt und Senatsherrschaft*, in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, I, 2, Berlin-New York 1972, 3 ss.; CRIFO', ivi, 115 ss.), l'alternativa concettuale al puro e semplice arbitrio — in rapporto all'estensione amplissima che esso comunque ha — può ben rappresentarsi in termini, appunto, di discrezionalità (v. ora M. SARGENTI, *Premesse ad una ricerca sulla 'discrezionalità' del magistrato romano*, in *Studi G. Scherillo*, Milano 1972, 41 ss.; ID., *Riflessioni sull'attribuzione dei poteri giurisdizionali a Roma nel passaggio dalla monarchia alla repubblica*, in *Studi G. Donatuti*, III, Milano 1973, 1157 ss.). Ritenere, poi, che si possa impiegare il concetto di sfera di competenza solo a partire dal momento in cui tale concetto si è presentato alla mente dei Romani non è una risposta all'impostazione bettiana, per cui quel che conta è che ci sia non tanto il nome ma la cosa, a determinare la quale possono utilmente concorrere in sede euristica concettualizzazioni moderne: nostre, cioè, o del passato, successive comunque alla esperienza che si tratta di individuare e definire, non già di far nascere.

(149) *Op. l. cit.* Per il resto, si può ricordare che la dogmatica è interpretabile come critica del dogmatismo, e ne rappresenta comunque il superamento:

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(come lo stesso B. protestava) ([150]) si deve ricavare se l'uso di quel metodo fosse tale da consentire o non consentire migliori risultati scientifici e, dunque, un più o meno esatto apprendimento del dato storico che non attraverso l'impiego di altri metodi ([151]).

3. Alla luce di quanto precede, si può analizzare l'opera scientifica del giovane B., per dare elementi concreti alla ricostruzione che mi sembra proponibile. E vorrei cominciare con i lavori propriamente storici, cioè con le varie parti di una ricerca, che a lungo è rimasta nella letteratura l'unico studio spe-

---

su ciò v. p. es. F. CARNELUTTI, *La crisi del diritto*, ora in *Discorsi intorno al diritto*, II, Padova 1953, 78 s. e cfr. oltre, n. 466.

([150]) *Educazione* cit., 35 n. 1, con richiamo di costruzioni «tentate nel campo del diritto processuale e in quello del diritto pubblico romano» messe largamente a profitto da De Francisci, da Biondi, ecc. V. anche nota seguente.

([151]) «*The proof of the pudding is in the eating*» (anche F. Engels (MEW. 22, 296). Così si rinvia (*Educazione* cit., 64) ai lavori sulla consunzione processuale (1919), sull'obbligazione (1919-20), sulla cosa giudicata (1922), sulla tradizione (1925), sulla delegazione (1927), infine al corso di Istituzioni (1929-31): nessuno dei quali vuol perdere di vista, come termine fermo e limite insuperabile della ricostruzione, il diritto positivo romano-classico (ivi, 65). La riaffermazione più esplicita della utilità di impiegare categorie giuridiche elaborate dalla dogmatica moderna (nel caso, specialmente da quella pubblicistica) per approfondire la conoscenza del fenomeno storico si ha, comunque, nella prolusione fiorentina del '26 sulla creazione del diritto nella *iurisdictio* del pretore romano (*Studi G. Chiovenda*, Padova 1927, 67 ss.): saggio classico e sintesi fortissima del lavoro precedente e di innumeri sviluppi futuri dell'opera bettiana (per accennare solo alcuni punti: cosa si intenda per funzione legislativa; perché è erronea l'idea che il giudice esprima una volontà sua propria; critica della costruzione kelseniana della delegazione legislativa come norma giuridica in bianco (cfr. n. 50); fondazione dell'intero diritto pubblico romano sul rapporto negativo tra *lex* e *imperium*; validità del principio di separazione dei poteri, pur non presente in Roma, per ricostruire l'esperienza costituzionale romana; fondamento costituzionale del diritto civile e del diritto onorario; critica delle teorie autoritarie o cripto-assolutistiche di talune costituzioni moderne; affermazione di una riflessione giuspubblicistica romana, ecc.). Si tratta in effetti di una ricerca che mostra il concreto funzionamento della costituzione romana, come tentativo di conciliare la massima autorità del governo con la più ampia libertà dei governati (cfr. già *Restaurazione* cit., 110) e in cui si afferma la possibilità di fare una storia socio-culturale del diritto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cifico d'insieme sulla costituzione repubblicana, la sua crisi e il passaggio al principato (152).

Cercherò qui (153) di presentare gli spunti più interessanti (154) di questa ricerca, fondata direttamente sulle fonti e sulla valutazione di una sterminata bibliografia (155).

Va subito detto della grande rilevanza che vi assume l'impiego non generico dei concetti di crisi, rivoluzione, passaggio, così come quelli di costituzione, potere, amministrazione, burocrazia, legge, privilegio, espansione, ecc.: concetti attualissimi nella ricerca storico-giuridica ma solo di recente più attentamente storicizzati (156).

---

(152) Come parti dello studio (*La crisi della costituzione repubblicana e la genesi del principato in Roma*) furono pubblicati i cap. I-V (*Cause ed inizio della crisi della repubblica in Roma*, in *Filangieri*, 38, 1914, 161-208); VI-XII (*La rivoluzione dei tribuni in Roma dal* 133 *all'*88, in *Studi storici per l'antichità classica* ed. dal PAIS, vol. VI, 1914, 301-368 e VII, 1914, 1-34; riediti in *Labeo*, 9, 1963, 57-88; 211-236); XIII-XXII (*La restaurazione sullana e il suo esito*, in Studi dell'Istituto giuridico presso la R. Università di Pavia, vol. IV, 1915, 117-360; estratto, da cui cito, pp. 247; XXV (parzialmente) e XXVI (*Le origini giuridiche e lo svolgimento politico del conflitto tra Giulio Cesare e il senato romano*, Città di Castello 1915, pp. 73); XXXI (*Sulla fondazione del principato in Roma*, in *Rend. R. Istituto Lombardo*, vol. 48, 1914-15, 464-78); XXXII-XXXIV (*Il carattere giuridico del principato di Augusto*, Città di Castello, 1915, pp. 53).

(153) Riferirò delle circostanze esterne di questo lavoro in occasione di una sua riedizione integrale e corretta alla quale attendo da qualche tempo.

(154) Con riguardo specialmente agli anni in cui fu scritto. Solo occasionalmente mi capiterà di riferirmi alla incidenza sulla posteriore letteratura che, specie negli ultimi anni, è divenuta imponente: v. p. es. R. SEAGER (ed.), *The crisis of the Roman Republic*, Cambridge-New York 1969; e soprattutto i panorami critici contenuti in *Aufstieg und Niedergang* cit., I, 1, 1972: in particolare, quelli di E. BADIAN (ivi, 668 ss.), E. GABBA (ivi, 764 ss.); v. anche le più recenti rassegne, p. es. M. HUMBERT, in *RHD*, 55, 1977, 150 ss.

(155) Il riscontro che ho tentato di farne permette, tra l'altro, di comprendere perché la Commissione di concorso per la cattedra di diritto romano nell'Università di Camerino giudicasse (nel '17) che B. non aveva lasciato senza risposta alcuna delle principali obiezioni (Boll. Uff. Min. Pubbl. Istr., XLIV, 1917, n. 51, p. 2240).

(156) V. p. es. da ultimo J. BLEICKEN, *Lex publica. Gesetz und Recht in der römischen Republik*, Berlin-New York 1975. Ma cfr. anche H. SCHAMBECK, *Der Verfassungsbegriff und seine Entwicklung*, in *Festschr. H. Kelsen zum 90. Geburtstag*, Wien 1971, 211 ss.; TH. SCHIEDER, *Das Problem der Revolution im 19. Jahrhundert*, in *Hist. Zeitschr.*, 170, 1950, 233 ss. (= *Staat und Gesellschaft im*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È certo che lo sforzo di B. va visto in linea di massima alla luce delle dottrine mommseniane ([157]). Da esse, però, B. si discosta in vario modo. Così, egli recupera costantemente, rivendicandone l'originalità, l'insegnamento del Rubino ([158]) e in generale, controllando costantemente le affermazioni mommseniane, motiva varie volte il suo dissenso ([159]) e, quando aderisce al Mommsen (p. es. circa il problema della qualificazione istituzionale del principato) non si limita affatto a recepirne puramente e semplice-

---

Wandel unserer Zeit, 1970², 11 ss.); A. HEUSS, *Der Untergang der römischen Republik und das Problem der Revolution*, ivi, 182, 1956, 1 ss.; *Das Revolutionproblem im Spiegel der antiken Geschichte*, ivi, 216, 1973, 1 ss.; K. GRIEWANK, *Der neuzeitliche Revolutionsbegriff. Entstehung und Geschichte* a cura di I. Horn-Staiger (1955), Frankfurt M. 1969²; H. G. KIPPENBERG (ed.), *Seminar: Die Entstehung der antiken Klassengesellschaft (Zur Struktur antiker Revolutionen)*, Frankfurt 1977; P. CATALANO, *A proposito dei concetti di 'rivoluzione' nella dottrina romanistica contemporanea*, in *SDHI*, 43, 1977, 440 ss. Queste indicazioni mostrano ad abundantiam la problematicità del concetto di rivoluzione di cui p. es. H. BRUHNS, *Caesar und die römische Oberschicht in den Jahren 49-44 vor Chr. Untersuchungen zur Herrschaftsetablierung im Bürgerkrieg*, Göttingen 1978, 13 n. 4, esclude l'applicabilità alla tarda repubblica. Ma anche gli altri concetti che si sono richiamati sono ampiamente discussi. Un'eccezione è rappresentata, forse, da quello di crisi elaborato da J. BURCKHARDT, *Ueber geschichtliches Studium (Weltgeschichtliche Betrachtungen)* (1868-73), Hamburg 1948, tr. it. *Sullo studio della storia*, Torino, 1958, 187 ss., concetto accettato e impiegato p. es. dagli storici, filologi ed archeologi che hanno contribuito al volume *Krisen in der Antiken - Bewusstsein und Bewältigung*, a cura di G. ALFÖLDY et AA., Düsseldorf 1975. Sugli usi di «rivoluzione» negli studi di storia antica durante il fascismo v. inoltre M. CAGNETTA, *Il mito di Augusto e la «rivoluzione» fascista*, in AA.VV., *Matrici culturali del fascismo*, Bari 1977, 153 ss., specie 171 ss.

([157]) V. p. es. *Rivoluzione*, 318, 359; *Restaurazione*, 58 n. (ma 138 n. 1); 231 n. 1; *Carattere*, 6 n. 1, 41 n. 2.

([158]) «Il vero fondatore della moderna scienza del diritto pubblico romano»: *Restaurazione*, 34 n. 2. V. anche la insistente critica bettiana al Niebuhr, un atteggiamento coerente e più avanzato rispetto ad altri studiosi contemporanei, anche di settori attigui (v. un cenno in merito ad es. in A. LA PENNA, *A proposito di alcuni scritti sulla storia della filologia classica in Italia dall'Unità in poi*, in *Maia*, 25, 1973, 331 ss., specie 334; ed anche ivi, 332, sul punto: quando incominciò l'influenza di Nietzsche sulla nostra cultura classica? Sul rapporto B.-Nietzsche v. oltre, n. 258, 259).

([159]) P. es. *Restaurazione*, 13 n. 2, 19 n. 1, 55, 89 n. 1, 90 ecc.; *Origini*, 10 n. 1 ecc.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente la dottrina ([160]). Ma il più importante svincolo dalla egemonia mommseniana, a mio avviso, va rinvenuto piuttosto nella esplicita presa di posizione — che, se si vuole, è il motivo dominante dell'intera ricerca — in favore di una valutazione concreta della reale politica espressa nelle vicende indagate: una presa di posizione che — in modo equilibrato perché in contatto costante con la realtà, che è quella che è, e non deve essere prevaricata — si dimostra progressista ([161]).

Quali sono infatti i concreti criteri storiografici ai quali si ispira? Non vi è dubbio che B. rifiuti il modo di operare degli storici puri, privilegiando ([162]) — ma con limiti netti — il punto di vista giuridico ([163]), elemento essenziale (egli ribadisce) ([164]) per la valutazione storica dei fatti. Quando, in particolare, egli polemizza ad es. contro il Poehlmann e il Cardinali, nelle cui ricostruzioni «il punto di vista materiale offusca e pregiudica la considerazione formale giuridico-costituzionale» e contesta le accuse di feticismo giuridico ([165]), ciò non vuol dire affatto che il momento economico-sociale venga trascurato ([166]): e ciò perché

([160]) Come spesso si è creduto da qualche autore, che perciò ha frainteso il pensiero reale di B. p. es. in ordine all'analisi strutturale della costituzione del principato, in rapporto alla teoria mommseniana della diarchia (che andava intesa: né repubblica né monarchia). V. una sintesi delle posizioni bettiane ed una critica di successive dottrine in B., *Recensione a von Lübtow* (1955), 570 ss., 572; cfr. già *Carattere giuridico* (1915), *passim* (p. es., 41 n. 2, per il rilievo assolutamente nuovo dell'intuizione mommseniana d'una continuità ideale tra l'*imperium* dello stato di necessità e l'*imperium* del *princeps*); *Sulla fondazione* (1915), p. es. 473 s. (dualismo tra *res publica* e provincia), ecc.

([161]) E ciò contro moralismi e ideologismi nella ricerca storica, ispirati a morali individuali o a presupposti economici o a dottrine politiche come il liberalismo. V. *Restaurazione*, 11 ss., 14 e n. 1, con rinvio a *Rivoluzione*, 310 s.

([162]) *Restaurazione*, 8.

([163]) Per fare solo un esempio, solo in questo modo è possibile dare una rappresentazione costituzionalmente adeguata del *bellum civile* o del *bellum sociale*: *Restaurazione*, 39 n. 1. Per altri profili di questa contrapposizione v. ora P. JAL, *Bellum civile - bellum externum dans la Rome de la fin de la République*, in *Les études classiques*, 30, 1962, 257 ss., 384 ss.; ID., *La guerre civile à Rome*, Paris 1963.

([164]) *Rivoluzione*, 314.

([165]) *Restaurazione*, 22; *Origini*, 33 n. 1.

([166]) Per ciò, è sufficiente rinviare all'analisi svolta ampiamente in *Cause*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

crede nella connessione del fenomeno sociale e di quello politico [167] e contesta vigorosamente — come si è già ricordato — l'idea che si possa ignorare l'assetto politico o le condizioni concrete di attuazione pratica di un programma o di una riforma [168]. In effetti, egli assume a compito deliberato quello di « determinare il carattere formale e la portata costituzionale » della rivoluzione e ciò secondo le fonti, di cui vengono messi costantemente in rilievo gli aspetti contraddittorii [169], che non possono peraltro venir armonizzati in base ad esigenze di coerenza logica astratta, bensì cogliendo quella che è la correttezza giuridica concreta [170], calata dunque nella storia. Il compito dello storico del diritto, infatti, consiste non tanto [171] nella ricostruzione (alla Mommsen) sotto il punto di vista sistematico quando nell'inquadramento « che delle varie realtà istituzionali va fatto nella storia del diritto pubblico romano e nell'assegnazione del loro proprio significato giuridico *nello svolgimento della costituzione dello stato romano* ».

La ricerca, dunque si illumina ed è illuminata dalla visione generale della costituzione romana, di cui deve essere colto lo « spirito » e, più concretamente, la tendenza libertaria che essa racchiude [172] ed il suo carattere egualitario [173]. Si comprende bene, dunque, la critica bettiana e il rifiuto della interpretazione niebuhriana del fondamento della costituzione repubblicana [174],

---

passim o, più in concreto, alla valutazione, specificamente orientata in quel senso, dei vari provvedimenti legislativi: per es. la *lex militaris*, *Rivoluzione*, 343 s.

[167] V. già sopra, p. 202 e n. 135.

[168] *Restaurazione*, 11 s.

[169] Per es. *Rivoluzione*, 320 ss., 330, 333, 339, 356 s., 357 n. 1; 3, 7, 22 s., 28; *Restaurazione*, 58 n. 1, ecc.

[170] *Restaurazione*, 31 n. 1.

[171] Ivi, 102 in nota.

[172] *Rivoluzione*, 325.

[173] *Restaurazione*, 129. Qui si colloca un nodo essenziale della ricostruzione bettiana, il rapporto tra *lex* e *privilegium* (su di esso, ora è da vedere specialmente BLEICKEN, *Lex* cit., 196 ss.).

[174] *Restaurazione*, 27 n. 1, 47 nota. Tale interpretazione si ritrova ad es. in Pöhlmann, ma anche (come ha fatto osservare da ultimo P. LANDAU, *Karl Marx und die Rechtsgeschichte*, in *TR*, 41, 1973, 361 ss., 366) in Marx.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a cui è estraneo, p. es., il concetto di autarchia e originalità dell'*imperium* (175).

Proprio nella ricostruzione dello spirito della costituzione repubblicana B. mette a frutto la recuperata lezione del Rubino (176), disarticolando, per dir così, la sistemazione mommseniana e cogliendo in concreto le connessioni tra la storia dell'*imperium* magistratuale, della *lex* (177), della *cooptatio* (178), ecc. e la storia della consuetudine, la cui funzione è stata quella di creare «limitazioni della libertà magistratuale, ossia diritti dei *cives*» (179). Punti essenziali di tale ricostruzione, dunque, sono da un lato l'individuazione del processo per cui si costituiscono man mano, dal *regnum* alla *res publica*, garanzie di libertà le quali, da facoltative e precarie, si trasformano in obbligatorie e necessarie (180), da un altro lato specialmente l'accentuazione del significato fondamentale della *provocatio ad populum*: «così la *libertas publica* dei *cives* come la *libertas* privata dei *patresfamilias* si fondano su quella limitazione del potere penale in origine illimitato (181) del magistrato o del privato che si esprime nella *provocatio*» (182).

Alla luce di ciò — ed alla luce di una storia del potere politico detenuto dall'aristocrazia e dal senato (183) come compito e non

---

(175) *Restaurazione*, 31 n. 1.

(176) V. anche A. HEUSS, *Theodor Mommsen und das 19. Jahrhundert*, Kiel 1956, 22 ss., 42, 50.

(177) P. es. *Restaurazione*, 125; 130 n. 1.

(178) Ivi, 112 n. 4.

(179) Ivi, 130 n. 1.

(180) Ivi, 118 ss., 118 n. 1 (con preziose indicazioni di storiografia).

(181) V. sopra, n. 148.

(182) *Restaurazione*, in nota 3 alle pp. 92 ss., in cui si ricostruisce l'istituto della *provocatio ad populum*, intera come limitazione del potere penale. «Abolire [quell'istituto] significa abolire la *libertas*, ossia instaurare nel campo del diritto pubblico l'assolutismo terroristico, nel campo del diritto privato, l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni: significa ritornare alle origini più remote, senza quelle garanzie del costume che i tempi primitivi offrivano [...]. L'*imperium militiae* discrezionale esercitato da Sulla nelle *proscriptiones* significa giuridicamente una breve e terribile abolizione della *libertas publica* per un effimero ritorno alle origini».

(183) Questo profilo (cfr. *Restaurazione*, 29 n. 1) non verrà perso di vista dalla dottrina posteriore.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

come possesso (184), che spiega bene la portata del rapporto tra legge e privilegio (185) —, si ricostruisce la legittimità della r i v o l u z i o n e graccana e l'incostituzionalità sostanziale della restaurazione sillana, nella misura in cui da un lato « il privilegio non cede se non è costretto » (186) e, da un altro lato, l'*imperium militiae* discrezionale sillano ha il significato giuridico di « una breve e terribile abolizione della *libertas publica* per un effimero ritorno alle origini » (187). Ma allo storico del diritto non possono esser sufficienti neppure queste qualificazioni, certamente ancorate alla effettività delle cose. Si può procedere oltre, senza coartare in alcun modo la storicità del processo rivoluzionario e si può incisivamente proporre la definizione del momento graccano e di quello sillano della crisi repubblicana rispettivamente come abuso del potere formale — l'esasperazione (Bergson) (188) della legalità da parte del magistrato — e come riespansione dell'*imperium* oltre le restrizioni imposte dalla costituzione repubblicana e dalla consuetudine (189).

---

(184) Una problematica che di recente è stata affrontata p. es. da Chr. MEIER, *Res publica amissa. Eine Studie zu Verfassung und Geschichte der späten römischen Republik*, Wiesbaden 1966: cfr. le mie osservazioni in *Iura*, 18, 1967, 237 ss. Già B. aveva segnalato (*Carattere*, 53) che « le magistrature erano anzitutto mezzi, nelle mani dell'aristocrazia, per dominare i sudditi, destinati come tali a essere sfruttati ». In tutt'altro campo e nell'ambito di una diversa opposizione, ma con utili osservazioni, v. H. FROMM, *To have or to be*, tr. it., Milano 1977.

(185) *Restaurazione*, 50 in n., ove si richiama sul punto della discordanza tra doveri politici e privilegi sociali l'analisi del Tocqueville: « i nobili che continuavano a godere ancora dei loro privilegi, cominciavano essi stessi a considerarne il possesso piuttosto come un *fatto fortunato* che come un *diritto rispettabile* ». Cfr. anche 16 (egemonia costituzionale del senato collegata con il predominio economico-sociale della *nobilitas*; prerogative politiche rese più tiranniche dalla rinunzia al privilegio sociale, ecc.).

(186) Cfr. *Restaurazione*, 14, 16, 23 s., 50 n. 196 n. 1.

(187) Ivi, 93 n.

(188) L'influenza di Bergson, ben sottolineata ad es. per G. De Sanctis da A. FERRABINO, *Gaetano de Sanctis* (1958), ora in *Scritti di filosofia della storia*, Firenze 1962, 753 s., è non meno grande in B. Si v. per una prima idea, oltre, appendice, p. 288 s.

(189) *Restaurazione*, 97 n.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In questa ricostruzione vi è un costante atteggiamento di attenzione verso i profili economici (190) e sociologici (191), il che sostanzia una formulazione complessiva dell'andamento delle cose, secondo la quale (192) « la rivoluzione proletaria (193) tende ad una totale rivoluzione *politica* dello stato rovesciando il reggimento aristocratico; l'*imperium* tende a emanciparsi dalla costituzione e a sovrapporsi alla *res publica* »; da qui, la possibilità di cogliere la strutturazione del nuovo stato di cose attraverso l'ordinamento augusteo delle province che « appare come l'indice più eloquente » del « mutato carattere » della intera ' costituzione ' (194).

Non si tratta ora di valutare programmaticamente la solidità della ricostruzione bettiana, tenuto conto dell'epoca in cui essa è stata proposta (195) e di quanto in seguito si è potuto precisare, correggere, integrare, rimettere in discussione (p. es. in base a nuovo materiale documentario) (196), quanto, ancora una volta, di rilevare i criteri impiegati per la interpretazione dei testi.

---

(190) Ivi, 16, 29 n. 1, 164; *Rivoluzione*, 303, 310 ecc.

(191) Si v. per es. la delineazione della riforma sillana come sostituzione della burocrazia alla democrazia, in vista di un ordinamento inteso come rispondente ad una amministrazione migliore (*Restaurazione*, 143 n. 3): con l'importante richiamo al Tocqueville e l'osservazione che le tracce dello stato libero di Roma repubblicana nello stato sempre più burocratico del principato sono altrettanto profonde di quelle dello stato assolutistico nell'organismo dello stato libero moderno. In ciò si può cogliere una radice di recentissimi atteggiamenti storiografici, p. es. D. ROCHE, *De l'histoire sociale à l'histoire socio-culturelle* (1978). Cfr. anche *Restaurazione*, 196 n. 1, per i richiami ai profili della decadenza e successione delle *élites* nei *Systèmes socialistes* e nel *Cours d'économie politique* del Pareto.

(192) *Origini*, 73.

(193) In rapporto anche con i problemi militari, ad es. quelli dell'esercito stanziale (così con richiamo al Peter e contro il Mommsen, *Rivoluzione*, 350; *Restaurazione*, 19 n. 1; 51 n. 1 e 2, con richiami allo Hintze).

(194) *Carattere*, 13, 1.

(195) V. oltre, p. 57 s.

(196) P. es. la discussione sulle *Res Gestae* (cfr. MAZZARINO, *De Francisci* cit., XIV) o sulla *laudatio funebris Agrippae* (cfr. F. GUIZZI, *Il principato tra ' res publica ' e potere assoluto*, Napoli 1974, 195 ss.; v. B. *Carattere giuridico*, 38 s.); ecc.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Qui appare ad es. in piena luce la chiarezza filologica con cui B. valuta e utilizza le fonti, in singoli aspetti [197], in omaggio sia all'esigenza di un trattamento analitico dei testi [198] sia di una loro interpretazione alla luce delle determinazioni giuridiche [199]; nella messa in luce della loro tendenza [200]; nella messa in valore di fonti trascurate [201], ecc. Senza comunque stare ora a approfondire questi punti [202], quel che sembra soprattutto importante è la più generale presa di posizione metodologica circa il valore della filologia.

B. sottolinea infatti tale valore, appoggiandosi — la scelta è significativa — allo Usener [203] o al Neumann [204], ma in pari tempo ne richiama il limite strumentale, d'accordo con il Croce [205], affermando che « filologia e storia politico-giuridica di un popolo non sono la stessa cosa e la vera ossatura della storia

---

[197] P. es. *Rivoluzione*, 313 n. 3; 25 (confusione di Dionigi), 26 (Appiano), 33; *Restaurazione*, 10 n. 1 (sulla critica filologica di Appiano), 27 n. 1 (sul valore di Polibio), 58 n. (fonti di Plutarco, Appiano e Diodoro), ecc.

[198] *Restaurazione*, 63 n. 1.

[199] Per es., alcune valutazioni appianee o di altre fonti (il *de vir. ill.*) sono confrontate con le attestazioni gaiane: *Restaurazione*, 61, 91.

[200] Per es. Appiano: *Restaurazione*, 88 n. 3, 104; Livio o Dionigi: ivi, 96 n. Più in generale, si sottolinea la diversa mentalità degli autori greci e romani: per es. *Fondazione*, 469 n. 1.

[201] Plutarco, Diodoro, l'isagogico di Varrone, ecc.: *Restaurazione*, 58, 207 n. 2. Si noti (*Carattere*, 19) l'esplicita affermazione che Dione esprime le concezioni del suo tempo e non quelle dell'inizio del principato.

[202] E tanti altri, dalla tecnica prosopografica, la numismatica, ecc. (*Origini*, 57 n. 3; *Restaurazione*, 81 n. 2; cfr. 85 per la scelta del tempio di Bellona) a nuove qualificazioni e punti di vista di cui la posteriore ricerca non sempre ha fatto frutto: la storia del *senatusconsultum ultimum*; la connotazione giuridico-politico del *civis* rivoluzionario (p. es. *Origini*, 69); il fondamento costituzionale dell'esercito; l'antitesi *populus-plebs*; l'inversione storica della funzione della *lex publica*; l'inabrogabilità dell'*imperium*, ecc.: problemi e soluzioni su cui vi è stato in genere (con qualche eccezione) silenzio, indifferenza e fraintendimenti, di cui non occorre qui dare gli esempi.

[203] *Philologie und Geschichtswissenschaft* (1882) in *Vorträge und Aufsätze*, Leipzig-Berlin 1907, 1 ss. Cfr. p. es. G. PASQUALI, *Filologia e storia*, n. ed. con una premessa di A. Ronconi, Firenze, 1964, 78 ss.

[204] *Entwicklung und Aufgaben der alten Geschichte*, Strassburg, 1910.

[205] *Intorno alla storia della storiografia*, in *La Critica*, 1913, 240 ss.; cfr. B., *Restaurazione*, 54 n. 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di un popolo [...] sono il suo stato e il suo diritto » (206). Ciò, lungi dal privilegiare (alla Mommsen) esposizioni dogmatiche degli istituti, in omaggio ad una dogmatica moderna miope, che non permette di intendere la autentica storicità di certi fatti e la loro giusta qualificazione (207), richiede che si colgano (208) i concreti programmi politici i quali chiariscono polemicamente — a difesa e contro le istituzioni — che cosa è la costituzione, che cosa lo stato, ne caratterizzano le forme e ne svelano gli interessi (209). A far ciò, un'attenta critica delle fonti è certo una premessa ovvia (210), così come appare utile — con precisi li-

(206) *Ivi*. Può notarsi in generale che l'ignoranza degli scritti bettiani pregiudica qualunque seria indagine storiografica nei nostri campi. P. es., non si giustificano le affermazioni di F. NATALE, *Contributo alla storia della storiografia italiana sul mondo antico*, in *N. Riv. stor.*, XLII, 1958, 27 (« la memoria del Croce sulla storia è del tutto ignorata dagli studiosi di storia antica: e, fra le discussioni che sollevò, e gli scritti che ne derivarono, non ci risulta ce ne fossero di promossi da qualcuno di loro »); 29 n. 2 (con riferimento a DE SANCTIS, *Per la scienza dell'antichità*, Torino 1909, pag. V): « È, forse, l'unico ricordo esplicito della dottrina crociana nella storiografia del tempo, nell'ambito, s'intende, della storia antica ». Non vi è in realtà pagina del pur utile saggio del Natale (*N. Riv. stor.* cit., 1 ss., 257 ss., 353 ss.), rispetto alla quale non sia possibile riscontrare l'osservazione critica da me fatta, sia che si parli dell'attardamento culturale degli studi di storia antica tra Ottocento e Novecento e fino alla I guerra mondiale, sia che si parli di crisi del metodo, di valore dell'analogia in sede storica, di incomprensione nei confronti di ciò che è rappresentato, per es., dal Bonfante o di tradizionalismo dogmatico, interdipendenza dei fattori storici, presupposti filosofici delle dottrine professate, ostracismo del materialismo storico inteso come sociologia su base economica, partecipazione politica dello studioso, considerazione genetica delle istituzioni, ragioni dello studio della storia antica, tentativi di integrazione tra marxismo e neokantismo, ecc. ecc. Significativo, del resto, è quanto il Natale scrive (*op. cit.*, 267) con riferimento a G. Ferrero: « un atto di coraggio: riproporsi il problema della fine della Repubblica con aperta comprensione dei problemi economici, politici, culturali che vi si intrecciano con l'attenzione concentrata alla linea fondamentale di quei problemi, la crisi, cioè, di una classe e di una forma di governo, impotenti a risolvere i compiti nuovi posti dall'egemonia conquistata — o in via di conquista — sul mondo mediterraneo ». Che è quanto B. ha inteso fare nel quadro — lì carente — di una valutazione giuridica della crisi della costituzione repubblicana.

(207) *Carattere*, 30.

(208) *Restaurazione*, 58 n.

(209) Per es. ivi, 130 n. 1: la diversa storia della *lex publica*.

(210) *Restaurazione*, 58 n.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

miti ([211]) — il confronto, la comparazione di esperienze storiche diverse ([212]); ma soprattutto evidente è la necessità di esatte — perché storicamente fondate — qualificazioni giuridiche ([213]), vale a dire, trovare reciprocamente il senso politico di lunga durata delle istituzioni e quello giuridico — p. es. il ' diritto della rivoluzione ' ([214]) — delle rotture della costituzione ([215]).

L'analisi potrebbe essere ben più sostanziosa. Potrebbe p. es. cogliere nelle giovanili formulazioni bettiane il valore sintomatico dell'insistenza sui temi della *libertas* e della *civitas* ([216]), dell'*imperium* e della provincia ([217]), del ruolo della personalità nella

---

([211]) V. ad es. *Restaurazione*, 75 s.

([212]) È dunque evidente la critica all'idea di una extratemporalità dei fenomeni storici, presente ad es. nel Ciccotti (v. la nota gramsciana sui pericoli dell'analogia storica: oltre, n. 236) o nel Barbagallo (cfr. NATALE, *op. cit.*, 365) ma talvolta anche nel De Sanctis (cfr. P. TREVES, *Lo studio dell'antichità classica nell'Ottocento*, Milano-Napoli 1962, 1276 in nota). V. invece l'accenno di B., *Restaurazione*, 137 n. 1.

([213]) Quale sia il carattere dell'azione ' legale ' dei Gracchi (*Restaurazione*, 31 ss., 81 n. 1) è uno degli esempi più importanti, come lo stesso concetto di ' rivoluzione di magistrati ' (*Rivoluzione*, 305) o la determinazione del criterio della costituzionalità (*Restaurazione*, 23 s.; cfr. anche *Potere regolamentare*, 10 n. 31, 13 n. 42, 14 e *Restaurazione*, 126, sul valore programmatico di norme costituzionali autovincolanti; 130 n. 1).

([214]) Il diritto della rivoluzione fichtiano. Si consideri anche il fatto che B. intervenne con varie indicazioni nella tesi di laurea del fratello Ugo, *Il diritto e la rivoluzione* (ne fu relatore A. Levi, a Parma, il 14 maggio del '14; vedila ora in U. BETTI, *Scritti inediti* a cura di A. Di Pietro, Bari 1964, 18 ss. Su di essa cfr. lo stesso DI PIETRO, *L'opera di Ugo Betti*, I, Bari, 1966, 29 ss.; ed anche ID., II, Bari 1968. In tali volumi si trova molto materiale sui rapporti tra i due fratelli).

([215]) Sulla sostanza della rottura costituzionale graccana v. in specie *Restaurazione*, 19 s.

([216]) Risultato di una meditazione esplicita fin da questi primissimi lavori e che trova già una conseguenza sistematica nel '24 (*Problemi e criteri*, 256 s.) è, infatti, la classica formulazione bettiana del rapporto tra *libertas* e *status civitatis* (cfr. *Istituzioni* I², 40 s.; *Zeitschr. f. d. Staatswiss.*, III, 1955, 570 ss.); v. anche H. LÉVY-BRUHL, *Esquisse d'une théorie sociologique de l'esclavage à Rome* (1931), ora anche in M. I. FINLEY, (ed.) *Slavery in Classical Antiquity*, Cambridge, 1960, 151 ss., 162 s. Una recente conferma è offerta da M. HUMBERT, « *Libertas id est civitas* »: *autour d'un conflit négatif de citoyennetés au IIe s. avant J.C.*, in *MEFRA*, 88, 1976, 221 s.

([217]) Cfr. specialmente *La creazione del diritto* (sopra, n. 151).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

storia e della tradizione ([218]), della continuità storica e della discontinuità giuridica ([219]), dell'idea di competenza e di abuso ([220]), della legalità e della opportunità politica ([221]), del principio ([222]) dell'autolimitazione dello stato ([223]) e della immutabilità della costituzione, dell'eguaglianza e del privilegio ([224]), ecc.

Mi pare però di aver già dato una sufficiente idea del materiale elaborato in questi studi e dei criteri che ne sono alla base. Quel che, piuttosto, può giovare, a mio avviso, a dare corpo a un giudizio d'insieme è l'integrale pubblicazione di inedite pagine, concepite da B. come prefazione all'intera indagine ([225]).

« La crisi della repubblica in Roma è un fenomeno vasto e complesso, sociale e politico insieme; ma il suo aspetto essenziale è quello di fenomeno costituzionale o crisi della costituzione repubblicana: come tale essa è l'oggetto di questo studio. La nostra considerazione è scientifico-filologica e giuridica insieme in contrapposto con la funzione puramente narrativa o estrinseca, non si limita a far la semplice storia dei fatti, che anzi in parte presuppone noti, ma si propone di cogliere i fatti salienti e più significativi e di darne l'interpretazione politico-giuridica e di dimostrare la continuità tra la costituzione repubblicana e la successiva. Questa considerazione non è la più ovvia, perché è riflessa; essa va più oltre dei fatti, *guarda alle conseguenze dei fatti*. Anche il giudizio più ovvio che risulta dai fatti è quello favorevole ai Gracchi e a Caesar; l'ammirazione per costoro è altrettanto miope e facile, quanto comune, anzi volgare; l'opera loro di fronte a un senato e a un popolo indegni, decadenti e impotenti è stata sempre, o quasi, approvata e lodata. La nostra considerazione si guarda da ciò; essa si fa vindice della constituzione libera, prende le parti del più debole, vuole ammonire, reagire contro la corrente dominante da Niebuhr in poi. I Gracchi sono per la rivoluzione politica romana quello che i Sofisti per la rivoluzione filosofica e reli-

---

([218]) *Restaurazione*, 99; *Carattere*, 41 n. 2 (per il rapporto tra *princeps* e *populus*, con richiamo dello Jellinek).

([219]) *Fondazione*, 469.

([220]) *Restaurazione*, 96 e n. 1, 97 n. 2.

([221]) *Restaurazione*, 104 in nota.

([222]) Principio moderno, come si sottolinea in *Restaurazione*, 111 n. 3.

([223]) *Ivi*, 126.

([224]) Sopra, n. 173.

([225]) Con il titolo *La crisi della costituzione repubblicana in Roma e la genesi del principato. Studio giuridico-politico.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giosa ellenica; gli uni e gli altri sono gli uomini *logici*. Che essi abbiano ragione è troppo evidente; essi vanno all'opera loro provvisti appunto di buone ragioni, dopo aver ponderato ed essersi convinti della *verità* dei loro nuovi principii. Ma chi combatte i logici nel loro stesso terreno? Finché si adotta il loro punto di vista essi hanno sempre ragione. Si tratta per noi di scoprire un altro punto di vista, dal quale essi non possano per avventura essere nel torto. Quello che si è detto pei Sofisti è da ripetere per Socrate e Aristotile, come Nietzsche ha mostrato. Quello che si è detto pei Gracchi è da ripetere per Sulla e Caesar. Il nostro punto di vista, come quello di Nietzsche, può chiamarsi, per questo rispetto, *artistico*; poiché tanto il mito e la religione ellenica, quanto la repubblica romana sono vere e proprie *opere d'arte* nel senso più alto. I Sofisti e i Gracchi, Socrate e Caesar sono i *distruttori* di quelle opere d'arte. Che la loro opera sia stata necessaria, che essi abbiano avuto valide ragioni per distruggere non toglie il fatto che essi abbiano distrutto: essi sono i responsabili immediati dell'opera di distruzione, quelli che hanno dato il crollo. Dal punto di vista artistico dunque questo è un atto riprovevole, è un delitto, come a sua volta sarà l'opera dei barbari di fronte all'impero romano: i delinquenti andavano additati una buona volta per quelli che erano. Basti l'apoteosi di Caesar e il vieto glorificare la rivoluzione monarchica; riconosciuto il genio individuale di quello, ora si tratta di vedere se la sua opera sia stata leale e onorevole, se essa sia stata davvero l'espressione genuina del genio romano o un'espressione *decadente* e bastarda per quanto grandiosa. Se concluderemo così ci si potrà accusare tutt'al più di trascuranza dell'elemento sociale della crisi fondamento di quello constituzionale e il nostro lavoro potrà intitolarsi: « La crisi politica della repubblica romana *come opera d'arte* ». Ma non soltanto come *distruzione* di quest'opera viene qui rintracciata e considerata la rivoluzione monarchica, soltanto cioè sotto il suo aspetto negativo. Questa, come ogni altra rivoluzione, ha anche un aspetto positivo e creativo di diritto. Ogni rivoluzione è infatti il riaffermarsi della libertà contro la costrizione ingiusta. Anzi si può dire che un determinato diritto storico è alla sua origine esso stesso il prodotto di una rivoluzione e usurpazione contro un precedente diritto determinato. La rivoluzione è la condizione del progresso, dello svolgimento storico del diritto, è la forza genetica della storia. Orbene questo aspetto della rivoluzione monarchica forma il secondo oggetto della nostra considerazione: la genesi del principato. Nella prima parte la nostra considerazione, pur senza ignorare del tutto quell'aspetto, si pone dal punto di vista del diritto pubblico repubblicano, ed è indirizzata per coerenza e conseguenza a valutare ogni progresso ulteriore della rivoluzione con un ulteriore regresso della constituzione libera, come un deterioramento dell'opera d'arte, di cui si considera la decadenza ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Di fronte a tali dichiarazioni, che si prestano certamente a molteplici commenti ([226]), mi limiterò qui a sottolineare che il concreto svolgimento della indagine dà la prova sicura che l'a. non si è affatto limitato a enunciare una tesi, soverchiando o isterilendo il campo documentario, tacendo problemi o rifiutando soluzioni che mal si accorderebbero con la tesi proposta. In altri termini, anche qui si può constatare la sensibilità dello studioso, per il quale è necessaria certamente la ' fantasia storica ' rivendicata p. es. dal Mommsen ([227]), ma che resta comunque consapevole che la certezza, se non vuol essere convinzione dogmatica, è pur sempre un risultato di una ricerca effettivamente svolta.

In ogni caso, non si potrebbe tentare una valutazione ' culturale ' ([228]) dell'opera storica bettiana di cui ho riferito ([229]), se

---

([226]) Basterà accennare a quel criterio di ' guardare alle conseguenze dei fatti ' che troverà in tutto il lavoro bettiano la più decisa applicazione, a cominciare dalla critica alla pandettistica. In questo senso, un riferimento a B. avrebbe potuto sostanziare molte tra le considerazioni svolte da L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Studi G. Balladore Pallieri*, I, Milano 1978, 329 ss. Per un riscontro significativo v. p. es. la critica alla scuola storica fatta da E. FORSTHOFF, *Recht und Sprache*, Abh. d. Königsberger Gesellschaft, 1940 (1964): cfr., con richiamo agli sviluppi tentati dal Gadamer per il lavoro dello storico (*Wahrheit und Methode*[2], tr. it. a cura di G. Vattimo, Milano 1972, 379 ss.) WESEL, *Zur Methode* cit., 344.

([227]) V. p. es. G. PUGLIESE CARRATELLI, *Introduzione* a T. MOMMSEN, *Storia di Roma antica*, Firenze 1960, 1972, XII.

([228]) Il richiamo a Nietzsche è, infatti, essenziale. Su ciò, v. oltre, n. 259.

([229]) Va detto che B. non ha mai tralasciato lo studio della storia giuridico-politica. Non solo egli ha successivamente insegnato storia nel Liceo, storia del diritto romano, storia greca e romana, filosofia del diritto (e si sa che i corsi bettiani non erano mai ripetitivi del pensiero altrui, ma testimonianza sempre di propri studi e riflessioni, esegesi testuali, problematiche nuove), ma ha continuato a lavorare su temi storico- e sociologico-giuridici, di storia delle idee e delle ideologie politiche: ad es. *La dottrina costruita da Bartolo sulla constitutio « Ad reprimendum »* (1962); *Der Völkerbund im Zeichen der britischen Gleichgewichtspolitik* (1937); il corso inedito tenuto a Colonia nel '38 su *Probleme der römischen Volks- und Staatsverfassung*; *Zur Frage einer Reform der Völkerbundssatzung* (1937); *La frode alla legge internazionale del governo Roosevelt* (1941); *Il ' bill of attainder '* (1946); *Fattori determinanti della decadenza della civiltà antica* (1947); *Di alcune trasformazioni tecniche o economiche e delle loro ripercussioni sociali nell'età moderna* (1948); *Problemi proposti dallo sviluppo del capitalismo e della tecnica di guerra* (1951); *La dichiarazione* 10 *dicembre* 1948 *dei*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non si ricordasse che essa si realizza in un momento di « filologismo puramente distruttivo » ([230]) e di « mommsenismo dilagante e trionfante » ([231]). Neppure in seguito, del resto, ci si riuscirà a sottrarre a quest'ultimo, se è vero che lo sforzo della ricerca scientifica ulteriore è stato essenzialmente quello del modo in cui collocarsi rispetto al Mommsen ([232]). E se si seguono le linee di questa vicenda, mi parrebbero rilevabili, ai nostri fini, e molto rapidamente, almeno alcuni punti. Anzitutto, vi è la possibilità di rintracciare in Mommsen due atteggiamenti, poi irrigiditisi nel mommsenismo, quello per cui si afferma l'esigenza storiografica e metodica di ricercare il tipico e l'essenziale ([233]) ed un altro, a mio avviso perfettamente coerente con il primo, che in sostanza nega la possibilità di intendere il processo di formazione di un fenomeno storico, se tale processo è rimasto ignoto ai suoi testimoni ([234]).

Un privilegiamento del primo atteggiamento, che avrebbe dovuto però portare ad un lavoro in senso critico quanto ai problemi

---

« *diritti dell'uomo* » *e il suo significato odierno nella politica internazionale* (1952; 1955); *Critica della riforma agraria* (1967), ecc. oltre che in recensioni, interventi in convegni (particolarmente istruttivi: « *Congresso a Salzburg* », in *Riv. Cultura class. med.*, 4, 1962, 249 ss.; oppure *La cultura del secolo XVII nel mondo della lingua italiana e di lingua tedesca*, 1966, Bolzano 1970, 161 ss.), ecc.

([230]) Così S. TIMPANARO jr., *Il primo cinquantennio della « Rivista »*, in *RIFC*, 100, 1972, 430, a proposito di E. Pais. V. comunque ora R. T. RIDLEY, *Ettore Pais*, in *Helikon*, XV-XVI, 1975-76, 408 ss.

([231]) P. TREVES, *Lo studio dell'antichità classica* cit., 1153.

([232]) Cfr. S. MAZZARINO, *Storia romana e storiografia moderna*, Napoli 1954, 45 ss. La prospettiva del '54, se in certe cose è cambiata — così forse la « certezza », di contro alla ' diarchia ' mommseniana: 62 (ma per questo v. anche sopra, n. 160), del concetto di monarchia augustea (cfr. p. es. GUIZZI, *Il principato* cit.; F. FABBRINI, *L'impero di Augusto come ordinamento sovrannazionale*, Milano 1974) — in altre cose si dimostra ancora adeguata: v., a titolo di esempio l'*Einleitung* di J. BLEICKEN, *Die Verfassung der römischen Republik*, Paderborn 1975 a fronte di ID., *Lex publica* cit., 1-51. Un panorama generale è offerto ora da M. MAZZA, *Ritorno alle scienze umane. Problemi e tendenze della recente storiografia sul mondo antico*, in *Studi stor.*, XIX, 1978, 469 ss.

([233]) R. POEHLMANN, *Extreme bürgerlicher und sozialistischer Geschichtsschreibung*, in *Aus Altertum und Gegenwart*, I², München 1911, 378 con riferimento a Kautsky.

([234]) V. la lettera di Mommsen al Wilamowitz pubblicata da A. WUCHER, *Theodor Mommsens Geschichtsschreibung und Politik*, Göttingen 1956, 132.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sollecitati dal secondo punto di vista ([235]), si trovava p. es., in quel torno di tempo, sia tra quegli storici dell'antichità ascrivibili in qualche modo al materialismo storico ([236]), sia in quelli che avevano recuperato — diremo con il Mazzarino ([237]) — l'aspetto burckhardtiano (crisi, decadenza), apparentemente incompatibile con una storiografia « positiva » alla Mommsen ([238]). Si può dunque tranquillamente affermare che si trattasse di un

---

([235]) Ben oltre il problema specifico di una storia dell'impero (in questi limiti vale infatti la citazione di cui a nota precedente. Su quel problema specifico cfr. L. WICKERT, *Theodor Mommsen*, III, Frankfurt M. 1969, 422, 675). In effetti lo *Staatsrecht* è dottrina dello stato e « le istituzioni non vi si vedono nascere, svolgere e perire nel corso della storia, non intrecciarsi nel gran mare della vita pubblica romana » (E. DE RUGGIERO, *Studi di diritto pubblico romano da Niebuhr a Mommsen*, Firenze 1875, 104). Per Niebuhr invece — che però procede dall'ignoto al noto, al contrario di Mommsen — l'ideale di una ricostituzione scientifica dello stato romano è nell'indagine del « processo di formazione degli antichi istituti politici »: cfr. DE RUGGIERO, *Gli studi*, 81 ss.

([236]) Una corrente non ancora ben analizzata (ma v. comunque NATALE, *Contributo*, cit., *passim*; E. LEPORE, *Economia antica e storiografia moderna (Appunti per un bilancio di generazione)*, in *Ricerche storiche ed economiche in memoria di C. Barbagallo*, I, Napoli 1970, 4 ss., nonché gli elementi e la bibliografia che si traggono dalla intr. di M. MAZZA alla rist. di E. CICCOTTI, *Il tramonto della schiavitù nel mondo antico*, Bari 1977), con la quale sono riscontrabili ampie convergenze bettiane, p. es. per un positivo apprezzamento del Ferrero. Qui contano comunque le differenze, il superamento di punti comuni agli storici dell'epoca. Si consideri la meccanicità di certe operazioni, per es. per quanto riguarda l'analogia in sede storica, applicata ideologicamente e quindi in modo non dissimile, nel fondo, da quello mommseniano, i cui condizionamenti non sono noti solo da oggi. B., invece, vi è contrario. Interessante è anche la notazione di A. GRAMSCI, *Quaderni dal carcere*, a cura di V. Gerratana, I, Torino 1975, 302 s., cfr. IV, 2578 s. e v. sopra, n. 212.

([237]) *Storia romana* cit., 56.

([238]) Un aspetto di tale storiografia « positiva » si può ricavare certamente anche dalla dichiarazione del Mommsen: « Ich schreibe keine Geschichte der römischen Geschichte in Deutschland, sondern römische Geschichte » (lettera a Tycho Mommsen, in WICKERT, *Theodor Mommsen* cit., III, 647 s., n. 137). Il Mazzarino ha dal canto suo messo in luce (*op. cit.*, 62) anche una ragione scientifica ulteriore e cioè il peso della scoperta ottocentesca della Repubblica romana, peso a cui il Mommsen non si è sottratto (« di qui la diarchia »), nonostante la carenza in lui della prospettiva della decadenza. Su di questa, con larga critica alla contestazione crociana (*Questioni storiografiche*, 1913), B., *Fattori determinanti*, 71 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

orientamento assolutamente predominante (239). Di fatto, le conseguenze sono state opportunamente sintetizzate a suo tempo dal Mazzarino, quando ha osservato che la revisione mommseniana era andata obbedendo a « suggestioni neo-umanistiche e considerazioni storico-giuridiche » (240). Se negli anni successivi si è provveduto a dare maggiore concretezza alle une e alle altre, non mi pare però che la diagnosi debba oggi esser granché diversa. Ebbene, di fronte a tali valutazioni, lo sforzo bettiano — in sostanza quello di risolvere nel concreto di un'analisi storico-giuridica il problema culturale testimoniato dal Mommsen (241) sul superamento del punto di vista « storico » e di quello « giuridico » — ha avuto una notevole valore anticipativo. Porterò qualche altro esempio a prova di ciò, in aggiunta a quanto già esposto (242). Ma, intanto, il segno più evidente si può ricavare dalla caratterizzazione di una storia della costituzione romana, delineata qualche tempo fa da A. Momigliano (243). Profondamente diversa dallo *Staatsrecht* mommseniano, essa è illuminata dagli apporti problematici di sociologi e scienziati politici, più che da storici di Roma e si ispira all'idea che « compito di uno storico della costituzione è vedere come una classe di governo regge lo Stato »: dunque, « storia di una classe che crea o eredita modifica difende abbandona un sistema di istituzioni » (244). Non interessa qui discutere se basti ciò — essendo pur necessario che si tenga conto del sistema istituzionale (245) —, quanto osservare gli ele-

---

(239) L'esigenza di « cogliere l'essenziale e separarlo dall'accidentale » (Gombrich) è in realtà ineliminabile (con tutte le limitazioni occorrenti). Del resto (come riferisce R. CLEMENS, *Michelangelo*, I, tr. it. Milano 1964, 197), a chi criticava la scarsa rassomiglianza dei volti di Giuliano e di Lorenzo de' Medici, Michelangelo avrebbe detto che « di qui a mille anni nessuno non ne potea dar cognitione che fossero altrimenti ».

(240) MAZZARINO, *Storia romana*, 56.

(241) Sopra, n. 132.

(242) Sopra, p. 200 ss.

(243) *Contributo allo studio* cit., I, Roma 1955, 395 ss. (= rec. a E. Meyer, in *JRS*, 39, 1949, 155 ss.).

(244) Ivi, 397.

(245) In proposito, è significativo considerare, in parallelo, la storiografia del processo penale romano dopo lo *Strafrecht*, dai *Problems* dello Strachan-Davidson (1912) alle *Untersuchungen* del Kunkel (1962): v. p. es. G. G. ARCHI, *Gli studi*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

menti sostanziali indicati dal Momigliano e in critica allo *Staatsrecht* e in funzione di un ripensamento scientifico della costituzione romana.

Appaiono rilevanti, così, sotto il primo profilo, l'applicazione dei metodi pandettistici ([246]) al sistema del diritto pubblico ([247]), l'inadeguata valutazione del fatto « che in Roma repubblicana domina assolutamente la consuetudine », il disinteresse circa domande sulla finalità della prassi costituzionale romana e sul modo in cui « la classe di governo costituisse il sistema del suo proprio governo per assicurare ordine allo Stato e continuità al proprio potere » ([248]). Quanto al secondo profilo, la revisione appare caratterizzata dall'impegno alla distinzione tra « parte ' dignificata ' e parte ' efficiente ' della costituzione »; dall'analisi della classe politica e delle qualità della classe di governo romana; dallo studio dei rapporti tra esercito e costituzione; dall'ipotesi weberiana del *Führertum*; dal concetto triepeliano di egemonia; dalla considerazione del rapporto tra storia costituzionale e politica di espansione: sempre, però — e non solo in quest'ultimo caso ([249]) —

---

di diritto penale romano da Ferrini in poi. Considerazioni e punti di vista critici, in *RIDA*, 3a s., IV, 1950 (= *Mélanges F. De Visscher* III), 20 ss. e, per altri riferimenti, quanto scrivo in *Labeo*, 19, 1973, 365 ss. — Va detto che il Momigliano concedeva allora che « il formalismo della prassi costituzionale romana [potesse] venire apprezzato solo da una mente giuridicamente addestrata ».

([246]) MOMIGLIANO, *Contributo* cit., 397. Sono ben note le affermazioni mommseniane in proposito: *Röm. Staatsrecht*, I, rist. Graz 1952, *Vorwort* della I ed. (1871), VIII: « Bei der Anordnung des Stoffes bin ich davon ausgegangen, dass, wie für die Geschichte die Zeitfolge, so für das Staatsrecht die sachliche Zusammengehörigkeit die Darstellung bedingt und habe darum verzichtet auf das nothwendig vergerbliche und nur die Orientirung erschwerende Bestreben in einer Darstellung dieser Art die geschichtliche Entwickelung in ihrem Verlauf zur Anschauung zu bringen. Man wird hier also die übliche Eintheilung in Königs-, republikanische und Kaiserzeit nicht, sondern jede Institution in sich abgeschlossen finden, wie dies seit langem in den Handbüchern des Privatrechts hergebracht ist »; cfr. ivi, IX; *Vorwort* alla II ed. (1876), XII.

([247]) Cfr. su ciò già DE RUGGIERO, *Studi* cit., 104, 133: « esce dalla via della storia e si mette in quella del dogmatismo giuridico », « un trattato scientifico dei poteri e delle funzioni dello stato ». V. anche B., *Wechselwirkungen*, 72 s.; BLEICKEN, *Lex publica* cit., 40 s.; DE FRANCISCI, *Primordia* cit., 6 ss.

([248]) MOMIGLIANO, *Contributo* cit., 397.

([249]) I nomi ai quali si fa riferimento sono quelli di Bagehot e Mosca, Pareto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

osservando che « è facile dire che una costituzione va vista nel quadro delle strutture sociali e delle mutevoli circostanze politiche; è difficile fare una storia costituzionale in cui abbiano il posto che compete sia il quadro legale sia le forze sociali che vi premono » ([250]).

Ebbene, mi pare che quasi nessuno di questi rilievi e di queste sollecitazioni sia assente nella ricostruzione bettiana della costituzione repubblicana e della sua crisi ([251]), sicché pare legittimo concludere che, fin dal 1913, la romanistica italiana ha avuto un grande storico. Che non fosse riconosciuto per tale, può forse non sorprendere ([252]). Eppure, per un paradosso che rappresenta un momento singolare della vicenda culturale bettiana, gli inizi scoraggianti della sua carriera universitaria sono segnati dal giudizio critico e negativo che egli fosse « troppo storico » e poco giurista, cioè — si precisa — poco dogmatico ([253]); e, del resto,

---

e M. Weber, O. Hintze e Triepel. Il richiamo a E. Täubler è particolarmente importante. L'interesse della posizione critica di questo studioso, pur non destinata al successo, non era sfuggito al giovane B.: cfr. *Restaurazione*, 174; *La « vindicatio » romana primitiva e il suo svolgimento storico*, 1915 (ma 1914), 41 n. 1 dell'estratto.

([250]) MOMIGLIANO, *Contributo* cit., 396.

([251]) V. ampiamente sopra, p. 209 ss. Una ripresa esplicita di questa tematica, nel quadro di un'analisi ricchissima di fatti e teorie, si trova p. es. nelle conferenze del '46 (*Fattori determinanti*, in *N. Riv. d. dir. comm.*, I, 1947, 71 ss.; *Di alcune trasformazioni*, ivi, I, 1948, 259 ss.).

([252]) Sarebbe facile notare la scarsa e non rare volte errata utilizzazione degli scritti bettiani.

([253]) Cfr. *Restaurazione*, 55 n. 1; *Notazioni*, 16. Così in effetti giudicò la Commissione per il concorso romanistico di Perugia nel '15 (Boll. uff. Min. Pubbl. istr., XLII, 1915, n. 33, 2535): « La copiosa produzione di questo concorrente ha pressocché tutto (sic) carattere storico. È veramente notevole la dottrina di cui si è già fornito: sicura promessa per la scienza romanistica italiana. La Commissione, pur riconoscendo i pregi di questo candidato, è di avviso che egli non offra ancora sufficiente prova di senso giuridico (il quale appena traspare ora da qualche ricerca storica come quella sul « Principato di Augusto ») e di attitudini dogmatiche [...] ». A tale vicenda si collegano, tra l'altro, una « lettera aperta » di B. a B. Brugi, relatore del concorso, ma specialmente una interessante corrispondenza con G. Baviera (uno dei commissari), da cui appaiono p. es. talune considerazioni sul diritto processuale e sul diritto pubblico, che rivelano una straordinaria modernità rispetto ai tempi, ma anche rispetto a molta parte della ricerca successiva (tra l'altro, vi si segnala la novità delle

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

proprio il contrario, invece, per uno storico come il Cardinali, che gli rimproverava il 'feticismo giuridico' (254). Pare chiaro, in realtà, che questa valutazione, da parte dei giuristi e da parte degli storici (255), dipendesse dal fatto che i suoi giudici avevano una idea ben precisa (e, oggi si può dire, erronea e falsificata) della storia, della storia del diritto e della dogmatica (come scienza del diritto) (256).

Non tutti i contemporanei, certo. In questo senso è istruttiva al massimo grado per noi la polemica tra il Bonfante e il De Sanctis (257). Non vi è dubbio infatti che B. aderisca, con più profonde motivazioni e argomentazioni filosofiche (258), al metodo

---

ricerche di P. Fraccaro). Del resto, gli interessi maggiori del giovane B. erano per la storia, la filosofia, la storia della cultura, la filologia e davvero *invitus* si era indirizzato dapprima alla giurisprudenza (v. oltre, II § 4): anche qui comunque, più interessato alla storia del diritto che non al diritto positivo. Infine, sentendosi a ciò più portato, egli avrebbe desiderato poter insegnare storia del diritto romano (a Perugia, per es., o a Ferrara), protestando appunto di essere uno storico (come risulta dalla corrispondenza di quegli anni).

(254) *Restaurazione*, 56 n. 1.

(255) Non tutti. Cfr. il giudizio di Fadda, Riccobono e Segré, riferito oltre, p. 239, e la lettera di Croce (sopra, n. 147).

(256) V. su ciò le giustissime considerazioni di R. ORESTANO, *Introduzione* cit., 297 ss. Ma tutta questa opera è la dimostrazione del peso di tali e consimili falsificazioni.

(257) P. BONFANTE, *Tendenze e metodi recenti negli studi storici; Questioni di critica storica*, in *Riv. it. di sociol.*, XII, 1908, 218 ss., 815 ss.; G. DE SANCTIS, *Per la scienza dell'antichità* cit., 349 ss. e già *Questioni di storia e di critica*, in *Riv.* cit., 777 ss. Cfr. F. CASAVOLA, *Cronaca di una storia del diritto romano*, in *Labeo*, 5, 1959, 305 ss., 324 s.; A. MOMIGLIANO, *In memoria di Gaetano De Sanctis* (1957), ora in *Secondo contributo*, Roma 1969, 299 ss., 311 (e v. ID., *Contributo* cit., 275 ss., 299 ss.).

(258) Una sufficiente illustrazione di questa profonda fondazione può esser data dalla lezione nietzschiana, che B. riprende non solo nella ricostruzione storica della costituzione repubblicana (cfr. anche oltre, *Appendice*, 289) ma specialmente nel lavoro sistematico sul metodo e, direi, nella stessa identificazione della dogmatica con l'educazione giuridica. V. per ciò oltre, II § 9 e, sul rapporto B.-Nietzsche - « un filosofo, il cui pensiero è stato vivo fermento della nostra educazione morale fin da quando avevamo vent'anni » (*Per un'interpretazione idealistica dell'etica di Federico Nietzsche*, in *RIL*, Cl. di Lettere, LXXVII, I, 1943-44, 171) - v. la n. seguente.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

c.d. organico ([259]) e a precise valutazioni critiche bonfantiane di portata generale ([260]), sicché l'accusa di 'feticismo giuridico'

([259]) Sul quale v. p. es. M. BRETONE, *Il « naturalismo » del Bonfante e la critica idealistica*, in *Labeo*, 5, 1959, 275 ss., specie 280, anche per i richiami bettiani: ai quali *adde* p. es. B., *Le fonti dell'obbligazione e i problemi storici della loro classificazione*, in *AG*, 93, 1925, 269 n. 1; *Ergänzende Rechtsfortbildung als Aufgabe der richterlichen Gesetzesauslegung*, in *Festschr. Raape*, Hamburg 1948, 399 e n. 123, con rinvio al FOWLER, *The City-State of the Greeks and Romans*, 1921, 36 s., al WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 396 e al DILTHEY, *Der Aufbau der geschichtlichen Welt* (*Ges. Schriften* VII, 99). In realtà il Bonfante non era solo il positivista sociologizzante criticato dai filosofi né B. lo spiritualista, il tardo idealista che si è voluto etichettare: e per lo meno bisognerebbe tener conto che — premessa la convinzione che la filosofia è al servizio della cultura — B. si inserisce in una linea che va da Simmel a Dilthey a Spranger (certamente antimetafisici e perciò, se si vuole, positivisticamente orientati) a Litt, Rothacker ecc., da un lato; da un altro lato, collegata a Scheler e specialmente a Nicolai Hartmann: vale a dire alla contrapposizione di un'etica materiale dei valori all'etica formale e imperativistica di Kant ed alla valutazione e al cosmo di valori hartmanniano. Vi si aggiungono (il rischio è quello di una pura elencazione) le esperienze sociologiche di Tönnies, Spahn, Litt, p. es., ma soprattutto le lezioni di Bergson e della libertà creativa, di Nietzsche e la filosofia della vita, ma poi anche di un C. G. Jung, p. es. Forse è qui che va segnato il rapporto Nietzsche-B. Occorre dire in proposito che non solo lo specifico saggio *Per una interpretazione* ma l'intera opera scientifica bettiana andrebbe studiata in rapporto alla fortuna di Nietzsche in Italia. Basterà comunque richiamare da un lato la prefazione alla crisi della costituzione (sopra, p. 220), da un altro lato l'osservazione di quell'importante studioso di Nietzsche che è stato A. Bauemler, secondo il quale (*Gnomon*, 35, 1963, 113 ss., 114) B. « ist wohl der erste Theoretiker der Interpretation der Nietzsche fortlaufend als einen Hauptzeugen der Theorie des Verstehens anruft. Er weiss, was Nietzsche als Kritiker und als Theoretiker der Interpretation bedeutet ». Una valutazione dell'importanza di Nietzsche per i nostri studi è ora in P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, Torino 1974, 85 ss.

([260]) P. es. *Tendenze* cit., 219 (« la storia romana fu rinnovata al principio del secolo scorso dal connubio con lo studio del diritto (e nel campo del diritto la storia fu sollevata per la prima volta al rango di scienza) »; 222 (« egli [De Sanctis] sembra ignorare che non v'ha criterio infallibile, che non v'ha canone immutabile, che gli strumenti con cui noi lavoriamo alla ricerca della verità possono venire modificati, perfezionati, creati ex novo dall'esperienza, dalla lotta con la materia; egli sembra ignorare che i concetti supremi della scienza moderna [...] sono stati creati pur essi da un'osservazione paziente, da un lavoro assiduo, che nuove osservazioni e rilievi sono in grado di rivelare nuove formule per le leggi della vita e della società, quando ancora il gran pubblico corre ancora dietro a formule arretrate »); ID., *Questioni* cit., 816 n. 1: « [in tema di storia] dichiaro francamente, come storico del diritto, che a questa disciplina e ai suo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lascia veramente il tempo che trova. Più grave, bisogna dire, il problema presente nell'accusa di essere ' troppo storico '. Essa proveniva, comunque, da storici del diritto, da giuristi, dunque, sicché va visto che cosa si intendesse allora per diritto ([261]). Chiarito questo punto, non potrà non apparire in piena luce — anche sotto questo altro profilo — la modernità dell'approccio bettiano e il maturarsi in lui di una visione generale che vorrei formulare così: concezione culturale della storia (Nietzsche) e concezione sociale del diritto o, se si vuole, un rapporto tra storia e diritto come pienezza *espressiva* e pratica del rapporto tra cultura e società. In questa visione, lo storico è colui il quale veramente, più che narrare la storia, la porta con sé ([262]), la riconosce attraverso la filologia — sia essa *Erkenntnis des Erkannten*, cioè storia, come pensava il Boeckh, sia essa piuttosto *Verlebendigung* e attualizzazione, come intendeva il Wilamowitz ([263]) — comunque strumento per la vita e — cosa essenziale — strumento problematico ([264]). Quanto al diritto, esso è la soluzione di problemi. Problemi di convivenza, la cui soluzione — a condizioni che non occorre qui richiamare — è vincolante sul piano pratico,

---

metodi io non mi reputo estraneo [...]. Il romanista potrà essere ignaro dello stato attuale dei singoli problemi storici, ma non potrà essere ritenuto incompetente a giudicare gli indirizzi e i problemi generali nel campo della storia romana »).

([261]) V. per ciò già sopra, I § 2. Si aggiungono le considerazioni di L. MENGONI, *Problema* cit., da cui appare, per nettissimo contrasto, la peculiarità — in Italia — di una posizione quale quella bettiana (peraltro non considerata nel saggio).

([262]) V. la bella indagine di L. E. ROSSI, *Karl Reinhardt fra umanesimo e filologia*, in *Ann. Scuola norm. sup. Pisa*, cl. di Lettere e filosofia, s. III, V, 1975, 1333 ss. Per un richiamo bettiano al Reinhardt v. *Riv. giur. umbro-abruzz.*, 40, 1964, 4 n. 1.

([263]) Per tutti v. G. JAEGER, *Einführung in die klassische Philologie*, München 1975, 26 ss.

([264]) V. l'eloquente frase del Bonfante (sopra, n. 260: *Tendenze* cit., 222). Questa problematicità e il comune rifarsi a Nietzsche mi parrebbero un elemento unificante per il ' qualcosa d'inespresso ', la ' innere Form ', la ' totalità di pensiero e di narrazione ', la ' congenialità ' — di cui riferisce ROSSI, *op. cit.*, 1347 ss., per la struttura e gli esiti della filologia in Reinhardt (v. anche U. HOELSCHER, *Die Chance des Unbehagens. Zur Situation der klassischen Studien*, Göttingen 1965, 31 ss. ed ivi, *Vorwort*) — e l'orizzonte ermeneutico bettiano: per

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

anzitutto per il sistema, per l'apparato, per il potere (è chiara dunque la lezione, insieme razionale e umanistica, per cui *libertas in legibus consistit*: ma si tratta di un punto che andrebbe più ampiamente documentato con tutte le sue implicazioni); ma ancor più vincolante è il p r o b l e m a , che impegna il giurista come tale a riconoscerlo nella sua storicità, e gli assegna una funzione politica, un compito, una missione sociale ([265]) e, quindi, una attività di critica della società. Tutto ciò, che certo non è l'idea di diritto corrente tra i giuristi, specie italiani, dell'epoca in cui B. si formava, non nasce dal nulla ([266]). Quel che ora occorre, dunque, è mostrare gli elementi che lo hanno reso possibile.

4. È quasi un luogo comune parlare oggi della Vienna degli inizi del secolo. Molti certo conoscono l'affresco che ne han fatto A. Janick e St. Toulmin nella loro ricerca sul giovane Wittgenstein ([267]): l'ambiente neokantiano, in cui « la logica e l'etica erano essenzialmente legate l'una all'altra e alla critica del linguaggio », « ogni uomo colto discuteva di filosofia e considerava i problemi fondamentali del pensiero postkantiano come diret-

---

es. sui problemi della deficienza ed eccedenza di contenuto e di valore significativo (TGI, I, 373 ss.; ed anche ivi, 350 ss.).

([265]) V. i rinvii fatti sopra, a n. 47.

([266]) V. sopra, n. 72.

([267]) *Wittgenstein's Vienna*, tr. it., Milano 1975. Si noti fin d'ora questo punto: che (18) l'incomprensione delle idee di Wittgenstein in Inghilterra era dovuta anche al fatto delle origini culturali di W. « di cui l'uditorio inglese era quasi del tutto all'oscuro [...] molti dei problemi su cui [W.] lavorava erano stati discussi da filosofi e psicologi di lingua tedesca già prima della I guerra mondiale ». Può esser utile confrontare un antico giudizio (1934) di A. MOMIGLIANO, rec. a M. A. LEVI, *Roma negli studi storici italiani*, Torino 1934, ora in *Quarto contributo*, Roma 1969, 659 ss., 662: « [...] gli studiosi formatisi [...] tra il 1870 e il 1915 non hanno trovato i loro problemi in patria, ma fuori: donde la difficoltà, che essi hanno dovuto superare, di trasformare in intime delle esigenze di ricerca nate da una tradizione straniera; donde il loro grande merito di avere iniziato un'era nuova per la ricerca in questo campo nel nostro paese, in modo da imporsi agli stessi maestri Germanici »; ed anche aggiungerei, la difficoltà, di farsi intendere in patria. Già Croce sottolineava la sfortuna, per le stesse ragioni, della sua *Teoria e storia della storiografia* (cfr. G. RIGHI, *L'opera principale di Emilio Betti e la cultura italiana del nostro secolo*, in *Studi Betti*, 1, Milano 1962, 431).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tamente collegati ai propri interessi, artistici o scientifici, giuridici o politici » e si disponeva di « uno schema filosofico generale, patrimonio comune di musicisti, scrittori, giuristi e pensatori di tutti i tipi oltre che dei filosofi accademici ». Nella città della borghesia, della stabilità, della *Ruhe und Ordnung*, Musil scriveva che « il linguaggio di ogni giorno in cui le parole non sono definite è un mezzo con il quale nessuno può esprimersi in modo univoco », ponendo l'esigenza di uno strumento privo di ambiguità; Weininger proponeva la teoria del tipo ideale come base per spiegare il comportamento umano; si teorizzava la separazione tra fantasia e ragione, strumento, tecnica relativa ai fatti, che doveva essere guidata dalla fantasia, cioè dai ' valori '; si andava alla ricerca, nelle arti figurative, nella musica, nella scienza, di principii organizzativi, metodi più rigorosi capaci di afferrare l'eccedenza di significato delle rappresentazioni; si teorizzava la necessità della congettura ([268]), si giurava sull'esigenza di studiare gli antichi maestri e sull'importanza della ricerca storica sugli sviluppi di una scienza ([269]), pur sempre intesa come un sistema di nozioni, una totalità di nozioni coerenti, ma in rapporto a un « funzionalismo storicamente aperto »; e la storia diventava « il legittimo campo di applicazione [...] — per marxisti e machiani — dei giudizi morali e un'arena per una scelta morale », l'attività intellettuale e la cultura una esplicita critica della società ([270]).

([268]) È interessante in proposito il materiale discusso da B. DE JOUVENEL, *L'art de la conjecture, Futuribles*, tr. it., Firenze 1967, con pref. di S. Cotta, p. es. 43 per un richiamo iheringhiano e specialmente 327 ss., sul rapporto tra linguaggio scientifico e linguaggio comune.

([269]) È sufficiente un richiamo a E. Mach, di cui v. un passo significativo in *Insegnamento* cit., 496 (e cfr. L. GEYMONAT, *Storia* cit., V, 2, 318 ss.). Già B. richiamava *Conoscenza ed errore* del Mach in *La « vindicatio »*, 14, n. 2 dell'estratto, sottolineando la necessità di introdurre anche nella scienza giuridica, al posto della « vieta categoria di *causa* — sgretolata già e superata dall'analisi critica hegeliana [...] la categoria ben più rigorosa di ' funzione ' », come già il Mach e il Pareto avevano fatto per le scienze fisiche e rispettivamente per l'economia politica. Infatti, « ogni mutamento che si opera nel mondo dei rapporti giuridici è *funzione complessa* di legge e di atto di parte: solo in questo quella diviene concreta e operativa [...] formolazione [...] atta a lumeggiare anche il rapporto tra intenzione empirica ed effetto giuridico nelle dichiarazioni di volontà » (ivi).

([270]) *Wittgenstein's Vienna* cit., 246 s., 253 ss. e *passim*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Gli stimoli che da questa atmosfera il giovane B. ha ricavato debbono essere stati decisivi. Le « Notazioni » sono in proposito molto rapide ([271]), ma l'ampia corrispondenza dà una diversa idea del fervore con cui il giovane B. si immergeva nella vita intellettuale viennese. Certamente le notizie che egli offre si riferiscono soprattutto ad attività di studio e di lavoro ([272]). Ma soprattutto una lettera ([273]) è importante:

« Quanto ai libri mi propongo di *non* comprarne *più* per ora; non per altro che per mancanza di denaro; del resto il denaro speso nei libri è a mio parere quello meglio speso: con circa 270 corone mi sono formato una magnifica bibliotechina dove ho tutto quello di cui ho immediato bisogno per il mio ramo di studio o per la mia educazione mentale come uomo. Giacché non solo ho comperato il Mommsen, Keller, Wlassak, Karlowa, Sohm etc. ma anche altre opere di storia del diritto (Schroeder, Plank) o di storia politica, letteraria, artistica (Paul, Sherer, Helmolt, Springer) e una collezione quasi completa dei classici della letteratura tedesca [...] così ho: Goethe, Schiller, Lessing, Uhland, Körner, Heine [...], Kleist, Hebbel, Grillparzer, Shakespeare (trad. di Schlegel). Ho detto che nell'acquisto dei libri mi sono lasciato guidare dal criterio della mia educazione mentale come uomo, della Selbsterziehung (Entwicklung und Ausbildung der Individualität); così anche nelle mie occupazioni giornaliere. Le osservazioni del prof. Segré [...] sono male a proposito; sarebbe ridicolo venire in una metropoli della cultura tedesca tenendo gli occhi chiusi agli insegnamenti che ci vengono da essa, non occuparsi di altro che di diritto romano. Si tratta qui di una opposizione di vedute che ha radici molto profonde: io considero il mio più alto compito e dovere la

([271]) Cfr. *Notazioni*, 13.

([272]) Così per Wlassak, di cui si riferisce la buona accoglienza, il giudizio eccellente sulla ricerca svolta sulla formula (*Su la formola del processo civile romano*, in *Il Filangieri*, 38, 1914, 674 ss.) e gli ' appunti ' datigli per un nuovo lavoro, le lezioni e i contatti con Jörs, Wessely, Brasslof, Kretschmar, ecc.; così per l'approfondimento del lavoro sulla crisi della costituzione (lett. del 14 marzo '14: « più vado avanti e più mi accorgo che il lavoro compiuto che vado annotando non risponde come dovrebbe alle esigenze della ricerca più recente »); così per il problema del rapporto rivoluzione-diritto, anche per la tesi del fratello Ugo (sopra, n. 214); così per la giustificazione della preferenza, anziché per Berlino e l'insegnamento di Seckel, per Friburgo (e cioè Lenel, Partsch ed altri storici), in ciò seguendo anche il consiglio dell'Albertario. Ma B. scrive anche, altra volta, che le persone troppo studiose facilmente e generalmente perdono di vista più o meno le esigenze della vita pratica.

([273]) 3 marzo 1914, ai genitori.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ausbildung der Individualität, la mia *cultura* quale uomo moderno; vi sono menti ristrette che considerano invece la propria individualità come *mezzo* a uno scopo più o meno limitato. Questa è una unilateralità che io per me non so e non posso tollerare: unilaterale vuol dire ignorante di tutto ciò che è fuori del proprio campo, monco, cieco; i grandi maestri del nostro rinascimento erano tutt'altro che unilaterali; la loro *omni*lateralità meravigliosa ha per me il significato di un esempio da imitare e di un eccitamento a imparare. V'è tra me ed altri una opposizione di *temperamenti*: a loro forse quando escono dal loro campo vengono le vertigini o un senso di disorientamento; a me no: io sono ben capace di restare nel mio campo [...] ma anche di occuparmi di quanto accade al di fuori. Si tratta della capacità di conciliare e vi sono uomini a cui tale capacità manca: ciò non li legittima a fare agli altri un rimprovero delle loro capacità [...]. Sta per venire per me un periodo di Sturm und Drang [...] al quale vado incontro pieno di speranza e di lena [...]. Scusatemi dell'incuria e della frammentarietà della lettera. Non ho tempo. Vostro Emilio ».

In realtà B. aveva già dietro di sé un'accumulazione di tensioni, non solo di studio o più ampiamente culturali ma anche pratiche. Se delle prime danno conto, oltre quanto lo stesso B. ricorda nelle *Notazioni* ([274]), i quaderni conservati di liceo e di università ([275]), per un altro aspetto dalle carte di famiglia si ricava un dato che certamente ha pesato molto sull'intero sviluppo della personalità di B.: la vigilanza e direi il rigore con cui il padre intendeva allontanarlo dalla sua passione per gli studi letterari e filosofici ed avviarlo, appunto, a quelli giuridici. Quella passione lo porterà — anche dopo la laurea in legge, il premio Romagnosi ([276]), la pubblicazione delle prime opere (la stessa scelta del diritto romano era stata del resto un compromesso nel

([274]) Soprattutto 5 ss.

([275]) Si tratta di alcune decine di quaderni. Di alcuni tra essi indico qui il contenuto: *il metodo di Fichte* (settembre 1909); *studi critici kantiani* (1908), *hegeliani e rosminiani* (1917); *Logica* (1908) e *Storia della filosofia* (1908) di Spaventa; quella di Höffding (1908); i *Principles on human nature* e i *Principles of body politics* di Hobbes (1909); *Economia pura*; *Per la teoria degli atti processuali di parte* (Bülow, Klein) (1916); varii quaderni dalle *Vorlesungen* di Partsch; ma, soprattutto, *Appunti filosofici*; *Gedanken*; *Per una nuova filosofia idealistica del diritto e della cultura* (Parma, 1915 s.). Di quest'ultima raccolta trascriverò in appendice qualche pagine: oltre, p. 288 ss.

([276]) V. oltre, n. 302.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

compromesso) (277) — « a conservare il contatto fra la storia del diritto e la storia generale della civiltà e delle idee » (278), ad approfondire una preparazione erudita seguendo corsi di paleografia e diplomatica latina del Cappelli, a frequentare corsi di archeologia, storia antica, storia moderna, paleografia greca, storia della filosofia (279) e filosofia, ecc. a Bologna, dove si sarebbe laureato nel dicembre del '13 appunto con la tesi sulla crisi della costituzione repubblicana. Tutto ciò, a dir vero, non placava la continua dissuasione paterna, che si affidava anche ad autorevoli interventi esterni (280) prodighi di consigli certamente sollecitati.

---

(277) Cfr. *Notazioni*, 10.

(278) Ivi, 11.

(279) Ne è traccia rilevante lo studio sul « diritto nel sistema della realtà secondo Platone » (*Contributo alla storia della filosofia del diritto nell'antichità*), da me pubblicato in *Ann. Macerata*, n.s. 1, 1971, 3 ss.; cfr. *BIDR*, 70, 1967, 295, dove sulla base del manoscritto, facevo già riferimento ad un confronto, instaurato da B., con le conclusioni di Marx (nella rec. a B. BAUER, *Die Judenfrage*): « solo quando l'uomo individuale, reale, riprende in sé l'astratto cittadino dello Stato e quale singolo, nella sua vita empirica, nel suo lavoro individuale, è divenuto un essere di specie, solo quando l'uomo ha riconosciuto e constituito le sue forze proprie come forze sociali e quindi non disgiunge più da sé la forza sociale nella forma di forza politica, solo allora è compiuta l'emancipazione umana. Ecco la perfetta antitesi dello Stato ideale di Platone: dove l'universale da lui viene *imposto* ai singoli, dal Marx viene *svolto* da essi » (*Il diritto*, 28 n. 30) V. ora la stimolante analisi di N. BADALONI, *Marx e la formazione dell'individuo sociale*, in *Problemi teorici del marxismo*, Roma 1976, 61 ss.

(280) Già in una lettera del 28 agosto 1909 il padre scriveva a B.:

« Mi accorgo [...] che malgrado il prof. Cicu abbia posto a tua disposizione la biblioteca dell'istituto, tu prosegui nei tuoi studi di filosofia pura e di letteratura tedesca, trascurando affatto tutte quelle discipline che debbono formare la *base* della tua erudizione [...] tu comprendi a meraviglia il danno che può arrecarti l'unilateralità dei tuoi studi. E dicendo unilateralità sono anche condiscendente, giacché in realtà la filosofia pura, su cui tu ti sei fermato, è un'antenata lontanissima della filosofia del diritto. Io non ho pretesa di distoglierti del tutto da codesti studi speculativi ed astratti, che pare meglio degli altri soddisfacciano i tuoi gusti e le tue tendenze; ma desidero che nell'occupazione quotidiana abbiano la loro parte, e parte preponderante, quelle discipline prettamente giuridiche che formano l'essenza dello studio, che più tardi dovrà procurarti un'onorevole e lusinghiera posizione [...] ».

Ma con pochi risultati. Vi è per es. una lunghissima filippica contro 'il filosofismo idealistico' scritta nel '12, al padre di B., dal prof. T. Armani (« Sul filosofismo del suo figliuolo, che vuole?... mala tempora currunt. Questi giovani, questi nuovissimi rimasticatori dell'hegelismo tedesco, questi pretonzoli sgusciati

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Mi pare dunque di poter dire che questa vicenda — testimonianza preziosa e, d'altro canto, certo inconsapevole, al livello privato di cui sto parlando, di quella generale mancata identificazione tra storia e filosofia che era propria del tempo — segna profondamente la sicura e decisa scelta culturale del giovane B. che, pur nella base filologica altrettanto sicura, si orienta fin da allora per la via metodologica come giustificazione teorico-pratica dell'impegno di uomo-figlio. Anche per questo — come vedremo meglio — la problematica ermeneutica che conduce alla TGI starà ad indicare la ripresa decisa di questa lontana origine ([281]). E del resto, maestri come Segrè e Bonfante o giovani colleghi come Fraccaro, in Germania maestri come Wlassak, Partsch ([282]), Zitelmann ([283]) rappresentavano certamente la garanzia della possibilità di un lavoro culturale solidale e congeniale con le esigenze tipicamente bettiane di non essere uno studioso di « materie le-

---

dalla scolastica e paurosi di sfregare le costole agli spigoli della realtà... ». Ancor più notevole, però, è una lettera di V. Macchioro (che di B. era stato professore al liceo di Camerino), scritta nell' '11 ed in cui si discute a fondo di storia antica, si contesta la dichiarata (da B.) antipatia per le ' materie legali ' ma gli raccomanda: « qualunque sia il suo studio non dimentichi la filosofia. Impari a conoscere il pensiero filosofico dei grandi moderni — Kant, Hegel, Croce — e si sentirà triplicare le forze ». Il giovane B., comunque, già si avviava per la strada che sarebbe stata la sua.

([281]) Una prova indiscutibile in questo senso è offerta, ad es., da una lettera di A. Baratono del dicembre '25 su soggettività ed oggettività del senso storico: un colloquio, che si concluderà nelle *Categorie civilistiche dell'interpretazione* del '48 (cfr. *Interpretazione*, II ed., 54) e nella TGI e di cui è documento importante una lettera di B. al Baratono dell'agosto '47.

([282]) Il debito intellettuale del giovane B. verso Partsch (il « geniale Partsch », dirà anche P. Koschaker, *Selbstdarstellung*, in *Oest. Geschichtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, II, Innsbruck 1951, 109, 112; cfr. anche F. Pringsheim, *Joseph Partsch* (1925); Id., *Otto Lenel, Fridolin Eisele, Josef Partsch* (1957) ora in Id., *Gesammelte Abhandlungen*, I, Heidelberg 1961, 26 ss., 29 ss., 36 ss.; l'antifascista Partsch: cfr. J. Partsch, *Italienische Studienreform*, in *JWZ*, 53, 1924, 32) è grandissimo: v. ad es. B., *Antitesi* (1915), 34 n. 2; oppure *Studii sulla litis aestimatio* I (1915), 38, 41, e cfr. oltre, n. 301.

([283]) Cfr. B., *Metodica*, 39 (« un grande maestro, [il] più grande, a mio giudizio, fra i giuristi tedeschi dell'epoca seguita alla morte di Jhering e Windscheid »); cfr. *Il problema*, 17, 19.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gali », ma un giurista in senso nuovo, formato a vedere le connessioni e capace di superare le barriere delle specializzazioni (284).

5. Un primo controllo di quanto di quell'esperienza è penetrato nell'opera di B. non è certo facile. Molto si ha negli scritti dell'epoca, specie nelle note; e molto negli appunti del 1914-1916 che rivelano anche, naturalmente, la grande importanza di Croce (285): riflessioni sul concetto di responsabilità, di comando, di

(284) Un altro aspetto essenziale di questa formazione — che si manifesterà poi nella costante affermazione di una missione politica dello studioso e, in particolare, del giurista — è documentato dal suo orientamento ideologico, fondamentalmente laico (una lettera del 1907 ricorda « il bellissimo discorso di Cavallotti per l'inaugurazione del monumento di Garibaldi a Milano »), socialista e antiborghese. Ne sono indizio, tra l'altro, le letture giovanili, meditate e postillate, di opere come *Les documents du progrès*, 1912 e seg. l'*Histoire du communisme* di A. SUDRE, l'*Organisation socialiste de la France* di J. JAURÈS, la *Teoria sindacalista* di G. PREZZOLINI; *La Comune di Parigi, Riforme e rivoluzione sociale, Economia, socialismo, sindacalismo, Le tendenze politiche dell'Austria contemporanea*, di Art. LABRIOLA, la costante rivendicazione del valore emancipatorio del marxismo. Né di ciò si dimenticherà. Si veda per es. la critica alle tesi di W. Röpke e l'affermazione (*RIL*, 85, 1942-43, cit.): « è significativo che R. riconosca la necessaria interdipendenza logica e coerenza morale fra la politica dell'economia e la politica generale, e così fra il liberalismo economico e il liberalismo politico [...] e pertanto riconosca il concetto di « borghese » come un concetto storico, la lotta contro il quale non è stata punto una lotta contro i mulini a vento (così CROCE, *Etica e politica*, 321-328) ». Cfr. sopra, n. 113 e v. anche B., *A proposito della evoluzione del liberalismo* (su G. De Ruggiero), 147 ss., specie 150, sulla questione sociale (ed. ivi, il riferimento all'articolo di F. Lombardi, ne *L'Avanti* del 20 marzo '45). Ma gli atteggiamenti politici bettiani — rispetto ai quali hanno avuto notevole influenza anche avvenimenti esterni come « la settimana rossa » di Parma (qui viveva la famiglia di B. che vi si era laureato e vi insegnerà da libero docente) e gli esiti del sindacalismo rivoluzionario, al quale B. aderiva (cfr. di recente A. RIOSA, *Il sindacalismo rivoluzionario in Italia e la lotta politica nel partito socialista dell'età giolittiana*, Bari 1976; G. B. FURIOZZI, *Il sindacalismo rivoluzionario italiano*, Milano 1977) — meritano un più ampio discorso. V. comunque oltre, n. 495.

(285) V. già sopra, n. 147 e n. 206. Croce aveva mandato al giovane B., che per conto suo li aveva largamente postillati, alcuni lavori (tra i quali *Genesi e dissoluzione ideale della Filosofia della storia*; *Sentendo parlare un vecchio napoletano del Quattrocento*; *Questioni storiografiche*; *Intorno alla letteratura storiografica italiana*; *Frammenti di estetica di F. De Sanctis*; *Inizio periodi e carattere della storia dell'estetica*) ed altri gliene manderà più tardi (p. es. *Storia e biografia*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

legge, sul rapporto tra dogma di fede e dogma giuridico, sul delitto e l'eresia, sulla trasformazione nella storiografia dell'antichità dei *Lehrbücher der Antiquitäten* o *Alterthümer* in *Systemen des Staatsrechts* come passaggio dalla considerazione meramente estrinseca e filologica alla considerazione intrinseca, esoterica, giuridica (ed un trapasso analogo — si aggiunge — segna nella storia della filosofia la trasformazione della filosofia wolfiana in quella hegeliana attraverso Kant). Vi si propongono le linee di uno studio della continuità storica tra l'immanenza hegeliana e la morale nietzschiana; si formulano riflessioni morali e di costume; si critica l'impiego di una concezione astratta e trascendente del diritto come opposto alla forza ma si accenna anche alla necessità di individuare i limiti della teoria dello Stato come potenza; si illustrano le linee di svolgimento del concetto puro di « controllo », come verifica del rapporto di conformità (o difformità) del singolo atto con la norma; si richiamano sul valore della violenza gli appunti dello studio sulla *vindicatio* ([286]), le *Reflexions sur la violence* di Sorel, materiale presente ne *Les do-*

A parte la presa di posizione sulla dogmatica (sopra, n. 145) Croce troverà una nuova occasione di discutere idee di B. nei *Quaderni della critica* del 1949 (98 s.) a proposito della critica bettiana a traduzioni italiane della fenomenologia e della logica di Hegel (*RIL*, 75, 1941-1942, 367 ss.; v. anche B., *Probleme der Ueberseztung und der nachbildenden Auslegung*, in *Deutsche Vierteljahrschr. f. Litteraturwiss. u. Geistesgesch.*, 27, 1953, 489 ss.; *Traduzione e interpretazione*, in *Responsabilità d. sapere*, 81, 1967, estr.). Può essere utile (cfr. n. 106) riferire anche un appunto di B. con l'indicazione di taluni scritti in cui più particolarmente vi era una presa di posizione nei riguardi di Croce: *Diritto romano e dogmatica*, 99 s., 131 ss., 146; 27; *Educazione*, 39, 65-70; *L'attuazione*, 274; *Diritto romano*, prefazione, XII-XIV; *Diritto processuale civile*, 310; *Istituzioni*, I, prefazione, VI, VIII; *Per una traduzione*, 19 dell'estr.; *Per un'interpretazione*, 172 s.; *Per le relazioni culturali*, 6 n. 2 dell'estr.; *Lettera aperta a Benedetto Croce*, in *Rivolta ideale*, 5 settembre 1946; cfr. *Il negozio giuridico in una pubblicazione recente*, in *Giur. it.*, 99, 1947, IV, 138; *Le categorie*, 40 n. 116, 45-48 estr., 80-84 e 75 n. 116; *Posizione dello spirito*, 11, 21 con n. 78, 33 n. 121, 37, n. 129; *Fattori determinanti*, pass.; *Ergänzende Rechtsfortbildung*, 392 n. 78, 396 n. 107; *Recenti reazioni*, pass. Cfr. in generale ora l'importante lavoro di A. De Gennaro, *Crocianesimo* cit. Alcuni punti essenziali del disaccordo con Croce (p. es. la concezione del sentimento e quella dei generi letterari, la critica della concezione statica dell'errore e di uno storicismo adialettico) sono richiamati da G. Righi, *L'opera principale* cit., 457.

([286]) *La « vindicatio »* cit., in *Il Filangieri*, 39, 1915, 321 s.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cuments du progrès; si illustra diffusamente l'opportunità di sostituire al concetto di coazione quale momento caratteristico del concetto di diritto il concetto di responsabilità, con richiami a Croce e Bergson, del quale si fa una lunga lettura; il rapporto tra offesa e difesa, qualità e quantità (con una critica a Croce per cui si trova uno spunto in Leibniz); le idee di autonomia ([287]), il concetto nieztschiano della *Freiheit zum Schaffen* ([288]) come svolgimento della definizione hegeliana del concetto di libertà; discussioni delle obiezioni di Bergson contro i concetti kantiani di spazio come forma di intuizione e del molteplice dell'intuizione, sulla scorta di Gentile e di Benno Erdmann, ecc. ([289]).

Influenze esterne e interne che dovevano necessariamente informare anche la sua opera scientifica, e anzitutto quella di storico e di romanista, se possiamo credere che fosse la meditazione filosofica, fin dagli anni liceali e universitari, a condurlo ad « apprezzare sempre più il valore della storia, sia delle idee, sia degli istituti », e fargli cercare un « solido fondamento alla meditazione in una larga cultura storica » ([290]). B. insomma comincia a presentarsi come uno storico, non certo ' puro ' e tale è, pienamente, anche nei lavori privatistici, che occorrerà ora esaminare.

6. Nei sei anni trascorsi dalla laurea B. aveva fatto molto ([291]): dal '12 al '16 bibliotecario per concorso (a Venezia, Pavia, Par-

([287]) Così, viene richiamata un'osservazione di K. Liebknecht sulla ingiustificabilità della guerra « a proposito della affermazione dei socialisti tedeschi di voler combattere in Russia il despotismo degli Zar ». Oppure si ammette (in certo senso) la possibilità di vivere la propria morte, richiamando Tolstoi: « ' è finita la morte ', esclamava Ivan Iljic, morendo ».

([288]) V. anche *Notazioni*, 40, per il saggio su Nietzsche (e cfr. sopra, n. 258, 259).

([289]) La ricchezza in generale di questi appunti può esser meglio illustrata dalla pubblicazione di alcune pagine, che ne vien data in appendice, oltre, p. 288 ss.

([290]) *Notazioni*, 10. L'incontro successivo ed essenziale con Nic. Hartmann trova già qui feconde ragioni di congenialità. Certamente importanti, comunque, saranno anche i rapporti instaurati per es. con Baratono, Banfi e già De Ruggiero, Lamanna, ecc. V. anche sopra, n. 33.

([291]) Le lettere di B. parlano spesso di un periodo di lavoro duro in coraggiosa solitudine.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ma), nello stesso tempo si era laureato in scienze storiche, aveva seguito gli insegnamenti di Wlassak a Vienna, di Partsch e Lenel a Friburgo, di Bonfante a Pavia, ottenuta la libera docenza a Parma, insegnato storia al liceo di Camerino, vinto, infine, la cattedra nel '17. Egli aveva allora già elaborato gli studi sull'*obligatio*, ma la commissione (Fadda, Riccobono e G. Segrè) considerò solo gli scritti pubblicati — a parte quelli di storia del diritto pubblico ([292]), un complesso di sedici ([293]) lavori di diritto privato e processuale — che permisero alla commissione di riconoscere « le sue doti molto elevate di studioso e di ricercatore, l'acutezza del suo ingegno, la dovizia delle idee, la vasta e multiforme cultura, la sua notevolissima preparazione filologica, la straordinaria sua familiarità coi testi, la fervida e indefessa operosità, da lui esplicata in pazienti, difficili e severe indagini appartenenti ai campi più svariati del diritto romano, infine la sua scrupolosa onestà scientifica. Perciò, a buon diritto il Betti va collocato tra i migliori giovani cultori della materia ed è ben meritevole di salire la cattedra » ([294]).

Non ci si può proporre qui un'analisi approfondita di quei primi lavori ([295]). Ma se può essere sufficiente, per un inquadramento dei risultati nel panorama romanistico del tempo, richiamare da un lato il giudizio di concorso ([296]), ricordare da un

---

([292]) Sopra, II § 3.

([293]) O, meglio, diciassette, dati i rapporti tra il primo e il secondo lavoro gaiano: oltre, p. 241 s. e n. 303.

([294]) Boll. uff. Min. Pubbl. I., XLIV, 1917, n. 51, 2239 ss., 2241.

([295]) Per i primissimi, v. ad es. i giudizi delle commissioni per concorsi ad assegni di perfezionamento, composte rispettivamente da F. Ruffini, A. Sraffa, G. Segrè, S. Romano, A. Rocco (per l'interno, 1913-14: 1° su 14 concorrenti, tra i quali A. Ambrosini, P. Calamandrei, M. Chiaudano, M. Ghiron, G. Masi); E. Carnevale, E. Costa, D. Schiappoli, O. Ranelletti, E. Besta (per l'estero, 1913-14: 3° su 11 concorrenti, tra cui G. Battaglini, G. Forchielli. S. Galgano, A. C. Jemolo); M. Pantaleoni, C. Bertolini, G. Chiovenda, L. Franchi, O. Ranelletti (per l'estero, 1914-15: 1° su 9 concorrenti, tra i quali A. Asquini, P. Calamandrei, M. Ghiron). Non ho potuto reperire gli atti della libera docenza. Al concorso romanistico del 1915 si collega la « lettera aperta a B. Brugi » (sopra, n. 253) che fu molto rimproverata a B.

([296]) « [...] Sono più specialmente attinenti alle dottrine del diritto privato materiale, lo studio in duplice edizione « sul significato di *contrahere* in Gaio », quello « sul valore dommatico della categoria *contrahere* nei giuristi proculiani e

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

altro lato la contemporaneità — rispetto alla « scoperta » (297) relativa alla denominazione « *quasi ex contractu obligatio* » — della tesi dell'Arangio-Ruiz (298) e delle conferme esegetiche del Ricco-

---

Sabiniani », infine le due recentissime monografie sulla « responsabilità ereditaria dell'erede e in nome proprio e quale avente causa » e « sulla responsabilità nossale e peculiare e responsabilità del *pater familias* nei limiti dell'arricchimento ». Se il primo, il più antico, era già notevole nonostante qualche sottigliezza e qualche menda, un buon contributo alla dottrina delle fonti dell'obbligazione e al concetto di *contrahere* e *contractus* nei giuristi romani, il secondo, che è invece dei più recenti lavori del Betti, benché troppo arido e concettoso, segna, nello stesso ordine d'indagini, un serio progresso per indipendenza di giudizio, e per vigoria di pensiero e originalità di vedute. Né diverso è il giudizio per le due monografie ricordate da ultimo; esse costituiscono, per certo, contributi assai pregevoli allo studio della responsabilità dell'erede, e, rispettivamente, del *pater-familias* o *dominus* nei limiti dell'arricchimento, e a quello dell'azione contro l'erede *ex contractu* per dolo del defunto, sebbene la Commissione non stimi ancora abbastanza mature talune sue conclusioni.

Col lavoro del 1912 « sull'opposizione dell'*exceptio* all'*actio*, e sulla concorrenza fra loro », dove egli acutamente ha tentato la soluzione generale di un problema gravissimo fino allora considerato soltanto in singole applicazioni, e dove però non mancano inesattezze e deduzioni alquanto frettolose, il Betti iniziò le sue ricerche nel campo più propriamente processuale. Le sue buone attitudini, l'adeguata preparazione, l'emancipazione progressiva del suo pensiero da quello altrui, si rivelano sempre meglio nei posteriori lavori appartenenti a questo gruppo. Quello sulla formula, è certo un'accurata analisi del concetto e degli elementi della formula, ma tuttavia nella folla delle osservazioni, delle ipotesi e dei tentativi di soluzione di problemi capitali e di essi enigmi [sic] nel campo del processo, che in parte egli riprese in esame negli studi successivi, il pensiero del Betti s'ispira in non piccola parte a quello di maestri insigni della materia. Lo stesso può dirsi per i due lavori sulla *vindicatio* primitiva, dove per altro il concetto iniziale, certo non nuovo, è svolto ingegnosamente nelle sue manifestazioni ulteriori in seno al primitivo processo. Anche maggiore indipendenza ed originalità si rivela negli studi sulla *litis aestimatio*, dove, sebbene varii dei risultati a cui il Betti perviene lascino luogo a gravi dubbi, la Commissione riconosce il valore degli ingegnosi tentativi esegetici con cui egli ribatte opinioni che vanno acquistando sempre maggior credito nella dottrina. Ed anche l'ampio lavoro « sulla antitesi fra *iudicare* e *damnare* » è un ben pregevole contributo allo studio della genesi e del concetto della dichiarazione d'accertamento contenuta nella sentenza, certo con ipotesi ardite, ma tali che rivelano acume e dottrina nell'autore. Ad un campo più circoscritto del processo formolare, ma importante, quanto difficile e spinoso, appartiene il gruppo dei lavori sugli effetti della *confessio* e dell'*infitiatio certae pecuniae*, sulle *actiones ex confessione in iure*, e sulle *actiones ex responsione in iure*, i quali, per copia di felici congetture e di acute considerazioni, sono, a giudizio della Commissione, tra i migliori del Betti. Né inferiori a questi è il lavoro più recente sulla *condictio pretii*, che è un elegante e limpido studio sul mutato oggetto della *condictio* in dipendenza del mutato carattere della condanna e della domanda giudiziale nel processo giustinianeo ».

(297) Rivendicata in *Sul valore dogmatico*, 5 n. 2; cfr. ivi, add., 1 = *Bull.* cit., 329.

(298) *Le genti e la città*, in *Annuario Univ. Messina*, 1913-14, 42-58 = *Scritti di diritto romano*, I, Napoli 1974, 519 ss., 558 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bono (299) e del De Francisci (300) o la discussione con il Bonfante (301), l'importanza di tali scritti per l'ulteriore attività scientifica di B. è, però, tale, che occorrerà comunque soffermarsi su alcuni di essi, offrendo almeno del materiale per una valutazione più completa, che forse verrà.

Vi è anzitutto il lavoro di laurea sul *contrahere* e le *obligationes* da *contrahere* nei giuristi romani, al quale fu assegnato nel '12 il premio Romagnosi, con giudizio estremamente lusinghiero (302). B. ne estrasse solo alcune parti, pubblicate a sé e

---

(299) *Dal diritto romano classico al diritto moderno* (1917), 63 dell'estratto (ora in *Scritti di diritto romano*, II, Palermo 1964): cfr. *Sul valore*, add., 2 = 330.

(300) *Synallagma*, I-II, Pavia 1913-1916, II, 332 ss. (cfr. M. SARGENTI, *La sistematica pregaiana delle obbligazioni e la nascita dell'idea di contratto*, in AA. VV., *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino 1974, 472 n. 17).

(301) *Teorie vecchie e nuove sull'origine dell'eredità* (1915), ora in *Scritti giuridici varii*, I, Torino 1916, 492 n. 1; B., *Sul valore*, add., 4 s. = 332 s. Qui si può notare un tratto caratteristico in B.: devotissimo a coloro di cui si considerava allievo (così, dedica a Lenel e Wlassak ' in segno di ammirazione ' il lavoro sull'opposizione dell'*exceptio* all'*actio*, a G. Segrè, « che m'insegnò il diritto pubblico romano », « in segno di altissima stima e di affettuosa devozione » gli studi sulla *litis aestimatio* e sul carattere giuridico del Principato di Augusto; costante è poi il riconoscimento del debito nei riguardi di J. Partsch: sopra, n. 282 e cfr. la commossa rievocazione in *Gnomon*, 35, 1963, 199 s.), egli rivendica però costantemente la libertà scientifica nei confronti dei maestri: v. per es. *Su la formola*, 674 n. 1, 681 n. 1, ecc.

(302) L'ampia relazione, firmata da G. Segrè, L. Lusignani ed E. Redenti, può esser qui in gran parte riferita (cfr. *Annuario R. U. Parma*, 1912-1913).

« L'A. esaminata anzitutto la terminologia tecnica circa il fatto dello stringersi dell'obbligazione e la fonte di questa, l'*obligari* secondo il *ius civile* e il pretorio, l'etimo di *contrahere* e di *contractus*, onde desume che nel concetto genuino contenuto in entrambi questi termini c'è soltanto quello di restrizione della propria libertà, esamina poscia l'uso di *contrahere* (*negotium*) e di *negotium gerere* nell'editto, e in correlazione a questo uso, i passi dei giuristi, ove ricorre *negotium*. Passa quindi l'A. nel vivo del tema coll'esame dei significati di *contrahere* e di *contractus* nella giurisprudenza romana. E qui ci troviamo in presenza di una indagine minuta e di una vasta trattazione, di cui non sarebbe possibile costringere il riassunto in breve spazio.

Indubbiamente, e i relatori lo rilevano con viva compiacenza, assai spesso in questa parte, che è anche la principale del lavoro, è dato incontrarsi in esegesi, osservazioni, considerazioni veramente interessanti ed atte a recar lume su punti essenziali del poderoso problema storico dell'origine e dello sviluppo delle obbligazioni romane e delle loro fonti. Di riscontro, e ciò era quasi inevitabile data la complessità e la difficoltà dell'indagine, c'imbattiamo non di rado in affermazioni per lo meno arrischiate, in sottigliezze dialettiche che contrastano con l'abito mentale saldo e positivo del giureconsulto, di cui l'A. esamina le dottrine. Inoltre l'A. trascorre qualche volta troppo facilmente ad ammettere

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nel *Bullettino* ([303]), in cui andava ben oltre la stesura originaria

interpolazioni, senza darne prova sufficiente e a disconoscerne altre che si possono considerare come accertate o almeno come grandemente probabili.

Non è possibile dar ragione punto per punto di questo giudizio complessivo sul contenuto di questa, che è la maggior parte del vastissimo lavoro: giudizio che torna nell'insieme molto favorevole ed incoraggiante per il giovanissimo autore [...]. D'altra parte offrono, invece, vasta materia di meditazione le acute indagini dell'A. sull'uso di *ex contractu obligatio* nelle Istituzioni di Gaio e di *contractus* identificato nell'*ultro citroque obligatio* in Labeone e Aristone, sul rapporto fra *consensus* e *contrahere* e sul modo come Pedio e Celso per altre vie si opporrebbero alla dicotomia sabiniana, sulla rivendicata classicità dell'*agere praescriptis verbis* di fronte ad assalti recenti, pur avendo l'A. omesso l'argomento che avrebbe potuto trarre dalla testimonianza dei giuristi bizantini pregiustinianei. Così pure, notevole è la critica alla congettura, che solo coll'assunzione dei *nova negotia* si riconosca essenziale al *contractus* il *consensus*; interessanti le osservazioni e gli svolgimenti dell'A. sulla teoria del *solvere* come *negotium contrahere* in Giuliano e seguaci, e, per converso, come *distrahere* in Gaio; sulla *datio ob causam* come fondamento delle *condictiones*, sul *contrarius actus* in Pomp. fr. 80 D. 46, 3. E pur meritano attenzione l'esegesi dotta e i tentativi di ricostruzione dei celebri fr. 1 pr. § 1; fr. 4; fr. 5 D. 44, 7, onde, come risultato generale si avrebbe che Gaio, in disaccordo coi suoi precettori, avrebbe accolto una terza fonte di *obligationes* accanto al *contractus* e al *maleficium* (un *re obligari* in contrapposto al *re contrahere*): una trattazione questa dove meritano anche particolare rilievo punti speciali, quale quello relativo al valore storico della contrapposizione della *negotiorum gestio* al mandato, e alle relazioni fra la *retentio* e l'*actio negotiorum gestorum*. E pur interessanti sono gli svolgimenti relativi al *iudicio contrahi* in Ulp. fr. 3 § 11 D. 15, 1; alla bilateralità della *litis contestatio*; al significato di *contrahere* e *contractus* in Paolo (in particolare circa il *dare contrahendi animo* in questo giurista, e circa le ragioni perché in Paolo non sia *contrahere* l'*incidere in communionem*), e a proposito di Ulpiano poi, la trattazione relativa al *ius iurandum* come *contrahere* e alla *confessio in iure*, che non sarebbe invece un *contrahere*.

Nelle conclusioni, dove l'A. non mira soltanto a riassumere i risultati delle ricerche esegetiche precedenti, ma a dimostrarne la portata e ad inquadrarli nella storia delle obbligazioni romane, non mancano per vero ipotesi alquanto temerarie, ma accanto ad esse si incontrano anche congetture ben meritevoli di attenzione, come quella circa il concetto duplice, uno più tecnico, uno meno tecnico, di *contractus* e di *obligationes* secondo i Sabiniani, quale apparirebbe nelle Istituzioni di Gaio, e circa il concetto di *contractus* secondo Labeone e seguaci [...]. Si leggono pure con vero interesse le pagine, con cui si cerca di fissare la posizione, che, riguardo alla dottrina la quale fa capo a Giuliano e che l'A. qualifica come neo-Sabiniana, assumerebbero Paolo ed Ulpiano, e quella particolare che di fronte ad essa prenderebbero Gaio, Scevola, Papiniano e infine Giustiniano quanto al senso e al valore di *contractus* e *negotium contrahere*.

Non occorrono altre parole per dimostrare come l'autore ha affrontato un tema molto vasto e arduo con la piena consapevolezza delle sue difficoltà e come egli vi si è accinto con la scorta di una buona preparazione e di una cultura generale e speciale veramente ammirabile in un giovane dell'età sua. L'ingegno acuto, la familiarità coi testi, la forza di volontà dell'autore si rilevano non solo nell'analisi minuta e coscienziosa di migliaia di passi delle fonti, ma altresì nello sforzo di organizzare e dominare un immenso materiale. E tale merito resta, quand'anche un novello esame dovesse scuotere più o meno profondamente i risultati cui l'autore è giunto attraverso ad indagini così pazienti, difficili e severe [...] ».

([303]) Sanseverino Marche, 1912, pp. 51; *BIDR*, 25, 1913, 65-88. Per il ma-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ed enunciava una dottrina che avrebbe preso sempre più significato nel corso degli anni (304). Un risultato essenziale, riscoperto in epoca recentissima (305), è, p. es., la netta differenziazione tra natura e scopo del manuale istituzionale gaiano e delle *res cottidianae* — opera questa (scrive B.), destinata alla pratica, « la quale, sempre rinnovantesi, lascia campo al sorgere di opinioni nuove » (306) — con la critica del canone perozziano che « un'affermazione testuale rispondente a uno stato di diritto antico fatta da un giurista recente autorizzi a ritenere interpolati *tutti* i testi di questo e *degli altri* anteriori *e contemporanei* esprimenti un principio contrario. Ma quanto poco un simile canone sia atto a una ricerca scientifica, non occorre dimostrare ». E continua: « Nel caso poi di Gaio, considerato come scrittore, alla obiezione della discordanza tra [Inst.] 3.88 e D.44.7.1pr. risponderemo: altrimenti Gaio parlava ai suoi scolari, altrimenti ai pratici; altro per lui era far lezione col debito rispetto delle vedute tradizionali, altro esporre liberamente il proprio parere a effetti pratici determinati » (307).

---

teriale inedito relativo a Gaio, Papiniano, Ulpiano e Paolo cfr. *BIDR*, 25, 1913, 67 n. 2; *AG*, 93, 1925, 286 e n. 2.

(304) Una rinnovata formulazione e revisione si trova da ultimo, parzialmente, in *Istituzioni* II, 1, Padova 1960, 66 ss.

(305) Cfr. per es. A. M. HONORE', *Gaius. A Biography*, Oxford 1962, 68 s. (cfr. *RIFCl.*, 92, 1964, 619 ss.); Th. MAYER-MALY, *Divisio obligationum*, in *The Irish Jurist*, 2, 1967, 375 ss.; W. WOŁODKIEWICZ, *Obligationes ex variis causarum figuris* ecc., in *RISG*, XIV, s. III, 1970, 77 ss.; F. GALLO, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle « obligationes ex variis causarum figuris »*, in *BIDR*, 76, 1973, 171 ss. Questi due ultimi autori non considerano B., *Le fonti dell'obbligazione* cit., 267 ss. né (Gallo) la *Teoria gen. delle obbl.*, III, Milano 1954, che ne riprende la problematica oltre l'art. 1097 c.c. 1865. Vero è che lo stesso B. osservava, nel suo studio, di aver « additato un semplice schema, nel quale può indirizzarsi l'indagine storica. La ricerca vera della genesi dell'art. 1097 C.civ. — ben più difficile e complessa di quel che non sembri — è ancora da fare » (ivi, 317). V. comunque C. A. CANNATA, *La classificazione delle fonti delle obbligazioni: vicende di un problema dogmatico e pratico* (I parte), in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, raccolti da Giovanni Tarello, IV, Bologna 1974, 37 ss., 66 con la n. 73.

(306) *Sul significato* (1913), 27.

(307) Ivi, 28.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Si tratta di un profilo moderno. Se infatti B., per dare autorità al proprio discorso, fa riferimento al « massimo, forse, dei filologi classici odierni », Ed. Norden ([308]), tutti sappiamo dei moderni risultati linguistici circa la varietà dei diversi livelli di intendimento e di proposizione di un discorso di un autore ([309]); così come tutti sanno che la sensibilità a questa problematica è tornata ad essere attuale e diffusa nella nostra cultura grazie al recupero della teoria dell'argomentazione e della nuova retorica: una problematica che, nel nostro campo, B. ben più di altri ha contribuito a proporre e a chiarire. Sappiamo infatti — né occorre documentarlo — che, se è oggi ovvia ([310]) persino per dei giuristi positivi l'importanza dei destinatari specifici di un discorso, dell'uditorio a cui ci si rivolge, della questione da porre, dell'interesse attuale che muove alla conoscenza, che deve muovere l'interprete, è proprio uno dei meriti del complesso di problemi agitati dall'opera bettiana, se in qualche modo si è avuto tra noi anche questo risultato.

La sensibilità bettiana agli aspetti filologici ([311]) è essenziale per il lavoro che egli intraprende. Certo, non si tratta di opera di puro filologo, quando, identificata una costruzione concettuale romana, ne ricava una novità conoscitiva ([312]) o, affermata la distinzione tra significato lessicale e significato dogmatico, determina, p. es., il valore di *actum, gestum, negotium, contràctus, obligatio,* di *sufficere* ([313]), *convenire, consentire* ([314]), *solutio* ([315]), *proprium nomen* ([316]), *summa divisio, solemus, deside-*

([308]) *Sul significato* (1912), 50.

([309]) Si pensi alla problematica di linguaggio letterario e pubblico.

([310]) Il problema già si poneva, comunque, per i destinatari di una legge o di un codice.

([311]) V. oltre, p. 264 s., 267 ss.

([312]) *Sul valore dogmatico,* 5 s.

([313]) *Ivi,* passim.

([314]) *Ivi,* 28 n. 2.

([315]) *Ivi,* 40 n.

([316]) *Ivi,* 58. Se ne rivendica la classicità (ivi, 22 e n. 1) sulla scorta per es. di Cicerone. E qui giova ricordare il costante apprezzamento dei testi non giuridici (ivi, 9; *L'effetto della « confessio »,* 701, 711 n. 1), fonti retoriche, valutazioni e argomentazioni topiche (*Su la formola,* 37 n. 4, 44 n. 5), adagi (ivi), ecc.,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rium (317), *hic* (318), *veluti* (319), *negotium* (320), o il valore costruttivo di *quasi* (321), *infitiari*, *confiteri* (322); insiste sulla necessità di ogni cautela nell'affermare l'interpolazione di testi estranei al *corpus iuris* (323) e, più in generale, sul valore della terminologia e della filologia (324); dispiega una straordinaria sensibilità linguistica (325).

Non è pura filologia affermare la accettabilità di costruzioni in rapporto alla loro opportunità pratica (326) o alla distinzione tra destinazione economica e struttura giuridica formale (327); affermare la distinzione e differenziazione tra singoli giuristi (328), criticando chi presuppone che ciò che diceva la maggioranza dei giuristi dovesse essere necessariamente opinione di tutti (329); o

---

per cui si richiede comunque sempre una critica rigorosissima (per un es. contro Lenel, B., *Le « actiones ex responsione in iure »*, 1914-15, 391 n. 2).

(317) *Su la formola*, 14 n. 4.

(318) *Responsabilità ereditaria* (1916), 240 n. 4, 241 n. 1.

(319) *Sul significato* (1913), 5, 7. Per la discussione in ordine alla espressione *' summa divisio '* v. ora WOŁODKIEWICZ, *Obligationes* cit., 130 ss. e 21.

(320) *Sul significato* (1913), 8 n. 3; cfr. 14 per l'espressione *magis quam*.

(321) *Ivi*, passim.

(322) *L'effetto della « confessio »* (1914-15), 716.

(323) *Sul valore dogmatico* (1915), add. 3 = 331. La convinzione manifestata dal B. trova una più esplicita formulazione di carattere metodologico p. es. nella prefazione a *Efficacia delle sentenze determinative in tema di legati d'alimenti* (1921), VII ss., e verrà poi ribadita in *Diritto romano e dogmatica odierna*, 62 ss.: contro la tendenza (Beseler, Albertario) a ricondurre l'intera attività del romanista alla ricerca delle interpolazioni, B. sostiene da un lato l'utilità (e la necessità) certa del metodo della critica testuale, proponibile anche per testi di legge moderni (si esemplifica con il trattato di Versailles, secondo le indagini del Partsch sulle quali si v. PRINGSHEIM, *Otto Lenel* cit., 37, e con gli statuti medievali, per cui si richiama il Besta: *Diritto romano e dogmatica*, 64 n. 3); da un altro lato ne dichiara, però, il carattere meramente strumentale e preparatorio, in vista del « fine essenziale che il romanista — in quanto giurista — deve proporsi: la ricostruzione dogmatica dei concetti e dei principii del diritto positivo romano-classico e giustinianeo ». E v. ancora, ivi, 63 ss., altre importanti dichiarazioni sul problema.

(324) *L'antitesi storica* (1913), pass.; *Studii sulla litis aestimatio*, I (1915), 10.

(325) *Su la formola* (1914), 14 dell'estratto.

(326) *Utilitatis causa*: *Sul valore dogmatico*, 76.

(327) *L'efficacia estintiva della litis contestatio* (1919), 5.

(328) P. es. *Sul valore dogmatico*, 10, 87.

(329) Ivi, 35 n. 3.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ricorrere al buon senso, quando si contesta il radicalismo perozziano e si coglie un indizio del difetto nel nessun uso della Palingenesia leneliana (330); o si rivendica lo studio approfondito del *Labeo* del Pernice, « per acquistare quella intuizione della configurazione processuale concreta dei rapporti giuridici » (331). Non è risultato, insomma, di pura filologia sostenere, contro le opinioni correnti, come conseguenza del metodo esegetico professato, la classicità di testi centrali nella problematica del *contrahere* — un punto sul quale si è forse solo oggi assestata la *communis opinio* (332). In realtà, la discussione scientifica è condotta da B. nella convinzione che la scienza sia qualcosa di attuale e in progresso, che richiede che si dia conto criticamente di quanto si è fatto e si va facendo da altri (333). Si intende allora (334) che la discussione di opinioni altrui venga affrontata, proponendo formule, in sé decisive, che hanno una base scientifica, controllabile, non sono cioè espedienti polemici o calchi fondati su dogmi o luoghi comuni. Si ricorderà, credo, lo scritto polemico, sulla falsa impostazione della questione storica dipendente da erronea diagnosi dogmatica, in cui, nella discussione ad es. sul diritto soggettivo e in critica delle opinioni di M. Villey, B. richiama il rapporto tra « cosa », « norma » e « concetto » (335). Ma

---

(330) Ivi, 21 n. 1.

(331) *Sul valore dogmatico*, 85 n. 1 (« ma oggi è diventato di moda dir male — senza studiarlo — dell'aureo libro Perniciano, come di un'opera troppo ' analitica ' e ' inorganica ' »).

(332) Per es., W. WALDSTEIN, *Entscheidungsgrundlagen der römischen Juristen*, in *Aufstieg* cit., II, 15, 1976, 60 (61 n. 203 su *quasi*). Tra questo recente volume dell'*Aufstieg*, che vuol essere un panorama aggiornato della romanistica intorno a giuristi e scuole, e l'opera scientifica di B., che praticamente vi risulta non presa in considerazione, potrebbe instaurarsi un utile confronto. Se si procede a un controllo, infatti, ci si può rendere conto che non pochi risultati bettiani vi trovano oggi pieno riconoscimento, mediati però attraverso altri autori e senza che vi sia un richiamo ai contributi bettiani. Gli esempi sono molteplici. — Un altro possibile riscontro andrebbe fatto, invece, attraverso l'*Index interpolationum*, su testi celebri e meno celebri. V. anche *BIDR*, 70, 1967, 298.

(333) Cfr. *Su la formola*, 35 n. 5. Un esempio rilevante di questa disponibilità bettiana è nella TGI.

(334) Per un es. v. *Sul significato dogmatico*, 22.

(335) *Studi Arangio-Ruiz*, IV, Napoli 1952, 83 ss. V. già sopra, p. 203 e n. 139.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

già qui, fondando l'esegesi di Aristone sul ragionamento per analogia — che è [336] la caratteristica del ragionamento scientifico a differenza di quello empirico (anomalistico) che si attiene alla esteriorità del nome — B. ricorreva alla giustificata esigenza che vi sia la cosa (*causa*) del *negotium* in generale, pur in assenza del *nomen* tipico di un determinato *negotium*. Oppure, se si ricorda, p. es., l'apprezzamento di novità della definizione labeoniana come [337] formulazione scientifica di uno stato di diritto già preesistente, è evidente che qui precede la ricostruzione filologica condotta esegeticamente, ma non ci si limita per ciò alla terminologia come prima dogmatica né alla dogmatica romana, e proprio attraverso un'analisi dogmatica che è in funzione dei nessi logici [338] si può contrastare, per es., l'asserito carattere totalmente compilatorio di un testo ulpianeo (D. 2.4.17), da rivendicarsi invece al giurista, « tollerante compilatore [339] che si fa portavoce, in luoghi diversi, d'indirizzi diversi e anche contraddittorii », sì da giungere all'affermazione che « il fr. è dal punto di vista storico [...] una testimonianza d'inestimabile valore circa la *genesi* delle tipiche *obligationes iuris civilis* per recezione dal *ius gentium* mediante la protezione pretoria » [340].

Qui, certo, di pandettistico c'è ben poco. B., del resto, è reciso nel prender le distanze dalla pandettistica [341], che abusa dell'analisi puramente grammaticale e della logica formale e non distingue all'interno delle fonti: il che non vuol dire che si debba accettare(egli precisa) l'esistenza di un abisso tra il diritto classico e quello giustinianeo e si postulino dunque interpolazioni a oltranza [342], ma neppure l'idea che il diritto giustinianeo sia stato tutto preparato nell'epoca postclassica. E certo, di fronte a tali impostazioni, la frequente affermazione che B. sia un neopandettista (contro la quale lo stesso B. ha più volte protestato,

---

[336] *Sul valore dogmatico*, 23.

[337] Ivi, 20.

[338] Ivi, 81.

[339] Ivi, 39 n. 1.

[340] Ivi, 21.

[341] Ivi, 71 n. 1, 45 n. 1; v. anche *Le actiones quibus et rem* (1915), 5 n. 3, 29 n. 2.

[342] V. anche sopra, n. 323.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

come si è visto e si vedrà) dovrebbe dipendere piuttosto dallo evidente, anzi dichiarato e codificato impegno concettuale che si riscontra nel suo concreto lavoro ricostruttivo, sicché il nodo di un giudizio autentico su B. andrà ancora una volta ricercato nella idea giusta, ma fraintesa o falsificata dai critici, che egli ha del metodo dogmatico. Non vi è dubbio, ad analizzare infatti i suoi lavori, e intanto questi giovanili, che il *prius* sia per lui la storia ([343]): ciò che è illustrato, p. es., da splendidi quadri d'insieme, degni appunto di una visione storica assicurata dalla preparazione filosofica o dallo studio comparativo da cui quasi ogni suo scritto è arricchito e — così io penso — spiegato ([344]) o da annotazioni che hanno portata ancor più generale ([345]).

7. Veniva alla luce nel 1919, con più di cento pagine di note esplicative, il discorso, sulla struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi, pronunziato per l'apertura

---

([343]) Per es. anche nella teorizzazione dei giuristi proculiani e sabiniani, come seguaci rispettivamente del metodo analogistico ed anomalistico, B. non esita a dichiarare che (*Sul valore dogmatico*, 88) « non a priori tutti i sabiniani sono anomalisti e i proculiani analogisti ». Cfr. anche *Responsabilità nossale o peculiare* (1915-1916), 1374 n. 1, dove B. distingue « i più tardi giuristi classici » per una precisa operazione dogmatica di equiparazione giuridica (tra la previa restituzione del *quanti ea res erit* e la previa restituzione della *ipsa res*) loro attribuita e riafferma la classicità di talune azioni di arricchimento, argomentando « quasi che il diritto romano, per necessità logiche di struttura, fosse affatto impotente di fronte alle sempre nuove esigenze della vita pratica e incapace di ovviare a stridenti iniquità. Per contro l'innovazione giustinianea qui è consistita non nel creare ex novo dei tipi di responsabilità ignoti al diritto classico, bensì nella tendenza a fondere insieme e ad estendere a nuovi casi i tipi preesistenti » (ivi, 1388 n. 1).

([344]) Cfr. *Sul valore dogmatico*, 90 s. in nota; *Opposizione dell'« exceptio »*, 65 n. 2; *Effetto della « confessio »*, 701 ss., 711 n. 1; *Antitesi*, 64 nota; *Studii sulla « litis aestimatio »*, I, 66 n. 101; *La « vindicatio »*, 15; *Su la formola*, 10 n. 34 n. 3; *La « condictio pretii »* (1915-16), 1025 n. 1, ecc.

([345]) *Sul valore dogmatico*, 49 e n. 1, in cui lo studio delle forme contrattuali richiama lo sfacelo della cultura antica e consente riferimenti al Burckhardt, al Rohde (*Psyche*, II[4], 396 ss.), al Meyer (*Kleine Schriften*). E cfr. *Opposizione all'« exceptio »*, 65 n. 2: con un lucidissimo parallelo tra diritto e religione nel quadro di « una storia della civiltà e del pensiero classico nella sua differenza dalla civiltà e dal pensiero cristiano ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'anno accademico 1918-1919 nell'università di Camerino: una opera classica della romanistica, che rovesciava opinioni fin lì dominanti e la cui conclusione centrale sulla priorità storica delle *obligationes ex contractu* rispetto alle *obligationes ex delicto* era destinata a trovare conferme e adesioni pressocché unanimi e a trasformarsi in *communis opinio* ([346]).

Qui, naturalmente, importa solo segnalare linee direttive, criteri, prospettive aperte da questa ricerca. Ma, per coglierne l'importanza, pur non potendo certamente proporci qui una storiografia dell'obbligazione romana, occorrerà ricordare come il libro bettiano si collochi al vertice di una tra le più importanti vicende della scienza giuridica che, dalla definizione savigniana di obbligazione come signoria del creditore su un atto singolo del debitore alla fondamentale critica del Brinz ed alla sua ulteriore definizione dell'obbligazione come diritto sulla persona del debitore e via via, attraverso la formulazione e l'applicazione della teoria della *Schuld und Haftung* e una poderosa serie di studi

---

([346]) Cfr. anzitutto *Struttura* (1955[2]), 116, per l'indicazione dei molti studiosi aderenti all'idea bettiana. Se è necessario fare anche questioni di priorità, occorrerà allora rilevare quanto scrive J. MACQUERON, *Histoire des obligations. Le droit romain*, Aix-en Provence 1971, 9 per il quale « depuis les travaux de M. de Visscher (1928) il parait bien prouvé que le système des délits privés s'est developpé sur l'idée de composition, en marge des obligations ». V. invece i riferimenti a B. nello stesso DE VISSCHER, *RHD*, IV s., 7, 1928, 392. Per F. PASTORI, *Appunti in tema di « sponsio » e « stipulatio »*, Milano 1961, 16 n. 22, la tesi bettiana avrebbe trovato un addentellato in MELTZL, *Ueber die realen Grundlagen des obligatorischen vinculum*, 1908 (ma forse, piuttosto in ID., *Die Obligation in Zeichen des Delicts*, Kolozsvar 1909, secondo DE FRANCISCI, *Storia*, I, 336 n. 1, il quale del resto accede alle conclusioni bettiane). Di fatto, B. citava (*Struttura*[1], 148 n. al num. 13) MELTZL, *Ueber die realen Grundlagen*, come non visto e ne dava conferma nella II ed., 80. Un altro riferimento è fatto dal Pastori al KUNTZE, *Cursus des römischen Rechts*, II ed., 407, un autore che B. richiama egualmente (*Struttura*, 147 nota al n. 12 = II ed., 78) per l'accenno assai vago « a un'idea di *captivitas* o prigionia » che starebbe a base della *obligatio*, qualificata da lui altrove [...] come « *ius in corpore* ». « Ma si tratta — continuava B. — di una fugace ispirazione, dalla quale egli non trae nessun partito per determinare la struttura giuridica e la genesi dell'obbligazione romana ». V. anche *Struttura*, prefazione, V, sul « primo incitamento alla meditazione del presente studio »: oltre, p. 261.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sui problemi di origine dell'obbligazione romana (347), era destinata ad andare ben oltre la concettualizzazione del Windscheid, fondata sull'idea che « i diritti di credito contengono come tutti i diritti un precetto dell'ordinamento giuridico dato al titolare come suo proprio » e il contenuto di tale precetto è che: « colui al quale il precetto è rivolto determini in un dato modo la sua volontà ad un comportamento esteriore, cioè agisca in un dato modo ».

In effetti il momento massimo di questa vicenda — con riguardo in primo luogo all'obbligazione romana, ma con effetti essenziali anche per l'obbligazione moderna — si ha quando il problema dell'obbligazione viene collegato al problema dell'attuazione processuale del rapporto obbligatorio, quando cioè si immette nello studio delle fonti romane la visione del processo, che è ciò di cui la pandettistica non si è preoccupata (348). Anche e soprattutto per questo aveva ben ragione il Bonfante di constatare che « si era tralasciato lo studio delle origini dell'obbligazione quasi che essa dovesse essere esistita *ab aeterno* » (349).

Ora, non si tratta di indicare qui i molteplici aspetti approfonditi da B. né le conclusioni alle quali egli giunge né di sottolinearne l'interesse (350). Mi limiterò, piuttosto, a riferire una

---

(347) Di cui dà conto, come è noto, la lucida rassegna critica di G. PACCHIONI, *Concetto e origini dell'« obligatio » romana*, in K. F. von SAVIGNY, *Le obbligazioni*, tr. it. con appendici, 2, Torino 1915, 489 ss.; ID., *Deutsche und italinienische Romanisten im neuenzehnten Jahrhundert*, Leipz. rechtswiss. Studien, 92, Leipzig 1935.

(348) V. per alcuni elementi H. O. de BOOR, *Der Begriff der actio im deutschen und italienischen Prozessrecht*, in *Festschr. G. Boehmer*, 1954, 45; W. SIMSHAEUSER, *Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellen Recht und Prozessrecht seit Savigny*, Bielefeld 1965, p. es. 87 (rec. H. KAUFMANN, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, XX, 1966, 1080 ss.); K. W. NOERR, *Zur historischen Schule im Zivilprozess- und Aktionenrecht*, in *Tradition und Fortschritt im Recht...*, Tübingen 1977, 73 ss.

(349) *Lezioni di diritto romano*, I. *Le obbligazioni*, 1919-1920, Roma 1920, 6 (ora in ID., *Opere complete*, a cura di G. Bonfante e G. Crifò, VII, Milano 1978 o 1979, 453. Sui corsi bonfantiani v. anche la mia nota introduttiva, ivi, V ss.).

(350) Il contenuto è stato delineato già, p. es., dall'ampia recensione di J. VAZNY, in *Sbornik*, XX, 139 ss. (in ceco; debbo la traduzione tedesca al collega

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pagina iniziale del *Concetto della obbligazione*:

« [...] Il concetto della obbligazione, nelle definizioni che se ne sono date sino ad oggi, è stato sempre tacitamente considerato come identico nel diritto romano classico e nel diritto privato odierno; identico — si noti — non soltanto nella sua funzione economico-sociale — ciò su cui si può consentire —, ma nella sua stessa struttura giuridica. Siffatto preconcetto, che si fonda sopra una valutazione affatto inadeguata del rapporto tra diritto privato e processo, ha fatto perdere completamente di vista quelle che agli effetti del processo e dell'esecuzione forzata sono le differenze essenziali della obbligazione romana classica in confronto con l'obbligazione moderna. Vogliam dire, sotto un primo aspetto, la *inesigibilità* della prestazione originaria dovuta (inesigibilità che, con termine improprio perché equivoco, si è chiamata talvolta incoercibilità), e, sotto un secondo aspetto — poiché si tratta di due aspetti del medesimo fenomeno — il carattere *personale* dell'azione e dell'esecuzione forzata. O, per esprimerci in altri termini che risulteranno poi equivalenti: la inesigibilità del debito primario e il carattere personale della responsabilità che nell'esecuzione forzata si realizza. Questa previa avvertenza, col rilevare la novità dei termini in cui ci sembra che per tal modo venga posto il vecchio problema del concetto dell'obbligazione, valga insieme a giustificare, o almeno a scusare, il tentativo nostro. Il quale, nella nostra primitiva intenzione, si proponeva soprattutto di mettere in luce l'antitesi che esiste tra l'obbligazione romana e l'obbligazione moderna agli effetti del processo di condanna e di esecuzione [...] » ([351]).

Questo studio del '20 era stato in realtà già esposto in gran parte come prolusione del corso libero di diritto romano svolto a Parma nel '16-'17, in specie per i problemi del nesso giuridico tra obbligazione e azione in diritto classico e in diritto moderno ([352]), dell'inesegibilità del debito primario nell'obbligazione

---

e amico A. Polaček, che ringrazio vivamente). V. anche DE FRANCISCI, *Storia* cit., I, 385 ss. e in specie F. PASTORI, *Profilo dogmatico e storico dell'obbligazione romana*, Milano 1951, 26 ss., 33 ss., 273 ss. Cfr. anche le rec. (alla II edizione) di G. GROSSO, in *Iura*, 7, 1956, 170 ss. e A. ORMANNI, in *Labeo*, 2, 1956, 363 ss.

([351]) *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia 1920, 1 s.

([352]) Obbligazione e azione in diritto moderno, *actio* e *obligatio*, *obligatio* e *actio in personam*; idoneità alla realizzazione forzata, come carattere immanente dell'obbligazione.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

romano-classica, in confronto con l'obbligazione moderna (353), del carattere personale della responsabilità nell'obbligazione romana classica in confronto con la moderna (354) e del concetto tratto dall'antitesi instaurata tra le due forme di obbligazione. A questo materiale, il volume del '20 aggiungeva « una giustificazione teorica del punto di vista adottato, approfondendo i concetti fondamentali del diritto subiettivo privato e dell'azione di condanna e di esecuzione e sottoponendo a una nuova analisi critica i concetti della responsabilità e del debito in connessione con quelli » (355): un lavoro dottissimo, che si conclude con pagine molto importanti sulla definizione dell'obbligazione moderna (356), ma che in genere è stato trascurato (357).

Eppure non vi è, si può dire, alcuna sua parte dogmatica che non sia sorretta da una meditazione approfondita della storia del problema. Ne costituiscono infatti sezioni essenziali lo studio

---

(353) Debito primario e debito secondario nell'obbligazione romana; contenuto pecuniario dell'obbligazione romana ed esigibilità normale del debito primario nell'obbligazione moderna.

(354) Responsabilità e debito nell'obbligazione moderna; esecuzione forzata delle obbligazioni di fare e di dare; carattere universale e personale dell'esecuzione forzata romana; il diritto dello stato ai mezzi esecutivi e il diritto del creditore sui beni del debitore.

(355) *Il concetto*, prefazione.

(356) Ma sono importanti anche la serrata discussione del Kelsen, la critica a Kant (cfr. 125 n. 16), la differenza tra comando e consiglio, la valutazione della *litis contestatio* come negozio giuridico, la costruzione della domanda giudiziale come atto di esercizio del diritto di azione, inteso come diritto concreto (ma su quest'ultimo punto v. oltre, n. 371).

(357) Il Vazný, per es. (sopra, n. 350) lo considerava piuttosto un lavoro di teoria generale (e quindi non ne parlava) e un più lontano sostrato e fondamento scientifico della *Struttura*, il che è anche certamente vero. Ripubblicandolo nel '53, parzialmente (oltre, n. 371), come II volume della teoria generale delle obbligazioni in diritto civile, B. osserva nella prefazione che « per i più, esso passò del tutto inosservato; e chi vi si riferì, lo fece solo per sbrigarsene [...] trinciando giudizi sommari, che lasciavano intravedere il difetto di una attenta lettura e meditazione. L'eccezione onorevole è costituita da uno studio di Fr. Carnelutti su ' diritto e processo nella teoria delle obbligazioni ' (1927, ora in *Studi di diritto processuale*, II, Padova 1928, 191 ss.), il solo che abbia cercato di approfondire sul terreno dogmatico la problematica costruttiva esaminata nel nostro studio ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sulla c.d. consunzione processuale in diritto classico ([358]); la sintesi dei primi risultati sul *praeceptum de solvendo* nel processo romano-canonico (un istituto fin lì sostanzialmente non studiato), condotta sui processualisti elaboratori del processo romano-canonico e di quello statutario, su statuti, canonisti, commentatori e pratici dell'età posteriore ([359]); « uno studio costruttivo sulla funzione esecutiva della sentenza di condanna » ([360]); infine, uno studio sulla struttura processuale del giudizio documentario e in specie cambiario. Parti essenziali, ho detto, destinate ad esser pubblicate negli anni successivi — alla luce, certamente, di nuove esperienze, anche professionali, sotto la spinta di occasioni critiche ed autocritiche ([361]) — ma, nella sostanza, nate dalla meditazione straordinariamente intensa del periodo precedente al conseguimento della cattedra.

È così che, in collegamento con un'attività molto ampia di commento giurisprudenziale, si ha nel '27 ([362]) « l'audace riesumazione » di parte di un vecchio studio sulla natura giuridica della girata dei titoli all'ordine ([363]) in cui B. elaborava ([364]) « un

([358]) Pubblicato a sé nel '19; cfr. *Struttura*, III s., ma soprattutto la nota ' assorbimento ' in *Struttura*², 8-24, ove però non è ripresa la conclusione: « [...] il mio proposito [...] non era già di ricostruire *storicamente* il riposto pensiero di quei giuristi repubblicani (*veteres*) di cui Gaio (Inst. 3. 180-181) si fa portavoce, bensì di ricostruirlo *logicamente*, ossia di dare una spiegazione razionale della costruzione da loro tentata, al lume dei nostri moderni concetti e della nostra più affilata logica giuridica » (33 dell'estr.). La mancata ripresa di questa distinzione, così netta, tra ricostruzione storica e ricostruzione logica mi pare indizio del superamento di tale posizione. Sul problema specifico, cfr. anche *Istituzioni*, II, 8 ss.

([359]) *Notazioni*, 16 s. I quaderni conservati a Camorciano di Camerino raccolgono materiale tratto da Durante, G. d'Andrea, Baldo, Panormitano, Ostiense, Innocenzo IV, P. Di Castro, De Ferraris, Bartolo, Giason del Maino, per citare solo alcuni nomi; e appunti su varie materie del processo romano-canonico.

([360]) *Il concetto*, 36 ss.

([361]) V. p. es. oltre, p. 255 e 259.

([362]) Cfr. anche la nota sulla mancanza di causa della girata cambiaria e la prova testimoniale contro il tenore del titolo (1928).

([363]) Questo lavoro, nell'elaborazione del '27, ma con ampie integrazioni e correzioni — per es. in rapporto ad una dottrina del negozio plurilaterale che in quel momento era appena in fase di elaborazione (Messineo, cfr. ivi, 599) e che B. ha successivamente abbandonato (cfr. *Teoria gen. del negozio giur.*, 310 n. 1) — si trova alla base della *Teoria gen. delle obbl.*, III, 2 (*Vicende dell'obbligazione*)

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

concetto generale di *surrogazione*, il quale servisse a spiegare una serie cospicua di fenomeni osservati in varii campi del diritto [...] inesplicabili coi concetti correnti di successione, di acquisto derivativo, di rappresentanza, ecc. » e in cui, estendendo i risultati raggiunti per la girata ai fini di una teoria generale della surrogazione, B. trova che « tutti i casi di surrogazione in un diritto di credito si riconducono a fattispecie che, nella loro varietà, presentano come elemento costante la cooperazione del creditore nella cui posizione giuridica si tratta di sottentrare » (365).

Mi soffermerò più in là su questo punto (366). Di fatto, l'analisi dei vari fenomeni e concetti (' conferire ', ' deferire ', ' giacenza ', ' chiamata ', *successio in locum* o *in ius*, usucapione, autorizzazione (*iussum*), acquisto derivativo, ecc.), fatta alla luce di una serrata critica a quella dottrina civilistica che, basandosi su vaghe reminescenze romanistiche o su determinazioni pandettistiche inadeguate, non coglieva le differenti funzioni dei concetti impiegati (p. es. quello di fungibilità della persona) o non approfondiva la differenza tra motivi, causa remota e causa del negozio giuridico o non intravedeva la problematica di diritti soggettivi senza soggetto (367) — appare sostanziata p. es. da una vera e propria *storia* della girata all'ordine (368).

Non diversamente deve dirsi per il complesso di ricerche relative al concetto di ' ragione ' (369). Esso rappresenta uno dei pilastri dell'intera opera bettiana, è, p. es., uno dei motivi fondamentali della sua ricostruzione del processo civile romano (370),

---

(1955), per es. 5 n. 1. Il richiamo al ' vecchio studio ' è in *Riv. dir. comm.*, 25, I, 1927, 615.

(364) *Riv.* cit., 565.

(365) Ivi, 654, cfr. 565.

(366) Oltre, § 11.

(367) Sulla storia di questo problema v. ORESTANO, *Azione* cit., 115 ss.

(368) *Riv.* cit., 591, 612. Cfr. anche *Differenza tra « expromissio » e « delegatio »* (1931); *Teoria gen. delle obbl.*, III, 2, 13; 68 in n., 73 ss., 79 ss.; *Teoria gen. del negozio giur.*, 557 n. 1; *L'attuazione di due rapporti causali* (1933), 173 ss., ecc.

(369) Delineato anzitutto in *Concetto*, § 1, nota 30, pp. 36-42 e sviluppato fino a confluire nel *Diritto processuale civ. it.* (1931-32, 83-121; cfr. II ed., 1936, 63 ss.).

(370) Cfr. *Corso di istituzioni*, II, 1, Padova 1931, 636; *Ragione e azione* (1932), 208 n. 2.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

si collega ad una folla di problemi, la cui trattazione caratterizza in vario modo lo spirito, le motivazioni intime, filosofiche, vorrei dire, della concezione bettiana del diritto, ne mostrano la continuità, la profondità, anche là dove, anzi proprio là dove permettono a B. autocritiche radicali, l'abbandono, p. es., della tesi sul diritto concreto di azione (371).

Giova perciò richiamare diffusamente il quadro problematico in cui si inseriscono le determinazioni relative alla 'ragione', intesa come «espressione dell'apprezzamento unilaterale della parte in conflitto con l'apprezzamento della parte avversa» (372) e nella quale appare «individuata la volontà della legge sostanziale che l'attore afferma divenuta concreta nel caso o [...] asserisce insussistente» (373).

Questa definizione di ragione si basa sulla affermazione del carattere pregiuridico del conflitto di interessi, esistente prima che la legge provveda alla sua composizione (374) e della inconcludenza del concetto di lite — non giuridico, si dice, ma pregiuridico e sociale, che è vano tentar di giuridicizzare (375). Essa si offre, inoltre, come risultato dogmatico di una riflessione su problemi di tecnica legislativa e di educazione giuridica: il che significa, ad es. il ripudio di erronee reminiscenze romanistiche (376) o pandettistiche (377) o di finzioni, inutili o non neces-

(371) *Osservazioni sul progetto di codice di procedura civile* (1928, ma consegnato nel febbraio 1927, parzialmente pubblicato in *Temi em.*, 6, 1929), 162; *Ragione*, 219, 221 n. 2, 227 n. 2, con le precedenti indicazioni. Tale autocritica spiega perché in *Teoria gen. delle obbl.*, II, 1953, non sia stato ripubblicato il § 1 del *Concetto*: sopra, n. 356.

(372) *Ragione*, 208 n. 2.

(373) Ivi, 212.

(374) Ivi, 210; *Osservazioni*, 163 s.

(375) Un neologismo presente già in *Concetto*, 161.

(376) V. la critica al brocardo («balordo», scriveva B., con richiamo di ID., *Concetto*, cit., num. 24 e 25) '*nemo ad factum praecise cogi potest*' che fraintende il senso della *condemnatio* pecuniaria romana (*Osservazioni*, 23 dell'estratto). La recente discussione sul carattere classista del principio ivi espresso (p. es. M. PEDRAZZOLI, *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, XXVII, 1973, 1020 ss., 1070 ss.) non ha ricordato questa presa di posizione, così significativa.

(377) Per es. il concetto di pretesa in Windscheid: *Osservazioni*, 20 n. 2 dell'estr.; *Ragione*, 224; 211 n. 3, per la critica a Carnelutti che vi si fondava.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sarie (378), l'esigenza di correttezza terminologica e linguistica (379), l'appagamento di esigenze logiche (e si aggiunge: anche estetiche) del giurista (380), compito del quale e non del legislatore è risolvere le questioni di principio (381), ma anche, e soprattutto, l'affermazione del valore pedagogico della legge, che « vale non solo per quello che dispone, ma anche per le esigenze d'ordine intellettuale e morale che pone allo spirito di coloro cui si rivolge (382) e non può, dunque, prescindere dalla coscienza sociale, dalla pratica e dal costume sociale » (383).

Se ora — resi attenti dalla esplicazione dei problemi e dei materiali sottesi allo studio del '20 sul concetto dell'obbligazione — ci volgiamo alla *Struttura dell'obbligazione romana*, acquisterà maggiore concretezza la dichiarazione già vista che il ' *Concetto* ' è « una giustificazione teorica del punto di vista adottato nella costruzione del concetto di obbligazione » (384). Ma soprattutto importante è la rilettura che B. faceva del proprio indirizzo scientifico nello studio del diritto romano, « così nell'indagine come nell'insegnamento » (385), presentando la II ed. della *Struttura* (386):

(378) *Osservazioni*, 28 ss. estr.

(379) Ivi, 25, 40, 45; *Ragione*, 224.

(380) *Osservazioni*, 20 estr.

(381) Ivi, 30 s., per la determinazione relativa al negozio giuridico che, come l'atto amministrativo, è essenzialmente creazione di una regola che prima non esisteva, rispetto a determinati interessi e rapporti e si configura come sviluppo e incremento dell'ordine preesistente, non già come una mera applicazione (*Osservazioni*, 32). È appena il caso di sottolineare il carattere centrale di questa affermazione, destinata a trovare il suo sviluppo in quella rappresentazione classica dell'autonomia privata e del suo riconoscimento giuridico che B. offre nella *Teoria gen. del negozio giur.*, 39 ss. Cfr. anche *Corso d'istituzioni* (1929), 296, 304-311. V. inoltre *Osservazioni*, 34, contro le definizioni pericolose « che elevano a dogmi di legge formulazioni tutt'altro che pacifiche in dottrina, e così inceppano quella ulteriore discussione scientifica che sola può portare ad una utile chiarificazione e maturazione di simili concetti, fuori di qualsiasi intervento del legislatore ».

(382) *Osservazioni*, 5.

(383) Ivi, 23, 27.

(384) *Concetto*, prefazione, IV, cfr. *Teoria gen. delle obbl.*, II, VI.

(385) A parte la sostanza di tale insegnamento, vorrei ricordare (già altri lo ha sottolineato) la passione con cui B. faceva lezione, ma anche — ed è un tratto non meno significativo — come egli non esitasse a riconoscere agli allievi autonomia scientifica e originalità, richiamando esplicitamente i loro contributi,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un indirizzo che si fondava sulla « precedenza dell'analisi strutturale e della diagnosi dogmatica rispetto alla impostazione della questione storica del giurista », un indirizzo, « che doveva essere *consapevolmente riaffermato* (corsivo mio) [...] nella prolusione [...] sul problema metodologico ' diritto romano e dogmatica odierna ' » e al quale B. si mantenne « coerente e fedele, sia nelle ricostruzioni sistematiche [...] di istituti e principi romani, sia nelle critiche [...] a false impostazioni della questione storica, dipendenti da erronee diagnosi giuridiche » (387). « Rare volte » — dice B. — « un indirizzo scientifico venne più tenacemente frainteso e misconosciuto in discussioni travagliate da ingiuste prevenzioni e dal vizio della ' ignoratio elenchi ' » (388).

Frase assolutamente giustificata, certo tutte le volte che la critica si è esercitata ignorando o trascurando quanta storia sia alla base delle concettualizzazioni dogmatiche bettiane, e con ciò, quanta esegesi, quanta filologia, quanta sensibilità sociale e preparazione filosofica, sicché non si potrebbe parlare di risultati dogmatici felici senza riconoscere per implicito la sicura storicità delle premesse, a parte il riconoscimento della giustezza del metodo: il che ci riconduce, per contrario, alla visione, che in alcuni critici non può non dirsi parziale, di quel che si deve intendere per storia giuridica.

8. Ma altrettanto importante è quel che si dice nel seguito della prefazione (389), non solo perché si sottolinea l'indagine in

---

anche inediti, per es. quelli di Allorio, Furno, T. Segrè, L. Luzzatto, G. Terruzzi, F. Sternheim, F. P. Nocita ecc. (*Dir. proc. civ.*, VIII n. 4, 626; *Teoria gen. delle obbl.*, IV (1955), 238 n. 9, ecc.). V. anche *BIDR*, 1967, 296 e n. 3, con richiamo allo scritto *Docere et senescere* (1965).

(386) Pref., IX.

(387) *Studi Arangio-Ruiz*, cit. Nuove rassegne critiche e rinnovate esegesi, con altrettanto rinnovato rifiuto della mentalità e della dogmatica pandettistica, si trovano in *De la interpretacion del derecho*, in *SDHI*, 32, 1966, 153 ss., 161 ss. e in « *Iurisdictio praetoris* », cit.

(388) Pref. cit., IX.

(389) Vi si ribadisce così « il vantaggio che l'analisi dogmatica trae dalla preparazione storica: vantaggio analogo a quello che l'educazione storica trae dalla educazione dogmatica ». In questo senso va richiamato P. KOSCHAKER, *Probleme der heutigen römanistischen Rechtswissenschaft*, in *Deutsche Rechtswissen-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

chiave processualistica di fenomeni giuridici sia per il diritto romano sia per il diritto civile e processuale civile moderno o si insiste circa la riprova della bontà del metodo offerta dalle « ricostruzioni storiche, cui gli fu dato di pervenire » (390), quanto per quel che si dice circa « la giustificazione di tal metodo [...] neppure tentata in sede di polemica spicciola ».

A me pare di estremo rilievo quanto qui si afferma: una chiave preziosa, per intendere la battaglia — in Italia certo sfortunata— dell'ultimo decennio di vita, l'impegno con cui B. ha promosso e difeso la teoria generale dell'interpretazione (391): giacché quella giustificazione del metodo che contrassegnava la intera opera scientifica e didattica di B. « doveva venirgli spontanea, quasi al termine della carriera, nel quadro di una ' interpretazione tecnica in funzione storica ' » disegnata « nel meditare i problemi di una ' teoria generale dell'interpretazione ' » (392).

Quando scriveva queste parole, B. aveva dietro di sé le opere sui limiti oggettivi e soggettivi della cosa giudicata (393), il Corso

---

schaft, 5 (2), 1940, 110 ss., in cui, commentando il saggio bettiano *Bewusste Abweichung der Parteiabsicht* ecc. (1939), l'a. osserva (130 s.) che B. « *zu denjenigen Romanisten gehört, die bewusst auf unmittelbare Verwertung römischen Gedankenguts hinausarbeiten* » e che perciò un saggio come il suo dovrebbe venir consultato « bei einer Reform des BGB in dieser Frage ».

(390) Pref. cit. B. in effetti, ha sempre chiesto che la bontà del metodo si vagliasse nel concreto lavoro scientifico di ricostruzione storica del diritto romano. V. sopra, n. 151.

(391) Ed anche, naturalmente, lo strumento dell'Istituto di Teoria della interpretazione, che pur molto ha significato per la sprovincializzazione di tanti giovani e meno giovani studiosi: un debito, che non pochi hanno riconosciuto, p. es. E. D. Hirsch jr., *Teoria dell'interpretazione e critica letteraria*, tr. it., Bologna 1973, 8. V. anche *Riv. giur. umbro-abruzz.*, XXX, 1955, 397 ss.; XXXV, 1959, 434 ss.; XXXVI, 1960, 325 ss., ecc.

(392) Cfr. TGI, cap. V, 432 ss., per l'interpretazione tecnico-artistica, l'interpretazione tecnica delle opere di poesia e di pensiero, l'interpretazione tecnico-scientifica, l'interpretazione tecnico-giuridica, l'interpretazione sociologica, l'interpretazione tecnico-economica. V. anche le integrazioni e i chiarimenti addotti in *Allgemeine Auslegungslehre*, Tübingen 1967, 334 ss. (opera del resto fortemente ridotta rispetto alla TGI).

(393) *Efficacia delle sentenze* cit. Vi si trovano elementi essenziali dell'intero discorso bettiano: da una importante definizione di negozio giuridico (14 n. 2

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di Istituzioni ([394]), il Diritto romano del '35, il Diritto processuale civile italiano, la Teoria generale del negozio giuridico, l'Interpretazione della legge, la Teoria generale delle obbligazioni e la TGI, per non parlare degli altri innumerevoli scritti e interventi praticamente in ogni settore della fenomenologia giuridica, dalla critica giurisprudenziale ([395]) a quella legislativa ([396]) alla storia della civiltà e della cultura e ai contributi filosofici ([397]) all'insegnamento ([398]). E del resto, altre opere significative sarebbero venute in seguito ([399]), tutte, senza eccezione, caratterizzate da una costante revisione, per rigorosa autocritica e per accettazione di critiche altrui oggettive e fondate, anche su punti importanti, e tutte costituenti una testimonianza certa di singolare adeguamento alle esigenze del progresso scientifico e, se del caso, sociale e istituzionale; eppure, tutte, senza eccezione,

---

cfr. 130 n. 2) alla critica dell'idea codicistica di diritto, in rapporto ai principii generali ed alla tradizione giuridica (201 n. 1; 21 e n. 2; 50 n. 1, ecc.) agli sviluppi del diritto comune (121 ss.) al chiaro riconoscimento dell'importanza degli studi del Cicu e al loro netto intendimento (140 ss.), il che mi pare specialmente da sottolineare con riguardo a quanto ricordato da F. CARRESI, *Commemorazione di Antonio Cicu*, Milano 1964, 5 ss. (ampio materiale ora in M. SESTA, *Profili di giuristi contemporanei: Antonio Cicu e il diritto di famiglia*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* raccolti da G. Tarello, VI, Bologna 1976, 417 ss.); ecc. V. anche oltre, n. 449. Non mi soffermo invece sul *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano* (1922), «il primo tentativo, forse, nella scienza romanistica, di una sistemazione scientifica dei diversi casi di estensione della cosa giudicata che si trovano ammessi nelle fonti romane» (pref.). Su di esso, cfr. già il giudizio di F. CARNELUTTI, *Efficacia diretta* cit., sopra n. 8.

([394]) 1929-1931, con le relative *Esercitazioni* (sopra, n. 83).

([395]) V. l'elenco in *BIDR*, 1967, 316 s. e cfr. oltre, p. es. n. 488, 502-504.

([396]) *BIDR*, cit., 314 s.; cfr. p. es. sopra, n. 109.

([397]) *BIDR*, cit., 311 s.; 316.

([398]) Un capitolo essenziale, che qui non potrò trattare, è costituito dall'insegnamento di B. in varie università straniere, conferenze, seminari, interi corsi che egli tenne sempre a professare nella lingua del luogo.

([399]) *Problematica del diritto internazionale* (1956); *Istituzioni*, II, 1 (1960-62); i varii corsi (*Lezioni di diritto civile sui contratti agrari*, 1957; *Corsi di diritto romano*, 1956, 1957, 1958, 1959; *Cours de droit civil comparé des obligations*, 1958; *Etude d'un système juridique. Système du code civil allemand*, 1965; *Corso di diritto comparato sui rapporti dell'economia agraria*, 1962), ecc.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

coerenti con una possente impostazione originaria, di cui in parte si è già visto come contraddicesse al clima generale della scienza storica e giuridica del tempo. In questo senso, la prefazione del '19 alla *Struttura* è il documento forse più importante e va qui largamente riferita (400).

« Delle due questioni che si presentano a chi studi l'obbligazione romana — la questione del suo concetto e quella della sua genesi — l'autore del presente studio ritiene che la questione del concetto debba avere la precedenza su quella della genesi. È vero che non si può intendere appieno il concetto dell'obbligazione romana senz'aver presente anche la sua formazione ed evoluzione storica. Ma, d'altra parte, per poterne rintracciare le origini e ricostruire la ipotetica genesi, è indispensabile fissare prima quali siano i caratteri propri costituenti la struttura della obbligazione nel diritto romano classico e — fin dove è possibile — nel diritto romano arcaico. Poiché i particolari caratteri, per cui essa si distingue da quella che è l'obbligazione in diritto moderno, non possono se non rispecchiarne la natura originaria. La prima parte del presente studio (§§1-4) è quindi rivolta a determinare nelle sue caratteristiche peculiari la struttura della obbligazione in diritto romano.

Chi sino ad oggi tentò di definire questa obbligazione partì sempre dal tacito presupposto che il campo esclusivo, o almeno principale, delle proprie indagini dovesse essere il diritto sostanziale. E quasi non parve avvedersi di questa semplice verità: che il diritto sostanziale, per la sostanza che è ad esso immanente, è legato da un nesso indissolubile al processo e all'esecuzione forzata. Onde alle definizioni date sinora del concetto dell'obbligazione romana si deve muovere la censura di non aver messo in luce quello che, agli effetti dell'esecuzione forzata, ne sono

---

(400) Pref., III ss. Nella *Struttura* si ricomprendono, tra l'altro, i risultati di molte ricerche anteriori, che non occorre qui specificare. Va notata, invece, la dichiarazione di non aver voluto scrivere una « storia dell'obbl. romana » con la conseguente assenza di « un completo apparato erudito ». Per contro, appare spesso nell'opera bettiana una sovrabbondanza di riferimenti anche a letteratura secondaria e su punti marginali, un eccesso di prese di posizione rispetto a sollecitazioni occasionali, tale da poter disturbare lettori disincantati. Ciò non accade per vero nelle grandi opere ma sì in molti scritti minori. E se è certamente valida la motivazione data dallo stesso B. per questa esigenza di dispiegare le proprie fonti (v. in proposito la bella pagina di G. Righi, *L'opera principale* cit., 457 s.) è anche pertinente l'osservazione (ivi, 470) che « lo studioso dev'essere *nel mondo*, non *del mondo* ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

le caratteristiche peculiari più salienti in confronto con l'obbligazione moderna [...].

[...] Per altro verso, il presente studio si riconnette ad altri scritti già pubblicati dall'autore, in cui egli trattò taluni dei più importanti problemi attinenti alla genesi e all'evoluzione del processo civile romano. In altra parte del presente studio, infatti, egli si è sforzato di mettere in luce il verosimile nesso genetico che lega l'esecuzione personale romana all'obbligazione primitiva, e di assegnare, a conferma di un'ipotesi da lui già affacciata, la radice storica profonda della condanna pecuniaria romana. Ben volentieri egli ha colto questa occasione per dimostrare che, qui come altrove, la considerazione del lato processuale dei fenomeni giuridici — oggi ancora trascurata o addirittura disprezzata dalla grande maggioranza dei romanisti italiani, come remota dal diritto delle Pandette — può contribuire, assai più di quello che si soglia credere, alla risoluzione di difficili e fondamentali problemi di diritto sostanziale.

È dovere riconoscere che il primo incitamento alla meditazione del presente studio venne all'autore da alcune acutissime osservazioni lette in un Corso di lezioni di diritto romano tenuto nell'anno accademico 1911-12 nella R. Università di Parma dall'insigne giurista che egli ebbe l'onore d'avere Maestro: Gino Segrè. Del resto (l'autore sente di poterlo affermare senz'ombra di vanteria, nella coscienza del lungo lavoro di meditazione durato) il presente studio non si mette al seguito di nessuno dei precedenti libri sul medesimo argomento. Interamente nuovo è il punto di vista che lo ispira dal principio alla fine e che si rivela in una visione semplice e organica dell'istituto studiato. Alla stregua di tale visione, le opinioni altrui vengono apertamente criticate, respinte o accettate con assoluta indipendenza di giudizio. L'autore che in tutto ciò ha seguito unicamente il proprio onesto convincimento, senza prevenzioni e senza riguardo alla persona dei sostenitori delle teorie criticate, si augura, che le sue critiche possano dar luogo a una discussione proficua, nella quale venga rispettata quella libertà di opinione ch'è il presupposto elementare indispensabile di ogni vera discussione scientifica.

Col presente studio, d'altronde, l'autore non ha la pretesa di dare una « Storia dell'obbligazione romana », quantunque non gli sarebbe stato difficile organizzare un grosso volume sulla trama dei concetti fondamentali in esso svolti, utilizzando i proprii studi preparatori sugli addentellati e modelli della *obligatio* nel diritto internazionale primitivo, sui più antichi negozii fonti di obbligazione e sul diritto comparato, sviluppando conclusioni quivi accennate solo fugacemente e corredandole di un completo apparato erudito [...]. Ma non è opera di erudito, ch'egli volle fare, sibbene semplicemente di giurista. Egli si propose di delineare, traendo partito da elementi disparati e

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

da indizi in apparenza remoti, una concisa caratteristica dell'obbligazione romana atta a servire ai ben disposti quale modesto strumento di ulteriore ricerca e di più approfondita comprensione. La stessa ricostruzione ipotetica della genesi dell'obbligazione romana tentata nella terza parte (§§8-11) deve — nell'intenzione dell'autore — servire soprattutto a mettere in luce quella peculiare struttura e a spiegare quella primitiva figura della *obligatio*, che sono state affermate ed esaminate rispettivamente nella prima e nella seconda parte (§§ 5-7) del presente studio.

Il tema trattato è forse uno di quelli che, per la loro finezza ed intrinseca difficoltà, sembrano meglio adatti a mettere alla prova le attitudini specifiche del giurista. Sforzo costante dell'autore fu pertanto una precisione rigorosa nella elaborazione dei concetti coi quali doveva operare, congiunta a una prudente diffidenza verso analogie oggi comunemente ammesse e verso teorie ricevute. Tale sforzo lo condusse, tra l'altro, a porsi la questione del criterio differenziale tra sanzione penale e sanzione civile, a scoprire in conseguenza il lato debole della tesi che afferma il carattere « penale » delle obbligazioni primitive, a fissare la differenza tra obbligazione e azione penale privata e quella tra *poena* e *vindicta* e a determinare, più esattamente che non si fosse fatto sinora, quale sia il carattere giuridico della *poena* romana [...] ».

L'attuazione di questi criteri, applicati ad altri campi di indagine, è immediata, precisa e rigorosa. B., che fin lì si era presentato come storico e romanista, affrontava ora ex professo, sollecitato dal consiglio di V. Scialoja e G. Segrè, una ricerca di diritto positivo dedicata all'esegesi di norme di codice (401), collegandovi anzitutto una serie di importanti considerazioni metodologiche e, in particolare, l'esigenza di « distinguere nel fatto bruto gli elementi giuridicamente essenziali » e di « risalire da questi ai principii giuridici loro confacenti ». L'elaborazione dei concetti giuridici da applicare al caso concreto è, infatti, « parte integrante del compito del giurista: [...] quanto meglio elaborati

(401) *Efficacia*, cit. La dedica, anche di questo libro (v. sopra, n. 301), a G. Segrè (« mio maestro così nello studio del diritto romano come in quello del diritto vigente »), permette di far un accenno anche al problema dei cosiddetti romanisti-civilisti, per cogliere la peculiarità della loro presenza, diversa certo di quella dei pandettisti, « fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto » (per riprendere il titolo del ricchissimo saggio di G. PUGLIESE, *RISG*, s. III, XVII, 1973, 89 ss. = Atti del III congr. internaz. della SIDA, I, Firenze 1977, 29 ss.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

secondo le esigenze della logica giuridica sono i concetti coi quali si opera, tanto più sicuri e soddisfacenti si paleseranno i risultati nella pratica applicazione che poi se ne faccia » (402).

Già a suo tempo avevo indicato l'importanza di questa e dell'altra prefazione al *Trattato dei limiti soggettivi*, vedendovi, tra l'altro, impostato l'intero programma scientifico che B. avrebbe ulteriormente svolto sul terreno del diritto romano e del diritto positivo (403). Concorreva ora, a dare ancor maggior concretezza all'indagine, il bisogno di chiarezza didattica e, insieme, il gioco incessante di riflessioni, precisazioni, arricchimenti, comparazioni reciproche, punti di vista, interessi che non potevano non nascere dal fatto, già per sé notevole, che, ad es., nel '19-'20 B. svolse ben cinque diversi corsi di lezioni (404), e dall'attività di annotatore di sentenze, note, che costituiscono una fonte di conoscenza tra le più utili (405).

Mi pare dunque che ci si trovi ora in un momento centrale della riflessione bettiana. La ispira la convinzione che « il compito del giurista è fondamentalmente identico nello studio del diritto civile come in quello del diritto romano. Unico è il metodo giuridico » (406) — il che non vuol dire affatto eliminazione di tutti i metodi dell'argomentazione giuridica (407) —; l'idea che la giurisprudenza debba essere « pronta a cogliere con vigile occhio ogni novità della vita reale, intenta a tener la mano al polso della coscienza sociale moderna, disposta a interpretare e a sviluppare le intime tendenze che ispirano la legislazione più recente » (408); e l'idea che « il diritto, prima di concernere un

---

(402) *Efficacia*, cit., pref. VI-VII.

(403) *BIDR*, 1967, 298 s.

(404) Cfr. i sommari dei corsi (*BIDR*, 1967, 310) e v. i miei *Appunti sull'insegnamento maceratese di Emilio Betti*, in *Ann. Macerata*, n.s. I, 1971, 45 ss., con varie indicazioni. Nel '19-'20 B. impartì anche il corso di Storia del diritto romano a Camerino, a stare al sommario dei programmi dei corsi (estratto da *Annuario Univ. Camerino*, 7 s.). V. però S. DI SALVO in *Index* 1, 1970, 392.

(405) V. p. es. già sopra, n. 395.

(406) *Efficacia*, VII.

(407) Cfr. *Problemi e criteri*, 355.

(408) Cfr. *Se i discendenti legittimi siano tenuti alla collazione verso i figli naturali* (1925), 1086 ss., 3 s. dell'estratto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

semplice rapporto o una serie di rapporti sociali, è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge » (409), non è (dirà più tardi) « una sovrastruttura artificiale che si possa foggiare come meglio piaccia: esso penetra nelle fibre più intime della coscienza sociale, dà la soluzione dei problemi più delicati della convivenza civile, e nel riflettere le concezioni dominanti in un dato ambiente storico, esprime in modo genuino e tipico il genio nazionale di un popolo » (410); l'esigenza (ribadita alla luce dell'insegnamento di E. Zitelmann) (411) di profondi studi filologici e storici (412) e, però, la rinnovata consapevolezza del loro carattere strumentale e preparatorio, che ne impedisca una riduzione a pura erudizione; la convinzione, infine, che si debba « apprendere ai giovani ad orientarsi nella sterminata materia e a dominarne i nessi e il sistema, educare in loro *il criterio* che sa discendere dai principii ai casi singoli e l'occhio clinico che sa risalire dai casi ai principii: insegnar loro, insomma, *a pensare da giuristi*. Not information, but formation of mind. Non nudo apprestamento di cognizioni — siano pur frutto interessante di ricerche originali — ma disciplina mentale: preparazione all'arte della giurisprudenza ([...] arte veramente sociale, [...]) da esercitare nella vita e per la vita, fuori di formule fisse e anguste, ma entro la cornice delle leggi. Questa sia la nostra divisa » (413).

Si tratta di elementi essenziali per intendere la genesi immediata e il significato autentico delle proposte metodologiche del '27 e dunque — senza pretesa di farne qui la storia, pur necessaria per una più precisa valutazione delle condizioni e degli esiti del pensiero giuridico italiano del Novecento — per introdurre il problema della riforma metodologica bettiana.

Contro l'indirizzo filologico puro e lo studio prettamente erudito, l'applicazione acritica di irrigidite formule pandettistiche o il ricorso miope e oltranzista all'interpolazionismo, il feticismo

---

(409) *Sulla base giuridica del potere regolamentare* (1927), 5; *Teoria gen. delle obbl.*, I, 1953, 9 s.

(410) *Diritto proc. civ.*, XIII.

(411) *Metodica*, 39; *Il problema*, 19.

(412) *Ernst Zitelmann* (1925), 351.

(413) *Metodica*, 39.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per la lettera della legge, sta l'affermazione che « la storia non è un archivio di notizie; è un collegamento di fatti dentro un ambiente collettivo che lo scrittore deve intendere e deve rifare » ([414]). Essa fonda, direi, l'intero discorso bettiano che è volto — sembra strano che occorra ripeterlo — a proporre una metodologia corretta per *legere et intellegere* ([415]) l'esperienza giuridica romana: una esperienza nella quale, accanto a un diritto dogmatizzato, esiste — in misura e, sotto un certo profilo, in qualità ancor superiore — un diritto non dogmatizzato ([416]) la cui presenza, la cui realtà è certamente più difficile da cogliere, ma che, tuttavia, deve pur essere in qualche modo identificato, caratterizzato, conosciuto. Se ne deve fare la storia. E se si ammette che « la storia di una forma di vita [è] essenzialmente ([417]) storia dei suoi specifici problemi e delle relative soluzioni »; se si tiene conto della distinzione tra l'oggetto della conoscenza e lo strumento (o gli strumenti) della conoscenza; se si conoscono i progressi della moderna teoria della conoscenza ([418]); la necessità, ma anche l'insufficienza del metodo filologico ([419]) per comprendere il diritto romano nella sua storica peculiarità ([420]); se si ha la convinzione « che il diritto non è tutto quanto nelle leggi e nei codici, e che non è soltanto ai codici e alle leggi, ma anche alla intera tradizione giuridica, così nazionale come internazionale, che bisogna attingere quei principii generali di diritto i quali costituiscono il pernio e il cardine di ogni sistema giuridico » ([421]), si potrà disporre — in un quadro di riferimenti certamente minimo rispetto alla ricchezza di una meditazione così insistentemente riproposta da B. — di sufficienti elementi per intenderne la portata, appunto, riformatoria.

([414]) Rec. a Marchesi (1925), 344.
([415]) *Diritto romano*, XXIV.
([416]) *Methode und Wert* (1937), 12 dell'estratto.
([417]) Non solo questo: *Diritto romano*, XV n. 32 a.
([418]) *Methode*, 6 dell'estr.
([419]) Cfr. *Diritto romano*, XI.
([420]) *Methode*, 1 n. 1 dell'estr.
([421]) *Ernst Zitelmann e il problema* (1925), 77.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

9. In concreto, poi, sembra facile dissipare equivoci che, comunque sorti, sono troppo spesso divenuti clichés tralatici. Vi ho già accennato, in precedenza. Qui, sarà sufficiente rileggere alcune pagine bettiane, da cui si potrà apprendere che la dogmatica n o n è

« un corpo di dottrine fermo, immobile, cristallizzato, fondato sul presupposto che il mondo del diritto si esaurisca tutto nella legge scritta, e tendente ad una obiettivazione assoluta e immutabile di concetti staccati dalla natura e dalla vita » ([422]); che « la dogmatica odierna può significare più cose: [...] quel complesso di concetti e principii, che i cultori del diritto privato e pubblico odierno adoperano nello studio di questo. Può significare, inoltre, la mentalità giuridica odierna: vale a dire, quella *preparazione*, che un giurista della nostra epoca porta — in quanto tale — nella conoscenza del fenomeno giuridico *in genere* » ([423]), « un complesso di predisposizioni e di atteggiamenti, che la nostra mente assume e contrae [...] nella quotidiana applicazione di categorie giuridiche a fatti e rapporti della vita odierna [...] ». « Un distacco netto, fra mentalità giuridica odierna e dogmatica del diritto odierno, non è possibile », ma è possibile e necessario sceverare, nell'ambito di questa dogmatica, « ciò che in essa vi ha di esclusivamente particolare e di specifico del diritto positivo odierno, da quei concetti che, sebbene applicati di solito sul terreno del diritto odierno, hanno tuttavia una efficienza dogmatica che l'oltrepassa e lo trascende » ([424]), « categorie giuridiche generali, sotto la specie delle quali noi moderni — in quanto giuristi — siamo portati a considerare e a formulare il fenomeno giuridico, non pure sul terreno del diritto positivo nostro, ma ancora su quello di altri diritti positivi, siano questi della nostra epoca o siano di epoche e di società diverse dalla nostra. Si tratta veramente di funzioni logiche della nostra mentalità giuridica, di predisposizioni e di abiti mentali, a c q u i s i t i b e n s ì c o n l a t r a d i z i o n e e l ' e s p e r i e n z a , q u i n d i s c i e n t i f i c a m e n t e c o n t r o v e r t i b i l i e s t o r i c a m e n t e c o n t i n g e n t i , ma non per questo meno necessari per noi » ([425]).

([422]) *Diritto romano e dogmatica*, 139.

([423]) *Ivi*, 141 (sottolineatura mia).

([424]) V. gli esempi indicati *ivi*, 143 n. 2.

([425]) *Ivi*, 144, cfr. 133; *Educazione*, 50; *Methode*, 18 estr.; *Diritto romano*, XVII s., n. 22. Va detto, nei riguardi di tutti quei critici che si sono soffermati sulla espressione ' funzioni logiche ' (del resto del tutto equivalente all'altra: ' attrezzatura logica ') che essi trascurano in modo singolare l'esplicita limitazione, cioè storicizzazione, di tali ' funzioni ' (che già di per sé hanno valore di mezzo a

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il valore conoscitivo delle categorie dogmatiche non è, dunque, affatto considerato come assoluto da B. ([426]).

In effetti, non può certo discutersi il fatto che « la nostra mentalità di giuristi [...] non può uscir fuori di se stessa » ([427]) e, d'altra parte, « se la conoscenza è essenzialmente [...] assimilazione congeniale dell'oggetto da parte del soggetto, è chiaro che un diritto *diverso* (corsivo mio) dal nostro, come il romano, non si può dire veramente *conosciuto* (corsivo di B.), se non in quanto le nostre categorie giuridiche abbiano trovato un terreno propizio alla loro applicazione, un terreno da essa predisposto per sua intima esigenza, e perciò vi si dimostrino immanenti. L'applicazione loro [...] deve non già imporsi dal di fuori, a forza, ma svilupparsi dal di dentro, naturalmente » ([428]).

Non è certo B., insomma, a negare che compito del romanista è di ricercare ' unicamente ' ([429]) la concezione romana degli istituti. Perciò, « se l'odierna ricostruzione intende rispecchiare il diritto positivo romano-classico [...], è evidente che il romanista deve, in via preliminare, accertarne la realtà storica attraverso

---

fine). Esse non sono affatto considerate da B. « forme universali del pensiero » ma certamente, invece, condizioni necessarie della conoscenza, « categorie con cui pensiamo il fenomeno giuridico » alle quali « non va attribuito affatto il valore assoluto di universali filosofici », « concetti rappresentativi, ottenuti mediante astrazione dall'esperienza e suscettivi di revisione al vaglio dell'esperienza » (v. in proposito l'esplicita critica ad una analogia kantiana in *Diritto romano e dogmatica*, 146; cfr. anche 141 n. 6 e sopra, n. 103). Esse sono dotate « di valore conoscitivo [...] in quanto forniscono direttive e punti di orientamento all'indagine del fenomeno giuridico, e ne rendono possibile la qualifica, l'inquadramento, la coordinazione sistematica: vale a dire, una più profonda comprensione » (*ivi*, 146; e, in nota 2, la critica alle concezioni empirio-criticistiche, accolte invece da CROCE, *Logica* 212 s.). Potrà dunque sembrare che « il riferimento a Kant (sia) del tutto un non senso » (così SCHIAVONE, *op. cit.*, 911, con rinvio a B., *Diritto romano*, XVII e n. 22) solo se vi si vuol leggere quel che ivi non è affatto asserito. Del resto, si possono vedere non poche esplicite prese di posizione bettiane rispetto alla filosofia kantiana e postkantiana, che permettono pochi dubbi in proposito: v. p. es. B., *E. Zitelmann e il problema*, cit., 59 e sopra, n. 77, 97, 103, 259, 356.

([426]) V. n. precedente.

([427]) *Diritto romano e dogmatica*, 65.

([428]) *Ivi*, 133. Si tratta del canone *sensus non est inferendus, sed efferendus*.

([429]) *Ivi*, 147.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una critica dei testi, e, assodata che l'abbia, deve aver cura di non abbandonare il terreno di quel diritto positivo [...]. Per il romanista [...] la realtà storica del diritto classico, criticamente accertata, deve costituire un termine fermo, un limite insuperabile » (430).

L'ufficio conoscitivo della dogmatica moderna trova, invece, la sua sede là dove si abbia a che fare con la ' sistemazione dottrinaria ' del fenomeno giuridico (431) e, però, con una serie di avvertenze, a trascurare le quali si giunge facilmente alla deformazione delle proposte metodologiche bettiane.

Infatti, B. osserva che in sede di ricostruzione storica la dogmatica deve rinunciare alla sua propria funzione pratica (432), limitandosi ad una pura funzione conoscitiva che esclude qualsiasi estensione analogica (433). Inoltre e soprattutto, la dogmatica non deve esser intesa « quale sovrapposizione meccanica di concetti bell'e pronti ad un mondo destinato a rimaner loro intimamente estraneo e refrattario » (434), sicché « il giurista deve conservare alle proprie categorie quel grado di elasticità e di forza dinamica che le renda atte a stringere più da presso gli istituti studiati e a coglierli nella loro s t o r i c a individualità » (435), introducendo in tali categorie specificazioni, adattamenti, correzioni, se del caso, « perché non è l'istituto studiato, che va piegato ad immagine e somiglianza delle nostre categorie, ma sono, viceversa, queste ultime che debbono servire alla comprensione dell'istituto » (436). In effetti, « la dogmatica non può eludere né offuscare i risultati utili dell'indagine storica » — la quale opera attraverso « la critica e la restituzione del testo », la « interpretazione storica » e la « critica storica » (437) — perché, anzi, « li pre-

(430) *Ivi*, 138. Diversamente deve dirsi della « sistemazione dottrinale » del diritto classico, rispetto alla quale « nulla vieta ed anzi è opportuno utilizzare gli strumenti della dogmatica odierna » (*ivi*).

(431) *Ivi*, 138.

(432) Su ciò v. oltre, 275.

(433) *Diritto romano e dogmatica*, 28 s. Si ricordi quanto si è detto sull'analogia in sede storica: sopra, n. 236.

(434) *Ivi*, 144.

(435) *Ivi*, 145 (spaziatura mia).

(436) *Ivi*.

(437) *Ivi*, 131.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

suppone » (438). La dogmatica, utilizzando concetti classificatorii, obbedisce all'esigenza metodica secondo la quale « l'attrezzatura logica dell'osservatore non deve sopraffare l'oggetto osservato; non deve prevenirlo e quasi soffocarlo, ma deve — p e r q u a n t o è p o s s i b i l e (spaziatura mia) — andargli incontro e lasciarlo parlare da sé. L'utilità costruttiva dei concetti che si adoperano è in ragione della loro reale capacità di rappresentare l'oggetto » (439). La dogmatica, cioè, non si può irrigidire in « formule fisse prive [...] di sensibilità storica, ma deve anzi rispecchiare, nelle sue mutevoli configurazioni, quel fenomeno giuridico », alla cui comprensione deve servire (440), per cui « nello studio storico [...] le categorie giuridiche che fungono da comuni denominatori, non vanno trasportate di peso col contenuto stesso che hanno nel diritto odierno, ma vanno adattate al diverso clima storico e sociale » (441).

In definitiva, B. rivendica pienamente il senso storico della ricerca, l'oggettività e la insuperabile storicità del diritto romano, la fiducia che, utilizzando opprtunamente lo strumento della qualificazione giuridica (442), sia possibile una migliore conoscenza di tale dato della realtà e, comunque, la indispensabilità, a tal fine, di categorie dogmatiche, in particolar modo, categorie moderne, nostre, che sono perciò più controllabili, più esattamente utilizzabili e di più generale applicazione.

Parlare, di fronte a ciò, di un modo sbagliato di fare la storia (si intende, dell'esperienza giuridica romana) sembra veramente ingiustificato e, comunque, incongruo con tutta una serie di premesse che si dovrebbero comunque assumere: e anzitutto che la storia non è certo pura narrazione di fatti; e che, per quanto riguarda il diritto romano, si tratta di far la storia del modo in cui la società romana è stata regolata dal diritto, del come e perché certe decisioni sono state tecnicamente raggiunte; e, infine, che tale discorso storiografico viene e deve essere formulato in

(438) *Ivi*, 26.
(439) *Ivi*, 30 s. (spaziatura mia).
(440) *Ivi*, 139.
(441) *Ivi*, 31.
(442) Come riconosceva ad es. il GROSSO, *Rec. a B.*, in *Iura*, 1, 1950, 170.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un linguaggio che, sia o non sia tecnico, certamente non è quello comune (443).

L'attuazione programmatica di queste idee, si ha, come è noto, specialmente nella *Parte generale* del *Diritto romano* (444) in cui B. ha cercato di « eliminare tutto quanto [fosse] peso morto di erudizione e materia di antichità, o notizia che può bensì interessare per sé stessa nella sua singolarità, ma meno in una visione d'insieme » (445), utilizzando « gli strumenti di una terminologia tecnica rigorosamente osservata e di una rappresentazione concettuale del fenomeno giuridico che è proprio ufficio della dogmatica » (ivi) e ordinando gli argomenti in una struttura prospettica (446), così da « educare nei discenti il senso della prospettiva, tanto di quella storica, quanto di quella propriamente giuridica ».

Si tratta, anche qui, di un modo di fare storia che appare rispettoso della vera e peculiare storicità dell'oggetto e del processo storiografico che lega l'interprete (lo storico del diritto) a tale oggetto. Se, infatti, il processo dogmatico di eliminazione di quanto viene giudicato irrilevante significa un impoverimento della vita reale (447), esso però allarga contemporaneamente il mondo del giurista e la sua capacità di comprensione di quel che è giuridicamente interessante. A ciò si collega strettamente la contestazione (448) del « consueto ordinamento sistematico della materia, necessariamente dogmatico e pandettistico », e la proposta, nella aspirazione ideale ad una « viva intuizione della fenomenologia del diritto », di « contemperare con un ordinamento sistematico le esigenze di una visione dei fenomeni schiettamente *storica* » (corsivo mio): così che, p. es., « non si consideri preliminare e fondamentale, come oggi, la distinzione in diritto pub-

---

(443) V. su questo problema i miei cenni in *Gnomon*, 47, 1975, 58 ss.

(444) Cfr. sopra, n. 83.

(445) *Diritto romano*, VIII.

(446) *Ivi*; cfr. *Methode*, 7 dell'estratto.

(447) Come riconosce ovviamente B.: *Methode*, 30 n. 26.

(448) *Diritto romano*, IX e n. 6. La contestazione è affidata a quel ricchissimo saggio di storiografia della manualistica di diritto romano — un unicum, direi, della nostra disciplina — che è la recensione alle *Istituzioni* di Arangio-Ruiz, *Problemi e criteri*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

blico e diritto privato » (449) e si proceda a rotture dell'esposizione sistematica in punti nevralgici della sua stessa struttura, dilatandola e approfondendola lungo linee — che non sono sempre quelle consuete e emergenti — della formazione storica degli istituti: come accade per la trattazione dello *ius gentium* (450), del diritto onorario (451), del trattamento dei vizi negoziali nella dogmatica bizantina e nella pandettistica (452), della genesi storica del processo formulare (453), del processo postclassico e giustinianeo, in rapporto p. es. all'idea del culto della legge (455), ecc.

Ma soprattutto questo *Diritto romano* è ben altro che un tardivo frutto della pandettistica. Di questa B. — proprio perché ne era gran conoscitore — ha costantemente rilevato, infatti, i vizi di fondo e l'inutilizzabilità di tante concettualizzazioni, in cui erano « inserite una quantità di rappresentazioni non romane » (455). Solo che la critica esplicita, e in B. non nuova, alle

---

(449) L'importanza di questo punto non si ricava facilmente dalle tre paginette dedicategli ex professo in *Diritto romano*, 62 ss. o dai rinvii ivi fatti (32, 115 ss.) specialmente all'autonomia dell'ordinamento familiare e alla sua rilevanza per l'ordinamento statale (dove è certamente fondamentale la lezione del Bonfante sulla progressiva diversificazione del diritto pubblico e privato, ma anche quelle kelseniane degli *Hauptprobleme* e del negozio giuridico pubblico o del *Diritto di famiglia* del Cicu, p. es.). Vi è qui alla base la critica di tutta l'elaborazione liberale del XIX secolo e del fraintendimento delle fonti romane, dalla Glossa a Cuiacio a Gotofredo al *code civil* e oltre, passando per la massima *' Regierungssachen sind keine Justizsachen '*, per non parlare di collegamenti con recenti revisioni dovute all'analisi marxista. Su tutto ciò cfr., comunque, S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e privato*, in *Encicl. d. dir.*, 12, 1964, 696 ss. e, oltre al materiale da me esposto tempo addietro in un seminario perugino, D. GRIMM, *Die Trennung von öffentlichem und privatem Recht*, in G. DILCHER e N. HORN (ed.), *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts. IV. Rechtsgeschichte*, München 1978, 55 ss.

(450) *Diritto romano*, 28 ss.

(451) Esemplare è *La creazione del diritto* (1927): sopra, n. 151; cfr. *Diritto romano*, 45 ss.

(452) *Ivi*, 315 ss.; cfr. anche *Bewusste Abweichung* (1939) cit.

(453) Per es. *Per il XIV centenario delle Pandette e del Codice di Giustiniano*, Pavia 1933.

(454) *Diritto romano*, 667 s.

(455) *Methode*, 1 n. 1. È sufficiente ricordare la critica al dogma della volontà (per es. *Creazione del diritto*, 6 dell'estratto).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contaminazioni antistoriche, al pandettismo ed alla sua armonistica ([456]) è, però, legata alla esigenza — oggi certo, divenuta diffusa, se non generale — di una sua storicizzazione, sia o meno vero che i giuristi moderni siano legati ai romani, attraverso il diritto comune, da « una ininterrotta catena di pensiero » ([457]) di cui la pandettistica, appunto, non può comunque aspirare che ad essere un « momento » ([458]) culturale, prima ancora che tecnico.

Il senso della storia, che ovviamente è rivelato da questo atteggiamento, non può essere frainteso ed è causa ed effetto, insieme, della proposta e dell'impiego di nuovi strumenti concettuali, capaci da un lato di rappresentare un nuovo diritto positivo, quale si è venuto storicamente determinando, e da un altro lato — se e in quanto dotati di particolare efficienza — comunicabili ai vari settori dell'esperienza giuridica: e ciò, ancora una volta, è ben diverso dalla concezione della dogmatica come di « un sistema chiuso di concetti rigidi e di principi sempre identici, buoni a render ragione del fenomeno giuridico in ogni tempo e in ogni luogo » ([459]).

In realtà, certe affermazioni polemiche nei confronti delle teorie bettiane si rivelano prive di oggetto ([460]), fraintendimenti di

---

([456]) *Ernst Zitelmann*, 351.

([457]) Formulazioni di questo tipo non debbono essere accolte in modo acritico. Ne dà prova lo stesso B., quando, ad es., rimprovera alla Cassazione di ' rifugiarsi nel diritto romano ' (*Se i discendenti legittimi*, 1925, 28 dell'estratto): « Per quanto concerne il richiamo al diritto romano-giustinianeo, esso oggi — a quasi un millennio e mezzo di distanza dalla formazione di quel diritto, e per giunta in una materia così strettamente connessa alla evoluzione della coscienza sociale, com'è questa del diritto di successione familiare — appare così anacronistico da rasentare quasi l'umorismo [...]. (Si tratta di) mettere in rilievo un errore metodico altrettanto grave quanto frequente: che consiste nel voler trapiantare nel diritto vigente certe soluzioni particolari al diritto romano le quali non trovano più giustificazione nel clima storico odierno. Per fortuna, noi non ci troviamo oggi nella disagevole condizione (propria dei Glossatori e dei pandettisti tedeschi del secolo scorso) di dover considerare come vigente il diritto romano. Possiamo, quindi, guardare alle soluzioni di questo con occhio storico e critico ad un tempo [...] ».

([458]) *Diritto romano*, XXVII.

([459]) *Diritto proc. civ.*, X-XI.

([460]) Talvolta, a dir vero, si è trattato, più che di incomprensione, di rifiuto a intendere, come nel caso del Biondi, quando affermava che nella posizione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fronte ai quali si capisce che B. protestasse, ribadendo il proprio punto di vista, per « sgombrare il terreno da equivoci e da incomprensioni », « per impedire che essi si rinnovino dilagando, e per rendere possibile in futuro una serena discussione scientifica circa l'indirizzo metodico in questione » ([461]).

L'appello di B. alla storicità del diritto è, in realtà, incondizionato ([462]). Questo, del resto, è il messaggio conclusivo, contro tutti i rischi connessi all'impiego della dogmatica moderna e contro tutti gli equivoci a cui la novità metodologica si poteva prestare: « la miglior garanzia [...] è costituita [...] da un vivo senso storico. A chi ne difetta, è da sconsigliare lo studio del diritto romano » ([463]). E, aggiungerei, del diritto *tout court*.

A questo punto, la discussione doveva considerarsi conclusa. Se non è stato così e se ancor oggi, a più di mezzo secolo di distanza, sembra che del problema non si possa ancora parlare in sede unicamente storiografica ([464]), ciò dipende da motivi che non debbono qui esser indicati.

---

bettiana vi sarebbe non tanto un attardamento nella vecchia posizione (quella pandettistica) quanto, « peggio ancora », la velleità di « dare sapore di novità metodologica alle tendenze costruttive della pandettistica, impostando la questione sul terreno della gnoseologia » (ora in *Scritti giuridici*, I, Milano 1965, 230 s.). Par chiaro, infatti, che non si tratta di costruire bensì di ' ricostruire ' il dato e, comunque, che l'orientamento bettiano è più vicino alla storia di quanto non lo sia quello di chi dichiarava che « non occorre [...] disturbare il sonno eterno dei giuristi romani per adattare ad essi abiti e concetti che sono loro estranei » (ivi, 229). Per non parlare dell'accusa (ivi) di confondere il diritto romano con la tradizione romanistica, la cui infondatezza è dimostrata, a tacer d'altro, dal fatto che proprio nel diverso atteggiamento che assumono in concreto i giuristi classici e invece i glossatori, i commentatori, i pandettisti ecc. B. vede un forte argomento per negare che la dogmatica elaborata dalla giurisprudenza classica (su questa v. p. es. *Methode*, 9 ss., dell'estr.) sia sufficiente (cfr. *Educazione*, 44).

([461]) *Educazione*, 38.

([462]) Così l'esigenza di riscontrare la validità del metodo nel concreto lavoro scientifico svolto: *Educazione*, 64; cfr. sopra, n. 151.

([463]) *Educazione*, 60.

([464]) Naturalmente, da parte degli storici del diritto, giacché le esigenze di una dogmatica moderna — ciò significa: di oggi — si ripropongono per i giuristi positivi di qualsiasi generazione. V. ad es. lo scritto polemico di U. MEYER-CORDING, *Kann der Jurist* cit. (anche oltre, n. 469); ma anche, per es., E.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Certo, ulteriori meditazioni del problema rivendicano il carattere euristico delle categorie dogmatiche moderne, il cui impiego è necessario « anche per non cadere nell'erudizione antiquaria, per la quale non occorre essere giuristi », riaffermando la fruttuosità della storia del diritto per la moderna dogmatica ([465]). Ma anche in sede più generale, dove un giudizio sulle concezioni bettiane può ancor meno esimersi dal tener conto di progressi reali avutisi in sede epistemologica e pratica, la mia impressione è che B. avesse già preso la giusta posizione, come le più recenti discussioni sembrano appunto confermare.

E intanto, se si considera, come è necessario, che la dogmatica giuridica è da vedere anzitutto in rapporto al diritto vigente, può notarsi come ancor oggi vi sia un equivoco e una confusione tra dogmatica e dogmatismo ([466]), equivoco e confusione tanto meno giustificati se si conosce la storia della dogmatica e si ricorda che già essa era intesa come interpretazione dal Savigny. Essa potrebbe in effetti esser considerata come una classe di proposizioni chiare e definitive, espressive del diritto vigente, o come un insieme di regole metodiche, o come atteggiamento e mentalità relativi al compito del giurista, caratterizzazioni tutte discutibili e discusse, ma di cui l'ultima pare quella maggiormente fondata e comunque la più efficiente, specie nel suo indirizzo ermeneutico ([467]). In questo senso ([468]) il materiale giuridico —

Russo, *Linee di una nuova dogmatica*, in AA.VV., *L'uso alternativo del diritto*. II. *Ortodossia giuridica e pratica politica* (a cura di P. Barcellona), Bari 1973, 101 ss. Cfr. anche N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, 1974 (tr. it. con intr. di A. Febbrajo, Bologna 1978).

([465]) Per es., in rapporto con i diritti greci, H. J. Wolff, *Der Rechtshistoriker und die Privatrechtsdogmatik*, in *Festschr. F. v. Hippel*, Tübingen 1967, 687 ss. (= *Opuscula dispersa*, Amsterdam 1974, 41 ss.), 703 s. con la n. 23, 707, 710. Si consideri anche B., *Educazione*, 36 n. 1, a proposito del Beauchet, « che ha preteso di ricalcare sul Codice napoleonico il diritto privato della ' repubblica ateniese ', dando prova di una singolare mancanza di *senso storico* ».

([466]) Tanto più se è accettabile, oltre i suoi limiti specifici, l'idea che la dogmatica sia una critica del dogmatismo: sopra, n. 149.

([467]) Cfr. D. De Lazzer, *Rechtsdogmatik* cit., 85 ss., 98.

([468]) I riferimenti culturali circa l'indirizzo ermeneutico — l'altro possibile indirizzo è quello scientistico: ivi, 100 — sono particolarmente significativi, da Cohen a Cassirer, da M. Weber a Parsons, da Rothacker a Habermas. È agevole aggiungervi, per es., Bonfante e B.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

si dice — è da interpretare come rappresentazione simbolica (B. parlerebbe di 'forme rappresentative') di istituzioni sociali che si presentano come problemi governati da una funzione e la dogmatica rappresenta una serie di schemi (formulari di compromesso) variabili anche in rapporto all'interesse conoscitivo, vitalizzati da una prammatica storicamente informata (469).

Sembra dunque evidente che la più recente riflessione sull'argomento ribadisca alcune precise posizioni bettiane (470): la funzione, il problema, la storia, la esattezza, l'antidogmatismo, la praticità, l'indispensabilità di una dogmatica come educazione giuridica, ecc.

Ma ancora più interessante è la conferma che per questa ricostruzione complessiva dell'itinerario bettiano — dalla filosofia alla storia al diritto all'ermeneutica, con la tappa fondamentale della rifondazione metodologica — si trae dalla consapevolezza (471) che il problema della dogmatica giuridica trovi una risposta attuale e pertinente nell'ermeneutica. B., infatti — lo si è già detto — ha dato una giustificazione del metodo, proponendo una 'interpretazione tecnica in funzione storica', fondata sull'idea (472) che la moderna storia del diritto sia una autonoma storia del diritto, emancipatasi dalla dogmatica, più precisa della storia generale; dipende da un intendere specificamente storico-giuridico, ma resta distinta da una applicazione dogmatica, è 'contemplativa', pur indicando soluzioni di problemi e realizzando con ciò un interesse comparativo attuale (473). Da qui, la sua attitudine e capacità — certo, previo l'abbandono del po-

---

(469) *Rechtsdogmatik* cit., 106; e *pass.*, per la critica a Meyer-Cording (sopra, n. 22).

(470) V. già F. CASAVOLA, *Storiografia o dogmatica?*, in *Labeo*, 2, 1956, 336 ss.

(471) Per es. A. KAUFMANN, *Dal giusnaturalismo e dal positivismo giuridico all'ermeneutica*, in *RIFD*, 50, 1973, 720; v. anche J. ELLUL, *Diritto e storia*, ivi, 675 ss.

(472) Cfr. K. KROESCHELL, *Haus und Herrschaft im frühen deutschen Recht. Ein methodischer Versuch*, Göttingen 1968, 48 ss., 55 (col richiamo a B. e a Wieacker).

(473) Quanto al valore della comparazione giuridica nel quadro della storia del diritto v. già KOSCHAKER, *Selbstdarstellung* cit., 113.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sitivismo legislativo — di partecipare responsabilmente al progresso del diritto ([474]).

Una critica possibile nei confronti di questo tentativo è che esso faccia dell'indagine storiografica un prodotto idealistico, sostanzialmente inadatto a scoprire le strutture sociali. Se però l'ermeneutica è un metodo ([475]), la disciplina giuridica è rivolta proprio alle strutture sociali e dunque non dovrebbe esser discussa la possibilità di una ricerca in questo senso, rivolta al perché ed al come dei regolamenti storicamente dati. Questa, del resto, è la storicità di cui parla, ad es., il Gadamer, quando afferma che « ein wirklich historisches Denken muss die eigene Geschichtlichkeit mitdenken » ([476]); ed è anche quella storicità che B. dal canto suo ha costantemente privilegiato ([476bis]) anche in termini sociologici ([477]), parlando p. es. di compito del giurista ([478]) e di interesse alla politica legislativa ([479]). Perciò si deve ribadire che il pensiero bettiano veramente si intende e si conclude nella TGI e che questa non si può valutare senza averne presente il concreto maturarsi e svolgersi ([480]).

II. Non ci si può ora soffermare sulla TGI ([481]). Si può invece indicare, a parziale completamento del quadro, il momento della socialità, fondamento non ultimo dello spessore intellettuale dell'intera personalità scientifica bettiana.

([474]) Così anche Wolff (sopra, n. 465), Wieacker e da ultimo D. GRIMM, *Rechtswissenschaft und Geschichte*, in AA.VV., *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften* 2, München 1976, 16 s. V. oltre, n. 499.

([475]) Non però una Kunstlehre, cfr. H. KIMMERLE, *Hermeneutische Theorie oder ontologische Theorie*, in *ZThK*, 59, 1962, 114 ss. cit. dal Kroeschell.

([476]) *Wahrheit und Methode*, 283: KROESCHELL, *Haus*, cit., 49.

([476bis]) Superando i rischi di una perdita dell'oggettività, impliciti nella posizione di Gadamer: B., *L'ermeneutica storica* (1961), 16 ss. dell'estr.; *Hermeneutik*, 41 ss.

([477]) Cfr. n. 57.

([478]) Cfr. p. es. n. 57, 94, 190.

([479]) Cfr. p. es. n. 109.

([480]) V. sopra, p. 195 s.

([481]) Occorrerebbe arricchire la discussione con altro materiale, pubblicato e non pubblicato (e quest'ultimo, del resto, ancora non del tutto identificato) e tener conto dell'insieme di reazioni, consensi, dissensi suscitati dall'opera bettiana.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Vi è un saggio del '27, già richiamato (482), in cui B. svolge una serie di considerazioni di un certo rilievo. Partendo dall'esigenza di tutelare la possibilità, per chi appartiene alle classi meno abbienti, di proporre domande giudiziali, egli critica in varie parti il progetto di codice di procedura civile, allora presentato, richiamandosi esplicitamente al Menger (483) e ponendo il problema di « evitare che il creditore profitti di una situazione di predominio economico o sociale per sopraffare il debitore » (484). A queste esigenze, tuttavia, si deve far fronte non con provvedimenti populistici, ma con strumenti tecnici e dogmatici adeguati. « Si era radicata in parecchi uomini politici la credenza che (un) trattamento (mite e riguardoso dei debitori) rispondesse ai bisogni delle classi più umili e fosse un indispensabile complemento della loro tutela contro il prepotere del capitale e le vessazioni dei ricchi [...] un indirizzo [...] affermato anche tra noi, nella legislazione » (485). « La verità [...] è ben altra ». Aderendo per ciò al Calamandrei (486) B. osserva che

« [...] la vita economica opera largamente col *credito* [...] e un sistema energico e rapido di esecuzione forzata costituisce un bisogno vitale. Soltanto così [...] si garantisce efficacemente il credito e s'incoraggiano gl'investimenti: perché si dà, a chi presta denaro, la sicurezza del recupero, a chi anticipa lavoro o merci, la certezza del compenso. Un buon sistema di esecuzione forzata è capace di far discendere il tasso dell'interesse e dello sconto non meno che un accorto sistema di tutela del risparmio e un avveduto governo della bilancia commerciale ».

« [...] La tutela del creditore [...] sia sotto il profilo sociale-politico sia [...] sotto il profilo tecnico-giuridico [...] si presenta [...] come lo strumento più adatto a promuovere [...] l'accresciuto senso di disciplina e di responsabilità [...] (nello stesso tempo il progetto

---

(482) *Osservazioni* cit., sopra, n. 371.

(483) *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, IV ed., 1908, 19, 31, 34 s.

(484) Si noti ivi, 27 dell'estr.: « Specie nelle campagne [...] il pericolo di prepotenze da parte dei creditori appare molto prossimo ».

(485) Ivi, 18.

(486) *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, I, 69 s. Per il Calamandrei « nella massima parte dei casi il debitore non è una vittima ma è un disonesto, non è un dissanguato dall'avidità del creditore, ma è lui il vampiro e lo sfruttatore del lavoro e della fiducia di questo ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Carnelutti traduce) in atto [...] quello che è l'ideale e, insieme, la ragion d'essere dell'*obbligazione*, quale concepita e configurata nel diritto moderno » (e soddisfa) « un postulato fondamentale dell'odierno processo di esecuzione, che tende ad ammettere ogni mezzo esecutivo che sia possibile praticare, secondo l'apprezzamento della coscienza sociale, e non [...] contrario a qualche norma o principio dell'ordine giuridico » (487).

Qui si colgono alcuni punti essenziali per intendere gli orientamenti bettiani. Se la legge rappresenta un limite, essa però è vincolante secondo il suo ' spirito ', che non si risolve necessariamente nella intenzione del legislatore (488). In effetti (489) « le garanzie non basta che siano nella legge [...], debbono esser anche osservate nella pratica e nel costume sociale », essendo essenziale « il grado di efficacia del vincolo e di sicurezza dell'affidamento che nella coscienza sociale si considerano creati con la promessa di una ulteriore dichiarazione » (490).

Non vanno discusse qui le possibili conseguenze di tali affermazioni: non ultima, mi pare, quella di rappresentare una possibilità di ulteriore efficienza della teoria bettiana del negozio giuridico, anche di fronte alle esigenze del nuovo diritto dei contratti ed alle critiche che, in proposito, vengono rivolte contro la teoria precettiva, a cui andrebbero piuttosto sostituite costruzioni capaci di attuare in pieno l'art. 41 della Costituzione (491). Non

(487) *Ivi*, 19 s. A n. 2 di p. 20 si richiama anche *Concetto*, §§ 12 e 26 per prender atto della discussione a cui il Carnelutti aveva sottoposto il lavoro bettiano. Sul progetto Carnelutti v. ora G. TARELLO, *Profili di giuristi contemporanei: Francesco Carnelutti e il Progetto del 1926*, in *Materiali per una storia* cit., IV, 497 ss.

(488) Cfr., per una specifica critica, *Sulla pretesa abolizione generale dei monopoli di diritto privato*, in *Temi em.*, 1, 1924, I, 582 ss. Qui vi è anche una pagina sui problemi dell'incompatibilità politica della nuova con la vecchia legge, l'individuazione dei principi cardinali, informatori del regolamento giuridico, la valutazione del carattere e dell'ambito di applicazione del principio di eguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge, del principio della libera concorrenza e di altri possibili fra i c.d. ' immortali principi dell'89 ', i principi liberali della rivoluzione francese in quanto ispiratori della legislazione pre- e post-unitaria.

(489) Ivi, 27.

(490) Ivi, 23.

(491) V. per tutto ciò GALGANO, *Negozio giuridico* cit., §§ 10-12. Tale efficienza ulteriore dipende anche dai termini in cui B. ha posto il problema, a

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ci si soffermerà neppure sul concetto stesso di coscienza sociale, la cui centralità nel pensiero bettiano è certa, quanto, ancora una volta, si cercherà di documentare le basi di tale pensiero.

Esso prende le mosse dal rifiuto di considerare il diritto come ridotto alla legge o, d'altra parte, come ridotto alla funzione di « delimitare le sfere spettanti a ciascun consociato di fronte agli altri e di regolare le loro reciproche relazioni, costituendo fra loro rapporti giuridici »: concezione ' individualistica ' che disconosce che « il diritto [...] è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge » (492). Soprattutto, esso dipende dalla ferma convinzione che « il giurista non debba né possa disinteressarsi dei problemi di politica legislativa e che la critica del diritto positivo [...] costituisca una delle più importanti funzioni della giurisprudenza » (493), se si deve combattere l'ideale di una scienza giuridica statica, avversa ad ogni adattamento della norma alla variabilità delle situazioni sociali (494).

Questa riforma del diritto è anzitutto, nel pensiero bettiano, un problema di riforma del giurista. Il motivo dominante, in questo senso, è la lotta contro l'idea di un giurista *être inanimé*, politicamente agnostico (495) — il che non vuol dire che esso

---

parte la stessa soluzione da lui data. In questo senso, mi pare che abbia colto nel giusto il GROSSO, rec. alla *Teoria gen. d. neg. giur.*, cit., 423, quando ha osservato che se il rapporto tra autonomia privata, negozio giuridico ed esigenze sociali del nostro tempo, « nel quadro degli schemi formali della teoria generale, sembra importare una specifica crisi della teoria del negozio giuridico, forse la crisi ha una portata più vasta in rapporto allo stesso concetto del diritto e ai metodi della scienza giuridica ». E la critica bettiana, in sostanza, ha efficacemente realizzato la funzione, che Maiakowski assegnava a qualsiasi critica: « organizzare la comprensione ».

(492) *Sulla base giuridica del potere*, 4 s.; v. già sopra, n. 109.

(493) *Ernst Zitelmann e il problema*, 77.

(494) *Problemi proposti dallo sviluppo del capitalismo*, 593.

(495) Cfr. *Il quarto libro nel progetto del codice civile italiano* (1938), 551 ss., con richiamo della serie di scritti polemici sul progetto di un codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti (sopra, n. 109). Lo studio del '38, comunque, che la direzione della Rivista di diritto commerciale censurò in certi apprezzamenti antinazisti, va visto nella più autentica versione (*Studi S. Romano*, IV, Padova 1940, 27 ss.). Vi si manifesta, rispetto agli orientamenti della scienza giuridica nazista, una critica radicale che nasce da convinzioni profonde e già in precedenza esplicitamente manifestate sia negli scritti (cfr. *Diritto romano*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

debba essere asservito ad una ideologia politica ([496]) — e imbarbarito da una preparazione specialistica e tecnicistica, priva di

XXVI e n. 36; *Methode*, 3 ss., 36) sia in lezioni tenute a Zurigo, Francoforte, Colonia, Amsterdam, Vienna, ed anche dissentendo pubblicamente, quando una delegazione ufficiale italiana accolse con applausi un discorso del ministro Frank in cui si attaccava il diritto romano. Si considerino gli atteggiamenti, pubblici e privati, dell'epoca, la mancanza di reazioni (per non parlare delle adesioni) da parte di molti studiosi nei confronti delle teorie razziste, la scarsa solidarietà con chi veniva allontanato dalla cattedra perché ebreo (cfr. ad es. A. SCHNAPP, *Archéologie et nazisme*, in *Quaderni di storia*, 5, 1977, 1 ss., 22; più in generale, v. L. POLIAKOV e J. WULF, *Das Dritte Reich und seine Denker*, Berlin 1959; B. RUETHERS, *Die unbegrenzte Auslegung* cit.; V. LOSEMANN, *Nazionalsozialismus und Antike. Studien z. Entwicklung des Faches Alte Geschichte 1933-1945*, Hamburg 1977; cfr. il cap. *Der Rassestaat* in E. STERLING, *Der unvollkommene Staat. Studien über Diktatur und Demokratie*, Frankfurt M. 1965, 257 ss. ed anche R. CECIL, *Il mito della razza nella Germania nazista*, tr. it., Milano 1973, specie 73 ss., 94 ss.). L'atteggiamento assolutamente negativo di B., la solidarietà dimostrata — è solo un esempio — nei confronti di F. Haymann (cfr. B., *Per la nostra propaganda culturale all'estero*, 1938, 24 dell'estratto; *Notazioni*, 34; *BIDR*, 51-52, 1948, 430 ss.), la discussione recisa di opere come il *Mythus des 20. Jahrhunderts* di A. Rosenberg; la fedeltà al Maestro Segrè, che in una lettera del giugno '42 ringraziava B. « del ricordo affettuoso [...] del delicato pensiero nei confronti della forzata e dolorosa assenza » (cfr. il limpido necrologio di B., *RISG*, n.s. 17, 1942, 307 ss., con il riferimento al « documento commovente della sua purissima passione di Maestro »); il fatto che egli continuasse a ribadire e a sviluppare le sue critiche (*Il quarto libro*; *La crisi odierna della scienza romanistica in Germania*, 1939; *Per la nostra propaganda*, *passim* e spec. 13, 16, 20 ss., 31 dell'estratto; *Istituzioni*, I, 1942[2], XI ss.): tutto ciò sembra particolarmente significativo di una coerenza scientifica e morale e consentire valutazioni più corrette della sua adesione, del resto tardiva, al fascismo. Sul problema si veda quanto scrive, giustamente, F. SPANTIGATI, *Riflessioni sulla questione universitaria*: I) *Spunti per una discussione sulla figura del docente*, in *Il Foro amm.*, XLV, 1969, III, 557 ss., 560 s.

Ma anche a questo proposito vanno indicati almeno alcuni tra vari elementi troppo facilmente trascurati: dalla critica alla legge del '26, ispirata alla esigenza di mantenere il principio della separazione dei poteri (di contro v. la proposta di riforma costituzionale De Francisci, il cui « punto di partenza concettuale » era che « come in fatto anche in diritto si debba in regime fascista considerare come assolutamente superata la dottrina della divisione dei poteri »: cfr. R. DE FELICE, *Mussolini il duce. I. Gli anni del consenso 1929-1936*, Torino 1974, 279 ss.), alla rivendicazione delle garanzie di libertà (*Sui principi generali*, cfr. sopra, n. 117), alla critica di « certi atteggiamenti esteriori non sempre equanimi né opportuni » del fascismo (*Il quarto libro*, 554), alle censure rivoltegli da autorità fasciste (*Per la nostra propaganda*, 9 ss., *Notazioni*, 32) al completo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

supporto filosofico ([497]) e di quella cultura che sia stata capace di far suo il patrimonio della tradizione e in specie dell'antichità classica ([498]).

---

proscioglimento, nel giugno del '46, da qualsiasi addebito di « manifestazioni di carattere fascista, di faziosità fascista e di collaborazione con la sedicente repubblica sociale italiana ». Anche di ciò occorre tener conto, se si vogliono veramente capire le cose. V. p. es. N. BOBBIO, *L'ideologia del fascismo*, Quaderni F.I.A.P. 14, s.d.s.l. (ma 1976); AA.VV., *Matrici culturali del fascismo* cit.; e si consideri che « vi fu un fascismo colto, e non per vile convenienza », come ha scritto tempo fa T. De Mauro; che le fonti di tale cultura precedono non solo cronologicamente l'adesione, tanto più se critica, al regime; che quest'ultimo aveva visto determinarsi il proprio assetto interno e internazionale così da provocare, p. es., il documento comunista *Per la salvezza dell'Italia e la riconciliazione del popolo italiano* (cfr. DE FELICE, *op. cit.*, 773 ss.), e così via. — Per tornare a B., direi che altrettanto significativi sono ulteriori suoi atteggiamenti, p. es. contro gli armamenti nucleari o l'intervento occidentale in Corea o circa il riconoscimento giuridico della Germania orientale, ecc. Non vi è dubbio, comunque, che una valutazione scientifica dell'opera bettiana, che voglia metterne in luce la modernità ed attualità, debba far leva sul sostanziale distacco di B. dai conformismi più o meno ufficiali e diffusi. V. anche sopra, n. 94 e oltre, n. 510.

Trova qui luogo anche un accenno al convinto europeismo di B., che ha origini lontane e si è manifestato non solo in una precisa ricognizione del patrimonio culturale europeo ma anche nell'indicazione della responsabilità degli intellettuali circa le condizioni di un suo mantenimento e sviluppo. Significative in proposito sono ad es. le proposte bettiane di una Società delle Nazioni europea (*Zur Frage* cit.) o le considerazioni su possibilità e limiti di un diritto di convivenza europeo (1953). Si tratta di un orientamento di fondo al quale si può trovare più di un riscontro storiografico in varie direzioni: dalla discussione, p. es., di H. MEIER, *Die imperialistische « Europa »-Ideologie*, in *Kritik der bürgerlichen Geschichtsschreibung* hgg. v. W. BERTHOLD - G. LOZEK - H. MEIER - W. SCHMIDT, Köln 1970, 50 ss. (e v. anche ivi, R. Günther, sulle falsificazioni della storia del mondo antico: 115) alle recenti osservazioni di D. Liebs sui compiti della storia del diritto (sopra, n. 126) per il quale « der hohe Stellenwert des Rechts in den westlichen Ländern ist [...] eine Eigenart dieser Länder und gehört nicht etwa zu den Grundbedingungen menschlichen Daseins überhaupt ».

([496]) *A proposito di una revisione del codice civile* (1945), 20: « La identificazione pura e semplice del diritto con la politica porta a disconoscere lo specifico compito del diritto e, asservendo questo ai fini della politica, cela il pericolo di offendere la giustizia ».

([497]) V. sopra, n. 24, 130.

([498]) Cfr. *Istituzioni* I², XII, con richiamo a W. Jaeger. Cfr. anche, per es., *La formazione culturale* (1960).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il giurista, infatti — e si è già visto come abbia titolo per partecipare attivamente a tale responsabilità anche lo storico del diritto ([499]) — « è chiamato a proporsi problemi di politica legislativa di fronte a conflitti d'interesse che si agitano nella società nazionale cui appartiene, e a ponderarne la soluzione meglio rispondente alle esigenze storicamente determinate di quella società » ([500]). Non potrebbe, però, far questo, senza una costante critica del diritto vigente, una critica che consiste anzitutto nel ricercare strumenti capaci di evitare arbitrii nell'applicazione del diritto ([501]) — da qui l'esigenza anche sociale e politica dello strumento dogmatico e di corrette teorie generali — e nel cercare, in sede teorica, appunto, e di critica giurisprudenziale e legislativa, le ragioni di « politica legislativa, di giustizia e di opportunità pratica, per preferire nei rapporti di diritto civile, p. es., un dato rapporto rispetto a un altro » ([502]), attento a non attribuire carattere intangibile a certe determinazioni normative (p. es. sottolineando il carattere essenzialmente storico, variabile e contingente delle esigenze di 'ordine pubblico') ([503]), dotato di una sensibilità etica, che non si nasconda dietro formule vuote o si arresti davanti al potere e all'autorità, ma si applichi al rigoroso lavoro di scavo del dato pregiuridico e giuridico per coglierv fondamento e misura di una disciplina normativa effettivamente adeguata ai principi progressivi di un diritto migliore. Il giurista, insomma, determina in prima persona e partecipa al

---

([499]) Sopra, n. 474.

([500]) *A proposito di una revisione*, 20.

([501]) *Ernst Zitelmann*, 350.

([502]) Per es., in vista della garanzia dei diritti nella comunione dei diritti patrimoniali (*Risoluzione di affitto solidale*, 1924, 11); o nella determinazione del principio di eguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge (*Sulla pretesa abolizione generale*, 1924, 4); o del fondamento politico-legislativo della successione intestata e della legittima riservata ai discendenti (*Se i discendenti legittimi siano tenuti alla collazione*, 1925, 20); o nella valutazione del compito della legge fiscale (*Se il debito della tassa di consolidazione passi con la vendita della proprietà nuda*, 1930, 117); ecc.

([503]) *Sulla validità della clausola compromissoria per arbitrato estero*, 1927, 285, 298.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

movimento evolutivo della coscienza sociale moderna (504). E se si vogliono indicare ambiti di riflessione in cui tutto ciò, messo a frutto, ha influenzato profondamente la scienza giuridica italiana, basterà pensare alla costante rivendicazione e individuazione di quelli che sono i principii generali del diritto (505) o alla formulazione classica della teoria generale e della dogmatica dell'interpretazione della legge e degli atti giuridici (506).

Ma prima di questi esiti vi è una presa di posizione fondamentale e anch'essa radicata nel giovane Betti, partecipe anche personalmente dell'« immenso dolore umano che si esaltò in questa guerra abbandonato a se stesso, senza conforto ». Si tratta della pagina finale della *Struttura dell'obbligazione* (507) del 1° dic. 1918:

« [...] Quella che oggi appare la posta del giuoco, trascende il benessere degli individui e il destino stesso di uno o più Stati: essa è un altissimo ideale di giustizia e di libertà da far trionfare nella vita dei popoli. Chi ben guardi, la guerra testé combattuta accenna a ricollegarsi [...] a quel grandioso movimento spirituale del mondo moderno che ebbe la sua prima imponente manifestazione nella rivoluzione francese. Fu osservato di questa dal Tocqueville che, pur essendo una rivoluzione politica, essa operò alla maniera d'una rivoluzione religiosa e ne prese in qualche cosa l'aspetto. Essa inspirò il proselitismo e suscitò la propaganda, ravvicinò popoli che si conoscevano appena e li unì strettamente con vincoli nuovi di simpatia; rese nemici cittadini del medesimo Stato e fratelli stranieri, creò al di sopra dei singoli Stati una patria intellettuale comune, di cui poterono divenir cittadini uomini di tutte le nazioni. Ora non sono, questi, fenomeni analoghi a quelli che si sono svolti sotto i nostri occhi nella guerra odierna?

Abbiamo veduto come, a grado a grado e spontaneamente andasse formandosi nelle opinioni pubbliche degli Stati liberi invasi o minacciati e di quelli neutrali una nuova coscienza politica mondiale che finì per farsi luce anche nelle opinioni pubbliche degli imperi militari, e come alle iniziali questioni di territorio succedessero questioni di

---

(504) *Per una classificazione degli atti processuali di parte*, 1928, 116; *Se i discendenti legittimi*, 3 s., ecc.

(505) *Efficacia*. 201 nota; *Metodica*, 9; *Sui principi*, 1940, 217 ss.; *Interpretazione*², 187 ss., 310 ss. eec.

(506) Vedi la presentazione che a suo tempo ne ha fatto G. MIRABELLI, in *Iura*, 1, 1950, 506 ss.

(507) *Struttura* (1919), 101 ss.; cfr. II ed., 205, ove ci si limita ad un riferimento ed alla 'postilla': ivi, 104 (dell'estratto).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

principio in cui quelle restavano assorbite, e alle aspirazioni nazionali dei singoli Stati tendesse a sostituirsi — come fu detto — la volontà comune di una illuminata umanità. Abbiam veduto risorgere e far di nuovo udire la loro voce nella storia popoli che da lungo tempo avevano perduta la indipendenza e sembravano sepolti per sempre: quasi a dimostrare che, indipendentemente dalle forme statuali, contingenti ed effimere, i popoli possono vivere e serbare intatto il loro spirito immortale. Abbiam veduto contemporaneamente i tre imperi reazionari e oppressori dell'Oriente Europeo crollare e dissolversi come per una necessità storica ineluttabile, e uno spasimo di rinnovamento convellere il poderoso ma arretrato organismo statuale del popolo tedesco.

Anche questo è fatale. Perché la vittoria odierna non è, e non deve assolutamente essere, la vittoria di un angusto e unilaterale nazionalismo. Essa deve assorgere al significato storico di una vittoria dello spirito democratico-rivoluzionario moderno — di cui il principio di nazionalità non è che un'applicazione — sul vecchio spirito imperialista-conservatore. Come la rivoluzione francese portò a una dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino e a proclamare la libertà e l'eguaglianza fra i singoli, così la guerra odierna deve portare a un'analoga dichiarazione dei diritti delle nazioni e degli Stati e a proclamare la libertà e l'eguaglianza tra i popoli. La libertà, di cui popoli sino a ieri oppressi entrano oggi in possesso, dovrà esprimersi nell'indipendenza loro dall'arbitrio e dall'intrigo dei vecchi governi dinastici e delle autocrazie militari, nella loro sicurezza e integrità territoriale e nel diritto, riconosciuto a ciascuno, di decidere da sé le proprie sorti e di regolare con piena autonomia il proprio sviluppo. L'eguaglianza fra i popoli, grandi o piccoli che siano, dovrà essere garantita nella prossima pace, da una lega generale degli Stati, — espressione giuridica di una nuova società delle nazioni, auspicata dal presidente Wilson — compito della quale dovrebbe essere quello di mantenere, mediante nuove e potenti salvaguardie, il rispetto del diritto e la giustizia internazionale contro ogni velleità di prepotere con la violenza sopraffacendo i più deboli, e quello di assicurare, con la creazione di condizioni di produzione, di lavoro e di commercio eguali, la pari collaborazione di tutte le nazioni all'opera comune della civiltà. Perché non vi potranno essere esclusioni: e la giustizia dovrà attuarsi in modo imparziale, anche a vantaggio dei popoli degli Stati vinti.

È una grande rivoluzione, quella a cui assistiamo: una rivoluzione la quale non potrà non avere — come è stato di recente riconosciuto anche da uomini di Stato — una ripercussione profonda non solo nelle forme esistenti di governo e di amministrazione e in genere nel diritto pubblico interno dei vari Stati, ma anche nel loro diritto privato e in tutto l'organismo sociale ed economico dei popoli. È immi-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nente un vasto rinnovamento di ordinamenti e di istituzioni, una revisione integrale dei valori politici e sociali, una riorganizzazione totale dell'umanità su una nuova base di giustizia. Si preannunzia così, nella storia del mondo, l'alba di un'era nuova di pace e di lavoro, che forse non sarà — è da augurarselo — indegna di tutto l'immenso dolore che la guerra è costata ».

Queste convinzioni, pur nell'immediatezza della delusione ([508]) e nel risentimento di vicende che probabilmente non toccarono B. solo in astratto ([509]), sostanziano la tensione, costantemente presente nell'opera bettiana, contro egoismi individualistici e a favore di una giustizia sociale, riferita ai singoli, ai gruppi, agli stati: una tensione che conduce sia al nuovo concetto di negozio giuridico sia alla costruzione di una teoria generale delle obbligazioni costruita intorno al concetto di cooperazione ([510]) e tale

---

([508]) La postilla critica nei confronti del trattato di Versailles verrà ripubblicata nella II edizione della *Struttura* per mostrare, insieme al concorde giudizio del Croce (*Storia d'Europa*, 348 s.), la coerenza da cui B. riteneva ispirata la sua lunga battaglia di giurista. Alle indicazioni ivi date (II ed., 205 s.) altre potrebbero aggiungersi, di scritti successivi al 1955.

([509]) V. sopra, n. 284.

([510]) Va detto che questa idea centrale della cooperazione e quella connessa della solidarietà (cfr. oltre, n. 519: Grimm) potrebbero pensarsi immediatamente derivate da concezioni corporativistiche, su cui continuano del resto ad aversi idee non precise, non tanto dal punto di vista della loro assunzione a dottrina e ad organizzazione ufficiale da parte del fascismo, trattandosi per quest'ultima parte di sostanziale mistificazione, quanto dal punto di vista delle basi dottrinarie, che vengono da più lontano e non possono venire eliminate sic et simpliciter dalla storia della cultura giuridica. Anche B., che al diritto corporativo ha dedicato tra l'altro un importante Corso, tutt'ora inedito (v. anche *Zeitschr. f. öff. Recht*, 22, 1942, 59 ss.), lo intendeva come una terza via, che mediasse tra liberalismo e collettivismo. Ma l'idea della cooperazione ha comunque radici più lontane e si riconduce certamente alle giovanili convinzioni socialiste e sindacalistiche che lo portavano ad avere « amore della società, fiducia della solidarietà, speranza nella giustizia sociale » e ad « avversare, in una, il positivismo giuridico, lo spirito capitalistico, le tirannidi di partito [...], la ' Dämonie der Macht ' [...], quella tendenza a sopraffare e a prepotere, che tu [si tratta di L. Mossa] ravvisi anche nell'uso della bomba atomica quale strumento di politica internazionale ». Segno eloquente di queste convinzioni è, per es., la prefazione alla *Struttura* (sopra, p. 283), ma anche l'ulteriore riflessione sul fallimento del regime autoritario e sulle sue cause, di cui B. dà conto in varie pagine inedite.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

da sottoporre a un giudizio, anzitutto, morale ([511]), l'intera fenomenologia giuridica della cooperazione, non solo quella dovuta o mancata ma anche e soprattutto quella estorta o carpita, ricattata, rifiutata o surrogata ([512]), sia, infine, alla grande apertura della TGI, contro il solipsismo, per un ideale di educazione dell'umanità che si dimostra nella formazione del senso storico come senso di continuità e spirito di tolleranza ([513]).

Se si volesse prendere per esauriente la descrizione che, dal punto di vista privilegiato dello studioso straniero, ha recentemente offerto, per dottrina, fonti, interpretazione del diritto italiano, il Merryman ([514]), si constaterebbe la ricorrenza di caratteristiche quali il positivismo giuridico, la rigida separazione dei poteri, la purezza del diritto, insieme ad agnosticismo culturale ([515]) e ad una natura astorica ([516]) di quella che il Merryman chiama l'ortodossia giuridica in Italia. Se si accenna a tentativi di revisione, « nessuna traccia » o ben poca traccia potrebbe ritrovarsene in gran parte di quel che è stato scritto in Italia negli ultimi anni ([517]).

Le pagine che precedono mostrano a sufficienza — credo — la diversità dell'opera bettiana ([518]). Si è cercato specialmente

---

([511]) Cfr. la prefazione alla *Teoria gen. delle obbl.*, I, 5 s. Quello dell'obbligazione — egli scrive — è il campo in cui « si richiede al giurista più alta sensibilità sociale e più intima familiarità con quella che vorremmo chiamare l'etica del diritto », un settore in cui più che in altri « l'intelligenza della struttura giuridica postula una considerazione teleologica dei rapporti e una valutazione comparativa degli interessi tenuti in conto dal diritto. In pochi altri campi si palesa con maggiore evidenza che in questo il pieno fallimento di un'arida analisi formale, astrattamente concettualistica, quale quella proposta dall'indirizzo statalistico e antiteleologico kelseniano ».

([512]) *Ivi*, 28 ss.; cfr. 34 ss., per il trattamento del diritto di sciopero.

([513]) TGI, 961 ss.

([514]) *Lo « stile italiano »*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 20, 1966, 1169 ss.; 21, 1967, 709 ss.; 22, 1968, 373 ss.

([515]) *Ivi*, 1181, 1194, 1196 per es.

([516]) *Ivi*, 1196, 1201. V. già sopra, n. 60.

([517]) *Ivi*, 717.

([518]) V., del resto, per l'opera in senso diverso svolta da B., MERRYMAN, *ivi*, 411, 413.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di individuare le origini più lontane e forse più sicure della eterodossia, se così si deve chiamare il non conformismo bettiano (519). Di fatto, noi abbiamo visto che il giovane B. non aveva alcuna vocazione per lo studio del diritto (520), ciò che lo accomuna ad altri giuristi eminenti, un O.W. Holmes (521), un Kelsen (522). Ed è anche vero che le dottrine professate, in polemica con le opinioni dominanti, i contributi offerti, da B. come da questi altri studiosi, alla scienza del diritto, hanno largamente superato l'ambito specifico in cui essi si trovavano ad operare: ambito di pure verifica sperimentale, vorrei dire, di quella ben più larga visione della società che, anche per B., sta all'origine di tutta la sua vicenda intellettuale e che, appunto, è in grado di costituire il giurista come autentico critico della società (523).

---

(519) È quanto si ricava, a contrario, dal panorama recente tracciato dal MENGONI, *Problema* cit. o da quello di D. GRIMM, *Solidarität als Rechtsprinzip. Die Rechts- und Staatslehre Léon Duguit in ihrer Zeit*, Frankfurt M. 1973, specialmente 99 ss. (Verwertung des Instrumentariums: Faschistische Rechtswissenschaft).

(520) Sopra, n. 253. Al contrario, come è noto, il Mommsen riteneva di esser giurista per preparazione e *Begabung* e di esser diventato storico e filologo per i casi esterni della vita: cfr. G. PASQUALI, *Il testamento di Teodoro Mommsen*, ora in *Pagine stravaganti*, 2, Firenze, 1968, 383 ss., e cfr. lo stesso Mommsen in GRADENWITZ, *Theodor Mommsen* cit., 6, per la dichiarazione sul superamento dei confini accademici tra il diritto romano pubblico e privato: sopra, n. 131. V. anche, contro l'idea che il Mommsen sia stato maggior giurista che storico, A. WUCHER, *Theodor Mommsen* cit., su cui riferisce ampiamente F. SARTORI, *Mommsen storico e politico*, in *Paideia*, 16, 1961, 3 ss.; cfr. A. MOMIGLIANO, rec. in *Gnomon*, 30, 1958, 1 ss. = *Secondo contributo* cit., 421 ss., 426 ss.

(521) Cfr. V. FRANKFURTER, *Mr. Justice Holmes and the Supreme Court*, Cambridge Mass. 1961, 9; C. GERACI, *Introduzione* a O. W. HOLMES, *Opinioni dissenzienti*, Milano 1975, XXIII ss.

(522) R. A. METALL, *Hans Kelsen, Leben und Werk*, Wien 1969, 5, con richiamo dell'autobiografia kelseniana.

(523) Si leggano le belle pagine che, anche a questo proposito, ha scritto G. RADBRUCH, *Introduzione alla scienza del diritto*, tr. it. a cura di D. Pasini, Torino 1961, 359 ss., specie 367 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Appendice

Da appunti inediti (1916) *Per una nuova filosofia idealistica del diritto e della cultura.*

[...] Merito del Croce è di aver sostenuto con energia l'*autonomia* dell'arte e la sua *indipendenza* dalla logica e dalla morale (*Estetica*, 3ª ed., pag. 61), l'autonomia dell'attività economica e la sua indipendenza dalla morale (*Estetica*, 3ª ed., 65-66). Ma ha avuto anche il merito di accorgersi che quella *autonomia* (in cui sta il tratto herbartiano di Croce notato dal De Ruggiero) ha i suoi *limiti* — in specie che la teoria del diritto come forza, dello Stato come potenza ha certi limiti nella morale [non in quella individuale ma certo in quella superindividuale] (*Estetica*, 66-67 e *Critica*, anno 1916, giugno, nelle Postille: concessione alla Sittlickeit hegeliana che è superindividuale).

Avviene una *reversione* (un contraccolpo, una reazione) del giudizio morale sul giudizio economico. La condotta immorale (nota Croce l. cit.) diventa insieme non economia nell'uomo fornito di coscienza morale: il rimorso morale che rivela tale coscienza è insieme rimorso economico: dolore di non aver saputo agire in modo che serva allo scopo, volere con tutta l'energia (1). E siccome la coscienza [20 verso] morale è viva nel comune degli uomini e delle nazioni, la moralità viene a coincidere con (e a regolare) la economicità nella condotta della vita (onde la disapprovazione di certe crudeltà nella condotta della guerra, come inutili, non susservienti ad alcuno scopo militare e quindi sleali e abbassanti la potenzialità di chi le compie).

La formola vichiana del perpetuo «corso e ricorso» delle varie epoche di civiltà non significa — nel suo momento di verità — se non la *costanza* dello *spirito*, che ripete in eterno se stesso (così Croce, *Logica*, 298) e in condizioni affatto diverse percorre degli stadi di svolgimento identici. Anche il Bergson (*Evol. créatr.*, pag. 57-59) richiama l'attenzione degli studiosi sui risultati similari a cui riescono due linee di evoluzione biologica divergenti (così pure il Brugi, *Introd.*, per le evoluzioni giuridiche divergenti).

Il che può spiegarsi, secondo il Bergson, solo con la *identità dell'impulso* iniziale (pag. 55) ossia con lo stesso slancio vitale che sta all'origine delle evoluzioni divergenti. Impulso e slancio [21] vitale sono già spirito (nel senso del Croce): onde l'osservazione del Bergson corrisponde in sostanza alla formola del Vico.

Coglie soltanto in parte col vero la determinazione che il Croce (*Logica*, 274-275) fa dell'errore come atto pratico. L'errore non è esclusivamente atto pratico ma qualcosa di molto *più complesso*. Nel processo conoscitivo interviene bensì un perturbamento dovuto a un atto pratico: l'errore è *una conclusione affrettata*, una *interruzione prematura* o *una degenerazione del processo conoscitivo*. La concezione dell'errore come null'altro che atto pratico è in contraddizione con la condizionalità storica del progresso verso la verità, *nel qual progresso*

(1) Non è questo il punto di vista dell'utilitarismo economico?

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un errore determinato segna grado inferiore e preparazione di un grado superiore che sarà verità rispetto ad esso e che forse sarà scoperto a sua volta come errore da un grado ancora superiore — un luogo di *sosta* nel cammino — come lo dice lo stesso Croce, pag. 48. È un continuo superamento: come lo concepiscono il Weber (*Vers le posit. absolu*), il Gentile (nel *concetto della storia della fil.*). La tesi estrema del Croce [21 verso] è criticata anche dal De Ruggiero.

Vi è una analogia innegabile tra la concezione che Nietzsche (*Geburt der Tragödie*, prime pagine) ha della cultura antica come *inserentesi* (s'entamant) *nella* natura titanica e barbara e sorgente e distaccantesi da essa quale rimedio o difesa (coro nel dramma ellenico; es. delle macchie nere con cui l'occhio battuto dal vivo raggio del sole reagisce e si conserva) — e la concezione che Bergson (*Evolution créatrice*) ha della vita, come sforzo *per risalire la china* che la materia discende, per arrestare o per ritardare tale discesa, per *sospendere* (con un immagazzinaggio di energia solare) provvisoriamente la generale degradazione dell'energia (per es. a pag. 267).

La coltura e la vita appaiono nell'una e nell'altra concezione quali eccezioni singolari al generale persistente stato di incoltura o di materialità.

La concezione di Nietzsche io ho fatto mia e « applicata » alle formazioni politiche antiche (polis, res publica) come pure alle formazioni giuridiche più fini (per es. la iudicatio del terzo arbitro, quale *sospensione* dell'esercizio arbitrario della propria ragione: la obligatio quale *sospensione* della vindicatio della persona). Una concezione analoga si trova parimenti in Croce (*Estetica*, 3ª ed., pag. 8-9) nel determinare il rapporto della intuizione estetica con la sensazione bruta (²). L'analogia che accomuna tra loro queste diverse concezioni di tre pensatori indipendenti l'uno dall'altro è data dall'aver colto nell'intima essenza e funzione sua ciò che è lo ' *spirito* ' (in quanto coltura, in quanto vita, in quanto espressione): autoctisi, creazione di se stesso, *superamento del negativo*.

La vita — secondo Bergson (*Evolut.*, pag. 268) — considerata nella sua impulsione iniziale, prima di ogni scissione in direzioni divergenti (vegetali-animali), era una tendenza ad *accumulare* in un *serbatoio* — come fanno soprattutto le parti verdi dei vegetali nella funzione clorofilliana — in vista di una spesa istantanea efficace — come quella che effettua l'animale — qualche cosa che sarebbe [22 verso] andato disperso senza di essa. Essa è come uno sforzo per rilevare il peso che cade: essa non viene che a ritardarne la caduta (269).

La materia può rappresentarsi con l'immagine di un gesto creatore che si disfà, ossia come disfacimento, disintegrazione di vita. L'attività vitale allora appare come ciò che sussiste (sopravvive) del movimento diretto di elevazione nel movimento invertito di discesa: una realtà che *si fa* attraverso quella (sic) che si disfà [270]. Dato che è sempre la stessa specie d'azione, sia che si disfaccia sia che tenda a rifarsi, si potrà parlare di un centro unico da cui i mondi scaturirebbero, purché s'intenda per centro non una cosa, sì una *continuità* di *scaturimento* [271].

(²) Per Croce (l. cit.) la materia informe è il concetto di un limite (Grenzbegriff) dell'atto vitale creatore che il pensiero *postula*. Per Bergson è il disfacimento [...].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Tra le correnti ascendenti della vita e la corrente discendente della materia si forma un modus vivendi, che è l'organizzazione (273). Lo slancio di vita consiste non in qualcosa di creato bensì in *un'esigenza* di creazione non mai appagata per intero: non può essere appagato per intero perché *incontra* dinanzi a sé [23] la materia, ossia il *movimento inverso al suo*: ma esso slancio s'investe di questa materia — che è la stessa necessità — e tende a introdurvi, a inserirvi la più grande *somma* (serbatoio): per es. il sistema nervoso) d'*indeterminazione*, di libertà, ch'è possibile. — cfr. lo Streben infinito dell'Io di Fichte, il Sollen di Fichte quale esigenza non mai appagata: e cfr. la *Science* di L. Weber quale *eterna ricerca* e indagine non mai compiuta: alla quale corrisponde in Croce (*Logica*, 314-316[]) [3]; cfr. 327 ove si identificano *possesso* della verità e *ricerca* della verità) la concezione della vita stessa quale *mistero*, quale *eterno problema* per lo spirito.

Tutte concezioni contrarie allo assolutismo e allo ottimismo che spesso inquina l'opera e il pensiero di Hegel. Anche Nietzsche dice che la società non è un Vertrag bensì un Versuch e che un Versuch e un Wagnis è ogni comando (quindi anche il potere che tiene insieme la società).

Nota il Croce (*Logica*, pag. 330): in colui che chiamiamo debole e vile condanniamo *noi stessi*: in colui che *ammiriamo* come coraggioso e forte, idoleggiamo la forza [23 verso] e il coraggio che si agita *in noi stessi*. E altrove (nella *Critica* pr. annata) aveva notato che noi possiamo *pensare* una certa realtà in quanto ci *identifichiamo* con quella realtà: diventiamo quella realtà. Le due osservazioni si connettono strettamente tra loro. Il giudizio valutativo fa tutt'uno col giudizio *storico*; e per pronunciare un giudizio storico occorre quella comprensione congeniale, quella saisie du dedans che il Bergson richiede. Anche Nietzsche aveva notato: man *erlebt* endlich nur noch sich *selber*: und was könnte noch zu mir fallen was nicht schon mein eigen waere?

[Dietro, pag. 5 verso, pag. 12 r. e v.)].

È in sostanza la medesima questione gnoseologica quella che sta a base della controversia « se l'essenza del concetto (o l'essere razionale) importi la sua esistenza o realtà » (così detta prova ontologica dell'esistenza di Dio, dopo Kant controversia dei « cento talleri ») e quella che sta a base della controversia se la filosofia (scienza del concetto o del razionale) sia scienza di ciò che *è* (così Hegel, Gentile, Croce: onde l'identificazione con la storia) o soltanto scienza di ciò che *deve essere* (così Kant, i Neokantiani, gli esangui « filosofi del diritto » italiani di oggi, Bartolomei, Ravà e compagni [24], Windelband e la filosofia dei valori, indice della decadenza intellettuale della Germania odierna): scienza dell'immanente o scienza normativa, cioè pratica.

La separazione della scienza (del concetto) dalla esistenza, del razionale (ideale) dal reale e la conseguente determinazione dell'uno come mero « dover essere » (destinato a rimanere perennemente tale) o come « ideale » (nel senso di modello pratico che ha questa parola nel linguaggio pratico) riposa a mio avviso sopra un colossale *equivoco* il cui motivo è genuinamente *platonico* e con-

---

[3] V. pag. 338 « niente di definitivo è nella realtà, ch'è perpetuo svolgimento ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

siste nell'illegittimo *immischiare* la speculazione filosofica con preoccupazioni d'indole pratica (empirica). Quando si dice che il razionale è reale s'intende dire che esso *è, come tale, in sé,* nella sua universalità — è *in quanto concetto* — (oggetto della filosofia) ed è anche come differente da sé, *nell'altro,* nell'individuale — *è in quanto individuo* — (oggetto della storia). S'intende dire che esso si è sempre realizzato nel passato e si realizza di continuo nel presente e che si realizzerà sempre anche nel futuro. È immanente alla realtà, non trascendente. Chi pensa così, pensa storicamente [24 r.] e ha riguardo alla storia che è superindividuale. Chi la pensa altrimenti pensa antistoricamente e ha riguardo alla pratica che è individuale sensu deteriori, ossia empirica. — La questione veramente pregiudiziale a quella della esistenza di scienze pratiche o normative è la questione della esistenza di giudizi *pratici* o di valore precedenti anziché susseguenti all'azione. La soluzione che di quest'ultima dà il Croce (*Pratica,* pag. 27-33) negando tali giudizi e riducendoli a giudizi *storici* (su l'azione passata) è perfettamente conforme alla negazione che Hegel fa del carattere normativo della filosofia (Prefazione alla *Philosophie des Rechts*: l'uccello di Minerva esce soltanto verso sera, la filosofia dopo la storia). L'una negazione è un corollario dell'altra e sta e cade con essa, come con la prova ontologica e con la concezione immanentistica (= storicistica in questo senso) della realtà. — Un'altra forma del dualismo medesimo, parallela a quella di essere e dover essere è il dualismo di intenzione (o volizione) e azione: dualismo che presta i mezzi all'ipocrisia. Un dualismo [25] tra volere e potere non ha riscontro nella realtà effettuale se non ove — rettificando — venga determinato come distinzione di azione e accadimento (potere = far accadere, effettuare nella realtà superindividuale). Altrimenti quel dualismo non sussiste: ciò che non si può non si vuole neanche sul serio (cfr. Croce, *Pratica,* pag. 122-123), non si vuole l'impossibile, e viceversa ciò che si vuole effettivamente e sul serio si può anche, ché altrimenti non si vorrebbe sul serio.

Volere è — insieme — potere — come ben fu detto; non potere è, insieme, — per una adesione dello spirito alla situazione prospettata come « impossibilità » — non volere: sempre che s'intenda « volere » nel senso attualistico quale « agire effettivo ». Nel linguaggio comune si dice impropriamente « volere » un semplice « *desiderare* » nuove *condizioni di fatto* (situazioni storiche determinate) per poter formare *future volizioni.*

A correzione di quanto fu detto a f. 3 r. bisogna dire che l'*atto di parte* che rientra in una norma di legge — negozio giuridico o delitto (entrambi *atti giuridici*) — non è volizione di un *voluto* o comandato da una norma perché questa non *impone* (Brunetti, Ravà) l'imprendimento di negozi giuridici (bensì si limita a regolarli) e tanto meno il compimento di delitti (pei quali si può dire che li *vuole* in senso negativo, in quanto li *vieta* con imperativi primari), bensì è volizione (= ad azione) di un *previsto,* di un *contemplato* (è azione prevista) dalla legge civile o penale. È infatti irrilevante che il contraente [25 r.] nell'agire *voglia* conscientemente quell'effetto giuridico che la *legge* vuole a suo favore in quanto agisce; e il delinquente poi *non vuole* mai in realtà tale effetto, che è la pena, quello che Hegel chiama il *suo diritto.* Quell'effetto giuridico,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quella pena li vuole la legge così come viene considerata dal giudice, ed essa sola. È troppo sforzato dire che essendo la pena il *diritto* del delinquente, questi delinquendo vuole obiettivamente anche la pena in quanto ne pone la condizione. L'atto della parte qui come nel negozio giuridico in senso stretto ha sempre soltanto un contenuto *economico puro* (ciò che i giuristi chiamano empirico, intenzione empirica), è un atto *utile*, che la legge — intervenendo — riconosce meritevole di certi effetti giuridici conformi all'intenzione delle parti, ovvero riconosce *punibile*, ossia meritevole di certi effetti giuridici difformi dalla intenzione delle parti.

I giudizi storici — individuali o giudizi di singolare percezione (Wahrnehmungsurteile des einzelnen Falles, des konkreten Tabtestandes) (come li chiama Pollak, I, p. 406) (o storici propriamente detti e a cui il Croce riserva la qualifica di storici) o giudizi di fatto, in quanto servano di base conoscitiva all'atto pratico — considerati [26] cioè nella funzione di giudizi preparatorii dell'atto pratico — si debbono chiamare giudizi pratici di valore o di convenienza. Da distinguere nettamente da essi sono i giudizi di esperienza [storici] — generali o giudizi di fatto [storici] — astratti, ottenuti per un'operazione di astrazione dalla realtà storica individuale: *giudizi* di possibilità o *ipotetici* in contrapposto con quelli anzidetti, che bene si direbbero giudizi di realtà o *categorici*. Sono ad es. giudizi storici-generali i così detti giudizi tecnici, le così dette regole di saggezza o di convenienza e le massime di esperienza che statuiscono l'apparire (o consigliano il produrre) di un determinato effetto ogni volta che si verifichi una determinata ipotesi di fatto (li chiama hypothetische Urtheile e li contrappone alle norme come Befehle il Pollak, I, p. 405). Un sottogenere di tali giudizi-generali (Scheinbefehle li chiama Scheler, *Formalismus*, 2ª ed., p. 207 sg.) sono quelli che si dovrebbero chiamare giudizi *normativi* o *giudizi imperativi o volitivi*, espressioni di volizioni o comandi (Befehle) o — sulle tracce del Croce — giudizi *programmatici* (il Croce, *Pratica*, riconosce infatti che noi formiamo di continuo *programmi* di azione) che hanno come tali — a differenza di quelli tecnici — *immediato riferimento all'atto pratico* e possono essere tanto generali (leggi) come individuali (sentenze). Chiamare « ipotetici » (coi tedeschi) tali giudizi significa indicarli secondo il loro genere prossimo — che essi hanno comune coi giudizi tecnici e con le massime di esperienza — considerandoli nel loro primo membro che è — anche in essi — l'ipotesi di una determinata situazione di fatto. Ma ciò è insufficiente a definirli. Occorre per definirli indicarli secondo la loro differenza specifica e peculiare (in confronto coi giudizi tecnici i quali come tali non sono mai *imperativi*: la designazione di « *imperativi ipotetici* » è una contraddizione in adiecto) considerandoli nel loro secondo membro che è — in essi soltanto — l'imperativo, la posizione di una norma, la *volizione*, disposizione, di una classe di effetti (giuridici o d'altro genere, per es. sociali): volizione, disposizione astratta perché volizione, deliberazione di una classe di effetti. Tali giudizi *preparano* e predispongono l'atto pratico in modo ben diverso da quello in cui lo preparano i giudizi storici individuali: lo preparano come programmi e imperativi di esso: a quel modo che la sentenza di condanna prepara l'esecuzione forzata [...].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ALDO SCHIAVONE

« IL NOME » E « LA COSA ». APPUNTI SULLA ROMANISTICA DI EMILIO BETTI

1. In uno scrittore come Betti, che tende a ripetersi di continuo, da un lavoro all'altro, con una monotonia a volte addirittura meccanica, il ritorno insistente d'una argomentazione o d'un esempio potrebbe anche non avere alcun significato particolare. Credo che questo, però, non sia il caso d'una metafora che, inalterata, ha attraversato oltre trent'anni della sua produzione letteraria: l'immagine della « cosa » e del « nome ».

A me pare che qui, nell'ostinato ritorno di questo giuoco quasi scolastico — il nome, la cosa — vi sia il segno di una presenza e di una intuizione importante anche se non esplicita, come il graffito di una scrittura nascosta. Un nodo — bisogna dirlo subito — che non riguarda Betti soltanto, ma che coinvolge, in misura e modi diversi, tutto un orientamento della storiografia giuridica europea, e in particolare italiana, fra gli anni venti e gli anni cinquanta, e che pesa ancora su di noi.

Il ragionamento entro il quale questa metafora viene di continuo riproposta è la difesa dell'assunto metodologico al centro di tutto il lavoro romanistico di Betti: la necessità di utilizzare categorie « dogmatiche » « odierne » per la ricostruzione storica del diritto romano, contro ogni forma di ' primitivismo ' storiografico (Betti dirà, non senza efficacia, di « nudismo giuridico ») (1).

In una pagina della prefazione al suo *Diritto romano*, nel '35, Betti scrive: « Che nelle fonti non si trovi consapevolmente for-

(1) *Falsa impostazione della questione storica dipendente da erronea diagnosi giuridica*, « RISG », 88, 1951, p. 101 (questo scritto è poi ristampato negli « Studi Arangio-Ruiz », IV, Napoli 1953, pp. 81 ss.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mulato un concetto o affermata una distinzione, non importa. Perché altra cosa è (...) la consapevolezza raggiunta dai giuristi contemporanei circa il diritto positivo vigente al proprio tempo, altra cosa è questo diritto in sè stesso, nella concezione e nella logica coerenza che oggettivamente lo domina. Ciò che interessa è che le loro soluzioni obbediscano in realtà a una determinata logica degli istituti e così ne rivelino le direttive e i principi. L'essenziale è che nel diritto positivo classico ci sia la cosa, vale a dire il fatto, il rapporto, l'istituto, di cui noi moderni non possiamo veramente spiegare e approfondire a noi stessi l'essenza se non mercè quelle categorie che la nostra stessa educazione mentale ci suggerisce. Si direbbe che la logica stessa delle cose parli oggi a noi il suo linguaggio sotto la specie di certi concetti: una logica intima, che opera per entro gl'istituti movendone i congegni, una logica che domina ferrea le decisioni dei giuristi classici, ne siano o non ne siano, essi, divenuti consapevoli » (2).

Con espressioni che sembrano, a tratti, letteralmente hegeliane ma solo letteralmente, e siamo di fronte, forse, ad una memoria inconsapevole), Betti riformula così, in apertura del suo lavoro romanistico più ambizioso, e che chiudeva un ciclo di oltre venti anni di ricerche, quella posizione metodica su cui ormai rifletteva da più di un decennio — certo da prima della prolusione milanese del '27 (3) — e di cui tutti i suoi scritti romanistici non avrebbero dovuto essere, dichiaratamente, che una verifica e una conferma.

La « cosa » romana ha dunque bisogno, per svelarsi compiutamente a se stessa, dell'intelligenza moderna. Ma fin dal '22, e poi nel '25, Betti aveva già formulato compiutamente la sua metafora, chiudendola nell'espressione di una rigida dissimmetria. « Ciò che importa — aveva scritto — è (...) non già che questi [i giuristi classici] avessero formulato il *concetto* e, tanto meno, enunciato il *nome* da noi escogitato (...) bensì che nel loro diritto positivo essi conoscessero la *cosa*, cioè l'istituto o il complesso

(2) *Diritto romano*. I. *Parte generale*, Padova 1935, pp. XX-XXI.

(3) Poi pubblicata, con il titolo *Diritto romano e dogmatica odierna*, in « AG », 1928, 99, pp. 129 ss., e 100, pp. 26 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

d'istituti alla cui spiegazione quel concetto sia idoneo » (4). E nel '28: « L'essenziale non è che nelle fonti romane si trovi bell'e formulato il *concetto* o posta la *distinzione* o — tanto meno — enunciato il *nome*. L'essenziale è che nel diritto positivo romano classico ci sia la *cosa* » (5).

Il filo di questa intuizione non si interromperà mai più. Oltre quindici anni dopo la prefazione del '35, nel '51, Betti tornerà di nuovo su questo punto, negli stessi termini delle sue vecchie pagine: « Pretendere di ritrovare nelle fonti, — egli afferma ora — oltre la cosa, anche il nome atto a distinguerla con precisione, è per lo meno eccessivo e, quando si tratti di categorie generali ancor oggi discusse, è anche assurdo » (6). E ancora nella *Teoria generale della interpretazione*, nel '55, riprendendo distesamente il discorso di vent'anni prima: « Poco importa, — scrive — del resto, che i giuristi del tempo non abbiano mai adoperato il nome che a noi vien fatto di usare in cospetto di certi fenomeni, o che non abbiano mai formulato certi concetti né avvertito il bisogno di certe distinzioni concettuali che a noi paiono indispensabili. L'essenziale non è che nelle fonti storiche si trovi bell'e formulato il concetto o posta la distinzione o, tanto meno, enunciato il nome. L'essenziale è che nel diritto positivo tramontato ci sia la cosa: vale a dire, il fatto, il rapporto, l'istituto, di cui noi non possiamo chiarire a noi stessi o approfondire il senso se non mercè quei concetti e quei nomi che la stessa nostra educazione mentale ci suggerisce. Attraverso il messaggio che dalle fonti ci perviene, la stessa logica del diritto — che è tutt'altra dalla logica formale — parla oggi a noi il suo linguaggio sotto la specie di certi concetti: una logica che opera per entro gli istituti mo-

(4) *Problemi e criteri metodici d'un manuale d'istituzioni romane*, « BIDR », 34, 1925, p. 241. La pagina del '22 cui mi riferisco, è in Betti, *D. 42, 1, 63. Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata 1922, p. 216: « Ciò che importa per il nostro argomento non è che i giuristi romani avessero il *concetto* e tanto meno il *nome* che noi proponiamo. Ciò che importa si è unicamente questo: che nel loro diritto positivo essi conoscessero la *cosa* ». (Qui come altrove, i corsivi sono sempre di Betti).

(5) *Dogmatica odierna*, cit., p. 58. La stessa metafora ritorna poi ancora in un lavoro del '31, *Educazione giuridica odierna e ricostruzione del diritto romano*, in « BIDR », 39, 1931, p. 55.

(6) *Falsa*, cit., p. 98.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vendone i congegni; una logica intima, che domina sicura le decisioni dei giuristi del tempo, ne siano o non ne siano, essi, divenuti consapevoli » (7).

Nel mondo del diritto, così, le « cose » e i loro « nomi » avrebbero vissuto a lungo una vita disgiunta: le « cose » romane avrebbero dovuto aspettare molto, fino al presente storico del moderno diritto postpandettistico (il diritto che aveva in mente Betti), per ricongiungersi, finalmente, ai loro « nomi ».

Detta in questi termini, sembrerebbe di trovarsi solo di fronte ad una evidente caduta teorica, una vera e propria piccola catastrofe terminologica e concettuale. Eppure, questa metafora senza dubbio infelice, che Betti ripete per trenta anni, lascia vedere, come dicevo, molto al di là dell'ingenuo realismo (le « cose » salde in sé, lontane dai loro « nomi ») che sembra averla ispirata, e attraverso cui sarebbe sin troppo facile liquidarla. Certo, se tutto il problema fosse stato questo, di ridare alle cose il proprio nome, e allora, paradossalmente, per Betti avrebbe dovuto aver ragione Arangio-Ruiz, quando tendeva a ridurre tutta la questione dell'utilizzabilità storiografica delle categorie moderne, ad una scelta di etichette, da sovrapporre dall'esterno ai contenuti romani (8). Ma Betti stesso, invece, respingeva con fermezza questa interpretazione (9), che gli appariva non senza ragione povera e in fondo banalizzante rispetto alla complessità dei problemi euristici che la propria metodologia sollevava e implicava. Non era dunque solo questione di « nomi » da aggiungere a « cose » già costruite fuori di loro. E allora perché tanto ostinato ricorrere a questa metafora debole e ambigua nel suo apparente volgare realismo? Quale nodo Betti cerca in realtà di sciogliere attraverso l'immagine di questa divaricazione fra i « nomi » e le « cose »?

Proviamo a guardare un po' più da vicino.

È sin troppo chiaro, ormai, che su un piano astrattamente metodologico, diciamo pure di teoria della storiografia, la posi-

---

(7) *Teoria generale della interpretazione*, I, Milano 1955, p. 582.

(8) *La cosiddetta tipicità delle servitù e i poteri della giurisprudenza romana*, estr. da « Il Foro italiano », 59, 1934, p. 7 [= *Scritti di diritto romano*, II, Napoli 1974, p. 489].

(9) *Diritto romano*, cit., p. XVIII nt. 22.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione complessiva che Betti sosteneva, e all'interno della quale aveva costruito la metafora che stiamo analizzando, era largamente e facilmente vincente, e nel clima culturale dell'Italia dei primi decenni del novecento (in piena reazione antipositivistica), assai largamente condivisa (10). Non era a caso, infatti, che nessuno dei suoi contraddittori si cimentasse su questo terreno più generale. Il passato si spiega a partire dal presente; quella di ' farsi antichi con gli antichi ' è una pretesa epistemologicamente assurda; ogni storia è sempre, in un certo senso, storia contemporanea: il filo di questi concetti arrivava a Betti saldamente, e per molti canali, che si riannodavano piuttosto a tradizioni interne alla storiografia romantica dell'ottocento tedesco, e giunte poi fino a Dilthey, a Droysen, a Nietzsche (11), che non (come pure si potrebbe pensare, dati gli anni) direttamente ai neoidealisti italiani. Né Gentile né Croce (il secondo, nonostante il rispetto di maniera) sono mai stati suoi ' autori '.

Il quadro si offuscava, invece, nel passaggio entro l'orizzonte più circoscritto della sola storiografia giuridica. Qui, inspiegabilmente, tutto diventava più complesso e meno chiaro. Quel che in altre scienze storiche appariva scontato — la modernità irrinunciabile dello statuto conoscitivo della storico rispetto al suo oggetto d'indagine — sembrava caricarsi invece, agli occhi di molti, di rischi inevitabili e gravi. Un'operazione culturale come quella di Betti, che, dati gli anni, sarebbe potuta apparire come un semplice adeguamento indolore della romanistica alle altre scienze storiche, incontrava invece obbiezioni e resistenze tenaci: De Francisci ed Arangio-Ruiz, ad esempio (ma non solo loro) non vi si riconobbero mai (12). Eppure su entrambi lo storicismo

(10) Per quanto riguarda, in particolare, l'ambiente italiano, si v. E. GARIN, *Cronache di filosofia italiana*, I, Bari 1966, pp. 21 ss., 81 ss., 171 ss., e, sempre di GARIN, *Intellettuali italiani del XX secolo*, Roma 1974, pp. 82 ss. Da tener presente è anche la ricostruzione di Paolo ROSSI, *La storiografia filosofica dell'idealismo italiano*, ora in *Storia e filosofia*, Torino 1969, pp. 17 ss.

(11) Cfr., per es., BETTI, *Diritto romano*, p. XV, nt. 17; *Falsa*, cit., pp. 93-97; *Educazione*, cit., p. 39 nt. 1, 53 nt. 2, 54 nt. 1. Si v. anche E. FUETER, *Storia della storiografia moderna*, tr. it., Napoli 1970, pp. 531 ss., 629 ss.

(12) Di Arangio-Ruiz, oltre l'articolo cit. in nt. 8, si v. anche il saggio *Gli studi di storia del diritto romano*, in *Cinquant'anni di vita intellettuale italiana*, II, Napoli 1950, pp. 333 ss. (= *Scr. dir. rom.*, IV, Napoli 1977, pp. 143 ss.). Di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

italiano e tedesco contemporaneo aveva esercitato un'influenza non marginale (palesemente prevalente su tutte le altre la suggestione di Croce per Arangio; più complicata la genealogia degli orientamenti di De Francisci) (13).

Il punto era che non si trattava, per gli storici del diritto, di convenire, in via di principio, intorno ad alcune questioni di teoria della storiografia, ampiamente delucidate nella cultura europea contemporanea, ma di come trasformare questa adesione in concreti criteri ricostruttivi di un oggetto storico specifico: il diritto romano innanzitutto, e poi la sua tradizione, dai Glossatori alla Pandettistica. Era qui che si creavano le divergenze.

Per ogni scienza storica, il proprio oggetto si determina, appunto, come 'storico', in quanto *distante* dal presente. Questa distanza si misura poi in mille modi, e secondo mille scale, ma è fuori questione il riferimento fermo dell'oggetto ad un processo il cui centro non è nel presente dell'osservatore. Ora, proprio questa collocazione 'storica' dell'esperienza giuridica romana risultava per la romanistica di quegli anni (che pure andava scoprendo e formandosi, in seguito a spinte diverse, una sua genuina 'vocazione' storiografica) un compito arduo e, a volte, prossocché disperato. Nonostante l''attualizzazione' fosse definitivamente tramontata come ipotesi di produzione normativa, quel diritto non si lasciava tuttavia ricondurre facilmente, in modo non estrinseco, in una dimensione solo storica. Attraverso una rete capillare e robusta di canali, esso determinava ancora in larga misura, almeno in Italia e in Germania, la trama giuridica 'privata' dei rapporti fra i soggetti della società civile. La sua morfologia si confondeva ancora per troppi segni con quella del presente.

De Francisci, cfr., in particolare: *Dogmatica e storia nell'educazione giuridica*, in « Riv. int. fil. dir. », 3, 1923, pp. 373 ss.; *Questioni di metodo*, in « Studi Riccobono », I, Palermo 1936, pp. 1 ss.; *Punti di orientamento per lo studio del diritto*, in « RISG », 86, 1949, pp. 69 ss.; *Emilio Betti e i suoi studi intorno all'interpretazione*, in « RISG », 88, 1951, pp. 1 ss.

(13) Sull'itinerario intellettuale di De Francisci, cfr. S. MAZZARINO, *De Francisci fra « storicismo » e sociologia*, introd. alla rist. di *Arcana Imperii*, 4 voll., Roma 1970. Qualche mia rapidissima osservazione è in A. SCHIAVONE, *Negozio giuridico (diritto romano)*, « Enc. dir. », XXVII, Milano 1977, col. 909 e nt. 9.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nasceva così in quella romanistica una curiosa illusione. Non riuscendo a riferire saldamente al passato l'oggetto della propria ricerca, nonostante le codificazioni lo avessero formalmente respinto lontano dal presente, ci si immaginava da alcuni di poter ottenere un risultato eguale, privando di qualche elemento di modernità le categorie interpretative dello storico: come se questo debole ed ingenuo primitivismo potesse compensare l'invadenza nel presente dei fenomeni studiati, ed accrescerne invece, prospetticamente, la distanza.

Betti, invece, non ha questo problema. Per lui, l'attualità nel presente del diritto romano non è un ostacolo in qualche modo da aggirare sulla via della storia, per guadagnare una prospettiva autenticamente ' storiografica ', ma offre, anzi, la giustificazione migliore per la sua posizione: « Perché le categorie della nostra odierna dogmatica non sono se non il frutto — egli scrive nella prefazione al *Diritto romano* — di un lavorio imponente di generazioni, di una tradizione più che millenaria, che ha le sue radici nello studio del diritto romano, in Italia e in Europa, e si svolge attraverso le interpretazioni che se ne sono date dalle varie scuole di giuristi succedutesi fino a noi » (14). E ribadisce nella *Teoria*: « Ora la dogmatica altro non è che un complesso istrumentario di predisposizioni, di abiti e di atteggiamenti, che la nostra mente assume e contrae nella quotidiana applicazione di categorie giuridiche (...) che a lor volta sono frutto di un lavorìo secolare, di una tradizione più che millenaria, la quale ha le sue radici precipuamente nello studio del diritto romano, quale venne inteso dalle varie generazioni di giuristi succedutesi fino a noi » (15).

Fra la « cosa » romana e l'intelligenza moderna vi è dunque il filo ininterrotto di una continuità millenaria. Qualunque discorso storiografico non può che inscriversi entro la geometria rigorosa di questa connessione. Questa ferma consapevolezza separa nettamente Betti dai suoi critici. L'astratto convincimento gnoseologico (la storia si racconta, sempre, con gli strumenti conoscitivi del presente) viene, per così dire, a duplicare in lui una

(14) *Diritto romano*, cit., p. xxv.
(15) *Teoria generale*, cit., I, p. 579.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

persuasione già radicata nella specificità dell'oggetto studiato: come si possono ignorare le categorie moderne per ricostruire il diritto romano, se esse parlano la sua stessa lingua, e vi si riannodano per mille legami?

E tuttavia, questa simmetria non è completa: il presente del diritto moderno non è il riflesso speculare del passato romano. Essa è decisiva, ma non è esauriente. Oltre, sporge qualcosa. Nonostante la continuità del raccordo, « cosa » e « nomi » non coincidono fuori del presente. Appartengono, anzi, a due mondi distanti. La logica della « cosa » romana è quella ' spontanea ' di un movimento creativo privo di autoriflessione (« una logica che domina ferrea — aveva scritto Betti in un testo che abbiamo appena richiamato — le decisioni dei giuristi classici, ne siano o non ne siano, essi, divenuti consapevoli »; e qualche pagina indietro aveva detto: « il diritto positivo, come l'ethos, come il linguaggio, come l'opera d'arte, non è un fatto di riflessione o di autocoscienza, ma un fatto di creazione originale per sè stesso inconsapevole, che obbedisce oggettivamente a una propria logica e a proprie direttive e appare governato da una propria coerenza, informato a una propria concezione e a un proprio stile ») (16). Vi si sente con facilità l'eco di Savigny, e, forse, anche di una lettura di Hegel schiacciato su Schelling, come in molto neokantismo di quegli anni.

La logica dei « nomi » moderni è invece quella della costruzione riflessiva, e del sistema. Fra le due vi è uno scarto che solo una faticosa operazione interpretativa può colmare. Il cominciamento (romano) e l'epilogo (moderno) di una vicenda il cui segno dominante è pur quello della continuità si definiscono tuttavia intorno a due tempi storici radicalmente diversi: il tempo costruito dalla logica ' spontanea ' della « cosa », e quello determinato dalla logica riflessiva dei « nomi ». Spontaneità e sistema: dalla forma ' in sé ' all'autocoscienza del processo. Il tempo storico del diritto « odierno » stabilisce il suo primato e la sua legittimità a interpretare e spiegare il passato romano, definendosi come il tempo dell'autocoscienza sistematica, l'unico nel quale possano ricongiungersi « nomi » e « cose ».

---

(16) *Diritto romano*, cit., pp. XIV-XV.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

2. Di fronte alla ricerca romanistica sta, dunque, per Betti, un processo storico complesso, cui la metafora della cosa e del nome allude in modo rivelatore, al di là del suo apparente semplicismo. Essa ci permette di cogliere, al centro della riflessione di Betti, l'intuizione di un rapporto fra passato e presente, di cui la specificità particolare dell'oggetto (il diritto romano) definisce due caratteristiche: la *continuità* come forma generale del processo, e, dentro di essa, il *primato logico* del diritto odierno su ogni fase precedente. Indubbiamente, questo ' primato logico ' — l'autonomia dei « nomi » e la loro capacità a spiegare la logica spontanea della « cosa » — Betti non riesce mai a fissarlo con chiarezza, e a ricavarne tutte le implicazioni che ne potrebbero derivare. Oltre la sua metafora, egli non riesce mai ad andare. E lo stesso rapporto euristico fra « nomi » e « cose », mentre a volte sembra sciogliersi nella identificazione di una capacità generale della « dogmatica odierna » a dar conto della storia profonda del diritto romano, altre volte si sbilancia in modo fortemente riduttivo a indicare solo un problema di corretta « qualificazione giuridica » ([17]), o, peggio, un'esigenza di ipostatizzazione sostanzialistica dei « nomi ». Del resto, queste oscillazioni sono molto frequenti in Betti: la stessa lotta per l'uso storiografico della « dogmatica odierna », nell'ansia di aggiungere prova a prova, accomuna tentativi di analisi seri, anche se non originali e con una disinvolta ed eclettica utilizzazione di fonti teoriche disparate, a improvvisazioni peregrine: tipica, per esempio, quella sull'espressionismo ([18]).

Ma al di là di queste cadute e di questi slittamenti, resta comunque l'intuizione che il rapporto fra diritto romano e « dogmatica odierna » è impensabile se non lo si costruisce sotto il segno del primato di una logica, la cui definizione e il cui nesso con il passato pone problemi che nessuno storicismo di maniera è in grado di risolvere. E non per nulla, infatti, all'interno della tradizione romanistica italiana, oltre le labili professioni metodologiche di Arangio-Ruiz (un grande storico, che non amava le questioni di teoria), e alcune pagine di De Francisci, lo storicismo

([17]) Per esempio, in *Falsa*, cit., pp. 129 ss.

([18]) *Diritto romano*, cit., p. XII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non produrrà nessuna riflessione metodologica degna di questo nome, almeno sino alla metà degli anni cinquanta. Bisognerà aspettare, infatti, solo l'*Introduzione* di Riccardo Orestano [19] per assistere ad una forte spinta in questa direzione: l'unico tentativo di risposta di uno storicismo giuridico agguerrito alle questioni e ai problemi posti dalla particolarità dell'oggetto « diritto romano » nella storia della cultura e delle forme giuridiche dell'Occidente europeo.

Ma torniamo a Betti. In lui, il primato logico della « dogmatica odierna » tende a trasformarsi in un consapevole progetto di politica culturale — potremmo dire di politica del diritto — che ha come asse la costruzione di un nuovo rapporto fra civilistica e romanistica. « L'autore — scrive sempre nella prefazione al suo *Diritto romano* — (...) sa bene quanto di manchevole v'è ancora nel tentativo che ha intrapreso, di ristabilire il contatto fra romanisti e giuristi cultori del diritto vigente, prospettando problemi a questi familiari e cercando di parlare un linguaggio non di gergo, ma a loro accessibile, come quello che essi parlano, o dovrebbero parlare, quotidianamente » [20]. Con il tramonto definitivo della Pandettistica, civilistica e romanistica hanno preso due strade diverse: tutta l'esperienza della storiografia giuridica dei primi trent'anni del novecento è segnata da questa svolta. Partendo dal rapporto fra passato e presente che Betti costruisce, questa separazione perde molto del suo senso. La storiografia ' pura ' della nuova romanistica può anche non condurre in nessun luogo. Il primato logico della « dogmatica odierna » è un primato, per così dire, carico di storia: la sua interpretazione definisce in modo unitario il compito di un modello ideale di giurista-storico: « Quanto più gli istituti e la lingua del diritto hanno lo stile di un linguaggio tecnico, — scriverà Betti nel '51 —, tanto più intenso è l'appello e il messaggio che essi inviano alla esperienza e preparazione storica dei giuristi chiamati ad interpretarli. E proprio vivendo nella tradizione del pensiero giuridico possono i giuristi realizzare in sé la continuità nella vita del diritto, fondere in armonica coerenza i dati della tradizione con le

[19] *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, rist. Torino 1963² (1ª ed., 1953).

[20] *Diritto romano*, cit., p. x.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nuove acquisizioni, avvertire i nessi profondi che legano la lettera della legge al pensiero tramandato » (21).

La scienza giuridica è dunque l'organismo vivente cui è affidata la garanzia della riproduzione corretta del rapporto fra logica e storia. La presenza di alcuni elementi di riflessione nuovi e originali (il primato della logica che definisce il tempo storico della « dogmatica odierna ») si stempera qui nella riproposizione per l'intero ceto dei giuristi di un ruolo di mediazione fra società e Stato (fra le masse e un potere normativo a loro estraneo, e chiuso in una tecnicità separata), tipica nella tradizione ottocentesca del moderatismo borghese, almeno a partire da Savigny. E volendo, si potrebbe andare anche molto più indietro. L'immagine di questo diritto che ' vive ' nella scienza separata dei giuristi, che ne sono i depositari e i custodi, recupera modelli lontani, anche molto distanti dal mondo borghese. Alcuni di essi hanno addirittura una ' preistoria ' romana: basta pensare, per esempio, alla ' filosofia ' dei propri compiti e del proprio ruolo di cui si fa interprete, durante il Principato, tutta una parte della giurisprudenza del secondo secolo (22). Nella vicenda dell'esperienza giuridica occidentale, i ' ritorni ' e le lunghe durate non riguardano solo la storia profonda di alcuni meccanismi concettuali, ma anche, e sia pure in modo solo tendenziale, la collocazione civile ed il ruolo dei ceti che intorno al sapere di quei meccanismi si conservano e si riproducono, pur entro società fra loro molto diverse.

Tuttavia in Betti vi è qualcosa di più, quando ripete questo modello, e ciò va oltre il vecchio ideale borghese. Lo si può ritrovare nella sottolineatura, con accenti nuovi, della « missione sociale » del giurista-storico: « Giuristi, gli uni (egli dice), in funzione di storici del diritto; giuristi, gli altri, in funzione di cultori della varie branche del diritto vigente; ma sempre giuristi nel senso che identica negli uni e negli altri è, e deve essere, la preparazione e l'educazione della mente, la tecnica scientifica e didattica, la missione sociale: quella missione di uomini del nostro

(21) *Falsa*, cit., p. 96.

(22) È per certi aspetti ormai ' classica ', in questa prospettiva, la ricostruzione di M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1971, pp. 126 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tempo, che tanto si estende quanto il raggio ideale della civiltà che rappresentiamo » ([23]). Anche senza il riferimento esplicito al « nostro tempo », e il richiamo diretto che Betti fa, appena pochi righi dopo, a un discorso di Mussolini, sarebbe comunque facile ritrovare in questi atteggiamenti la riflessione sulla socialità e sui nuovi rapporti fra Stato, masse e cultura che ha segnato in modo non superficiale tutta una generazione di intellettuali italiani che vissero dall'interno l'esperienza fascista. La « missione sociale » si fonda sulla identificazione di un nuovo rapporto fra organizzazione e vita delle masse, e compiti dello Stato e dei ceti che vivono nella sua ombra, che il fascismo contribuì in modo determinante a sollecitare. Intorno a questi stessi temi, negli stessi anni, si svilupperà anche la riflessione di Delio Cantimori ([24]). Ma, a differenza di Cantimori, l'analisi sui nuovi compiti dello Stato, del diritto e dei ceti che ne erano i più diretti interpreti, non approdò mai in Betti sul terreno di una democrazia conseguente. Egli rimase sempre al di qua di quella drammatica esperienza che, a partire dalla fine degli anni trenta, trasformò per tanti il segno di classe dell' ' interventismo della cultura '. Ancora negli anni cinquanta, egli guarderà invece all'« ideologia democratica » con diffidenza e malcelato disprezzo ([25]).

Ma la tematizzazione del valore autonomo della socialità, compiuta nel pieno degli anni trenta, servì invece a Betti a fargli maturare del tutto il suo distacco dalla Pandettistica, di cui si augurava al più presto che « cesserà di sbarrarci la via quasi troncone indigerito e, messo nella luce che gli conviene, potrà considerarsi un ' momento ' davvero assorbito e superato nella ininterrotta catena di pensiero che, attraverso il diritto comune, ricongiunge noi giuristi moderni ai romani » ([26]). La distanza toccava ormai sia i contenuti, sia il metodo del suo lavoro. Intanto il metodo, perché il primato logico della dogmatica odierna pre-

([23]) *Diritto romano*, cit., p. XXVIII.

([24]) Su cui si v. ora l'ampia ricerca di M. CILIBERTO, *Intellettuali e fascismo. Saggio su Delio Cantimori*, Bari 1977, sul cui significato ho avuto modo altrove di fermarmi (« Quaderni di storia », 7, 1978, pp. 251 ss.).

([25]) *Falsa*, cit., p. 128.

([26]) *Diritto romano*, cit., p. XXVI. Si v. anche *Falsa*, cit., p. 98.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

supponeva una coscienza della modernità, una qualche non confusione teorica della sua specificità rispetto alla « cosa » romana, che non si intravedeva nella Pandettistica (in questo senso, probabilmente, Betti le attribuiva « una mentalità scaltrita e sapiente ma essenzialmente antistorica ») (27). E poi i contenuti. Al « dogma della volontà » — la chiave di volta dell'intero sistema pandettistico, dal diritto soggettivo al negozio giuridico — Betti sostituiva il principio dell'« utilità sociale », con compiti ricostruttivi inediti sia rispetto al diritto odierno che al diritto romano « classico » (28). L'individualismo atomizzato del modello ottocentesco della società civile gli appariva ormai vecchio e lontano: i suoi guasti, sia in riferimento alla « dogmatica odierna », sia storiografici, andavano rapidamente eliminati. Ancora una volta è facile cogliere nella fermezza di questa posizione l'eco di una storia più vasta e complessa, non solo giuridica: la fine dell'idea di un universo borghese che ruota ordinatamente intorno al centro ' naturale ' di un mercato autoregolato, e il mutamento degli strumenti di direzione e di rappresentazione teorica del corpo sociale, sotto la pressione di una nuova fase della storia mondiale del capitalismo, di cui la variante fascista non era che un aspetto, per quanto tipico ed originale. Di questo cambiamento (di cui egli, naturalmente, non coglieva se non le trasformazioni filtrate dal fascismo), vi è in Betti una coscienza in qualche modo assai acuta, certo non comune nella cultura giuridica italiana di quegli anni: e il rapporto fra civilistica e romanistica che egli propone è come un ponte gettato sulle rovine della Pandettistica, travolta sia sul versante romanistico (non c'è più un diritto romano ' attuale ') che su quello del diritto privato contemporaneo (i suoi strumenti concettuali, dal « dogma della volontà » allo schema della pretesa « erga omnes », sono ormai inservibili). Al di sopra di questa crisi, e proprio a partire dalla sottolineatura del primato irreversibile del presente, Betti ridisegna in tal modo in forma nuova la trama di una continuità che gli appariva millenaria e epocale.

---

(27) *Diritto romano*, cit., p. XXVI.

(28) Cfr. *Diritto romano*, cit., pp. 201-202. Si v. anche già prima *Problemi e criteri*, cit., p. 285.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

3. Al centro del lavoro romanistico di Betti vi è, dunque, la proposta di una vera e propria rigenerazione della scienza giuridica « odierna », di cui viene rivendicata con forza una indissolubile unità.

Il tessuto di questa struttura unitaria si sviluppa (abbiamo visto) secondo uno schema complesso: da un lato il rapporto diseguale fra logica (« dogmatica ») e storia, come prevalere della logica del presente (la « dogmatica odierna ») rispetto a tutto il suo passato ' storico ' (solo nel presente i « nomi » si ricongiungono alle « cose »); dall'altro la continuità della scienza giuridica, dalla giurisprudenza romana fino a noi, che la logica del presente, coniugando finalmente insieme « nomi » e « cose », rende trasparente come mai prima (e tanto meno nell'età della confusione « antistorica » della Pandettistica).

Il diritto — e giungiamo così ad un punto importante — appare in tal modo come il luogo privilegiato di un'esistenza sostanzialmente metastorica, le cui articolazioni trovano fondamento lontano della storicità. « Si tratta — scrive Betti — di funzioni logiche della nostra mentalità giuridica, di predisposizioni e di abiti mentali acquisiti bensì con la tradizione e con l'esperienza, quindi scientificamente controvertibili e storicamente contingenti, ma non per questo meno necessari per noi, perché ormai identici con noi stessi. (...). A quel modo che la natura quale ordine cosmico si costruisce in noi in virtù di una logica le cui leggi reggono la nostra conoscenza e insieme anticipano a priori lo schema del mondo oggettivo, così anche il nostro sapere del mondo storico, il prendervi parte che noi facciamo, deve evidentemente fondarsi sopra una logica dello spirito — vorrei dire, sopra una noo-nomia — che, mentre governa con le sue direttive ideali il processo conoscitivo, è insieme immanente allo ' spirito oggettivo ' » ([29]). E qualche pagina dopo: « La considerazione per categorie dogmatiche, infatti, se, dall'un lato, rende consapevole il giurista della unità fondamentale del fenomeno giuridico, dall'altro non gli fa perder di vista la molteplicità degli ordinamenti e la differenza fra le varie formazioni storiche. Tale molteplicità, lungi dall'escludere l'unità del fenomeno, la presuppone: perché

([29]) *Diritto romano*, cit., p. XVII-XVIII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non è una informe ed estrinseca diversità, la cui descrizione non offra altro che un interesse informativo o erudito, ma appunto una differenza fra termini omogenei, comparabili ad una stregua comune » (30).

È inutile insistere ancora sul meccanismo di questa arbitraria e ingannevole trasposizione — la sintassi giuridica borghese presentata sotto la forma di una « noo-nomia » dello « spirito oggettivo » (31). In tal modo, una logica colta in modo tendenzialmente sovrastorico, e che ha segnato di sé una vicenda millenaria, celebra finalmente *nel presente* il suo riconoscersi consapevole. La forma di conoscenza e di esposizione *della vicenda storica di questa logica* (starei per dire: del suo apparire fenomenico) non può che essere *quella sistematica*. « Accanto alla storia del diritto, — scrive Betti nel '31 — intesa quale concezione *dinamica* del fenomeno giuridico, vi è posto per una *dogmatica* degli ordinamenti passati (...). La sua ricostruzione prende per base — dirò così — una o più sezioni trasversali praticate nelle grandi linee di evoluzione del diritto positivo studiato » (32). La « concezione dinamica » del fenomeno giuridico si riduce in effetti così ad una storia ' minore ', puramente esterna, rispetto alla « dogmatica degli ordinamenti passati », la quale è l'unica in grado di intenderne la struttura logica profonda e complessiva, operando « per sezioni trasversali ». Con una terminologia che richiama singolarmente assiomi strutturalisti (ma Betti leggeva Saussure) (33) viene ribadito così esplicitamente, nello studio *storico* del diritto, il primato del *sistema* sulla diacronia. Questo primato della logica annienta letteralmente la storia. Il diritto costituisce un *luogo separato* in cui la storicità appare cancellata entro la forma dello svolgimento sistematico fra le parti. All'interno di questa struttura è difficilissimo ritrovare la storia. Essa si riduce — non può che ridursi, nel migliore dei casi — alla descrizione dei mutamenti puramente ' logico-

(30) *Diritto romano*, cit., p. XXVI-XXVII.

(31) Posso rinviare al mio *Storiografia giuridica e apologia del diritto moderno*, « Democrazia e Diritto », 13, 1973, II, pp. 65 ss., e alla ' voce ' *Negozio giuridico*, cit., coll. 910 ss.

(32) *Educazione giuridica*, cit., p. 58.

(33) Cfr. *Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungslehre*, « Festschrift Rabel », II, Tübingen 1954, p. 81 nt. 4.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sistematici ' che si determinano in uno spazio separato, dominato dalla continuità di una forma che non rinvia a nulle oltre se stessa.

Ben al di là di Betti soltanto, emerge così il nodo irrisolto di quasi tutta la romanistica di quegli anni, anche di quella, in apparenza, più orientata verso la ricerca storiografica: di voler cercar la storia là dove essa per definizione non può esservi. In questa prospettiva, tuttavia, la raffinatezza di Betti ricostruttore della « dogmatica » romana è notevole; non vi è in lui nessun cedimento alla rappresentazione ossessivamente monolitica del diritto romano « classico », in cui cadevano tanti storiografi ' puri ' alla Albertario o alla Solazzi. Le variazioni ' logiche ' nella costruzione delle categorie, da un giurista all'altro, sono analizzate talvolta con straordinaria finezza per quei tempi: il lavoro giovanile sulla categoria del « contrahere » resta ancora un modello difficilmente superabile ([34]). L'unità e la continuità di fondo del diritto « classico » — che Betti coglie su larga scala, attraverso l'analisi di lunghe durate — era naturalmente per lui fuori questione: ma per ribadirla, non aveva bisogno di immaginare tutti i giuristi romani eguali fra loro, in una allucinante monotonia di dottrine e di costruzioni concettuali (uno stravolgimento grottesco che nulla aveva più a che fare con la vecchia idea di Savigny con cui cercava di giustificarsi): la compattezza dell'architettura d'insieme usciva anzi arricchita da questo gioco pur sempre chiuso fra prospettive logiche diverse.

Lo straordinario ' ritorno ' del diritto privato romano nel presente storico del suo tempo è per Betti, innanzitutto, la continuità di una logica che sovraintende al riprodursi di una *forma*: « Gli è che il diritto, come le altre manifestazioni dello spirito, è essenzialmente forma: forma che, per dominare e permeare la materia della vita sociale cui si sovrappone, deve necessariamente cominciare dal configurarla secondo il suo stampo e dall'orientarla nella direttiva delle sue valutazioni » ([35]). Una forma *separata*

([34]) *Sul valore dogmatico della categoria « contrahere » in giuristi proculiani e sabiniani*, « BIDR », 28, 1915, pp. 3 ss. Ho discusso analiticamente questo saggio nei mei *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, Napoli 1971, pp. 36 ss.

([35]) *Diritto romano*, cit., pp. 5-6.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dalla « vita sociale », la cui razionalità si costruisce lontano dalla storia, ed è custodita da un ceto — i giuristi — che vi affida per intero la sua « missione » e il suo ruolo.

Storia e *forma* appaiono così irrimediabilmente disgiunti. Di questa forma è impossibile una storia interna, che non sia esposizione del suo compiersi sistematico (del chiudersi della sua logica) nel presente, ove finalmente si ricongiungono « nomi » e « cose ».

Assai più del debole storicismo della romanistica italiana dei primi cinquant'anni del novecento, che non riesce in realtà a storicizzare per davvero un bel niente, la riflessione di Betti, invece, ci conduce direttamente al cuore del problema insoluto di tutta quella storiografia: come si possa ricostruire un rapporto critico tra *forma* e *storia*; come si possa smettere di cercare la storia là dove essa non può trovarsi. Rispetto alle esangui ' storie di istituti ' di tanta romanistica ' pura ' a lui coeva, in cui non si vedono che pallide ombre in un'apparenza solo esterna di movimento, fatta unicamente di ' prima ' e di ' poi ', molto di più il lavoro di Betti ci aiuta a capire quali fossero i termini reali delle grandi questioni irrisolte.

4. Si comprende, così, anche il senso che può avere per noi, oggi, tornare a riflettere sulla ricerca di Emilio Betti, al di là della generica giustificazione che sempre accompagna ogni lavoro di storia di una storiografia. In un ritorno sulle scansioni del suo pensiero, vi è di più che la riscoperta di un lontano ' come eravamo '.

Il fatto è che i problemi di Betti, come s'è visto, sono ancora in larga parte i nostri, e sono i problemi reali di una storiografia matura dell'esperienza giuridica occidentale. Quel primato della logica, che Betti intravede, è un dato reale del ' ritorno ' del diritto romano nel diritto privato borghese. Certo, Betti non si è reso mai conto sino in fondo del perché il prevalere della logica cancellasse la storicità dell'oggetto, e del perché la storia, da lui pure continuamente evocata, si dileguasse poi sempre dal suo orizzonte di lavoro. E non lo ha nemmeno sfiorato l'intuizione che fin quando ci si limitava a *riconoscere* e a *descrivere* il primato di quella logica, accettando come un dato di fatto il suo appa-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rente apriorismo, la storia non poteva apparire che come un fenomeno accidentale, esterno all'« intimità » dei processi. E che il problema era invece capire per quello che era, e non per come appariva, lo stesso fondamento separato di quella logica, diciamo pure in senso forte il suo *formalismo*, nella sua archeologia romana e, poi, nel suo compimento borghese. Senza critica del formalismo moderno (senza criticare i « nomi », invece di accettarne una ipostatizzazione apolegetica) non vi poteva essere nessuna storia di quella esperienza.

Ma non vi è dubbio che la riflessione di Betti (fra le più significative, in questo senso, nella nostra tradizione, insieme con quella, per molti versi opposta, di Riccardo Orestano) ci può ancora servire a fissare — in un negativo senza false luci — la dimensione delle questioni che ancora abbiamo di fronte, perché dell'esperienza giuridica occidentale sia possibile una storicizzazione completa, fuori di ogni mascheramento apologetico della sua razionalità separata.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PIETRO COSTA

EMILIO BETTI: DOGMATICA, POLITICA, STORIOGRAFIA (*)

1. Dogmatica e storiografia giuridica: il problema. — 2. La prolusione milanese del '27. — 3. La storicità del soggetto. — 4. La storicità della dogmatica. — 5. L'apologia della dogmatica. — 6. Lo 'storicismo dommatico' di Betti e la 'crisi del diritto romano'. — 7. Il giuricentrismo di Betti. — 8. Oltre la pandettistica: la opzione anti-individualistica. — 9. La giurisprudenza come tradizione. — 10. Linee del dibattito su dogmatica e storiografia giuridica. — 11. La prevalenza della dogmatica: Checchini. — 12. Il sociologismo positivistico del primo De Francisci. — 13. Betti e De Francisci: motivi ed equivoci di una polemica. — 14. Betti e De Francisci: l'aspirazione ad una 'nuova' dogmatica e la cultura giuridica del fascismo. — 15. 'Dogma' e 'storia': Betti e la metodologia storico-giuridica italiana fino agli anni Cinquanta. — 15.1. Diritto romano e dogmatica. — 15.2. Diritto romano e tradizione. — 15.3. Il diritto romano come 'universale giuridico'. — 15.4. Diritto romano ed educazione giuridica. — 15.5. La rottura dell'equilibrio: 'dogma' *vs.* 'storia'. — 16. Estrapolazioni tematiche sulla romanistica italiana fino agli anni Cinquanta. — 17. La svolta metodologica di Orestano e i primi segni di una nuova consapevolezza storiografica.

1. *Dogmatica e storiografia giuridica: il problema.*

È opinione diffusa [1] che la discussione sull'impiego delle categorie della dogmatica giuridica nell'interpretazione storico-

---

(*) Ringrazio vivamente la signora Gemma Lombardi Betti per avermi reso possibile la consultazione di numerosi testi (editi ed inediti) bettiani.

[1] Cfr. P. Piovani, *Dommatica, teoria generale e filosofia del diritto*, in *Atti del VI Congresso Nazionale di Filosofia del diritto* (1963), Milano, 1963, vol. I, p. 62; E. Paresce, voce *Dogmatica giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1964, vol. XIII, p. 694; A. De Gennaro, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, Milano, 1974, p. 576, nota 350. Si tenga presente anche E. Paresce, *Dogmatica*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giuridica costituisca uno dei principali nuclei tematici della giurisprudenza teorica italiana del nostro secolo: come per la cosiddetta polemica sui concetti giuridici, così per il dibattito intorno a ' storia e dogma ' (tanto per usare, per brevità, il titolo, blondeliano, del saggio di Vassalli (2)) le posizioni teoriche, le implicazioni metodologiche diffuse, e disperse, nell'una o nell'altra indagine determinata, verrebbero sollecitate ad emergere in piena luce, ad acquisire consapevolezza dei propri presupposti, a divenire, tendenzialmente, manifesto programmatico, coinvolgente il problema dell'oggetto e della funzione delle discipline storico-giuridiche.

Certamente, l'impressione che si può ricavare da una mera elencazione sparsa dei saggi, dei manuali, delle recensioni, delle prolusioni che si intrecciano, si contrappongono (e si sovrappongono) in un fitto gioco di incastri e di richiami è quella di un pronunciamento, sul problema ' dogma/storia ' (per continuare ad usare di questa comoda sineddoche), di molti fra i cultori più significativi della disciplina storico-giuridica principalmente chiamata in causa (la romanistica, come vedremo) e della partecipazione non trascurabile di autori ' esterni ' (filosofi del diritto, giuristi, storici del diritto medievale e moderno): un'impressione siffatta, quindi, sembra confermare l'ipotesi che attribuisce a quel dibattito più che trentennale il significato di un luogo di confronto e di scontro di importanti posizioni teoriche e vede quindi in esso una sorta di osservatorio privilegiato per lo storico del novecento giuridico italiano.

Tentare una (sia pur parziale) verifica di questa ipotesi implica, innanzitutto, decidere se e in che modo (attraverso quali scelte tematiche, quali presupposti, quali esclusioni) la giurisprudenza teorica (e soprattutto la storiografia giuridica) abbia discusso sul proprio oggetto e sul proprio metodo. Occorre poi valutare se il carattere apparentemente antinomico di molte delle posizioni emerse nel dibattito non abbia ospitato in realtà una serie non

---

e storia del diritto nell'unità del pensiero speculativo, in *La genesi ideale del diritto. Saggio sulla attuazione spontanea del diritto e la sua creatività*, Milano, 1947², pp. 141 ss.

(2) F. VASSALLI, *Storia e dogma*, in « Archivio giuridico », CXII, 1934, pp. 156 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

trascurabile di convinzioni da tutti condivise, anche se non sempre adeguatamente tematizzate. Occorre infine vedere come il carattere dilemmatico dell'originaria impostazione del problema abbia subito varie accentuazioni e abbia quindi dato luogo a diverse figurazioni, fino al sostanziale esaurimento del problema stesso.

Se queste sono, all'incirca, le scansioni del nostro problema storiografico, la ricostruzione di esso avrà, in questa sede, un carattere soltanto parziale, in più sensi: in primo luogo, infatti, l'angolatura prescelta (la ricostruzione della metodologia storiografica di Emilio Betti) è necessariamente particolare, né basta ad eliminare la settorialità del punto di osservazione in cui mi pongo il fatto, indubbio, che Emilio Betti sia una via obbligata per raggiungere il dibattito su 'storia e dogma' (e, viceversa, quel dibattito restituisca il senso esatto, la storicità, dell'intervento del nostro giurista); in secondo luogo, il dibattito metodologico al quale Betti ci introduce verrà seguito prevalentemente nelle sue vicende italiane e sarà letto quindi non tanto come episodio della storia interna della romanistica come tale, ma come momento della storia della cultura giuridica italiana del novecento; in terzo luogo, la ricostruzione del dibattito su 'dogma e storia' mirerà più ad individuare le sue linee di tendenza che a registrare, in modo documentariamente completo, le voci dei singoli protagonisti.

2. *La prolusione milanese del '27.*

Il punto di riferimento disponibile a chiunque voglia essere introdotto al dibattito su 'storia e dogma' è la notissima prolusione milanese di Betti, del novembre del 1927 (3). La prolusione del '27 è un punto di riferimento importante, in due sensi: innanzitutto perché ad essa principalmente finivano per riferirsi gli interventi (anche di molto) successivi, che la leggevano come il momento di inaugurazione di una nuova e discussa definizione dell'oggetto della storiografia giuridica (e, insieme, come una rivalutazione — e ridefinizione — della dogmatica); in secondo

(3) *Diritto romano e dogmatica odierna*, in « Archivio giuridico », XCIX, 1928, pp. 129 ss.; C, 1928, pp. 26 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

luogo, perché la prolusione del '27 rappresentava, per l'autore (ma anche per tutta la romanistica coeva), un'impegnativa presa di posizione metodologica, che non si limitava a sollevare problemi e a suggerire direzioni di ricerca, ma si pronunciava, senza sfumature, a favore di una definita e articolata via di accesso alla storia del diritto. Un vero e proprio manifesto, insomma: non ancora il 'manifesto ermeneutico' *tout court* (4), di cui si compiacerà in anni successivi il nostro autore, ma certo, almeno, un manifesto di ermeneutica *storico-giuridica*.

Da un altro punto di vista, però, sarebbe fuorviante (e giova avvertirlo solo per evitare semplificazioni di comodo) considerare la prolusione del '27 come un pronunciamento improvviso, una piccola tempesta nel lago tranquillo della romanistica e della giurisprudenza teorica coeve: non lo era perché (come il prosieguo del discorso, potrà, spero, provare) gli argomenti con i quali Betti delineava la sua immagine di storia del diritto rappresentavano risposte a domande oggettivamente iscritte nelle vicende intellettuali della storiografia giuridica fra Ottocento e Novecento e non erano affatto solitarie escogitazioni o personalissime 'fughe' di un'intelligenza curiosa di teoria. Le tesi insomma che Betti condensava e coordinava nella prolusione milanese erano in sostanza venute crescendo con la sua stessa produzione scientifica (5) e rappresentavano, di questa, un consuntivo nel momento in cui si generalizzavano in una proposta metodologica, si organizzavano in un programma coerente di ricerca. Non solo: il manifesto che Betti veniva enunciando nel '27, se per la organicità e la consapevolezza culturale delle argomentazioni si distaccava dalla pratica scientifica delle stesse ricerche bettiane e dalla gran parte dei contributi storico-giuridici italiani del primo ventennio del secolo, non poteva tuttavia disconoscere i vincoli di affinità, almeno in certe prospettive di fondo, che lo legavano ad alcune di quelle ricerche: si pensi agli scritti storico-dogmatici del Chec-

(4) *Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungslehre: ein hermeneutisches Manifest*, in *Festschrift für E. Rabel*, Tübingen, 1954, vol. II, pp. 79 ss.

(5) Cfr. soprattutto *Problemi e criteri metodici d'un manuale d'istituzioni romane*, in « Bullettino dell'Istituto di diritto romano », XXXIV, pp. 225 ss.; *Metodica e didattica del diritto secondo Ernst Zitelmann*, in « Rivista Internazionale di Filosofia del diritto », V, 1925, pp. 49 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

chini, tanto per fare il nome di un autore che lo stesso Betti, con la sua consueta acribia, non manca di indicare come accomunato a lui almeno nel « motivo ispiratore » delle sue ricerche (6).

Con tutto ciò, la prolusione del '27 resta una piattaforma ideale per chi, per un verso, voglia cogliere gli itinerari teorici che Emilio Betti, a partire dal ' manifesto ' milanese, percorrerà senza brusche svolte o soluzioni di continuità, e, per un altro verso, voglia districarsi nella trama di proposte e controproposte che storici-giuristi e giuristi non mancheranno di svolgere fin dentro gli anni cinquanta.

La prolusione milanese di Betti è, d'altronde, tanto nota da potermi ritenere dispensato da una dettagliata esposizione dei suoi contenuti: converrà semmai indicare i principali nuclei tematici in essa contenuti e seguirne gli sviluppi e gli arricchimenti negli scritti successivi del nostro autore.

3. *La storicità del soggetto.*

L'asserzione epistemologicamente forte del discorso milanese è la recisa affermazione del ruolo, ineliminabile e positivo, che il soggetto dell'operazione storiografica riveste *in quanto* soggettività storicamente condizionata. Questa tesi, già chiaramente enunciata in altra occasione (7), diviene qui il sostegno fondamentale della argomentazione bettiana e, in fondo, l'opzione filosofica più esplicita e impegnativa della prolusione: l'affermazione di un distacco netto da una storiografia e più in generale da una cultura positivistica, che, se pure in termini singolari, non aveva mancato di interessare anche la romanistica italiana. Questo distacco, certo, potrà essere relativizzato o comunque sottoposto a prudente verifica (8), ma non minimizzato almeno su questo

(6) *Problemi e criteri metodici*, cit., p. 237, nota 1; cfr. *infra* par. 11.

(7) *Problemi e criteri metodici*, cit., p. 239.

(8) Si pensi ad esempio alla valutazione che Betti ha già espresso (in *Problemi e criteri metodici*, cit., pp. 265) e continuerà ad esprimere (nella sua prefazione a P. BONFANTE, *Storia del diritto romano*, Milano, 1959⁴, pp. VII-XII) dell'opera bonfantiana, attraendola (soprattutto nella prefazione citata) nell'orbita del suo ' storicismo dommatico '.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

punto: la distanza che Betti pone fra la propria metodologia e la positivistica elisione del ruolo attivo del soggetto dell'operazione storiografica.

Si dirà: un bersaglio di comodo, perché della storiografia positivistica si enfatizza polemicamente una fin troppo evidente ingenuità; e un bersaglio facile, dopo quasi un trentennio di scritti crociani e il trionfo non più seriamente contrastato della cultura e della storiografia neoidealistica. Resta però il fatto che nella cultura storico-giuridica italiana erano mancati fino a quel momento pronunciamenti che si sforzassero di dar conto di tutte le conseguenze operative di una scelta teorica iscritta nell'arco della reazione neo-idealistica al positivismo: la sferzante accusa che Croce rivolgeva al Bonfante (di attardarsi in filosofemi *à la page* una trentina di anni indietro ([9])) poteva rivolgersi a maggior ragione a non pochi cultori delle discipline storico-giuridiche. Quello che Betti viene quindi affermando sulla storicità del soggetto, sulla impossibilità di un annullamento, nella operazione interpretativa, della soggettività dell'interprete a vantaggio della ' oggettività ' del conoscere storico ([10]) acquista il significato programmatico della rottura di convinzioni tralatizie in vista dell'approfondimento critico del fondamento e degli strumenti dell'interpretazione storiografica.

Se il presupposto di un'attività storiografica criticamente fondata è la consapevolezza della storicità del soggetto, le conseguenze operative sono immediatamente deducibili: in primo luogo, l'oggetto non è attingibile ' come tale ', indipendentemente dall'approntamento di strumenti concettuali che, lungi dall'allontanare l'oggetto o dall'oscurarne la visione, costituiscono la condizione di visibilità storiografica dell'oggetto stesso. In secondo luogo, l'apparato concettuale impiegabile nella operazione interpretativa dello storico è quello, e soltanto quello, ' vigente ' al

([9]) B. Croce, *Pagine sparse*, Napoli, 1943, vol. I, p. 355.

([10]) « Illusione vana è quella di poter conoscere un diritto storico tanto più esattamente, quanto più ci svestiamo della nostra mentalità moderna, per prestare ascolto unicamente alla voce dei giuristi contemporanei senza metterci nulla di nostro. Illusione vana e, in pari tempo, antistorica: il che è tanto più notevole, in quanto essa viene affacciata con la pretesa di fondare la storicità delle formazioni giuridiche » (*Diritto romano e dogmatica odierna*, cit., p. 133).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

momento dell'atto di comprensione storiografica, è insomma iscritto dentro l'arco della contemporaneità dello storico a se stesso. In terzo luogo, se è vero che non si fa storia (del diritto) senza la previa utilizzazione degli strumenti concettuali disponibili al presente, consegue che questi strumenti sono offerti (e non possono essere offerti che) dalla dogmatica giuridica del Novecento.

Siamo così giunti all'enunciazione della tesi centrale dell'intero dibattito originato od occasionato dalla prolusione milanese: la legittimità dell'impiego delle categorie della dogmatica nella storiografia giuridica. Ciò che a questo proposito si legge nel saggio bettiano del '27 contiene *in nuce* ciò che Betti continuerà ad illustrare, difendere circostanziare per tutto il resto della sua produzione scientifica, fino ai tardi scritti degli anni Sessanta [11] senza tuttavia aggiungere (almeno dopo il manuale del '35 [12], sul quale torneremo) elementi concettualmente nuovi e rilevanti.

Tutt'altro discorso vale invece per le due premesse del ' sillogismo ' bettiano: la storicità del soggetto e la necessità (diremmo) di una griglia concettuale presupposta alla concreta operazione storiografica. L'imponente sforzo di riflessione che condurrà Betti alla realizzazione dell'ambiziosa *Teoria generale dell'interpretazione* [13] nel tentativo di fondare un'ermeneutica generale, comprensiva della logica della giurisprudenza come di quella delle altre ' scienze morali ' [14], nasce in fondo dall'esigenza di non lasciare allo stato di assioma, ma di sviluppare in una compiuta teoria, quel nucleo tematico della storicità del soggetto già emergente nel '27 come il fondamento indiscusso della proposta storiografica avanzata. Allo stesso modo, l'impostazione del rapporto fra il

---

[11] *L'ermeneutica storica e la storicità dell'intendere*, in « Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari », XVI, 1961, pp. 1 ss.; *L'ermeneutica storica nella prospettiva di F. Wieacker*, in *Synteleia Arangio-Ruiz*, Napoli, 1964, vol. I, pp. 66 ss.; *Storia e dogmatica del diritto*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Firenze, 1966, pp. 105 ss.; *Attualità di una teoria generale dell'interpretazione*, in « Annali della Facoltà giuridica di Camerino », XXIII, 1967, pp. 95 ss.

[12] *Diritto Romano*, I, *Parte generale*, Padova, 1935.

[13] Milano, 1955.

[14] Il richiamo, di sapore crociano, alla storia dell'arte (*Diritto romano e dogmatica odierna*, cit., pp. 130-131) ha ancora un carattere più retorico-persuasivo che esplicativo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

metodo della storiografica giuridica e le categorie della dogmatica, che nel manifesto del '27 non esce sostanzialmente dai binari di una riflessione interna a quello specifico settore del sapere storiografico che è la storia del diritto, diviene, nella onnicomprensiva ermeneutica del '55, il problema storiografico generale della legittimità dell'uso di concettualizzazioni e tipizzazioni nell'ambito dell'intendere storico ([15]).

Non è possibile comunque, in questa sede, seguire Betti nelle successive variazioni e complicazioni del suo itinerario ermeneutico ma, al più, indicare alcuni punti di continuità fra il Betti metodologo della romanistica e il Betti teorico dell'ermeneutica.

Si prenda il tema della storicità del soggetto, la ricorrente affermazione che «i termini del processo conoscitivo sono due: il soggetto e l'oggetto. Storicamente determinati, l'uno e l'altro» ([16]): tutta la successiva teoria ermeneutica del nostro autore si distribuisce equamente fra questi due poli e si può intendere come una riconferma continua di quella dialettica, con l'approntamento conseguente di una serie di procedure o tecniche interpretative, grazie alle quali il soggetto possa riportare all'attualità del suo presente l'oggetto senza che quest'ultimo tuttavia si dissolva nella sua specifica storicità. Si leggano *Le categorie civilistiche dell'interpretazione* ([17]) o la *Teoria generale dell'interpretazione* ([18]) o l'intervento al VII Congresso di Filosofia del diritto ([19]) e si vedrà come lo schema dentro il quale definire il processo interpretativo e approntare le categorie strumentali necessarie al suo compimento non sia in definitiva che quella concezione del rapporto fra soggetto e oggetto del conoscere che reggeva, già nel '27, il manifesto storico-giuridico di Betti.

Vi sono però alcune differenze essenziali: innanzitutto, il rapporto soggetto-oggetto, che nella prolusione manteneva, di necessità, una connotazione meramente logico-storiografica (' oggetto '

([15]) *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1955, vol. I, pp. 150 ss.

([16]) *Diritto romano e dogmatica odierna*, cit., p. 133.

([17]) Ora in *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* (*Teoria generale e dogmatica*), a cura di G. Crifò, Milano, 1971, pp. 1 ss.

([18]) *Teoria generale*, cit., vol. I, pp. 59 ss.

([19]) *Di una teoria generale della interpretazione*, in *Atti del VII Congresso Nazionale di Filosofia del diritto* (1965), Milano, 1966, pp. 49 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

è quell'insieme di rapporti giuridici indicabile come ' diritto romano ' e soggetto è lo storico o lo storico-giurista) viene trasformato, negli scritti ermeneutici successivi, in una metafora che raffigura il processo ermeneutico come ' dialogo ' fra spiriti attraverso ' forme rappresentative ', tanto da far assumere al dialogo amicale la figura di paradigma di ogni possibile intendere nell'ambito delle cosiddette scienza morali ([20]). La ' domanda ' che Betti, nella prolusione del '27, aveva avuto la lucidità di formulare nel quadro preciso e determinato di una, diciamo così, epistemologia regionale e che, in quel contesto, aveva ricevuto una risposta culturalmente ricca, ma pur sempre commisurata alla tradizione e alla problematica della storiografica ' particolare ' nella quale si iscriveva, cercava, nei successivi sviluppi del pensiero bettiano, una risposta più articolata e comprensiva: ma questa risposta, mediata principalmente da letture schleiermacheriane e diltheiane ([21]) conservava, e insieme deformava, la ' domanda ' originaria. La deformava perché, rispetto a questa, riusciva indeterminata, quindi relativamente pertinente. La conservava, perché, nell'imponente apparato teorico nel quale l'ermeneutica bettiana si strumentava, rimanevano due preoccupazioni non facilmente componibili con i presupposti: innanzitutto il bisogno che l'ermeneutica generale fosse un atto di fondazione (logico-filosofica) delle scienze umane in generale e, insieme, l'approntamento di tecniche interpretative impiegabili nell'una o nell'altra determinata ' zona dell'intendere ' (ed ecco la antica *querelle* su ' dogma e storia ' ripresa e ' sublimata '); in secondo luogo, l'esigenza costante di non sacrificare la consistenza autonoma dell'oggetto alla ' prepotenza ' del soggetto, di salvare il dialogo fra i due termini (il ' colloquio amicale ').

Si tratta in fondo, di nuovo, di reiterare, *mutato nomine*, l'affermazione, esplicita nella prolusione del '27, che è pur sempre il diritto romano che si vuole mantenere al rango di oggetto di

([20]) *Teoria generale*, cit., vol. I, pp. 159 ss.

([21]) L'arco, amplissimo ed eterogeneo, delle letture messe a frutto nella *Teoria generale della interpretazione* ha uno dei suoi punti di forza nella rilettura dell'ermeneutica romantica proposta da Dilthey, soprattutto in *Die Entstehung der Hermeneutik* (1900), in *Gesammelte Schriften*, Stuttgart-Göttingen, 1957², vol. V, pp. 317 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

interpretazione storiografica; occorre, insomma, continuare a rispondere alle accuse di antistoricismo che, ripetitivamente, colpivano la proposta metodologica bettiana. Non è un caso, forse, che proprio questi due aspetti costituiscano due rilevanti punti di dissenso con Gadamer: a questi Betti non perdonerà precisamente la elisione (come egli dice) della storicità dell'oggetto (22), mentre Gadamer risponderà ' declassando ' l'ermeneutica generale di Betti da fondamento delle scienze morali a ' prescrizione ' di tecniche e procedure di intervento interpretativo (23); riportandola quindi (se si vuole forzare un po' le tinte) al punto di origine della riflessione bettiana, alla sua domanda originaria: con quali strumenti concettuali realizzare una conoscenza adeguata (e aggiornata) del diritto romano.

Meno solenne nell'esito, ma non diverso nel procedimento, è l'itinerario che conduce la riflessione bettiana successiva al '27 dalla domanda, interna alla metodologia della storia giuridica, sull'impiego della dogmatica in funzione storica, al problema dell'uso di schemi generali, di tipizzazioni, nell'attività storiografica: dalla storia del diritto all'intendere storico (24). In questo percorso, come si intuisce facilmente, l'attenzione con la quale Betti, fino agli anni trenta, citava Croce e la cura con la quale riferiva dei consensi espressi da questo filosofo (25), erano destinate a

---

(22) *L'ermeneutica storica e la storicità dell'intendere*, cit., pp. 13 ss.

(23) Cfr. soprattutto H.-G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1965², (Anhang) pp. 482 ss.; l'appendice non è riportata nella traduzione italiana dell'opera (Milano, 1972). Cfr. anche il dibattito raccolto in AA.VV., *Hermeneutik und Ideologiekritik*, Frankfurt, 1971. Precise indicazioni sul contributo bettiano all'ermeneutica si leggono in H. COING, *Die juristische Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik*, Köln und Opladen, 1959. Un epigono entusiasta dell'ermeneutica bettiana è A. PLACHY, *Basi classiche e problemi attuali dell'epistemologia ermeneutica*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, Milano, 1962, vol. I, pp. 193 ss. La schermaglia piuttosto acre, in varie puntate, sul tema dell'ermeneutica generale, fra Guarino e Betti, può leggersi in « Labeo », I, 1955, pp. 301 ss., « Labeo », II, 1956, pp. 122 ss., « Labeo », II, 1956, pp. 250 ss., « Labeo », II, 1956, pp. 253 ss.

(24) *Teoria generale*, cit., vol. I, pp. 148 ss.

(25) *Educazione giuridica odierna e ricostruzione del diritto romano*, in « Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano », XXXIX, 1931, pp. 65-67, dove è riprodotto distesamente il consenso espresso da Croce.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

trasformarsi in una polemica piuttosto acre, che interessava il liberalismo di Croce non meno della sua concezione (« atomistica », secondo Betti) ([26]) della storiografia: dove per atomismo egli intendeva, contro Croce e contro Antoni ([27]), appunto il rifiuto neoidealistico delle possibilità conoscitive (in senso forte) dei concetti scientifico-classificatori.

4. *La storicità della dogmatica.*

Data la necessaria storicità del soggetto, data l'imprescindibilità dell'uso di strumenti concettuali del presente nell'operazione di storicizzazione del passato, consegue la soluzione che il nostro giurista dà del problema ' dogma/storia '. Mentre la premessa maggiore e la premessa minore del sillogismo si perdono negli itinerari, non sempre pervî, dell' ' ermeneutica generale ', la *vexata quaestio* di ' dogma *vs.* storia ' nasce e muore come rosa dalle molte spine nell'orto concluso della storia del diritto: ed è in questo delimitato ambito storiografico che converrà seguirne i profili dilemmatici e gli esiti rivelatori sul piano della coscienza che quella storiografia particolare possedeva del proprio oggetto e del proprio metodo.

Certo, l'impostazione stessa del problema rivela due possibili sviluppi di analisi, due direzioni lungo le quali si sono propagate le onde del dibattito: una revisione, o una problematicizzazione, della narrazione storico-giuridica, per un verso; per un altro verso, una mozione di sfiducia nei confronti della dommatica, o al contrario una convinta apologia di questa, insomma un pronunciamento valutativamente positivo o negativo nei confronti dello stato attuale della scienza giuridica (e quindi, implicitamente, un'indicazione normativa sul suo stato ' ideale '). D'altronde, che la questione potesse esser fatta valere nei due sensi suddetti risulta evidente fin dalla prolusione del '27. Vediamone dunque i passaggi argomentativi principali.

Un primo aggiustamento che la finalità storiografica impone alla dogmatica usata come strumento per l'interpretazione delle

([26]) *Le categorie civilistiche*, cit., p. 49.

([27]) C. ANTONI, *Dallo storicismo alla sociologia*, Firenze, 1940.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esperienze giuridiche trascorse è l'introduzione di una *summa divisio* nella nozione generale di dogmatica: non la dogmatica nel suo complesso è utilizzabile in funzione storiografica, ma solo una parte o sezione di questa. Certo, a monte di questo intervento divisorio sul corpo apparentemente omogeneo della ' dogmatica ' opera un'assunzione previa: viene cioè data per certa l'identificazione fra il sapere giuridico nel suo complesso (l'insieme delle procedure discorsive, degli schemi logici, dei valori condivisi da quel ceto professionale genericamente connotabile come ' giuridico ') e quella particolare forma del sapere giuridico che (con un nome curiosamente preso in prestito dalla teologia) [28] viene chiamata ' dogmatica '. Betti prende per buona questa identificazione — altri, come vedremo, sposteranno indietro il fulcro dell'argomentazione, discutendo per l'appunto quella relazione di identità — e ragiona a partire da essa. La scienza giuridica *è* la dogmatica odierna. All'interno della dogmatica, poi, è necessario distinguere due livelli: « quel complesso di concetti e di princìpi che i cultori del diritto privato e pubblico odierno adoperano nello studio di questo »; oppure « la mentalità giuridica odierna: vale a dire, quella *preparazione*, che un giurista della nostra epoca porta — in quanto tale — nella conoscenza del fenomeno giuridico in genere » [29].

Ora, questa distinzione è, per lo stesso Betti, tanto essenziale quanto problematica. È essenziale, perché una siffatta distinzione si presta ad aprire la strada ad una fondazione della dogmatica giuridica come griglia concettuale necessaria ad ogni operazione storico-giuridica, senza però cadere in una apologia, semplicistica perché indiscriminata, della dogmatica *ut sic*. In altri termini, non sfugge affatto a Betti ciò che non preoccupava troppo Checchini: al primo non sfugge il carattere non immediato, ma problematico che l'utilizzazione di schemi teorico-giuridici comporta per un'interpretazione storiografica non disposta (come vedremo) a buttare a mare l'invito ad una compiuta storicizzazione dell'oggetto (diritto romano) che ormai da parecchi lustri veniva

---

[28] Cfr. P. Piovani, *Dogmatica, teoria generale*, cit., pp. 38 ss.

[29] *Diritto romano e dogmatica odierna*, cit., p. 140.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

insistentemente formulato all'interno della romanistica. Il sillogismo la cui conclusione parlava a favore della concettualizzazione storico-giuridica in funzione storiografica doveva comporsi (e quindi complicarsi al suo interno) con la finalità, appunto non più meramente logico-sistematica, alla quale quella concettualizzazione doveva servire. Il carattere dilemmatico già implicito nella coppia opposizionale (teologica, direbbe Piovani) ' dogma/storia ', doveva cercare una prima fuoriuscita dall'*impasse* insistendo, lavorando sul nesso strumentale che doveva collegare la dogmatica giuridica alla storiografia, ponendo la prima, e dimostrandola, come docile strumento della seconda.

La prima operazione conseguente alla problematizzazione del nesso dogmatica/storiografia è appunto l'introduzione di una distinzione nell'ambito della dogmatica-scienza del diritto: una cosa è la dogmatica, una cosa (parzialmente) altra è la « mentalità giuridica odierna ». Dove riposa la distinzione? All'interno della dogmatica, la distinzione si fonda, si direbbe, su una differenza di grado della generalità e dell'astrattezza caratteristiche dei concetti appartenenti rispettivamente all'uno o all'altro livello della scienza giuridica: concetti più particolari e determinati, i primi, concetti prevalentemente logico-sistematici i secondi, espressioni contenutisticamente più compromesse le prime, forme (tendenzialmente) logiche le seconde.

Questa distinzione, operante all'interno dell'area semantica di ' dogmatica ', viene tuttavia, per così dire, pilotata dall'esterno: sono le esigenze storicistiche della storiografia che impongono di fare gli schizzinosi con il sontuoso banchetto dogmatico offerto dalla odierna scienza del diritto: non tutto ciò che essa ha cucinato è idoneo a storicizzare (attraverso il sistema) o a sistemare concettualmente (storicizzando) il diritto del passato. La dogmatica, che deve essere piegata ad una operazione in qualche modo non del tutto congeniale al suo stabile e massiccio assetto deve dividersi, o almeno distinguersi, in due: la dogmatica (*stricto sensu*), da un lato, la « mentalità giuridica odierna », dall'altro. La conclusione del sillogismo bettiano più volte riassunto, dunque, non si attaglia indiscriminatamente a tutta la scienza giuridica odierna, ma alla parte di essa, per così dire, meno irrimediabilmente compromessa con il presente.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Se questa è la tesi, il passaggio logico che vi conduce è doppio. In primo luogo sta l'affermazione del carattere meramente operativo che la dogmatica in funzione storiografica deve possedere: la scelta fra dogma e dogma va condotta non sul metro di una maggiore o minore distanza dall'oggi, ma alla stregua di una maggiore o minore capacità descrittiva, o meglio giuridicamente selettiva (di ' diagnosi giuridica ', per usare un'espressione bettiana) dei dati del passato. In secondo luogo, e in conseguenza, viene enunciato il principio che, stante il carattere operativo di un siffatto uso della dogmatica, all'interno di questa occorre procedere a scelte e a distinzioni e che (implicitamente) tanto più operativo sarà un concetto quanto meno apparterrà alla dogmatica implicata nei contenuti più immediati del presente.

A questo punto, la storiografia ha, per così dire, un primo effetto di ritorno sulla scienza giuridica: la scienza giuridica è, nella sua globalità, storicamente condizionata, ma l'impatto della ' storia ' sul ' dogma ' è ben diverso a seconda delle ' sezioni ' del ' dogma ' a cui ci si riferisce: ed è perciò possibile « sceverare ciò che in essa (nella dogmatica) vi ha di esclusivamente particolare e di specifico del diritto positivo odierno da quei concetti che, sebbene applicati di solito sul terreno del diritto odierno, hanno tuttavia una efficienza dogmatica che l'oltrepassa e lo trascende » (30).

Non è dunque tutta l'odierna scienza giuridica come tale il filtro, obbligatorio perché costituente l'orizzonte della contemporaneità per il giurista, attraverso il quale leggere l'esperienza giuridica del passato, ma una parte di essa: e, si direbbe con apparente paradosso, quella parte meno strettamente ' contemporanea ', meno strettamente legata alla storicità del presente, quindi più facilmente, innocuamente operativa *à rebours*. Ed ecco il secondo effetto di ritorno dello storicismo sulla dogmatica: tutta la scienza ' dogmatica ' del diritto è ' storica ', storicamente condizionata, ma alcuni concetti sono più ' storici ' di altri. Certo, le « categorie giuridiche generali » della mentalità giuridica odierna sono anch'esse storicamente contingenti (31): lo storicismo fa parte

(30) *Ibidem*, p. 144, nota 2.

(31) *Ibidem*, p. 144; cfr. anche *Diritto romano*, cit., p. XVII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ormai della professione di fede del giurista. Ma, nello stesso tempo, quelle categorie, giunte a noi sull'onda della tradizione e dopo un imponente, e non interrotto, travaglio definitorio, assurgono al ruolo (storicamente e storicisticamente) molto più problematico di « *funzioni logiche della nostra mentalità giuridica* » (32). Mentre si sottolinea la storicità della dogmatica, si sente l'esigenza di garantirne la utilizzabilità operativa diminuendo la storica condizionatezza di alcune parti di essa; viceversa, mentre si rivendica ai concetti più generali della dogmatica (per intenderci, alla ' teoria generale del diritto ') il carattere di « funzioni logiche della nostra mentalità giuridica » se ne riafferma la utilizzabilità in funzione di una descrizione storicamente pertinente e determinata di un'esperienza giuridica del passato.

Se questo difficile equilibrio interno alla impostazione aporetica del rapporto ' storia/dogma ' si reggeva, nella prolusione del '27, sul presupposto di un'orientazione puramente metodologica della proposta bettiana, già nella premessa al corso romanistico del '35 le « funzioni logiche della nostra mentalità giuridica » cercano una fondazione ontologica della loro utilizzabilità operativa: la conoscibilità del mondo storico viene riportata ad una « logica dello spirito », una « noo-nomia », « che, mentre governa con le sue direttive ideali il processo conoscitivo, è insieme immanente allo ' spirito oggettivo ' ... » (33). Se si vuole, la tensione fra la storica ' contemporaneità ' della dogmatica e la possibilità del suo impiego nella ricostruzione del passato è risolta, ma attraverso il salto ad un piano sensibilmente diverso da quello, empirico e determinato, relativo alla discussione sulle procedure discorsive di una certa zona del sapere: il salto verso quella singolare forma di « ineffabile e generico » spiritualismo (34) che costituirà l'atmosfera nella quale si troveranno immersi gli scritti ermeneutici più tardi.

Compiuto il passaggio alla metafisica dell'intendere storico, la intelleggibilità dell'esperienza giuridica del passato non è più un problema interno al sapere storico-giuridico e come tale risolto

---

(32) *Diritto romano*, cit., p. XVIII.

(33) *Ibidem, loc. cit.*

(34) L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, Padova, 1955, p. 187.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in obbedienza alla tradizione (o in contestazione di essa), ma è una certezza riposante sulla « struttura logica dello spirito » e sulla convinzione di una « intima affinità fondamentale » ([35]) fra presente e passato: un *escamotage*, mi sembra, più che un fondamento ermeneutico al di là della scepsi.

5. *L'apologia della dogmatica.*

Nessuna storiografia giuridica, come si è visto, è possibile senza una dogmatica che fornisca ad essa lo strumento concettuale necessario e sufficiente a connotare la giuridicità dei fenomeni presi in esame. D'altronde, la finalità singolare alla quale la dogmatica giuridica deve, nella proposta di Betti, piegarsi impone accomodamenti e distinzioni all'interno stesso della nozione, apparentemente unitaria, di dogmatica.

L'utilizzabilità storiografica della dogmatica, insomma, rimette sul tappeto la questione della storicità del dogma: ' dogma e storia ' (per non dire ' dogma contro storia '), ancora una volta, ma in un contesto (quello degli scritti bettiani di metodologia della storiografia) piuttosto anomalo. La storicità della dogmatica non era di regola discussa sul terreno eccentrico della metodologia della storiografia giuridica, ma veniva ragionata direttamente come tale: era (e sarebbe stato) il problema centrale della epistemologia giuridica, il capo delle tempeste delle principali prospettive teorico-giuridiche fra Ottocento e Novecento. Non può essere questo, ovviamente, l'oggetto sul quale orientare l'analisi in questa sede, se non nei limiti in cui il problema della storicità della dogmatica, della sua definizione, della sua legittimazione politico-giuridica, non poteva essere trascurato non dico dal Betti civilista o teorico dell'interpretazione, ma nemmeno dal Betti metodologo della storiografia giuridica. La tesi che richiedeva per la storiografia i servigi della dogmatica non poteva limitarsi a distinguere, all'interno della dogmatica, fra le parti di essa più o meno operativamente utilizzabili in sede storiografica, ma doveva pronunciarsi in qualche modo sulla dogmatica come tale.

([35]) *Diritto Romano*, cit., p. XIX.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Coerentemente con le premesse, Betti, nel processo che fra Ottocento e Novecento era stato intentato alla dogmatica da larghi settori della giurisprudenza teorica europea, prende partito a favore dell'uso dell'astrazione, della costruzione del sistema, della formulazione dei ' dogmi ' nella scienza del diritto; ma con un avvertimento fondamentale: il sì alla dogmatica non vuol dire un'abiura della fede storicistica. Il metodo dogmatico — dichiara Betti nella prolusione milanese — può degenerare negli abusi del formalismo e della cattiva astrazione, ma, di per sé, « se la dogmatica deve servire alla comprensione del fenomeno giuridico, è intuitivo che essa non può irrigidirsi in formole fisse, prive — per così dire — di sensibilità storica, ma deve anzi rispecchiare quel fenomeno nelle sue mutevoli configurazioni » (36).

Se dunque la storia giuridica chiede aiuto alla dogmatica per divenire leggibile, la dogmatica ha (o deve avere), non *per accidens* ma in obbedienza alla sua destinazione stessa, un preciso radicamento nella storia. « Che la elaborazione dogmatica, così intesa, sia un procedimento per sua natura antistorico, è tanto poco vero, che non c'è diritto positivo, per poco sviluppato che sia il quale possa farne del tutto a meno » (37). Il radicamento storico della dogmatica, dunque, non è rivendicato *contro* il concettualismo della scienza del diritto, ma a riprova della sua (storica) funzionalità e indispensabilità. In questo momento, il possibile iato fra ' storia ' e ' dogma ' è risolto in una felice coincidenza: il dogma non si situa adeguatamente nell'orizzonte della storicità solo a patto di dissolversi come ' dogma ', perdendo o riducendo lo spessore logico-sistematico che lo caratterizza, ma al contrario, è col mantenere la sua valenza generale e astratta che esso serve alla storicità del presente (così come decifra la storicità del passato): il ' dogma ' *è* la ' storia '. Quella certa tensione, non del tutto risolta, che caratterizzava il rapporto fra la ' mentalità giuridica odierna ' (in bilico fra i condizionamenti della storicità e le aspirazioni alla logica dello spirito) e i fenomeni giuridici del passato (esigenti la conservazione di una loro ' oggettiva ' consistenza storica e insieme la leggibilità ' al presente ' delle loro

(36) *Diritto romano e dogmatica odierna*, cit., p. 139.
(37) *Ibidem, loc. cit.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

forme giuridiche); la tensione insomma fra due distinte storicità messe in rapporto dalla concettualizzazione dogmatica scompare quando sono le esigenze della dogmatica e non più i compiti della storiografia a tenere il campo.

Si comprende allora, anche da questa semplice enunciazione, che la difesa che il Betti fa della dogmatica è la scelta di *una* dogmatica e insieme l'attribuzione ad essa di un determinato luogo politico-giuridico. Nel momento in cui Betti rifiuta le declamazioni anti-formalistiche di un De Francisci [38] riducendole a denunce, al più, di deviazioni del metodo dogmatico e non del suo funzionamento fisiologico, egli mostra di attribuire alla dogmatica un ruolo centrale nell'esperienza giuridica.

Se questo ruolo è, nella prolusione del '27, appena indicato, la celebrazione di esso è affidata ad un *opus magnum* degli anni Quaranta: l'*Interpretazione della legge e degli atti giuridici* [39]. Se si vuole, come la *Teoria generale dell'interpretazione* si costruisce a partire dalla tesi della storicità del soggetto e della sua centralità nel processo storiografico, così l'*Interpretazione della legge* può essere vista come lo sviluppo della tesi che, nella prolusione del '27, fa da reciproca della prima: lo scivolare del primato della contemporaneità nel primato della dogmatica.

Di quello che, nello scritto del '49, Betti osserva in proposito non posso ricordare che alcuni punti direttamente connessi col nostro problema:

a) innanzitutto la netta riconferma della funzionalità, e non della refrattarietà, della dogmatica alla storicità dell'esperienza giuridica. Ciò è dimostrato dalla reiterazione dell'ormai consolidata tesi bettiana sul tema 'dogma e storia' — la dogmatica, cioè, come condizione di possibilità della storiografia giuridica. Ciò che invece viene arricchito di analisi ulteriori è la tesi, complementare, che vuole la dogmatica al centro del processo di intellezione di quel contesto di esperienza, di cui la stessa dogmatica odierna è parte. La polemica con Gorla è in questo senso istruttiva: contro la svalutazione della dogmatica che Gorla sostiene a partire dalla distinzione crociana fra conoscenza dell'in-

---

[38] *Ibidem, loc. cit.*

[39] Milano, 1949.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dividuale e conoscenza tipologica e che lo porta a contrapporre dogmatica a interpretazione (40), Betti difende la dogmatica, ma, in un certo senso almeno, sullo stesso terreno di Gorla: difende, della dogmatica, per l'appunto la storicità, la sua funzionalità a cogliere, in termini sintetici, ma non evasivi, la realtà.

In sostanza, quello stesso giro di argomentazioni che Betti usa ora rivolgendosi ai difensori della storicità del presente contro il formalismo della dogmatica lo usava prima, *mutatis mutandis*, verso i difensori della storicità del passato contro le deformazioni (antistoriche) della dogmatica. Ed uguale è anche l'accorgimento suggerito: distinguere fra dogma e dogma, non usare la dogmatica come una massa inerte e compatta di schemi comunque adoperabili, ma scegliere i dogmi in funzione operativa: in vista del conoscere storico, da una parte, in vista della aderenza alla « realtà sociologica », alla « dinamica storica del diritto », dall'altra (41). Le esigenze della storicità non impongono di buttare a mare la dogmatica, ma semplicemente suggeriscono un certo uso della dogmatica.

b) La dogmatica che Betti auspica è quella resa possibile da una scienza giuridica che supera il formalismo nella misura in cui ritrova, *nel* sistema dei concetti giuridici, e quindi in rapporto all'apparato normativo, il nesso con ' valori ' e ' interessi ' socialmente condivisi. Si legga una pagina fra le tante dell'*Interpretazione della legge*: la valutazione degli interessi in conflitto, dei quali la legge vuole essere la composizione, è considerata un momento essenziale del processo di conoscenza (e di applicazione) di un determinato complesso di norme; gli interessi « sono entità sociali storicamente determinate, dalle quali non si deve prescindere », pur non essendo « decisive di per sé sole » (42). Non sono decisive perché l'ipotesi che il giudice, messo di fronte alla norma ambigua o contraddittoria assuma una posizione in qualche modo paragonabile a quella del legislatore, realizzando una composi-

---

(40) G. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941. Cfr. N. BOBBIO, *Teoria della scienza giuridica*, Torino, 1950; A. DE GENNARO, *Crocianesimo*, cit., p. 60 e *passim*.

(41) *Interpretazione della legge*, cit., p. 105.

(42) *Ibidem*, pp. 107-109.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione del conflitto relativamente indipendente, comunque non preparata cogentemente, dall'apparato concettuale della dogmatica è scartata recisamente dal Betti: la discrezionalità del giudice, la valutazione degli interessi, insomma le procedure interpretative rivolte a mantenere storicamente ' vigente ' l'apparato normativo, si legittimano se e solo se si compongono in una visione logicamente coerente dell'« ordine giuridico considerato nella sua organica totalità » ([43]).

Ancora una conferma dell'assunto, dunque: la tensione fra ' storia ' e ' dogma ' si compone in una sintesi raggiunta facendo centro sul secondo termine dell'opposizione. La dimensione ' storia ' della consolidata tradizione storicistica, certo, non scompare e si impone, per un verso, come fine di cui la dogmatica si fa strumento e, per un altro verso, come misura della bontà, della ' tenuta ' della dogmatica nella dimensione della contemporaneità. Sia nel primo che nel secondo caso, però, la dogmatica è il punto di riferimento centrale: se si vuol drammatizzare la logica interna alla nostra aporia è il ' dogma ' che si organizza per ospitare (ma anche per contenere) gli urti della ' storia ' e non la ' storia ' che fa irruzione nel recinto del ' dogma ' spezzandone le caratteristiche costitutive.

6. *Lo ' storicismo dommatico ' di Betti e la ' crisi del diritto romano '.*

Se usciamo, paghi di questi rapidi cenni, dai problemi dell'ermeneutica giuridica e torniamo nel più familiare e tranquillo alveo della metodologia storico-giuridica, è necessario preliminarmente richiamare l'attenzione sul fatto che un'imponente e relativamente recente elaborazione dogmatica costruita sulle fonti romanistiche era nata in terreno tedesco e (con un passaggio ancora tutto da analizzare storiograficamente) aveva interessato da vicino la giurisprudenza italiana: mi riferisco, ovviamente, alla pandettistica. Questa, se rappresentava una versione della scienza giuridica come tale, assai più che della ricerca storico-

([43]) *Ibidem*, p. 112.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giuridica *stricto sensu*, non poteva non interessare da vicino il romanista post-pandettista, non solo o non tanto per l'identità delle fonti utilizzate, ma perché la pandettistica rischiava pur sempre di rappresentare emblematicamente l'esempio, fin troppo vicino e ingombrante, di un approccio dogmatico al diritto romano: dove ' dogmatico ' deve leggersi in contrapposizione a ' storico '.

Raggiungiamo così il vero e proprio terreno nel quale germinò e prosperò l'aporia con la quale Betti (e attraverso Betti la riflessione metodologica nell'ambito delle discipline storico-giuridiche) avrebbe dovuto misurarsi: la cosidetta ' crisi del diritto romano ', una nebulosa vagante sulla romanistica per più di un ventennio (e non so quanto sopita o trasformata oltre il periodo della sua più visibile fortuna).

Quando scatta la consapevolezza della ' crisi ' e quali sono, per la romanistica coeva, i suoi termini costitutivi? Quando la posizione dominante che la pandettistica era riuscita a conquistare al diritto romano nell'ambito delle scienze giuridiche viene (o si crede che venga) seriamente compromessa da quell'approccio filologico-interpolazionistico che sembra strappare dal ' presente ' del giurista quelle fonti che la pandettistica aveva disinvoltamente usato in vista di una costruzione dogmatica ' attuale '. Se nel primo caso i testi romanistici venivano usati in funzione della elaborazione giuridico-dogmatica, nel secondo caso si studia il diritto romano in funzione dell'analisi storico-filologica delle fonti: ' storia ' contro ' dogma '. La romanistica post-pandettistica e post-interpolazionistica è perfettamente racchiusa nell'aporia che la prolusione bettiana enunciava nel momento in cui ne proponeva la nota soluzione: vi è racchiusa, s'intende, avuto riguardo al momento di consapevolezza metodologica che essa esprime; né sarebbe d'altronde possibile, in questa sede, manifestare un qualsiasi parere sul volto che la romanistica assumeva nel suo quotidiano lavoro di analisi storiografiche determinate, al di là del dibattito metodologico che aveva in essa il suo epicentro, ma che andava anche oltre di essa.

Basti per il momento richiamare l'attenzione sui seguenti punti della presa di posizione bettiana:

a) la crisi d'identità della romanistica è còlta dal Betti degli anni venti in quegli elementi costitutivi che saranno costante-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente richiamati dalla maggioranza dei romanisti intervenuti nel dibattito.

b) La ' crisi ' è, più che individuata in negativo, risolta in positivo, definendo senza reticenza l'oggetto, il fine, gli strumenti della romanistica e in genere della ricerca storico-giuridica.

c) La coppia opposizionale ' dogma ' / ' storia ' è la trasformazione o sublimazione teorica della storiografia giuridica (romanistica) schematizzata in due tappe essenziali e contrapposte (la pandettistica e la critica interpolazionistica), delle quali nessuna deve esser data per definitivamente perduta e irrecuperabile. La ben nota aporia, quindi, non era soltanto il frutto di un'*impasse* teorica non facilmente superabile per i soli motivi della sua impostazione logica, ma rappresentava in qualche modo due ' anime ' della ricerca storico-giuridica, nessuna delle quali era disinvoltamente eliminabile, mentre entrambi presentavano cospicue resistenze ad una sintesi soddisfacente.

Il problema di Betti, perciò, nel momento stesso in cui egli optava per una storia giuridica condotta a partire da un prevalente punto di vista dogmatico, stava nella necessità non soltanto di indicare di quale dogmatica egli intendesse parlare (e abbiamo visto in che direzione egli pensasse di far combaciare dogmatica e storicità ' al presente '), ma anche di chiarire il rapporto di questa ' nuova ' dogmatica in funzione storica con quella ' vecchia ' dogmatica che era la pandettistica.

Come il problema fosse delicato per la prospettiva bettiana è provato indirettamente dalle accuse di ' neo-pandettismo ' che gli venivano rivolte (44): non del tutto fondatamente, si direbbe, se si pensa alla reiterata, convinta dichiarazione di fedeltà alle intenzioni di uno storicismo che non rimanesse accampato fuori dalla cittadella della dogmatica, ma in qualche modo piegasse questa alle sue esigenze. Né d'altronde le preoccupazioni storicistiche erano solo il frutto di una scelta teorica, ma rappresentavano semmai la consacrazione filosofica di un tipo di lavoro storiografico che aveva caratterizzato tutta una fase della ricerca romanistica: il metodo critico-storico — avverte Betti — è « di

(44) Ad esempio da B. BIONDI, *Prospettive romanistiche* (1931-32), ora in *Scritti giuridici*, I, *Diritto romano, Problemi generali*, Milano, 1965, p. 231.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un'assoluta necessità per la valutazione dei testi » e « indiscussa del pari è la necessità di un'analisi critica in grande scala, sorretta dai criteri dell'indagine interpolazionistica » (45). Il primato della dogmatica nella ricerca storico-giuridica, quindi, è tanto poco una pandettistica aggiornata (ovvero un uso immediatamente attualizzante delle fonti romanistiche schiacciate indiscriminatamente sullo stato presente della giurisprudenza teorica) che di esso è possibile celebrare i fasti solo dopo un'accertamento preventivo e filologicamente attendibile dei testi.

La pandettistica, anzi, a forzare le tinte, è il contrario di quello che Betti vuole proporre al romanista odierno, se non su un punto (se si vuole, decisivo): l'esaltazione del momento *giuridico* nel processo di ricognizione delle fonti, e precisamente del momento giuridico-sistematico, della *costruzione* giuridica. La pandettistica rappresenta così non un modello riproponibile di romanistica, ma un'anima non soffocabile di quella, la garanzia dell'immissione a pieno titolo della romanistica nel solenne edificio della giurisprudenza. Non sarà più la presunta attualità del diritto romano destoricizzato e reso inavvertitamente ' contemporaneo ' a garantire la fecondità giuridica dello studio del diritto romano, ma sarà la capacità analitica e sintetica del metodo giuridico-dogmatico come tale a rendere la romanistica istruttiva per il giurista. La storicizzazione delle fonti, lungi da porsi come possibile alternativa all'esercizio dogmatico su di esse, è il presupposto stesso della ' costruzione ': è l'approntamento dei materiali dei quali la dogmatica odierna darà la sintesi e la ' messa in forma '.

Da ciò consegue che

a) la proposta bettiana si offre come sintesi dei due periodi (cioè dei due ' tipi ideali ') della romanistica europea, ma realizza la sintesi gerarchizzando, per così dire, i due livelli della ricerca, usando della ' storia ' come materia per il ' dogma ', assai più che del ' dogma ' come schema di decifrazione della realtà trascorsa. Certo, la circolarità del processo è ermeneuticamente fondata: il dogma è usato in funzione operativa, ma dall'operazione si attende non tanto (o non soltanto) l'illuminazione del dato

(45) *Diritto romano*, cit., p. XI.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

come tale, ma l'arricchimento, attraverso il dato, dell'apparato concettuale usato in partenza: la sintesi si compie a partire dal nucleo giuridico-dogmatico e si concentra su di esso.

b) Un siffatto regime di distinzione fra ' storia ' e ' dogma ', fra filologia e dogmatica implica comprensibilmente non soltanto, come abbiamo visto, una certa dogmatica, ma anche una certa immagine di storia e di filologia. Betti, per quel che mi consta, è reticente sul punto e si limita a contenere i possibili effetti dirompenti di una storicizzazione non guidata da convinzioni previe, ancorché inespresse, sui limiti che essa deve rispettare, attraverso l'esaltazione del momento giuridico-dogmatico dell'interpretazione storiografica. È però sostenibile, mi sembra, l'ipotesi che dietro alla ' storia ' della nostra ben nota coppia opposizionale rivivesse in sostanza quella particolare immagine (e pratica) di filologia che va sotto il nome di critica interpolazionistica: una filologia, come è stato acutamente rilevato ([46]), tutt'altro che alternativa alle ragioni del ' metodo giuridico ', ma spesso disponibile collaboratrice di quest'ultimo.

c) In definitiva, che il discorso bettiano porti al rifiuto della pandettistica come tale, o al riconoscimento del carattere necessario (anche se propedeutico) della ricerca storico-critica, l'elemento di coesione e di sintesi è dato pur sempre dall'enfatizzazione della *ragione giuridica*: e non nel senso, banalmente tautologico, che lo storico del diritto debba comunque, per definizione, occuparsi di diritto, pensare, sistemare l'oggetto intenzionale delle sua ricerca in termini giuridici; ma nel senso, meno immediato, che la legittimazione della storia del diritto inizia e finisce con l'evidenziazione di nessi giuridico-concettuali della cui progressiva, indeterminata esplicitazione la storia, la comparatistica, ogni altra branca del sapere giuridico deve essere strumento.

7. *Il giuricentrismo di Betti.*

Il nucleo resistente e vitale della pandettistica come della critica interpolazionistica, del diritto romano come del diritto contemporaneo, sta per Betti nella possibilità di offrire contributi,

([46]) E. PARESCE, *Dogmatica e storia*, cit., *loc. cit.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

oltre le specializzazioni disciplinari e le diversità anche radicali delle varie contestualità storiche, alla costruzione di un mondo ideale giuridicamente ordinato, ordinato *in quanto* giuridico.

È un tema, questo, che esce di nuovo dai limiti della discussione metodologica interna alla storia del diritto, senza però che nel passaggio dal tema metodologico alla fondazione teorica dello stesso vi sia soluzione di continuità. In questo caso, anzi, ciò che leggiamo al proposito nella *Interpretazione della legge* (47) non è tanto la sublimazione filosofica e generalizzante di una impostazione settoriale del problema quanto il venir fuori di un flusso di pensiero già circolante negli scritti ' metodologici ' e qui, finalmente, tematizzato.

Il luogo designato alla esplicitazione di un siffatto contenuto di pensiero è offerto, nella *Interpretazione della legge*, dalla discussione sui princìpi generali dell'ordinamento (48): problema delicato, proprio perché una determinata concezione di essi, del modo di definirli, di stabilire la loro funzione nel quadro dell'interpretazione giuridica, condizionava innanzitutto la fisionomia della dogmatica prefigurata ed apriva poi il problema dei soggetti deputati alla loro interpretazione.

Sul primo aspetto la conclusione di Betti è netta e consona alla impostazione non formalistica della sua dogmatica: « ... i princìpi generali di diritto sono da concepire non già come il risultato, ricavato a posteriori, di un arido procedimento di successive astrazioni e generalizzazioni, ma come somme valutazioni normative, princìpi e criteri di valutazione costituenti il fondamento dell'ordine giuridico e aventi una funzione genetica rispetto alle singole norme » (49). I princìpi generali di diritto rappresentano dunque il momento di sutura fra un sistema dogmatico-giuridico saldamente costruito in vista della conoscenza rigorosa di un apparato di norme e un insieme di valori e di interessi non necessariamente e non sempre collimanti col primo; rappresentano la mediazione fra una statica giuridica e una dinamica sociale che, anziché restare potenzialmente giuridica o antigiuridica, rie-

(47) *Interpretazione della legge*, cit., pp. 324 ss.
(48) *Ibidem*, pp. 310 ss.
(49) *Ibidem*, p. 317.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sce, proprio attraverso il gioco dei princìpi generali, a trovare un varco nel sistema dei dogmi, una espressione anch'essa giuridicamente rilevante.

Proprio per questa delicata posizione di confine fra la dogmatica e la politica giuridica, il problema dei princìpi generali, avverte Betti, sta dentro la cornice tematica del rapporto fra società e Stato: « l'esigenza di risalire dalle norme positive alla loro viva fonte ... ripropone l'arduo problema dei rapporti che intercedono fra società e Stato, quanto alla produzione del diritto (50) ». In altri termini, i princìpi generali intervengono sul momento più delicato della dinamica giuridica, esprimendo in qualche modo un momento di crisi o comunque di insufficienza della dogmatica: nel momento stesso in cui esprimono questa carenza, essi operano per colmare il vuoto di storicità che, in quell'occasione, la dogmatica come tale poteva presentare. In altri termini ancora, e più esplicitamente: quando la ragione giuridica poteva dimostrare la sua impotenza e la politica imporre le sue ragioni, la prima viene agganciata al carro della seconda, ma solo attraverso il giuridicizzarsi di questa.

La consueta divisione e collaborazione dei ruoli fra storicità e ' dogmaticità ' dei concetti giuridici che caratterizza il Betti metodologo della storiografia si ritrova perfettamente ripetuta nel Betti teorico della giurisprudenza. La ragione giuridica allunga le sue ombre fino al terreno non più formalisticamente definibile, ma già schiettamente valutativo e propulsivo (politico) dei princìpi generali; questi però operano pur sempre all'interno del sistema giuridico consolidato o rifluiscono comunque su di quello. Scambio delle parti, dunque, circolarità ininterrotta fra i due piani? Direi invece che in questo caso la valvola di chiusura c'è, e molto più chiaramente operante di quello che era dato constatare fino a che gli elementi del processo circolare erano i termini dell'opposizione ' dogma ' / ' storia ': la valvola di chiusura è la *giurisprudenza*, « intesa nel senso più lato di giurisprudenza così teorica (scienza giuridica) come pratica » (51).

---

(50) *Ibidem*, p. 319.
(51) *Ibidem*, p. 323.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ecco finalmente, dopo un solenne e sapiente teatro di concetti, presentato durante lunghe rappresentazioni metodologiche, un concetto, la giurisprudenza, che non è più solo, per così dire, un concetto di un concetto, ma il concetto di un soggetto, di un gruppo sociale determinato: dietro la giurisprudenza non si possono non vedere i giuristi, il ceto dei giuristi.

La giurisprudenza interviene così nel momento chiave del gioco dialettico dei concetti bettiani, nel momento in qualche modo fondante di esso: quando cioè la circolarità fra ' dogma ' e ' storia ', fra ' dogma ' e ' interesse ', fra sistema dogmatico e politica del diritto, quindi fra società e Stato (e si vede come questi passaggi costituiscono la scansioni logiche principali del discorso bettiano) rischiava di girare a vuoto se non trovava un sostegno insieme interno ed esterno ad esso.

Innanzitutto, la scoperta della giurisprudenza come valvola di sicurezza della dogmatica viene condotta a partire da una domanda interna a quest'ultima: chi abbia cioè la « competenza a identificare i princìpi generali di diritto », come suona appunto un capitolo della *Interpretazione della legge* ([52]) — e d'altronde i princìpi generali del diritto sono pur sempre elemento *del* sistema giuridico. Nello stesso tempo, però, la tesi bettiana che vede il giurista responsabile dell'individuazione dei princìpi generali attribuisce al giurista il compito di esprimere i valori della ' coscienza sociale ', di essere « organo della coscienza sociale » ([53]), di porsi quindi in qualche modo fuori del sistema giuridico (dalla sua ' statica ') e di investirlo delle aspettative e delle dottrine che egli coglie in un ambiente sociale che non aspetta altro che la mediazione del giurista per farsi esso pure giuridico.

A questo punto, la giurisprudenza, il giurista, compare come un vero *deus ex machina* delle aspirazioni teorico-giuridiche bettiane: il giurista è, in quanto tale e solo in quanto tale, il costruttore e l'aggiustatore di un meccanismo che egli mantiene funzionante trasformandolo, adattandolo alla dinamica sociale e insieme adattando questa alla misura di quello. Il ruolo fondante della giurisprudenza diviene così il protagonista vero, ancorché occulto,

([52]) *Ibidem*, p. 318.
([53]) *Ibidem*, p. 323.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

delle impostazioni metodologiche bettiane finora incontrate. Ripercorriamo rapidamente quel sillogismo nel quale si era compendiato l'approccio bettiano alla metodologia della storiografia giuridica — il soggetto è storicamente condizionato, non può evadere dalla propria contemporaneità; ma non si conosce l'oggetto della ricerca storiografica senza una adeguata concettualizzazione; *ergo* lo storico del diritto non può non usare gli strumenti concettuali della dogmatica odierna; rileggiamolo e ci accorgeremo di un piccolo salto nella deduzione: dalla storicità del soggetto, dalla necessaria concettualizzazione dell'oggetto della storiografia, consegue che *quel* soggetto sia il *giurista* e *quella* concettualizzazione sia la *dogmatica* solo se si dà per presupposto (indefinito) una nozione e una funzione univoca di giurista e di giurisprudenza (e quindi di dogmatica e di storia giuridica). Di nuovo, il presupposto tacito che la storia *giuridica* non sia che la storia che del *diritto* fanno i *giuristi* non è una apparente tautologia ma la scelta di *un* ruolo per la storia del diritto, per la dogmatica e soprattutto per la giurisprudenza (e per il suo ' produttore ', il giurista): la giurisprudenza come centro e sintesi dell'equilibrio sociale.

Veniamo così a un aspetto diverso, ma strettamente complementare al precedente: non solo la giurisprudenza (una certa definizione di essa) è il termine medio fra presente e passato, fra ' dogma ' e ' storia ', ma costituisce anche il punto di incontro fra diritto e politica, fra società e Stato. La giurisprudenza si fa anche politica del diritto, impone *una* politica del diritto: lontana dal « soggettivismo personale, che in tema di valori etici è assai più prossimo che in tema di categorie logiche » ([54]); e soprattutto capace di raggiungere, « dato l'ineliminabile contrasto fra tendenze conservatrici e tendenze evolutive, che si agitano nell'orbita di ogni società ... un giusto equilibrio storico dell'una con l'altra » ([55]).

Questa opera di schietta mediazione politica, improbabile meta del singolo operatore, diviene un obiettivo raggiungibile da una collettività nella quale « i singoli sono da tenere in conto non

([54]) *Ibidem*, p. 328.
([55]) *Ibidem*, *loc. cit.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

già quali atomi sradicati dall'humus sociale, bensì quali membri della comunione di cui fanno parte » ([56]): è così che la giurisprudenza, organo della coscienza sociale, si radica in una storicità che, se la fonda ' storicamente ', dà ad essa, insieme, il ruolo di interpretarla sulla propria esclusiva unità di misura.

8. *Oltre la pandettistica: la opzione ' anti-individualistica '.*

Una così complessa orchestrazione del ruolo della giurisprudenza, la sua stessa posizione di confine, e quindi la sua funzione di sutura, fra la storiografia giuridica da una parte e la politica del diritto, dall'altra, dà alla immagine bettiana della dogmatica uno spessore singolare, attraverso la compresenza di diverse assonanze e suggestioni.

È operante in essa, anche se dissimulata ' nelle cose stesse ', quella che potrei chiamare un'*ideologia di ceto*: l'enfatizzazione del ruolo del giurista (e segnatamente dei suoi prodotti ' teorici '), la attribuzione al giurista di un compito (direi protagonistico-carismatico) di realizzazione dell'equilibrio sociale, per un verso, e di percezione dei valori alti e perenni, per un altro verso.

La dimostrazione dell'unità interna e della provvidenzialità storica del ceto dei giuristi, d'altronde, è svolta appoggiandosi ad un classico ' precedente ', raggiunto risalendo a ritroso la tradizione delle discipline storico-giuridiche: Savigny, Puchta, riletti (credo legittimamente) ([57]) a sostegno della tesi del nesso immediato fra giurista e ' coscienza sociale ' ma, insieme, utilizzati per introdurre un quadro di riferimento (« la comune spiritualità che ha le sue radici in ogni società nazionale storicamente data », la « coscienza sociale del tempo » ([58])), che, se costituisce un patri-

---

([56]) *Ibidem*, p. 323.

([57]) Cfr. W. WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milano, 1974; A. MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*, Napoli, 1976; M. BRETONE, *Tradizione e unificazione giuridica in Savigny*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », VI, 1976, pp. 187 ss.; M. BRUTTI, *L'intuizione della proprietà nel sistema di Savigny*, in « Quaderni fiorentini », 5/6, 1976-77, pp. 52 ss.

([58]) *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 322-23.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

monio per così dire interno alla storiografia giuridica, acquista anche, per Betti, un significato ulteriore: quello cioè di un varco aperto a considerazioni schiettamente politiche (e politico-giuridiche).

Si ricordi il risentito rifiuto che Betti opponeva a chi etichettava la sua proposta metodologica come ' neo-pandettistica ': la continuità con la pandettistica poteva esservi, ma solo *secundum quid*. Era il privilegiamento del momento giuridico su altri aspetti possibili della ricerca storico-giuridica la lezione che dalla pandettistica (ma, prima ancora, da Savigny) doveva, per Betti, giungere fino a noi; era l'esigenza della ' costruzione ' giuridica (ma non di *quella* costruzione che la pandettistica aveva eretto); era insomma, di nuovo, il primato della giurisprudenza. Non era invece il contenuto della pandettistica che il giurista moderno poteva acriticamente rendere attuale: non solo l'uso storicamente disinvolto che la pandettistica faceva delle fonti, ma nemmeno il suo quadro ideologico di riferimento, le scelte ' individualistiche ', i capisaldi di certo ' liberalismo giuridico ' ottocentesco.

Solo tenendo conto di questo aspetto (quantitativamente minore, ma storicamente non irrilevante) della produzione bettiana, la sua distanza dalla pandettistica appare per quello che fu: non solo una scelta metodologica, ma anche una scelta ideologica. In altri termini, la dogmatica che Betti difendeva era, come si è visto, una certa dogmatica: refrattaria ad una definizione puramente formalistica delle proprie procedure, essa ambiva a inserire la dinamica sociale (non immemore delle suggestioni della *Interessenjurisprudenz*) nel proprio campo di osservazione, controllandone le possibili spinte ' disgregative ' e sussumendola sotto le proprie categorie. Era precisamente questo il varco attraverso il quale Betti poteva proporre la ' sua ' dogmatica a partire dalla ' sua ' politica.

L'ideologia politica che Betti poteva indicare a sostegno della sua dogmatica (e che rimase sostanzialmente immutata nonostante gli sconvolgimenti della storia italiana tra gli anni trenta e gli anni cinquanta) partecipava di un'ispirazione genericamente anti-individualistica e anti-liberale ed era consegnata non a saggi organici e impegnativi, bensì a scritti occasionali (conferenze, note,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

recensioni), ma non per questo meno indicativi della posizione ideologica del nostro autore ([59]).

Si legga la recensione a un volume del Ripert ([60]): le idee proposte in contrapposizione al ' conservatorismo ' (per Betti) dell'autore francese vanno dalla esigenza di riconoscere alla proprietà privata una ' funzione sociale ' alla necessità di andare oltre alla conflittualità imposta dal capitalismo concorrenziale rivitilizzando qualche forma di collaborazione fra imprenditore e lavoratori nell'impresa ([61]), al rifiuto dello ' spirito capitalistico ', della ' potenza del denaro '. Sono temi, come si vede, familiari a chiunque abbia scorso anche sommariamente la pubblicistica corporativistica, soprattutto dove essa si dimostrava più sensibile alle esigenze dell'equidistanza fra liberalismo e comunismo, alla retorica della ' terza via ', alla ideologia dell'uomo-produttore ecc. Nessuno di questi temi, in Betti, acquista l'organicità di una trattazione autonoma, ma tutti insieme concorrono a precisare l'immagine di ' solidarietà ', di ' socialità ', di ' coscienza sociale ' che costituisce l'altro versante della sua dogmatica e insieme il punto sul quale prendere le distanze dal liberalismo così come dalla dogmatica più congruente con i suoi postulati ' classici '.

Il liberalismo, per Betti, appare insostenibile proprio per la sua incapacità di risolvere, al suo interno, quella che Betti chiama « la questione sociale » ([62]): di per sé, allo stato puro, il « demo-

---

([59]) Cfr., fra i pronunciamenti più espliciti, il testo (inedito) della lezione su *Die faschistische Staatsidee* tenuta, nel 1938, in alcune università tedesche. Informazioni al proposito (così come cenni di piccole disavventure burocratiche con organi del regime) si leggono in *Per la nostra propaganda culturale all'estero*, in *Studi in onore di G. Pacchioni*, Milano, 1939, pp. 1 ss.

([60]) *Aspect juridiques du capitalisme moderne*, Paris, 1946.

([61]) L'opinione del Betti è che « proprio durante la guerra e in periodo di occupazione tedesca sia penetrato nella scienza giuridica francese, attraverso i menzionati provvedimenti in materia di rapporti di lavoro, un soffio di socialità, che ha spazzato via molta polvere dall'orientamento tradizionalista e conservatore, scuotendo sterili pregiudizi libertari e vuoti astrattismi formalistici, così da avvicinare la giurisprudenza alla vita e alla sua inesauribile problematica ». (*Prospettive dell'indagine civilistica*, in « Nuova rivista di diritto commerciale », III, 1950, pp. 7-8).

([62]) *La dichiarazione 10 dicembre 1948 dei ' diritti dell'uomo '*, in « Nuova rivista di diritto commerciale », V, 1952, pp. 51-52.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cratismo » non può offrire « soluzioni della questione sociale » (63), né d'altronde il liberalismo può assurgere a espressione egemonica della coscienza morale e politica moderna (64). D'altra parte, il postulato individualistico del liberalismo può generare una dogmatica coerente, ma ricusabile proprio per la valenza politico-ideologica dell'assioma da cui essa discende. Ed è appunto proprio il nesso fra privilegiamento dell'individuo, dogma della volontà e conseguente impostazione del problema del negozio giuridico che Betti rimprovera alla pandettistica (65) come ad una più recente teoria del negozio giuridico (66): un rimprovero quanto mai istruttivo, perché mostra la consapevolezza che Betti ha del rapporto fra il quadro ideologico di riferimento e la soluzione

---

(63) *Ibidem*, p. 52.

(64) *A proposito dell'evoluzione del liberalismo vista da un liberale*, in « Nuova rivista di diritto commerciale », II, 1949, pp. 147 ss. Anche più duramente Betti si esprime contro ciò che Croce veniva affermando sul rapporto fra resistenza al fascismo e ripresa della « virtù della libertà »: « ... il Croce si dette ad accreditare fra noi, con l'autorità del suo nome, il mito della ' liberazione ', insinuato per comodità di propaganda dalle radio nemiche ... Codesta singolare giustificazione della disfatta era naturalmente accompagnata, nel Croce, da atteggiamenti personali inequivocabili di cieca intolleranza ». Alla ' faziosità ' di Croce veniva contrapposta l'equanimità di Carnelutti che « ci ha parlato dell'amor di patria del vecchio soldato », « dell'amore della nazione », senza condividere il « sottile sofisma e il tragico errore di miopia e di superbia, che sta alla base di una concezione individualistica e atomistica, come quella propugnata dal Croce e dai liberali suoi seguaci » (*Recenti reazioni liberali contro il pensiero di Hegel (per una critica della critica)*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, Padova, 1950, pp. 49-51).

(65) « Solo mercè un'impostazione dogmatica ... l'edificio dei pandettisti ... cesserà di sbarrarci la via quasi troncone indigerito e, messo nella luce che gli conviene, potrà considerarsi un ' momento ' davvero assorbito e superato nella ininterrotta catena di pensiero che, attraverso il diritto comune, ricongiunge noi giuristi moderni ai romani. Solo così, penso, di fronte al manuale di pandette del Windschied — questa costruzione frigida e razionale, prodotto dell'individualismo del secolo XIX, che sotto così falsa luce fa oggi apparire il diritto romano in Germania — si cesserà di credere che una ' parte generale ' non possa costruirsi se non imperniata sul ' dogma della volontà ' ... » (*Diritto romano*, cit., pp. XXV-XXVI).

(66) *Il negozio giuridico in una pubblicazione recente*, in « Giurisprudenza italiana », XCIX, 1947, parte IV, pp. 137 ss.; si tratta di una recensione a G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1946.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dogmatica dell'uno o dell'altro problema giuridico e perché conferma la connessione che Betti instaura fra la propria rappresentazione non formalistica della dogmatica e la ideologia anti-individualistica, solidaristica, in una parola, corporativistica (almeno nella sua origine e nelle sue inflessioni principali).

Da una siffatta connessione fra politica e giurisprudenza non si deduca però, in nessun modo, una qualche sottomissione immediata della seconda alla prima o una deduzione meccanica dell'una dall'altra. La giurisprudenza rimane la grandezza teoricamente e socialmente principale nella proposta bettiana, mentre il quadro di riferimento ideologico costituisce, direi, non l'essenza, ma l'accidente della giurisprudenza, non la legittimazione del suo esserci, ma del suo modo di funzionare, del suo assumere un campo d'intervento più o meno dilatato o ristretto.

Ed ecco quindi che riaffiora l'esigenza di difendere la ragione giuridica contro la ragione politica, proprio là dove, di fronte al problema dell'opportunità di giungere, da parte del legislatore fascista, alla codificazione dei princìpi generali di diritto, la possibilità di una prevalenza immediata della seconda sulla prima poteva farsi prossima e far crollare, insieme alla certezza del diritto, quella autonomia della giurisprudenza dalla quale il discorso bettiano non poteva prescindere ([67]).

In realtà, il punto di riferimento ideologico-politico complica singolarmente la rappresentazione bettiana della dogmatica (e quindi la soluzione bettiana del rapporto ' dogma-storia ') ma non al punto di oscurare la centralità della giurisprudenza. Se si amassero le simmetrie, si potrebbe sostenere che, come la storiografia giuridica si situa nella dialettica fra ricognizione del passato e riconversione del passato nell'attualità della dogmatica odierna, così la dogmatica vive nello scambio fra concettualizzazione compatta, senza lacune, del dato normativo e registrazione, sensibile ma strumentale all'equilibrio del sistema, degli ' interessi sociali ' e dei ' valori '. Al centro di queste due dimensioni potenzialmente eterogenee sta la giurisprudenza: e il senso principale della proposta bettiana sta appunto nell'attribuire a quella il ruolo di

([67]) *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in « Rivista di diritto commerciale », XXXVIII, 1940, pp. 217 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esprimere, in una sintesi tanto ambiziosa quanto problematica, l' ' unità nella distinzione ' di passato e presente, di ' dogma ' e ' storia ', di sistematica giuridica e di politica del diritto.

9. *La giurisprudenza come tradizione.*

La catena argomentativa di cui ho tentato fino a qui una ricostruzione tematica è, a ben guardare, appesa tutta a uno dei capisaldi storicistici bettiani: ammessa la storicità del soggetto, Betti trae le conseguenze e sistema su questo asse del discorso i rapporti fra dogmatica e storiografia, fra dogmatica e storicità del presente. D'altronde, che la storicità del soggetto non volesse essere, nella proposta bettiana, uno strumento di dissoluzione della storicità dell'oggetto, ma anzi un momento di più compiuta conoscenza di esso, in seno ad una opzione storicistica mai abbandonata risultava già evidente dal ruolo che Betti assegnava alla critica interpolazionistica: e se poi l'argomentazione bettiana nel suo complesso sembra aver trovato il suo punto di equilibrio nella giurisprudenza (nel senso e con la funzione poco sopra indicati), tuttavia almeno l'obiettivo immediato della proposta del nostro giurista consiste nella ricostruzione dell'oggetto della storiografia giuridica.

Ora, questo oggetto — il diritto romano — appare curiosamente sdoppiato: da una parte, il diritto romano ' pensato ' dai giuristi romani, la dogmatica del passato; dall'altra parte, il diritto ' vissuto ', « i rapporti giuridici concreti » (68). Questa distinzione, di per sé legittima ed euristicamente utile, viene enfatizzata dal nostro giurista fino a dare ai due aspetti dell'esperienza giuridica romana un peso storiografico diverso: « l'opera di creazione e di applicazione del diritto ... ha per noi ben altro interesse e valore che l'opera di pura sistemazione dottrinale. Diritto positivo romano è la prima soltanto. La seconda, al contrario, non è che una sovrastruttura, che più essere indice pregevole della prima, ma che non è legata ad essa da alcun nesso logico necessario, per quanto intrecciata possa trovarsi con essa » (69).

(68) *Diritto romano e dogmatica odierna*, cit., p. 134.
(69) *Ibidem*, cit., p. 137.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È facile rintracciare alcuni motivi che diano conto della singolare rigidità di questa dicotomia bettiana. Innanzitutto, mi sembra trasparente l'esigenza, soprattutto polemica, di dimostrare, a riprova della insostituibilità della dogmatica odierna, la insufficienza della dogmatica antica: insufficiente perché reticente circa i presupposti taciti del suo funzionamento (evidenti ai contemporanei e perciò inespressi) e insoddisfacente perché, in fondo, vige già per il Betti della prolusione del '27 la nota regola per cui l'interprete intende l'autore meglio di quanto l'autore non intenda se stesso. In secondo luogo, la dogmatica antica non è uno *strumento* di comprensione del diritto romano (positivo) perché è essa stessa *oggetto* dell'interpretazione storiografica: è un dato da decifrare e non una certezza già disponibile per lo storico.

Da questi spunti, innegabilmente chiarificanti per la discussione del problema metodologico in questione, Betti deduce una prima conseguenza: la libertà dell'interprete di formulare valutazioni e previsioni normative che, se anche inespresse, risultano però consone al sistema del diritto positivo romano ([70]), salvo il divieto del procedimento analogico: « poco importa ... che i giuristi romani non abbiano mai adoperato il nome che a noi vien fatto di usare in conspetto di certi fenomeni, o che non abbiano mai formulato certi concetti, ... L'essenziale è che nel diritto positivo romano-classico ci sia la cosa: vale a dire il fatto, il rapporto l'istituto, di cui noi non possiamo veramente approfondire e spiegare a noi stessi l'essenza se non mercé quei concetti e quei nomi che la stessa nostra mentalità ci suggerisce » ([71]).

È comprensibile che non pochi strali venissero rivolti, nel corso della polemica occasionata dalla prolusione milanese, proprio a questa apparentemente eccessiva attribuzione di libertà ermeneutica. In effetti, non si trattava, per Betti, di perpetrare atti di antistorica violenza sull'oggetto della scienza storico-giuridica, ma al contrario di rendere quest'oggetto finalmente comprensibile.

Sappiamo come, e perché, la ' dogmatica odierna ' sia per il nostro giurista, lo schema obbligato per la comprensione delle fonti storiografiche. L'obbligatorietà dello schema dipende, come

([70]) *Ibidem*, p. 58.
([71]) *Ibidem, loc. cit.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

è noto, dalla storicità del soggetto, ma come quello schema funzioni a contatto con l'oggetto e miri a conservarne la storicità risulta chiaro, paradossalmente, proprio a partire da quella bizzarra dichiarazione di libera manipolabilità dell'oggetto stesso da parte dell'interprete-giurista. L'uso in sede storiografica della dogmatica odierna, la libertà nella ricostruzione dell'oggetto reggono su questo presupposto: « ... un diritto positivo diverso dal nostro non si può dire veramente conosciuto se non in quanto le nostre categorie giuridiche vi abbiano trovato un terreno ad esse predisposto per sua intima esigenza e perciò vi si dimostrino immanenti: esse non debbono imporvisi dal di fuori, ma svilupparsene dal di dentro, naturalmente » ([72]). Non importa che nelle fonti romane sia reperibile il nome del concetto dogmatico odierno: non perché, per Betti, possa svilupparsi una comparazione fra linguaggi, aprirsi un problema di traducibilità dell'uno nell'altro, ma perché egli ritiene che il concetto odierno non già ordini operativamente i dati, ma colga, di quei dati, l'essenza, la struttura intima.

La dogmatica odierna, dunque, non è una griglia di lettura, o uno schema operazionale, ma la via di accesso alla cosa, all'ordine immanente ad essa. Ancora una volta si impone il nome di Savigny (e Betti non manca di richiamarlo); la sistematica in funzione storica, la necessità di coniugare la storia come sistematica, è, in qualche modo, un ritorno a Savigny: a un Savigny, certo, non riprodotto come tale, ma riproposto in un suo senso peculiare, che qui suona, di nuovo, come invito al superamento dell'antitesi ' dogma/storia ', ma, specificamente, anche come indicazione di un fondamento non logico-operativo, ma (metafisicamente) ' realistico ' della funzione ermeneutica della dogmatica ([73]).

([72]) *Diritto romano*, cit., p. XXII.

([73]) « Per gl'interpreti della legge vale ancor oggi l'insegnamento che il grande Savigny inculcava circa l'elaborazione storica che è compito della giurisprudenza, allorchè la additava nel collegamento delle norme e nel loro sceveramento secondo le fonti. Non basta (egli insegnava) indagare come un problema sia stato risolto nelle successive stratificazioni di una legislazione: si deve, inoltre, prendere l'ordine giuridico nella sua totalità e raffigurarselo siccome progrediente nel tempo, vale a dire come sviluppo storico del sistema della giurisprudenza » (*Di una teoria*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Lungi dall'essere un invito alla dissoluzione della storicità dell'oggetto, la dogmatica pretende di essere impiegata per svelare, dell'oggetto, l'essenza: la dogmatica, insomma, non è solo il nesso logico fra lo storico e l'oggetto della sua ricerca, ma il vincolo ontologico fra l'oggetto dell'operazione storiografica e il soggetto che la compie, fra passato e presente, quindi fra diritto romano e diritto odierno.

Si comprende allora l'insistenza con la quale Betti oppone a Gadamer il carattere eversivo che, rispetto alla ' oggettiva ' storicità del dato caratterizza la proposta ermeneutica di quest'ultimo ([74]): l'appiattimento dell'oggetto sull'esistenzialità del soggetto importava, per Betti, una rottura del vincolo ' reale ' fra passato e presente, toglieva alla dogmatica odierna la possibilità di essere *rivelazione* del passato. In una parola, veniva a mancare, almeno nell'ottica di Betti, il fondamento ontologico, quindi la *sacertà*, della *tradizione giuridica*.

La possibilità di conoscere il diritto romano meglio di quanto i giuristi romani lo conoscessero riposa così non solo sulla regola ermeneutica schleiermacheriana, ma anche sul fondamento, storicamente più coinvolgente, della continuità della tradizione giuridica che, in un progressivo, ininterrotto accumularsi di acquisizioni concettuali, si fa, più che strumento, luogo di lettura del passato. « Solo un'impostazione dogmatica animata da un vivo intimo senso della tradizione giuridica è in grado d'intendere e di giustificare nella loro storica continuità le successive fasi e le graduali conquiste di questa tradizione, che muove da Roma e che, attraverso il diritto giustinianeo e comune continua in noi » ([75]).

La dogmatica è punto di partenza e di arrivo di un processo circolare che, muovendo dal presente, raggiunge il passato e torna all'origine arricchito di informazioni storico-giuridiche ([76]): questo processo però non vuol essere una semplice operazione di organizzazione del dato, ma la esplicitazione di un ordine già imma-

---

generale dell'interpretazione, cit., p. 61); cfr. anche *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1942², vol. I, p. XI.

([74]) *L'ermeneutica storica e la storicità dell'intendere*, cit., pp. 24 ss.

([75]) *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. X.

([76]) Cfr. anche *Diritto romano*, cit., p. XXV.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nente in esso; non vuol essere un dialogo a distanza fra esperienze divise da numerose e rilevanti discontinuità storiche, ma la postulazione di un *continuum* giuridico che connette ' realmente ' il presente al passato. La tradizione divene la condizione di possibilità della dogmatica e il luogo delle sue applicazioni, così come, viceversa, la dogmatica rappresenta l'emergere della struttura immanente nella tradizione, la vera e propria autocoscienza di questa.

Il gioco combinato delle simmetrie bettiane è così finalmente composto. Le apparenti antinomie (soggetto/oggetto; dogma/storia; sistematica giuridica/ideologia politica) si combinano, si intersecano in vario modo, fino a comporre un quadro omogeneo, costruito intorno a due concetti, fondamentali per la loro funzione ' ordinante ' nel quadro del discorso bettiano e per le implicazioni politico-culturali che comportano: il valore centrale e la funzione multiforme della giurisprudenza, la tradizione come luogo della quale la giurisprudenza è rivelazione e conferma.

Oltre la tradizione della giurisprudenza (oltre la giurisprudenza come tradizione) è ipotizzabile solo un successivo (ed ultimo) *gradus ad Parnassum*: la giurisprudenza (come dogmatica e come storia, come presente e come tradizione) in quanto via d'accesso non solo alle proprie condizioni di produzione, alla propria ' storicità ', ma al fenomeno giuridico come tale. Quando si afferma che la sensibilità alle differenze fra gli ordinamenti, la visione del molteplice, non fa perdere al giurista la percezione « dell'unità fondamentale del fenomeno giuridico » ([77]), il passo dalla giurisprudenza come tradizione alla giurisprudenza come ' universale giuridico ' è già compiuto — e, in questo, Betti non potrà certo dirsi *vox clamantis in deserto*.

10. *Linee del dibattito su ' dogmatica e storiografia giuridica '.*

A ripercorrere sinteticamente la proposta metodologica bettiana, risultano evidenti le sue principali caratteristiche tematiche: la sua zona d'origine è un settore della ricerca storico-giuridica (la

([77]) *Ibidem*, pp. XXVI-XXVII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

romanistica) colto nel momento in cui si imponeva il problema della sua ' identità ' culturale. Il manifesto bettiano del '27 ha, almeno per l'Italia (78), il merito di esprimere le tensioni interne della ricerca storico-giuridica, di condensarle nella aporia ' dogma/storia ', e di tentare di mostrare, nel momento in cui si confronta con le impostazioni dilemmatiche delle discipline storico-giuridiche, la necessaria fuoriuscita dall'*impasse* metodologica. Il filo che conduce fuori dal labirinto (ma anche la molla che sospinge a entrarvi) è, come sappiamo, la dogmatica (una determinata definizione di dogmatica); la terra promessa fuori dal labirinto è la giurisprudenza, restaurata e rinnovata nella sua posizione di centro, di sintesi di dimensioni diverse.

Ora, la discussione che interessa la metodologia delle discipline storico-giuridiche (e innanzitutto, come è ovvio, la romanistica) ruota, a mio avviso, fino agli anni cinquanta, intorno al manifesto bettiano del '27 (e alle sue successive integrazioni). Ciò è dimostrato non tanto dal fatto che il riferimento alla celebre prolusione sia divenuto un rituale obbligato in ogni pronunciamento metodologico di quel periodo. Da questo punto di vista, anzi, non sarebbe forse impossibile cogliere spesso una stanca ripetitività di formule, nell'inseguirsi retorico-accademico di prolusioni, recensioni, contro-recensioni ecc. Non è quindi la frequenza delle dichiarazioni e il dispiegarsi degli ' schieramenti ' di fronte alla prolusione del '27 che, di per sé, dimostra la singolare tempestività della proposta bettiana, ma, semmai, sono le caratteristiche tematiche emergenti dalla maggior parte degli interventi a dar conto del carattere non periferico della proposta bettiana rispetto al punto di equilibrio metodologico delle discipline storico-giuridiche.

In altre parole, il campo problematico nel quale si iscrivono gli interventi metodologici nell'ambito della storiografia giuridica fino agli anni cinquanta è e resta quello definito da Betti. All'interno di questo campo problematico, poi, lo spazio è aperto per

---

(78) Sulla crisi del diritto romano Koschaker, ad esempio, si sarebbe pronunciato con il suo saggio *Die Krise des römischen Rechts und die römische Rechtswissenschaft*, München-Berlin, 1939, e poi con *L'Europa e il diritto romano* (1958), Firenze, 1962.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

interminabili tenzoni, per adesioni od opposizioni all'una o all'altra soluzione; ma i temi (gli elementi della famosa aporia) non sono seriamente ribaltati e confermano anzi il carattere dilemmatico della loro correlazione nel permettere soluzioni, insieme, contrapposte nell'esito e solidali nell'impostazione.

Se questa tesi si dimostrasse, come spero, attendibile, l'immagine di un Betti appartato ed eccentrico rispetto al clima culturale delle discipline storico-giuridiche ([79]) dovrebbe essere riveduta, almeno parzialmente. In questa prospettiva, quindi, premerà ritrovare, nella molteplicità delle fonti a disposizione, le linee tematiche omogenee all'impostazione bettiana del problema metodologico — dalla percezione della ' crisi del diritto romano ' all'aporia ' dogma/storia ', dal privilegiamento della tradizione alla ricerca della definizione del fenomeno giuridico in universale — e mostrare come essa definisca senza rilevanti residui la materia del contendere. Da un altro punto di vista, però, la prova del radicamento di Betti nella tradizione delle discipline storico-giuridiche è dato, in egual misura, dalle differenze che emergono al confronto con soluzioni che il nostro giurista, al tempo della prolusione milanese del '27, trova già compiutamente elaborate: il superamento di quelle posizioni fa tutt'uno con la impostazione di quell'aporia che chiuderà per non poco tempo lo spazio di riflessione metodologica nell'ambito della storiografia giuridica.

11. *La prevalenza della dogmatica: Checchini.*

Un primo esempio di una impostazione apparentemente ' bettiana ', comparsa negli anni immediatamente precedenti alla esplicitazione piena che il nostro giurista darà della propria metodologia nella prolusione del '27 è offerto da un saggio, del '21, del Checchini ([80]).

Nell'introduzione al volume, l'autore sostiene una tesi che, nella sua immediata formulazione, sembra del tutto omogenea a

([79]) È sostanzialmente l'immagine che Betti dà di se stesso nelle sue *Notazioni autobiografiche*, Padova, 1953. Cfr. anche G. Crifò, *Emilio Betti*, in « Bullettino dell'Istituto di Diritto romano », LXX, 1967, pp. 293 ss.

([80]) *Dal Comune di Roma al Comune moderno* (1921), ora in *Scritti giuridici e storico-giuridici*, Padova, 1958, vol. I, pp. 1 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quello che sarà lo ' storicismo dogmatico ' di Emilio Betti: l'invito del Checchini è rivolto a superare quella dicotomia fra storia del diritto e dogmatica giuridica, la cui responsabilità, secondo questo autore, va soprattutto alla giuspubblicistica tedesca fra Ottocento e Novecento, al suo contributo alla fondazione di una scienza giuridica data per rigorosa solo a patto che la storia fosse relegata al rango di esercitazione esterna, separata rispetto alle procedure autosufficienti della scienza giuridica. La tesi della necessaria complementarità di storia e dogmatica riposa invece per Checchini sulla (relativa) insufficienza sia di una storia giuridica condotta al di fuori di ogni riferimento giuridico-concettuale sia di una dogmatica confinata in un presente senza storia. Lo schema di riferimento che serve al Checchini per la sua tesi è la distinzione (la cui radice filosofica è lasciata da Checchini piuttosto in ombra) fra forma e contenuto, mentre il necessario combinarsi di questi due concetti viene usato per dimostrare la reciproca implicazione di dogmatica e storia.

La dogmatica, quindi, lavora attraverso la « astrazione degli elementi formali delle concrete manifestazioni del fenomeno giuridico » ([81]) e lascia al di fuori di sé, materia da cui essa estrae le caratteristiche giuridicamente rilevanti, il contenuto storicamente condizionato dei vari fenomeni sociali. Nonostante ciò, il nesso fra dogmatica e storia, per il Checchini, esiste: non solo perché la dogmatica compie il proprio lavoro di astrazione su dati che il nostro autore non rinuncia a vedere nell'ottica della storicità, ma perché la verifica della legittimità dell'uno o dell'altro schema dogmatico non può essere che di carattere funzionale: la dogmatica è in funzione della concettualizzazione giuridica dell'uno o dell'altro insieme di dati storicamente condizionati e quindi misura su di essa la propria adeguatezza.

Si chiede però il Checchini: « sono fissati dei limiti di tempo entro i quali il dogmatico del diritto debba circoscrivere l'osservazione storica, di cui è stata ora provata la necessità? » ([82]). La risposta è negativa: il campo di osservazione e di verifica della dogmatica si estende senza limiti di tempo e di spazio. Si com-

([81]) *Ibidem*, p. 9.
([82]) *Ibidem, loc. cit.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prende allora come l'equilibrio apparentemente sostenuto dal Checchini fra ' storia ' e ' dogma ' si sbilanci a tutto vantaggio della prevalenza piena del momento dogmatico su ogni considerazione rivolta ad un'effettiva, rigorosa storicizzazione del dato — tanto che De Francisci parlerà, a questo proposito, di « estremismo dogmatico » (83); si comprende insomma come la storia finisca per essere un semplice campo di esercitazione della dogmatica. Quello che la storia giuridica chiede alla dogmatica — la capacità di una diagnosi giuridica — è in qualche modo costitutivo della sua condizione di possibilità; ma quello che la storia offre alla dogmatica è, più che una verifica delle costruzioni di questa, una indifferenziata massa di dati sottratta ad ogni precisa periodizzazione interna, quindi ad ogni determinazione storicamente pregnante.

Ora, nell'impostazione che il Checchini dà dell'oggetto e del metodo della storia giuridica, operano certamente aspettative e valutazioni alle quali Betti non si mostrerà insensibile. È così comune ad entrambi l'esigenza di pensare una storia giuridica nella quale l'impiego di categorie dogmatiche non sia solo uno dei molti strumenti a disposizione ma costituisca la spina dorsale, la condizione di esistenza della ricerca storico-giuridica, così come bettiano *ante litteram* è l'attribuire alla dogmatica la funzione di garantire la diagnosi giuridica del fenomeno di cui si vuol fare la storia. È però senz'altro divergente il rapporto che, dentro ad una storia giuridica dogmaticamente orientata, si vuole stabilire fra i termini dell'opposizione ' dogma/storia ': mentre in Checchini, infatti, al di là delle sue dichiarazioni, l'uso che la dogmatica fa della storia è del tutto strumentale ed estrinseco, e i contenuti da cui la dogmatica astrae le ' forme ' restano una zona oscura o meramente residuale, in Betti la dogmatica vuole assurgere a strumento non già di manipolazione, ma di rivelazione della struttura intima dei dati storicamente condizionati. Operano insomma nei due autori presupposti teorici sensibilmente divergenti: mentre dietro a Checchini possiamo intravedere, va-

(83) P. De Francisci, *Dogmatica e storia nell'educazione giuridica*, in « Rivista Internazionale di Filosofia del diritto », III, 1923, p. 382, nota 6.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riamente operanti, il kantismo di Del Vecchio (84) o certo Levi (85), lo ' storicismo dogmatico ' di Betti realizza veramente lo « zurück zu Savigny » a cui di lì a poco avrebbe invitato il Koschaker (86).

12. *Il sociologismo positivistico del primo De Francisci.*

Il contributo di Checchini è, dunque, assai più ' bettiano ' nell'impostazione del problema, nell'esigenza di connettere ' storia ' e ' dogma ', che non nella direzione nella quale egli tenta di comporre ad unità i termini dell'aporia. Se invece vogliamo riferirsi ad un indirizzo metodico formatosi negli anni immediatamente precedenti ai primi scritti bettiani in tema di metodologia storico-giuridica e sostanzialmente eterogeneo a quelli non solo nell'esito, ma anche (anzi soprattutto) nell'impostazione, il nome necessariamente evocato è quello di Pietro De Francisci: tanto che l'immagine di un De Francisci irriducibile oppositore della proposta metodologica bettiana è divenuto un luogo comune della memoria storiografica delle discipline storico-giuridiche, quasi si potesse rappresentare la metodo-logomachia di un ventennio in un teatro ideale dove ciascun giurista impersonasse l'uno o l'altro concetto della ben nota aporia.

Certo, non poche delle dichiarazioni metodologiche del De Francisci successive alla prolusione bettiana del '27 tendono a chiudersi in una polemica ravvicinata con i singoli aspetti della posizione bettiana e finiscono per subire i termini dell'impostazione dell'interolocutore. Nel primo ventennio del secolo, invece, la posizione metodologica del De Francisci (già compiutamente delineata in un saggio del '16 (87) e integrata nella prolusione padovana del '23 (88)), costituiva, per Betti, negli anni della for-

---

(84) Cfr. soprattutto, di Del Vecchio, i saggi raccolti in *Studi sul diritto*, Milano, 1958 e in *Presupposti, concetto e principi del diritto*, Milano, 1959.

(85) Cfr. G. MARINO, *La filosofia giuridica di Alessandro Levi tra positivismo e idealismo*, Napoli, 1976.

(86) Cfr. P. KOSCHAKER, *L'Europa*, cit., pp. 584 ss.

(87) P. DE FRANCISCI, *I presupposti teoretici e il metodo della storia giuridica*, in « Rivista italiana di sociologia », XX, 1916, pp. 46 ss.

(88) P. DE FRANCISCI, *Dogmatica e storia*, cit., pp. 373 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mazione della sua metodologia storico-giuridica, culminante colla prolusione del '27, la dichiarazione metodologica principale con la quale misurarsi.

L'importanza delle riflessioni metodologiche del De Francisci consisteva sia nella posizione che esse occupavano nella storiografia storico-giuridica coeva sia nella singolare ricchezza di motivazioni e ambizioni culturali che le caratterizzavano: se si pensa che esse rappresentavano, per un verso, una comprensione dall'interno del metodo bonfantiano e, per un altro verso, un allargamento e complicazione di quello attraverso una più decisa immissione, nel settore storico-giuridico, di suggestioni e richiami filosofici e sociologico-giuridici, ci si rende conto di come, in quelle pagine del De Francisci, si condensassero i lasciti che il positivismo ottocentesco poteva consegnare alla storiografia giuridica. Se poi si ricorda che la prolusione romana del Bonfante sul ' metodo naturalistico ' ([89]) esprime il senso, le motivazioni culturali di un lungo lavoro di analisi storico-giuridica, ci si rende conto di come il clima culturale nel quale venivano a maturazione non poche e non trascurabili ricerche concrete e dichiarazioni di metodo nell'ambito delle discipline storico-giuridiche fosse ancora di ispirazione largamente positivistica ([90]).

Ora, se rileggiamo il saggio pubblicato nel '16 dal De Francisci (avendo riguardo, come è ovvio, non a tutti i problemi che porrebbe una analisi approfondita della storiografia giuridica positivistica, ma solo a quelli che Betti non ha potuto non prendere in considerazione), emerge una ispirazione di fondo nella quale Betti poteva perfettamente ritrovarsi: innanzitutto, la convinzione della necessità e della fecondità operativa di una riflessione metodologica approfondita sul terreno della ricerca storico-giuridica ([91]); in secondo luogo, l'insofferenza verso la tendenza ad identificare l'oggetto della storia del diritto con una mera esegesi delle fonti e l'intenzione di ridurre la critica testuale a un ruolo indispensabile ma strumentale; in terzo luogo, il riconoscimento della

([89]) P. BONFANTE, *Il metodo naturalistico nella storia del diritto* (1917), ora in *Scritti giuridici vari*, IV, *Studi generali*, Roma, 1925, pp. 46 ss.

([90]) Cfr. B. PARADISI, *Apologia della storia giuridica*, Bologna, 1973.

([91]) P. DE FRANCISCI, *I presupposti teoretici*, cit., pp. 46-47.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

irrinunciabilità di una prospettiva volta a collocare ogni fenomeno nella dimensione della storicità; in quarto luogo — ed è il dato più sorprendente per chi pensi a un De Francisci sostenitore della storia ' pura ', della storia libera da concetti interpretativi previ — la necessità di una adeguata teoria dell'oggetto della ricerca: « la cognizione teoretica costituisce il necessario precedente della cognizione storica », tanto che, senza la prima, la seconda si ridurrebbe a « un ammasso di dati empirici bruti senza nessun senso per noi » (92).

Quale teoria e quale storia sono qui invocate? Si tratta, sì, di una teoria del diritto, ma non di una dogmatica; bensì di una sociologia del diritto: un'angolatura, quindi, nella quale la nozione di ' diritto ', presupposta alla concreta ricerca storiografica, esclude la autosufficienza epistemologica della giurisprudenza. Occorre così conoscere « le condizioni generali di vita degli istituti giuridici », « le cause e gli aspetti delle loro trasformazioni », « i rapporti dei fenomeni giuridici con gli altri fenomeni sociali »; occorre insomma presupporre alla storia del diritto una vera e propria « teoria generale dell'evoluzione giuridica », una « sociologia giuridica » (93).

Condizione della ' scientificità ' della storia giuridica è una teoria, ma una teoria che muove da un presupposto precisamente antitetico a quello che Betti userà a sostegno della sua proposta ermeneutica: il presupposto, appunto, della insufficienza, e non della autonomia, epistemologica della dogmatica giuridica, in sé e per le operazioni interpretative a cui può prestarsi. La contrapposizione Betti-De Francisci è quindi — a stare a questa rilevante dichiarazione metodologica del secondo — frontale, ma non su quello che, nei momenti più sfocati della polemica, sembrerà il principale terreno di scontro — la legittimità cioè dell'uso della teoria (di una qualsivoglia teoria) nell'una o nell'altra operazione storiografica: il contrasto effettivo verte, piuttosto, sul contenuto della teoria, quindi, in breve, sulla rappresentazione dell'oggetto e del metodo della giurisprudenza.

La proposta metodologica del De Francisci chiama sostanzialmente a un'integrazione (potremmo dire, con qualche forzatura,

---

(92) P. De Francisci, *I presupposti teoretici*, cit., p. 53.

(93) *Ibidem*, pp. 54-55.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

multidisciplinare?) di una analisi giuridica che, per essere condotta secondo procedure argomentative esclusivamente 'interne' all'oggetto tradizionalmente assegnato ad essa, finisce per essere euristicamente infeconda. Se volessimo stabilire una ideale continuità fra le proposte del saggio del '16 e le discussioni che De Francisci dedicherà alla impostazione bettiana a partire dalla prolusione del '27, non dovremmo perciò contrapporre 'dogmatica' a 'storia' come 'diritto' a 'non-diritto', ma semmai coniugare i termini di quell'aporia in modo da ipotizzare un ragionamento pur sempre 'giuridico', e pure costitutivamente disponibile a schemi interpretativi difformi ma congruenti nell'illuminare l'oggetto della ricerca (storiografica).

È solo su questa base (metodologicamente suggestiva) che il saggio del '16 finisce coll'ospitare e riproporre (richiamandolo espressamente) (94), il 'metodo naturalistico' del Bonfante: dal ruolo dell''istituto' nella fenomenologia giuridica al contrasto fra struttura e funzione come 'legge' delle trasformazioni socio-giuridiche (e strumento esplicativo delle stesse), alle ingenue metafore organicistiche, ai richiami a un evoluzionismo di maniera.

In tutto questo, d'altronde, il nome di Bonfante vale come un rinvio di fondo alla cultura della filosofia e della storiografia 'positive': non diversamente dal De Francisci e sullo stesso terreno della storiografia giuridica, il Solmi invitava a mettere programmaticamente in rapporto 'fatti sociali' ed 'evoluzione giuridica' e non esitava ad attribuire alla storia del diritto il compito di individuare le leggi «che governano le infinite variazioni dei fatti sociali» (95). Si comprende quindi come Croce potesse

(94) *Ibidem*, p. 49.

(95) A. Solmi, *La funzione pratica della storia del diritto italiano nelle scienze giuridiche* (1902-1903), ora in *Contributi alla storia del diritto comune*, Roma, 1937, pp. 3 ss.; ivi, p. 8, il rinvio alla famosa discussione «rivolta a chiarire se la storia sia una scienza o un'arte».

Singolarmente oscillante fra una sostanziale fedeltà al positivismo e le dichiarazioni 'storicistico-dogmatiche' (per così dire) 'bettiane' sembra essere E. Besta, *Avviamento allo studio della storia del diritto italiano*, Milano, 1946²; su questa linea anche G. Astuti, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, Milano, 1952, pp. 4 ss. Cfr. anche G. Bognetti, *L'opera storico-giuridica di Arrigo Solmi e il problema dell'oggetto e del metodo della storiografia del diritto italiano*, in «Rivista di storia del diritto italiano», XVII-XX, 1944-47, p. 197.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rimproverare al Bonfante il ' ritardo ' di un trentennio nel suo ' aggiornamento ' culturale (96): il Solmi della prolusione cagliaritana, il Bonfante della prolusione romana, non diversamente dai primi saggi metodologici del De Francisci, ospitavano (sia pure con stili sensibilmente diversi, che vanno dalla ' provocatoria ' antifilosoficità del Bonfante alla compiaciuta messe di riferimenti culturale del De Francisci) non pochi dei modelli e degli *idola* di quel positivismo che Croce dava per ormai morto e irrisuscitabile.

Ora, le proposte metodologiche che, in ambiente italiano, il giovane Betti si trovava a frequentare erano, mi sembra, omogenee a quell'impostazione della quale il saggio del De Francisci su *I presupposti teoretici e il metodo della storia giuridica* era insieme specchio e motivata amplificazione. Non sembrerà allora troppo imprudentemente congetturale il raffrontare la metodologia bettiana emergente nella prolusione del '27 con l'orientamento ancora largamente positivistico delle discipline storico-giuridiche durante il primo ventennio del secolo e leggere il manifesto del '27 (anche) come un ' contro-manifesto '. Un manifesto — si può chiedere — ' contro ' che cosa? Non tanto contro gli aspetti più appariscenti, ma anche più caduchi, dell'evoluzionismo di un Bonfante o di un De Francisci, contro l'una o l'altra civetteria darwiniana o spenceriana, ma contro un nucleo tematico assai più consistente e pericoloso: l'immagine della giurisprudenza, la tesi della sua (relativa) insufficienza epistemologica. Se la prevalenza del momento dogmatico è in Betti l'espressione ermeneutica di un'aspettativa che chiede alla giurisprudenza di svolgere (in quanto tale) un ruolo teoricamente e socialmente centrale; se il tema metodologicamente più forte del positivismo del primo De Francisci esige una definizione non esclusivamente giurisprudenziale dell'oggetto della ricerca storico-giuridica; non sembra una conclusione infondata cogliere nel contrapporsi di due immagini di ' giurisprudenza ' (e non tanto nello scontro sul ruolo della teoria nella storiografia) il punto di esplicitazione della originalità della proposta bettiana e insieme del suo radicamento in un momento particolare della ricerca storico-giuridica in Italia.

Mi sia consentita un'altra (abbastanza scolastica) deduzione:

---

(96) B. Croce, *Pagine sparse*, cit., p. 355.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

se, come mi sembra, l'invito all'apertura (diremmo oggi) multidisciplinare nel quadro unitario delle scienze sociali era quanto di meglio il positivismo poteva offrire alla giurisprudenza coeva, la ' contro-proposta ' bettiana traduceva, nella problematica interna alla ricerca storico-giuridica (ma vedremo con quali mediazioni) quel processo di autonomizzazione della ragione giuridica, vorrei dire quel giuricentrismo, che avrà in quegli anni non pochi, anche se eterogenei, sostenitori (97).

Se questo è vero, si possono spiegare due consonanze, di primo acchito sorprendenti: non stupisce innanzitutto che Betti abbia mostrato non poca considerazione, al di là dell'ovvio rispetto dovuto ad una produzione scientifica di rilievo, per l'opera di Pietro Bonfante; una consonanza, una volta spazzate via le ' incrostazioni ' positivistiche, che si comprende facilmente se si fanno proprie le acute osservazioni di Bretone sulla molla più segreta e duratura della polemica anti-idealistica del Bonfante: precisamente l'affermazione, contro Croce e Gentile, della autonomia del diritto (98). In secondo luogo (a dispetto delle successive divergenze) non stupisce l'adesione che da parte di Croce verrà alla prolusione del '27 (99), se si pensa che uno dei capisaldi della metodologia bettiana — la storicità del soggetto, la contemporaneità del giudizio storiografico — è, almeno in quel momento, integralmente crociano (100); né d'altronde sorprenderà ricordare che non poco della polemica successiva con Croce sarà dovuto, oltre che al liberalismo del filosofo idealista, duramente avversato dal nostro giurista (101), e alle diverse posizioni assunte di fronte ai problemi metodologici della storiografia, proprio a una diversa valutazione del diritto e della sua autonomia.

Consonanze e dissonanze, dunque, non si orchestravano secondo una linea astrattamente ideologica, ma si misuravano su scelte di metodo che, se pure potevano, per vari passaggi, riman-

(97) Da Arturo Rocco a Cesarini Sforza a Cammarata, tanto per fare alcuni nomi.

(98) Cfr. M. BRETONE, *Il naturalismo del Bonfante e la critica idealistica*, in « Labeo », V, 1959, pp. 275 ss.

(99) « La Critica », XXVIII, 1930, pp. 289 ss.

(100) L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, cit., pp. 189-90.

(101) Cfr. *supra* par. 8.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dare all'una o all'altra filosofia, acquistavano tuttavia, sul terreno appartato delle discipline storico-giuridiche, una valenza specifica, che poi era quella, in ultima istanza, decisiva: la difesa della autonomia della ragione giuridica, l'assunzione di questa come prevalente unità di misura della storia come della teoria del diritto.

13. *Betti e De Francisci: motivi ed equivoci di una polemica.*

Se nel saggio del '16 De Francisci enuncia con molta chiarezza il programma di una storia giuridica condotta a partire da una teoria non formalistica del diritto e dalla tesi della insufficienza epistemologica della giurisprudenza, un'esplicita presa di posizione nei riguardi della ' dogmatica ' e una prima impostazione del problema ' storia/dogma ' doveva comparire solo nella prolusione padovana del '23 ([102]).

Storia e dogma appaiono già qui, certo, grandezze eterogenee, almeno potenzialmente contrapposte, ma l'obiettivo dimostrativo del saggio non sta nel confermare l'insanabile contrasto ' spontaneo ' fra la giurisprudenza teorica e la storiografia giuridica, ma al contrario nel mostrare la necessaria confluenza della conoscenza dogmatica e della conoscenza storica del fenomeno giuridico. Il ruolo che De Francisci assegna alla dogmatica è quello di ricavare da un determinato apparato normativo quei princìpi generali che permettano di intenderlo sistematicamente; la funzione insostituibile della dogmatica è quindi relativa alla conoscenza del diritto ' come tale ': niente di più e niente di meno. Nessuna conoscenza scientifica del diritto è possibile senza una adeguata concettualizzazione dei princìpi e nei nessi sistematici interni a un determinato apparato di norme. Il risultato però che le procedure (dogmatiche) raggiungono è, sì, necessario, ma insufficiente: la ' storia ' viene allora in soccorso, come una sorta di positivistica nebulosa multidisciplinare, di quella conoscenza giuridica il cui punto di vista, pur non rinunciabile per lo storico-giurista, sarebbe tuttavia troppo settoriale.

' Storia ', dunque, vale innanzitutto come denuncia della pretesa autosufficienza della dogmatica: in questo senso, De Fran-

([102]) P. De Francisci, *Dogmatica e storia*, cit., p. 388.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cisci sta proseguendo il discorso iniziato nel saggio metodologico del '16, con alcune differenze, però, non trascurabili. Mentre nel saggio del '16 la compresenza del fenomeno giuridico accanto a fenomeni sociali diversi e complementari non sembrava far problema — non sembrava insomma che il carattere ' speciale ' della storiografia giuridica dovesse costituire una difficoltà rilevante, tanto esplicita era la tesi della insufficienza epistemologica della giurisprudenza — il raffronto ravvicinato delle due dimensioni date per eterogenee (' storia/dogma '), il venir fuori insomma della famosa aporia, sembra appunto costituire una prima tematizzazione della problematicità dell'oggetto costitutivo della storia giuridica come storia speciale.

Enunciato il problema, se ne mettono in fuga gli esiti aporetici stabilendo un rapporto fra dogmatica e storia come di parte al tutto. La collaborazione delle due dimensioni è data per necessaria, ma certamente ineguale. La storia « presuppone, anzitutto, e richiede una conoscenza compiuta della dogmatica e dei suoi elementi, nonché dei suoi processi ... » ([103]): la dogmatica è strumento della conoscenza storica, ma non tanto nel senso che la prima decifra l'oggetto della seconda e la storia, grazie alla dogmatica, diventa trasparente nella sua intima struttura; alla storia serve la conoscenza dei processi della dogmatica « proprio allo scopo di poterli fare a ritroso, per rintracciare le basi e le origini storiche delle costruzioni ... » ([104]). La dogmatica serve alla storiografia: pur non essendo analiticamente determinati i modi in cui effettivamente si esplichino i buoni servigi della dogmatica, la storiografia giuridica la usa, la deve usare, ma, nello stesso tempo, deve anche ricondurla ad una ben più vasta contestualità che il sociologismo positivistico del De Francisci vede come prevalente in funzione della conoscenza del fenomeno giuridico.

Certo, già nella prolusione del '23, ' storia ' è divenuta un contenitore assai vago, aperto sia ai ricordi della filosofia ' positiva ' che alla suggestione di vari irrazionalismi; ma l'invito rivolto dal nostro giurista alla storia del diritto non è mutato nella sostanza (ma semmai si è solo complicato con l'enunciazione della

([103]) *Ibidem*, p. 388.
([104]) *Ibidem, loc. cit.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ben nota coppia opposizionale ' storia/dogma '): usare, sì, la dogmatica nella operazione storiografica, ma riconvertire immediatamente il ' dogma ' in ' storia '. Se guardiamo attraverso le asserzioni or ora riferite, il problema che vediamo di nuovo affiorare, anche dopo l'introduzione del dilemma ' dogma/storia ', è la dislocazione della giurisprudenza da ' centro ' a ' parte '.

Se questo è vero, il Betti del '27 è l'autore di un ' contromanifesto ' anche in rapporto al dilemma (tipicamente ' bettiano ') ' dogma/storia ': ma l'opposizione non è superficialmente circoscritta alla scelta dell'uno o dell'altro termine di un'alternativa rigida. Perchè Betti, da una parte, si dichiara storicisticamente consapevole del carattere storicamente condizionato della dogmatica e De Francisci, dall'altra parte, afferma senza possibilità di equivoci la irrinunciabilità delle definizioni e delle procedure argomentative della dogmatica: non a caso un recensore acuto ed equilibrato come Alessandro Levi poteva osservare che la contrapposizione a colpi di storicismo e di dogmatica fra i due giuristi era pretestuosa e sforzata ([105]). Non lo era, però, se dell'uno e dell'altro autore si osservavano non le dichiarazioni obbligate dal binario troppo stretto della famosa aporia, ma la prospettiva dalla quale dipendeva tutta la loro proposta metodologica: così per De Francisci la dogmatica era, sì, uno degli strumenti della ricerca storico-giuridica, ma non era nè la depositaria della logica di questa ricerca nè il momento di rivelazione della struttura dell'oggetto della ricerca storica nè la beneficiaria dell'acquisizione giuridico-concettuale che la storiografia doveva procurare; dall'altra parte, per Betti, la storia era, sì, il terreno di insorgenza, di sviluppo, di esistenza insomma, della giurisprudenza, ma questa non restava ai margini (in un settore specifico) della situazione storica, ma tendeva ad essere, di questa, l'espressione centrale, rivelatrice della sua intima struttura.

In realtà, la prospettiva teorica, i riferimenti culturali dei due giuristi erano, almeno per tutti gli anni venti, sensibilmente divergenti. La divergenza, negli scritti successivi, prese a smussarsi, non tanto, mi sembra, per un'intima adesione di De Francisci

([105]) A. LEVI, *Pandettistica, dogmatica odierna e filosofia del diritto*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », X, 1930, pp. 268-269.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

all'impostazione bettiana, quanto perché, offuscandosi la chiarezza con la quale, nei primi saggi metodologici, il De Francisci denunciava la pretesa autonomia della giurisprudenza, il dissenso con Betti finiva per cristallizzarsi su aspetti non altrettanto essenziali della questione metodologica (divenendo così, di fatto, subalterno alla impostazione bettiana): sia che si trattasse di rivendicare l'importanza della dogmatica antica ai fini della comprensione del diritto romano ([106]) o di ripetere una scontata dichiarazione sulla storicità della dogmatica ([107]) o di esprimere disagio di fronte ad una ricostruzione storiografica troppo simile a una « teoria generale del diritto privato » ([108]). Quando in uno scritto molto successivo agli anni più caldi della polemica — e ancora più sfumato nel tono e nel contenuto — De Francisci attribuirà l'origine della annosa *querelle* alla « diversa posizione mentale » di Betti e propria ([109]), egli finirà per ricondurre ai minimi termini della soggettività e della psicologia un contrasto che alla sua origine era di natura precisamente storica e culturale: l'opposizione fra l'eclettismo (e la potenziale fecondità) del sociologismo positivistico e il rigore giuricentrico di quello che Levi, parlando della prolusione bettiana, chiamava « il manifesto di un'ammodernata pandettistica » ([110]), ovvero, come egli intendeva, di uno studio del diritto romano reso possibile da una (qualsivoglia) dogmatica usata come condizione necessaria e sufficiente di esso.

14. *Betti e De Francisci: l'aspirazione ad una 'nuova' dogmatica e la cultura giuridica del fascismo.*

Se la radice del contrasto fra la posizione metodologica del De Francisci e il 'manifesto' bettiano del '27 stava nella valutazione sostanzialmente opposta del ruolo epistemologico della giurisprudenza e della sua autonomia, gli esiti ulteriori dell'una

([106]) P. De Francisci, *Questioni di metodo*, in *Studi in onore di S. Riccobono*, Palermo, 1946, vol. I, pp. 14-15; p. 17.

([107]) *Ibidem*, p. 18.

([108]) *Ibidem*, p. 19.

([109]) P. De Francisci, *Emilio Betti e i suoi studi intorno all'interpretazione*, in « Rivista italiana per le Scienze giuridiche », LXXXVIII, 1951, p. 48.

([110]) A. Levi, *Pandettistica, dogmatica odierna*, cit., p. 218.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

come dell'altra posizione finivano per essere confluenti nell'individuazione della tematica e divergenti nella soluzione dell'uno o dell'altro problema.

Si è già detto come il saggio del primo De Francisci, compiutamente, baldanzosamente positivistico nell'impostazione, fondasse la scientificità della storia giuridica non già nel suo farsi strumento esplicativo di una situazione storica che la dogmatica (*ancilla historiae*) rivelava (e congelava) nella sua ' essenza ' giuridica, ma piuttosto nella sua capacità di illuminare, attraverso il fenomeno giuridico, la complessa dinamica sociale (« le leggi del divenire storico »). Sulla base di queste premesse, si poneva, certo, il problema della scelta di *una* dogmatica congruente — che infatti una qualche dogmatica occorresse anche alla storia giuridica De Francisci non contestava; e, d'altronde, non stupisce che l'orientamento di questo giurista andasse verso una concezione non formalistica della dogmatica. Di qui il ricorso massiccio alla *Grundlegung der Soziologie des Rechts* ([111]) e la delineazione (nel saggio del '23) ([112]) di ciò che la dogmatica *non* deve essere, dei pericoli da cui essa deve guardarsi; innanzitutto l'assolutizzazione del dato normativo, con il conseguente abbandono di una visione complessiva dei fenomeni sociali, indebitamente condensati nel solo aspetto normativo; in secondo luogo, la pretesa perennità degli schemi concettuali della dogmatica, la sua sottrazione alla dimensione della storicità, sia verso il passato — con la proiezione all'indietro delle definizioni raggiunte al presente dalla scienza giuridica — sia verso il presente, con la resistenza opposta dalla rigidezza dei concetti giuridici alla mutevolezza e alla concretezza della ' vita '.

Certo, il punto di vista da cui De Francisci guarda alla dogmatica non ha, di per sé, niente di peculiare o di originale, riprendendo motivi largamente diffusi e variamente argomentati nella koinè antiformalistica fra Ottocento e Novecento. Ciò che qui interessa registrare è assai più il nesso argomentativo fra le premesse e le conseguenze che non le caratteristiche intrinseche di queste ultime. Per recettizie che siano le riflessioni di De Fran-

([111]) München und Leipzig, 1913.

([112]) P. De Francisci, *Dogmatica e storia*, cit., pp. 379 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cisci sulla dogmatica, esse indicano almeno l'esigenza di connettere ad una certa storiografia una certa dogmatica, quindi la consapevolezza del loro nesso necessario, della necessità di 'inventare' un'immagine di dogmatica congruente con la fisionomia, previamente delineata, della storiografia.

Ora, la qualità (e la problematicità) del vincolo che collega i due termini della famosa aporia è, mi sembra, del tutto analoga in Betti e in De Francisci; né può dirsi che Betti non condivida l'esigenza di rendere la dogmatica uno strumento il più possibile non refrattario alle esigenze della 'storicità'. Si potrebbe anzi sostenere che la sfida che De Francisci muove alla dogmatica a partire dalle sue posizioni originariamente positivistiche e genericamente antiformalistiche venga raccolta da Betti sul terreno comune della categoria della storicità.

Gli itinerari dei due giuristi assumono così una logica apparentemente paradossale. Muovono da assunti programmaticamente opposti: la tesi della centralità della giurisprudenza contro l'affermazione della sua settorialità nel quadro degli strumenti della conoscenza sociale; la dogmatica come 'rivelazione' del passato contro la storia come relativizzazione e demistificazione della dogmatica odierna. Si incontrano però a metà strada, nel riconoscimento della necessità di collegare in qualche modo dogmatica e storia, nella percezione della eterogeneità e insieme problematica complementarità di quelle due dimensioni della conoscenza storico-giuridica. Da ciò un altro passo in comune: un invito, diversamente accentuato e realizzato, ma non difforme nella motivazione, a non accettare come tale la 'dogmatica odierna', ma a spingerla oltre la sua matrice pandettistica, ottocentesca.

Si legga un altro 'manifesto' di De Francisci ([113]), non più metodologico, ma schiettamente politico-giuridico: torna l'individuazione dei ben noti 'pericoli' e 'difetti' della dogmatica, dal normativismo al formalismo alla chiusura nei riguardi della «vita» e dell'«ambiente»; ma il tono del discorso non è, per così dire, deprecativo, ma propositivo. E la proposta non mira alla dichiarazione della fine della dogmatica, ma alla enunciazione (o annun-

([113]) P. De Francisci, *Ai giuristi italiani*, in «Nuovi studi di diritto, economia e politica», V, 1932, pp. 269 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ciazione) di una dogmatica ' nuova '. La novità della proposta consiste nel ricalcare lo schema, già proprio del nostro giurista, fra parzialità della giurisprudenza e totalità della ' storia ' e della ' vita ' e di riempire quest'ultimo contenitore di contenuti politicamente normativi.

La dogmatica ' nuova ' è una dogmatica liberata dalla ipoteca individualistica che gravava sulla dogmatica ottocentesca e rendeva possibile la giuridicizzazione dei ' diritti soggettivi ' del singolo come tale ([114]): né basta a questo scopo semplicemente ritoccare, aggiustare il patrimonio giuridico ottocentesco, ma occorre intervenire su di esso con tagli radicali, ostacolati dalla « formazione accademica » e dall'antistoricismo ([115]). La nuova dogmatica, insomma, è una giurisprudenza nella quale il momento politico guida, sorregge la ragione giuridica, fornisce ad essa l'« ambiente », il quadro di riferimento essenziale: la settorialità della giurisprudenza è confermata, ma rimediata dal suo necessario innesto su quella sintesi delle varie attività particolari ([116]) che è, o vuole essere, la politica. Se poi si pensa che la politica, come momento di sintesi e di fondazione (anche) della giurisprudenza, coincide con l'ideologia e la pratica dello Stato fascista ([117]), si intende come la originaria posizione del De Francisci (consegnata ai saggi del '16 e del '23) perda (nel proclama del '32) la sua valenza puramente metodologica, interna ai problemi di una fra le tante cosiddette storie speciali, per assumere una pregnanza, un radicamento politici molto precisi, quindi una diversa leggibilità storiografica.

Non sfugge a nessuno, insomma, come la domanda di una ' nuova ' dogmatica (e quindi, anche, indirettamente, di un nuovo uso della storia giuridica e di un nuovo esito dell'aporia ' dogma/storia ') costituisse uno dei punti più delicati nell'ambito del rapporto (storiograficamente ancora così trascurato) fra regime fascista e giurisprudenza (e giuristi); e come intorno al problema del rapporto fra diritto e politica, intorno alla *querelle* sulla continuità o necessaria frattura fra la dogmatica ' formalistica '

([114]) *Ibidem*, p. 274.
([115]) *Ibidem*, p. 270.
([116]) *Ibidem*, pp. 276-77.
([117]) *Ibidem*, p. 270; p. 277.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(' pre-rivoluzionaria ', a-politica, ' pandettistica ') e la dogmatica aperta ai contenuti della ' vita ' e politicamente orientata in senso ' rivoluzionario ' si raggruppassero schieramenti differenziati da un discrimine non solo teorico, ma anche schiettamente politico — anche se in nessun modo la zona degli anti-formalisti possa farsi coincidere meccanicamente con la zona del consenso al fascismo, peraltro essa stessa assai multiforme al suo interno.

Ora, l'accoglienza calorosa che gli scritti politico-giuridici del De Francisci ricevono in una rivista, ' militante ' e teoreticamente *osé* come vogliono essere i « Nuovi studi di diritto, politica ed economia » di Spirito e Volpicelli, per un verso si spiega con l'importanza teorico-politica che la posizione anti-formalistica (e la conseguente politicizzazione della ' dogmatica ') sostenuta dal De Francisci veniva assumendo nel quadro della fondazione di una teoria fascista della giurisprudenza, per un altro verso illustra la direttrice lungo la quale si muoveva almeno una delle possibili vie di (esplicita, militante) ' fascistizzazione ' della giurisprudenza (ovvero, in quel contesto, di fondazione politico-ideologica post-liberale della dogmatica giuridica).

Si trattava, per De Francisci come per Volpicelli, di rivitalizzare l'apparato concettuale della dogmatica immettendovi i contenuti politicamente pregnanti della ' vita ' e della ' storia '. Nelle parole di De Francisci ([118]), Volpicelli dichiara di ritrovare l'intero programma della rivista da lui diretta: la relativizzazione della dogmatica a partire dalla storicità della (di una) politica. La legittimità di una qualche dogmatica, tuttavia, non è affatto in questione; il metodo e l'oggetto della scienza giuridica consiste proprio nella « elaborazione dogmatica », ma questa « astrarrà sulla storia ma non dalla storia », ritrovando, grazie al suo inserimento nella storicità delle istituzioni, la possibilità di trasformare la astrazione del metodo nella concretezza della « integrale e organica unità del sapere » ([119]).

([118]) P. De Francisci, *Il centenario del Digesto (530-1930)*, in « Nuovi Studi di diritto, economia e politica », III, 1930, pp. 161 ss.

([119]) A. Volpicelli, *Storia e scienza del diritto. Il programma di un romanista e il principio ricostruttivo di una nuova giurisprudenza*, in « Nuovi studi di diritto, economia e politica », III, 1930, p. 288.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Al di là delle sublimazioni (e indeterminazioni) teoriche, l'obiettivo politico-giuridico è chiaro e prevedibile: sostenere la tesi della necessità di un intervento di rottura e di rifondazione della dogmatica ' tradizionale ', contro gli steccati formalistici che si volevano opporre al primato della politica. Per il gentiliano Volpicelli occorreva, insomma, non eliminare la dogmatica ma dislocarla in un settore particolare rispetto alla onnicomprensività della politica: per il filosofo del diritto gentiliano la strategia teorico-politico da accogliere ricalcava sostanzialmente quel rapporto fra storia e dogmatica che il giurista positivista aveva già introdotto come schema d'intervento teorico (e storico-giuridico) ' puro '. Provenendo da presupposti culturali sensibilmente diversi, i due giuristi si incontrano ora, negli anni trenta, sul terreno comune di una strategia politicamente orientata contro il ' tradizionalismo ' della pretesa autonomia della ragione giuridica.

D'altronde, già nel '26 un altro filosofo gentiliano annunciava ([120]) la necessità di una revisione del metodo giuridico in termini e con esiti non dissimili da quelli già raccomandati dal De Francisci. Di nuovo in questione, e con maggiore evidenza e programmaticità, è la pretesa autosufficienza della scienza giuridica: « il cartello della moderna giurisprudenza è: il diritto ai giuristi. Il diritto ha un contenuto, un campo di azione, un procedimento logico proprio, che non ha nulla da vedere con quelli della filosofia, della politica, della sociologia, dell'economia. Tali scienze possono recare dei preziosi contributi alla dottrina del diritto; ma questa conserva una sua propria autonomia e non può tollerare indebite invasioni nei suoi confini » ([121]). Ciò che nella immagine tradizionale della scienza giuridica viene meno è precisamente l'aspetto creativo e innovativo che, pur costitutivo della attività dogmatica dei giuristi è da questi misconosciuto e oscurato dalla convinzione di rappresentare la nuda ' oggettività ' del dato legislativo ([122]).

([120]) G. MAGGIORE, *La dottrina del metodo giuridico e la sua revisione critica*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », VI, 1926, pp. 364 ss.; cfr. anche, dello stesso autore, *Il diritto corporativo e la trasformazione della dogmatica giuridica*, in « Archivio di studi corporativi », I, 1930, pp. 543 ss.

([121]) G. MAGGIORE, *La dottrina del metodo giuridico*, cit., p. 366.

([122]) *Ibidem*, pp. 367-68; p. 374.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

A ben guardare, la polemica anti-giuridica del Maggiore è rivolta non tanto contro una sopravvalutazione della giurisprudenza e del ruolo del giurista (*doctor iuris* o giudice che sia), ma contro una sottovalutazione tecnicistica di esso, con la conseguente perdita di importanza politica dell'operatore giuridico. Una parte dell'ordinamento giuridico è effettivamente creato dai « giudici » e dai « dotti » ([123]) e solo una sostituzione di una dogmatica non formalistica alla dogmatica legalistica ' tradizionale ' può mettere nella giusta luce tutta la rilevanza politico-sociale del giurista.

« La vecchia dommatica », quindi, « ha già fatto il suo tempo » ([124]): è l'epifenomeno dell'ideologia politica liberale, è connessa al culto della legge e al mito della sovranità popolare, è storicamente datata e politicamente conservatrice. « La dommatica nuova ... deve essere logica del diritto concreto » ([125]), ma non per questo deve segnare la fine della giurisprudenza, ma semmai una sua rivalutazione. « Non vogliamo ... che la giurisprudenza deponga la sua armatura logico-formale, ma che il suo formalismo non si scompagini dal sano realismo ... La dommatica ha da essere, senza dubbio, sistema di concetti e quadro di catetorie; ma quadro elastico e sistema aperto, non chiuso, per modo che la vita concreta, con le sue emergenze e le sue necessità, anziché impaludarvisi, vi fluisca e rifluisca per entro ... Noi sappiamo bene che il metodo della giurisprudenza deve essere, anzitutto e sopra tutto, metodo giuridico, vale a dire non politico, sociologico filosofico e via discorrendo. Ma il vero metodo giuridico ... deve consentire, non impedire, la continua trasformazione dei rapporti storici e sociali in rapporti giuridici ... ([126]).

Ora, una siffatta dichiarazione programmatica a favore di una ' nuova ' giurisprudenza avrebbe potuto essere tranquillamente sottoscritta da Emilio Betti: non altrettanto, però, le affermazioni poco sopra ricordate di Maggiore sulla ricusabile tautologicità del ' metodo giuridico ' e sulla necessità di una sua integrazione; meno ancora, poi, la svalutazione (relativa) della dogmatica

([123]) *Ibidem*, p. 382.
([124]) *Ibidem*, *loc. cit.*
([125]) *Ibidem*, *loc. cit.*
([126]) *Ibidem*, p. 385.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e il conseguente inserimento della stessa nella periferia di un mondo osservato *more politico*, come volevano De Francisci o Volpicelli.

È possibile dunque rappresentare i margini di accordo e gli elementi di disaccordo fra alcuni giuristi solidali con l'ideologia politico-giuridica del fascismo nei termini seguenti:

a) un approccio decisamente anti-formalistico e politicamente orientato al problema della dogmatica. Questo approccio viene condotto su due direttrici principali: la riappropriazione di certo giusliberismo del primo Novecento e la affermazione della necessità di una ripartizione ineguale dei ruoli della dogmatica e di quello della storia nella decifrazione del fenomeno giuridico. Un simile approccio teorico al problema giuridico, nato in un contesto storico-ideologico pre-fascista, viene, per così dire, ' surdeterminato ' dalla strategia politico-culturale che certi giuristi del regime volevano condurre in vista di una politicizzazione (o ' fascistizzazione ') della giurisprudenza: la contrapposizione ' dogma/storia ' viene così attratta nella *querelle* ' dogmatica tradizionale *vs.* dogmatica nuova ' (ovvero politicamente orientata).

b) Un approccio antiformalistico, ma insieme più rispettoso della creatività specifica del ragionamento giuridico-dogmatico. Si suppone la giurisprudenza ancora bisognosa di etero-integrazioni politicamente orientate, ma nello stesso tempo capace di un suo autonomo margine di manovra nel ritradurre, nel suo linguaggio, sollecitazioni esterne.

c) La tesi che l'autonomia e la creatività della giurisprudenza garantiscono da sole alla scienza giuridica la possibilità di decifrare il senso della storicità che ne è la condizione di esistenza, tanto da rendere i valori di una ' nuova ' politica direttamente sussumibili dalle procedure argomentative tradizionali della giurisprudenza.

Ora, questi atteggiamenti di fronte alla giurisprudenza esprimono sinteticamente (ed emblematicamente) un ventaglio di posizioni, di cui è utile confrontare tanto le reciproche convergenze che le incompatibilità. Se si rileggono (per così dire trasversalmente) gli scritti ormai più volte menzionati risultano alcune concordanze che permettono di inserire quei giuristi in un contesto tematico e storico-politico omogeneo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Innanzitutto, la comune iscrizione nel quadro ideologico-politico del fascismo: un'appartenenza non formale, ma convinta e variamente argomentata, che si esprime (per esemplificare) nel comune rifiuto del liberalismo, della sovranità popolare, della democrazia parlamentare, dell' ' individualismo ' capitalistico-concorrenziale, nel ricorso al concetto di solidarietà ([127]) (così caratteristicamente corporativistico, anche se certo l'ideologia solidaristica proveniva da molto più lontano), nel riferimento allo Stato fascista come al luogo obbligato di elaborazione della ' nuova ' politica anti- o post-liberale.

Un secondo punto d'incontro è una comune convinzione storicistica che, se pur maturata attraverso itinerari anche radicalmente divergenti, permette l'uso di una serie di asserzioni da tutti condivise, almeno finché le preoccupazioni analitiche venivano posposte all'esigenza di maneggiare un comodo lasciapassare per la fondazione di una giurisprudenza ' rinnovata '.

Un terzo elemento di affinità è la comune esigenza di raggiungere la dogmatica, rinnovandone i metodi e la funzione, a partire da un quadro di riferimento esplicitamente ideologico-politico. Da questo punto di vista, Betti non è diverso da un De Francisci o da un Maggiore: la dogmatica non può essere, come sappiamo ([128]), la pandettistica con la ideologia ' liberal-individualistica ' che la sottende; ma d'altronde, e viceversa, per nessuno dei nostri giuristi la ragione politica può soppiantare in radice la ragione giuridica: direi che, anche su questo punto, vige un accordo di massima, che genera poi, dal suo interno, soluzioni seriamente divergenti. E la divergenza, ancora una volta, si misura tutta sul parametro della valutazione dell'autonomia della giurisprudenza (del suo rapporto con la storia, quindi del suo rapporto con la politica); nel primo caso, la dogmatica viene ridotta a variabile dipendente della situazione storico-politica, nel secondo caso, si incontra con le altre dimensioni politico-culturali a metà strada,

---

([127]) Si pensi, *per incidens*, all'uso che di questo tema, ideologico e metagiuridico, fa Betti nell'ambito delle argomentazioni giuridiche svolte nella sua *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953.

([128]) Cfr. *supra*, par. 8.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

collabora con esse, ma conserva un suo consistente margine di iniziativa, nel terzo caso la dogmatica ricomprende in sé la politica e la realizza.

In questo ventaglio di soluzioni differenziate al problema della dogmatica Betti rappresenta un caso di omogeneità e insieme di disorganicità rispetto alla *nouvelle vague* della giurisprudenza italiana fra le due guerre: omogeneo al quadro politico e ad alcuni concetti orientativi di fondo, egli giunge tuttavia a formulare proposte divergenti laddove l'autonomia della giurisprudenza e la sua funzione creativa sono in questione. Da questo punto di vista, la distanza è massima rispetto alle soluzioni prospettate dagli scritti di un De Francisci o di un Volpicelli e si riduce quando il raffronto ha a che fare con una posizione (come quella del Maggiore) disposta a lasciare uno spazio maggiore alla creatività della giurisprudenza.

Su un punto, però, la distanza che separa Betti dalle opinioni consolidate di alcuni fra i più attivi giuristi del regime diventa radicale: l'importanza centrale che, per il nostro giurista, la tradizione riveste in vista della stessa concepibilità e funzionalità sociale della giurisprudenza ([129]). Questa è l'espressione decisiva della conoscenza sociale dell'epoca, è lo strumento principale di realizzazione di una politica ' all'altezza dei tempi ' solo a patto di collocare i valori, gli obiettivi ' nuovi ', nell'alveo di una continuità (sostanzialmente ininterrotta) di procedure argomentative e di convinzioni metodologiche; solo a patto, insomma, di essere essa stessa *tradizione*. Se si pensa, d'altra parte, come il fiore all'occhiello di riviste politicamente inquiete e ottativamente radicali quali i « Nuovi Studi » fosse proprio il porsi come alternativa alla tradizione e come programma di rifondazione politica e metodologica della giurisprudenza, si comprende come la tesi bettiana, che nella ' dogmatica odierna ' vedeva proprio il punto di equilibrio fra tradizione e rinnovamento, risultasse politicamente e teoricamente insoddisfacente.

Se poi di tutto questo si cerca una riprova (*ex post* e *a contrario*, ma non per questo meno indicativa), la si troverà, a mio

---

([129]) Cfr. *supra*, par. 9.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

avviso, in un saggio, del '50, di Salvatore Pugliatti ([130]), un intelligente, colto difensore della dogmatica e insieme della tradizione della giurisprudenza, della giurisprudenza come tradizione: « ... le linee della tradizione (legislativa, scientifica, giurisprudenziale) non possono non essere determinatrici, almeno tendenzialmente, dell'avvenire. Non sono ammissibili rotture immotivate e salti capricciosi: è questo il senso profondo di ciò che si dice ' continuità giuridica ' di una società politicamente organizzata. Non che si possa pretendere di immobilizzare il moto vitale ... Ma certamente è legittimo riprendere le fila del tessuto lacerato dal fatto rivoluzionario, ed innestare il nuovo disegno sull'antico ... » ([131]). Anche queste parole potrebbero essere di Betti ([132]), congeniali come sono alla sua convinzione della ' provvidenzialità ' storica della giurisprudenza, quindi della sua responsabilità sociale, della sua opera di prudente mediazione fra tradizione e rinnovamento.

Eppure, il quadro ideologico di riferimento, il giudizio sul regime fascista di un Betti o di un Pugliatti divergono profondamente. Si provi a rileggere il giudizio di Pugliatti sulla giurisprudenza italiana durante il fascismo ([133]) e si vedrà come esso

---

([130]) S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in « Rivista italiana per le scienze giuridiche », LXXXIII, 1950, pp. 49 ss.

([131]) *Ibidem*, p. 74.

([132]) Ma anche, ad esempio, di Cesarini Sforza, che ho interpretato in questa ottica in *Widar Cesarini Sforza: ' illusioni ' e ' certezze ' della giurisprudenza*, in « Quaderni fiorentini », 5/6, 1976-77, pp. 1053-54.

([133]) « Nei paesi nei quali si tentarono trasformazioni radicali delle strutture giuridico-politiche, e in vista della realizzazione di tali ambiziosi programmi si negò ed ostacolò la libera critica, la scienza giuridica presentò due opposti aspetti: quello di una irrazionale ed incontrollata apologetica, vacua e monotona, che traduceva in termini diversi la retorica dei dirigenti politici; e quello di una rarefatta geometria di forme concettuali legate in un elaborato sistema, capace, almeno in apparenza, di accogliere qualsiasi contenuto. Codesta seconda tendenza — la sola che meriti di essere presa in considerazione — consentì ai cultori della scienza giuridica, di opporre una barriera formale ai reiterati e sempre più insistenti tentativi di sopraffazione da parte dei neofiti entusiasti dell'altra maniera; e nel contempo costituì una remora ed un freno in ordine all'applicazione dei nuovi princìpi e delle nuove norme ... Dopo il crollo delle strutture o piuttosto impalcature giuridico-politiche di un regime che si pretendeva rivoluzionario, ... è chiaramente apprezzabile il risultato autodifensivo della scienza giuridica: i

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

distingua con rigore manicheo fra ciò che chiamerei la ' giurisprudenza *del* fascismo ' e la ' giurisprudenza *durante* il fascismo ', per connotare la prima con un giudizio pesantemente negativo e per attribuire alla seconda una funzione scientificamente e politicamente positiva: quella dogmatica pura e ' autodifensiva ' che i giuristi contrari all'« apologetica » « irrazionale e incontrollata » opponevano alla politicizzazione della giurisprudenza era per Pugliatti, sostanzialmente, il buon, vecchio metodo giuridico che resisteva alle sovversioni e alle revisioni del momento per confermarsi come tradizione scientificamente e socialmente affidabile.

Con apparente paradosso, mentre sarebbe difficile trovare Betti concorde nel giudizio politico soggiacente al brano di Pugliatti testé citato, l'elogio del metodo giuridico poteva trovarlo perfettamente disponibile al consenso.

Se questo è vero, la ipotesi storiografica (non priva di suggestione) che Pugliatti delineava nel saggio del '50 si rivela sfortunatamente troppo semplice per una realtà culturale più complessa di quello che la dicotomia di Pugliatti vuol far intendere: della insufficienza descrittiva di quella valutazione Betti è una prova, parziale quanto si vuole, ma non trascurabile. Pur non estraneo al mondo di valori condiviso dalla ' giurisprudenza del fascismo ' rimaneva in essa, come giurista, sostanzialmente appartato, mentre, apparentemente distaccato dalle vicendi interne delle discipline storico-giuridiche, disposto ad inseguire, isolatissimo in Italia, ambiziosi progetti di ermeneutiche generali, coglieva invece, di quelle discipline, precisamente gli aspetti problematici (e gli assiomi sottaciuti) più condivisi e radicati. Quello stesso percorso che portava un De Francisci o un Volpicelli dalla giurisprudenza alla politica serviva a Betti per il cammino inverso, dalla politica al primato della giurisprudenza, dall'enfasi rivoluzionaria all'aggiornamento interno alla tradizione: quasi che, quando erano in gioco il primato della giurisprudenza, l'autonomia

---

cultori di questa disciplina non hanno da registrare fratture irreparabili in seno alla loro tradizione. Tempeste anche furiose, insidie, attacchi senza tregua e a volte violenti, hanno intorbidato le acque di quella tradizione, e a volte le hanno sconvolte fino alla profondità più remote, provocando vaste convulsioni: ma al primo apparire del sole tra le nuvole, le onde si sono distese e la furia si è placata » (S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, cit., pp. 50-51).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del diritto e la giurisprudenza come tradizione, l'ideologia della giurisprudenza (o, se si preferisce, la giurisprudenza come ideologia) prevalesse su altre ideologie profane e transeunti; quasi che, in definitiva, il mestiere di giurista (e la connessa *ideologia di ceto*) contasse di più delle rottura istituzionali e delle connesse procedure di legittimazione.

15. *'Dogma' e 'storia': Betti e la metodologia storico-giuridica italiana fino agli anni Cinquanta.*

Il dibattito fra Betti e De Francisci ha rivelato almeno tre caratteristiche significative di quella vicenda tematica interna alle discipline storico-giuridiche, compendiabile per brevità nel gioco combinato delle due grandezze eterogenee di 'dogma' e 'storia': innanzitutto la presenza, al centro della polemica, di assunzioni teoriche e ideologico-politiche non dissimili nei due giuristi, anche se diversamente operanti in ciascuno di essi; in secondo luogo, il radicamento del dibattito nel vivo della tradizione interna alla discipline storico-giuridiche, nel momento del trapasso da una impostazione positivistica del problema dell'oggetto e del metodo della storiografia ad una impostazione aperta alle suggestioni neo-idealistiche; in terzo luogo, il prolungamento obbligato del dibattito oltre il cerchio concluso delle discipline storico-giuridiche, la valenza politica che esso assumeva confondendosi con le spinte alla politicizzazione della giurisprudenza (o distinguendosi da esse) nel quadro ideologico del fascismo al potere.

In effetti, la compresenza nel dibattito sulla metodologia storico-giuridica di implicazioni politiche rilevanti, di scelte filosoficamente consapevoli e insieme di soluzioni di problemi maturati sul terreno specifico delle discipline storico-giuridiche rende il 'caso' Betti-De Francisci significativo, ma isolato. Ciò che resta a caratterizzare il dibattito, oltre il 'caso' di questi due autori, non è più la preoccupazione di trovare un nesso fra una metodologia storiografica e una politica, e nemmeno fra una soluzione interna a una storiografia 'particolare' e una qualche prospettiva filosoficamente più ambiziosa e generalizzante; è piuttosto l'esigenza di districarsi fra i termini antinomici della famosa aporia, ai fini di venire a capo non tanto di un problema teorico

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fra i molti possibili, ma di un problema da cui dipendeva direttamente il reperimento di una nuova identità per la disciplina storico-giuridica (romanistica, soprattutto).

La complessità della posizione di Betti (o di De Francisci) viene quindi riportata (134), per così dire, al suo punto di origine: la ' crisi del diritto romano ', la necessità di esprimerne i termini costitutivi e di suggerire le vie di uscita. E uscire dalla crisi del diritto romano, o, più in generale, trovare una legittimazione piena per le ricerche storico-giuridiche, vorrà dire, di nuovo, combinare variamente i termini ' bettiani ' dell'aporia ' dogma ' / ' storia ', far prevalere ora l'uno ora l'altro, individuare, attraverso il gioco intrecciato di quelle eterogenee ma obbligate grandezze della ricerca storico-giuridica l'oggetto e il metodo della ricerca, ma non comporterà, fino agli anni cinquanta, una rottura decisa del campo problematico circoscritto dalla famosa aporia (135).

In questa prospettiva, sarà istruttivo raggruppare per linee di tendenza, senza alcuna pretesa di completezza, diverse soluzioni interne all'impostazione (per intenderci) bettiana del problema fino al momento in cui non appaiano segni di una impostazione diversa.

15.1. *Diritto romano e dogmatica.*

Una delle prime voci più fieramente ' anti-bettiane ' che ci è dato di ascoltare è quella del Biondi, la cui più organica presa di posizione metodologica è consegnata a quel singolare luogo

(134) Il ' prima ' e il ' dopo ', impliciti nel presente tentativo di rappresentazione di alcune tendenze del dibattito metodologico svolgentesi nell'ambito della storiografia giuridica fino agli anni Cinquanta, non hanno tanto un valore rigidamente cronologico, quanto piuttosto logico-storico.

(135) Tanto per citare a riprova alcuni contributi non ricompresi fra i ' saggi-campione ' che mi accingo a considerare, cfr. L. De Sarlo, *Indirizzi, metodi e tendenze della moderna scienza del diritto romano*, in « Archivio giuridico », CXI, 1934, pp. 98 ss.; L. Chiazzese, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Palermo, 1948², pp. 25-26; C. Gioffredi, *Dommatica e sistematica nello studio del diritto romano*, in « *Studia et documenta historiae et iuris* », XVIII, 1952, pp. 248 ss.; Id., *A proposito di impostazione storica e diagnosi giuridica*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, Milano, 1956, vol. II, pp. 435 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

retorico-accademico che è la prolusione — quasi tutta una ' guerra di prolusioni ' può considerarsi la *querelle* su ' storia ' e ' dogma ' fino agli anni Cinquanta. Ora, nella prolusione milanese del Biondi ([136]), la dichiarazione di guerra alla metodologia bettiana è esplicita e, si direbbe, intransigente: a contrastare la vincente e ormai univoca vocazione storica della storiografia giuridica non manca chi « voglia dare sapore di novità metodologica alle tendenze ricostruttive della pandettistica, impostando la questione sul terreno della gnoseologia » ([137]). Il responsabile di questa ripandettizzazione della storiografia romanistica è, naturalmente, Betti, accostato senz'altro, alquanto ingloriosamente, agli ' attualizzatori ' alla Cogliolo.

Secondo il motivo ricorrente nella autocoscienza storiografica della romanistica, le due anime della disciplina storico-giuridica, successive nel tempo, occupano tutto il campo problematico: da una parte, l'approccio sistematico-attualizzante (dogmatico) al diritto romano (e la pandettistica come sua ultima e massima incarnazione), dall'altra parte, il metodo critico-filologico (e la critica interpolazionistica come suo ultimo e più maturo prodotto).

L'aporia è, come si vede, quella che Betti (come poi la maggior parte dei ' metodologi ' operanti sul terreno della ricerca storico-giuridica), aveva impostato, tentandone però anche un superamento sintetico. Biondi conferma i termini della scelta (quindi la possibilità di chiudere il problema dell'oggetto della storia del diritto nei termini della famosa aporia), ma dichiara di scegliere decisamente la ' storia ' contro il ' dogma '.

In realtà, però, i profili del discorso sono assai meno netti. Innanzitutto, la dogmatica si divide in un insieme di concetti strettamente legati alla descrizione di un dato ordinamento ' positivo ', (quindi di una determinata contestualità storica) ([138]) e in una serie di concetti, diremmo, meta-positivi, senza « limiti di tempo o di spazio », insomma in una dogmatica astratta ([139]),

([136]) B. BIONDI, *Prospettive romanistiche*, cit.

([137]) *Ibidem*, pp. 230-31.

([138]) *Ibidem*, p. 232.

([139]) *Ibidem*, p. 236; cfr. anche B. BIONDI, recensione a V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1927, ora in *Scritti giuridici*, cit., vol. I, p. 246.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

schiettamente meta-storica: una distinzione, direi, perfettamente bettiana. È infatti a questo secondo aspetto della dogmatica che Betti si rivolge per decifrare l'oggetto della storiografia giuridica.

In secondo luogo, anche per Biondi, « un distacco, o peggio, una antitesi tra storia e dommatica positiva del diritto che vogliamo considerare, neppure è concepibile; infatti la storia è inscindibile dalla dommatica positiva del diritto passato, giacché storia non è descrizione delle singole norme di condotta, ma altresì ricostruzione concettuale degli istituti, così come vennero concepiti dai giuristi del tempo » ([140]).

L'oggetto della ricerca storico-giuridica, dunque, è, anche per un antagonista frontale della metodologia bettiana, definito esattamente dalla coppia ' dogma/storia ': non sono concepibili aspetti problematici che fuoriescano dalle maglie di questa rete metodologica. L'alternativa a Betti non sta quindi nella proposizione di un oggetto (e di un metodo) di ricerca definito da parametri diversi da quelli che Betti (o Checchini o De Francisci) avevano individuato: tanto Betti che Biondi procedevano da assunzioni previe sull'oggetto delle loro ricerche (quindi sullo stato della storiografia giuridica) sostanzialmente omogenee. Se però, con De Francisci, la eterogeneità di alcuni presupposti filosofici e la pregnanza di alcune implicazioni politiche spingeva la soluzione della famosa aporia verso esiti piuttosto divergenti, il richiudersi del dibattito nell'alveo molto rigido delle discipline storico-giuridiche e della loro tradizione faceva sì che la definizione dell'oggetto della storiografia giuridica nei termini dell'antitesi ' dogma/storia ' chiudesse tutto l'orizzonte problematico di quella.

L'alternativa a Betti, a questo punto, si riduce a sostenere la necessità di ricostruire la dommatica antica ' come tale ', la sua « verità obiettivamente posta » ([141]): un piccolo residuo ' positivistico ' in un approccio dichiaratamente ' non-filosofico ' al diritto romano. Questo stesso residuo ' oggettivistico ', d'altronde, viene a ridursi ulteriormente quando Biondi prende in considerazione il problema della impiegabilità della dogmatica astratta in funzione storiografica: quella dogmatica, in sostanza, che Betti

([140]) B. BIONDI, *Prospettive romanistiche*, cit., p. 232.

([141]) *Ibidem*, p. 234.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

chiamava, con Jhering, l'« alfabeto giuridico », e che proponeva come strumento dell'interpretazione storico-giuridica. Che siffatti concetti generali (e tendenzialmente meta-storici) servano alla ' diagnosi ' storico-giuridica dei fenomeni, Biondi è disposto ad ammettere: nega infine soltanto che ciò autorizzi lo storico a colmare le lacune, a integrare la rappresentazione direttamente appoggiata sulle fonti: un punto della polemica antibettiana, questo, che troverà concordi quasi tutti gli storici-giuristi intervenuti nel dibattito ([142]), ma che si esercita solo su un particolare (troppo provocatoriamente organicistico-sistematico) della proposta metodologica bettiana.

Certo, il ' ritorno a Savigny ' che Betti, più che suggerire, realizzava, la sua proposta di una dogmatica che, non a dispetto dei suoi condizionamenti storici, ma proprio perché radicata in una storicità che finiva per coincidere con la tradizione, fosse capace di rivelare l'intima struttura giuridica del passato, implicavano una sensibilità politico-culturale trans-disciplinare che Biondi non sembrava possedere. Eppure, persino il principale esito politico-giuridico della posizione bettiana era condiviso dal Biondi: il ruolo socialmente centrale del giurista, della giurisprudenza. È un diverso schema retorico che sorregge questa tesi: è l'invito al ritorno non a Savigny, ma ai giuristi romani, alla loro *prudentia*, alla loro capacità di mediazione e di attenzione alla ' realtà ' ([143]). Al di là della mitologia d'occasione, il risultato è l'esaltazione della funzione sociale del giurista, la necessità di restaurare la neutralità della giurisprudenza ([144]).

Se tutto questo è vero, una delle prime (e più acri) risposte a Betti, anziché rivelare, come poteva aspettarsi dall'andamento di dura contrapposizione polemica che essa vuole assumere, una definizione dell'oggetto diversa, una diversa decifrazione della tradizione della propria disciplina, conferma proprio alcuni aspetti

---

([142]) Cfr. ad esempio M. LAURIA, *Indirizzi e problemi romanistici*, in « Il foro italiano », LXI, 1936, Parte IV, pp. 60 ss.

([143]) B. BIONDI, *Obbietto e metodi della scienza giuridica romana* (1943), ora in *Scritti giuridici*, cit., vol. I, pp. 99 ss.

([144]) B. BIONDI, *Scienza giuridica come arte del giusto* (1950), ora in *Scritti giuridici*, cit., vol. I, p. 179.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

essenziali di quella tradizione così come Betti l'aveva rispecchiata e convalidata: dall'accettazione dell'aporia ' dogma/storia ' come orizzonte dentro il quale ragionare e risolvere la crisi del diritto romano, alla irrenunciabilità di una storia giuridica come storia dogmatica (sia pure ' al passato ') alla idea di una dogmatica ' storicamente ' originata ma ' metastoricamente ' durevole e utilizzabile, alla declamazione sulla centralità sociale della giurisprudenza.

15.2. *Diritto romano e tradizione.*

La posizione ' anti-bettiana ' di Biondi è una conferma, *a contrario*, dell'ipotesi qui proposta sulla chiusura del dibattito metodologico (fino agli anni cinquanta) nell'alveo obbligato dell'aporia ' dogma/storia ' e sulla sostanziale concordanza, al suo interno, nella individuazione dei temi ritenuti qualificanti per la definizione dell'oggetto e del significato della ricerca storico-giuridica.

Naturalmente l'uno o l'altro autore, sia che accetti *in toto* la impostazione di Betti sia che la rifiuti o la accolga con beneficio di inventario, raggiunge poi, con un proprio procedimento argomentativo, il risultato di mettere in evidenza, come più rilevante di altri, l'uno o l'altro tema compreso nel discorso bettiano: quello che preme qui di rilevare (con un procedimento che si direbbe ' per campioni ') è che, di regola, la riflessione metodologica dell'uno o dell'altro storico del diritto non esce radicalmente fuori dalla prospettiva (diciamo per brevità ' bettiana '), ma gioca in un campo problematico omogeneo a questa.

Si leggano ad esempio, di Grosso, le *Premesse generali al corso di diritto romano* ([145]): muovendo dalla consueta percezione della crisi della romanistica divisa fra ricordi pandettistici ed acquisizioni filologico-storicistiche, anche per Grosso il problema dell'identità della disciplina storico-giuridica si pone nei termini, ormai ben noti, della soluzione dell'aporia ' dogma/storia '. In questo caso, l'adesione alla proposta bettiana è convinta (salvo inviti alla prudenza e al rispetto della storicità), ma quello che

([145]) G. Grosso, *Premesse generali al corso di diritto romano* (1940), Torino, 1960[4].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sopratutto interessa rilevare è che, a partire da essa, l'autore giunge a mettere in evidenza un tema che, senza essere immediatamente richiamato dal nesso ' storia/dogma ', tuttavia costituisce una parte essenziale non tanto della metodologia storiografica *stricto sensu*, ma della politica culturale bettiana (e, come abbiamo visto, non solo bettiana): la giurisprudenza come tradizione.

La giurisprudenza come tradizione significa innanzitutto il dilatarsi della dogmatica oltre la contestualità specifica in cui ha avuto origine, vale come risposta all'esigenza di continuità nel tempo che il giurista nutre nei riguardi dei propri schemi interpretativi ([146]). Il fondamento della utilizzabilità della dogmatica in funzione storiografica finisce per riposare più sulla continuità della tradizione che permette un itinerario all'indietro nel solco di un binario ininterrotto che non sulle motivazioni ' gnoseologiche ' che Betti aveva introdotto nel dibattito (ma che, come sappiamo, non escludevano affatto, ma anzi finivano per implicare, il ricorso alla ' tradizione ').

La tradizione, d'altronde, non è solo il sostegno di una scelta interna ad una determinata metodologia storico-giuridica, ma finisce per essere (come per Betti, per Pugliatti, per Cesarini-Sforza ecc.) un valore come tale, il contrassegno della giurisprudenza, della sua logica (e della sua forza): il « tradizionalismo ... è inerente alla struttura mentale del giurista stesso », rinunciarvi significherebbe buttare a mare « quella stessa tradizione giuridica che ne è elemento integrante ... » ([147]). La tradizione si identifica talmente con la giurisprudenza da voler divenire non soltanto l'asse portante di una epistemologia del sapere giuridico, ma addirittura di una curiosa ' antropologia del giurista '.

([146]) *Ibidem*, p. 40.

([147]) G. Grosso, *Problemi e visuali del romanista*, in *L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di P. Koschaker*, Milano, 1954, vol. I, p. 497; cfr. anche G. Grosso, recensione a E. Betti, *Diritto romano*, I, *Parte generale*, Padova, 1935, in « Studia ed Documenta Historiae et Iuris », II, 1936, pp. 190 ss. Cfr. anche G. Giacomazzi, *Problemi fondamentali del diritto (indagini critiche)*, Palermo, 1935, pp. 169-70; A. Biscardi, *Il diritto romano e l'ora presente*, in « Jus », II, 1951, pp. 287 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

15.3. *Il diritto romano come ' universale giuridico '.*

Il valore centrale della tradizione, l'affermazione di una continuità ininterrotta fra diritto romano e dogmatica odierna, oltre che connotare in modo peculiare le caratteristiche di ciò che la scienza giuridica è (e deve essere), serviva a raggiungere anche un altro obiettivo: il ricupero del contatto della romanistica con le scienze giuridiche ' positive ', del suo innesto *pleno iure* nel corpo della giurisprudenza, che la crisi del modello pandettistico e le spinte storicistiche mostravano di avere spezzato.

D'altronde, il cosiddetto ' valore formativo ' del diritto romano nell'educazione del giurista, quindi il suo contributo all'arricchimento concettuale della scienza giuridica, chiedeva di ricevere una giustificazione autonoma, interna ai risultati stessi della storiografia romanistica.

Se, in questa prospettiva, ricorriamo ad un altro dei saggi-campione utilizzabili, la prolusione del Pugliese, a Macerata nel '41 ([148]), offre la risposta forse più decisa ed univoca all'esigenza di un nesso fra giurisprudenza e storia del diritto. Il quadro di riferimento è, di nuovo, la ' crisi del diritto romano ', il suo lungo travaglio nell'acquisizione di una ' identità ' nuova: a questo scopo non basta né un elogio retorico della eccellenza della giurisprudenza romana e nemmeno la forza della tradizione, ma occorre la convinzione dell'utilizzabilità del diritto romano come di ogni altro diritto del passato in vista della comprensione del « fenomeno giuridico nella sua completa essenza » ([149]).

La ' storia ' non appare come un'occasione di relativizzazione del ' dogma ', di frantumazione del fenomeno giuridico in specifiche contestualità storiche non necessariamente omogenee e comunicanti, ma opera piuttosto come una *fons perennis* da cui attingere, per comparazione e induzione, le ' costanti logiche ', la ' giurisprudenza integrale ', il fenomeno giuridico nei suoi contrassegni universali ed astratti ([150]). L'antinomia ' dogma/storia '

([148]) G. PUGLIESE, *Diritto romano e scienza del diritto*, in « Annali della Università di Macerata », XV, 1941, pp. 5 ss.

([149]) *Ibidem*, p. 11.

([150]) *Ibidem*, pp. 20-21.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

opera ancora, sullo sfondo: l'itinerario bettiano viene esaltato, per così dire, più nel momento del rifluire del passato nel presente che nel momento della decifrazione (attraverso la dogmatica odierna) del passato.

D'altronde, la ricerca delle caratteristiche del fenomeno giuridico come tale è un tema ricorrente nella giurisprudenza italiana del novecento ([151]): qui però esso viene convogliato a giustificare la funzione giuridicamente insostituibile del diritto romano, viene utilizzato per dare ad esso un'identità non genericamente storiografica ma specificamente giuridica — un tema, come sappiamo ([152]), niente affatto estraneo alla prospettiva bettiana, salvo un'accentuazione in senso razionalistico ([153]) del carattere metastorico dei princìpi di diritto induttivamente enucleati dalle esperienze giuridiche del passato.

15.4. *Diritto romano ed educazione giuridica.*

Non era comunque necessario arrivare al giusrazionalismo di Pugliese per rispondere affermativamente al dubbio circa la funzione giuridicamente creativa del diritto romano: bastava giocare sui termini della famosa aporia, ma — ed è quello che soprattutto preme ribadire — è proprio facendo leva in qualche modo su ' dogma ' e ' storia ' che allo studio storico del diritto romano si riconosceva la sua identità e la sua funzione.

Poteva allora essere introdotta da alcuni la considerazione secondo la quale l'esercitazione giuridico-dogmatica sul diritto romano, dovendo compiersi non già su dati normativi di per sé « astratti e generici », ma sulla base del « confronto di testi, di casi, di opinioni diverse » è più aperta all'induzione e più vicina all'empiria di quanto non sia la dogmatica costruita nell'ambito degli ordinamenti giuridici attuali ([154]): l'approfondimento dottri-

---

([151]) Da Cesarini Sforza ad Alessandro Levi, da Checchini a Biondi.

([152]) Cfr. *supra*, par. 6.

([153]) Cfr. G. PUGLIESE, *Diritto romano*, cit., p. 44.

([154]) G. BRANCA, *Considerazioni sulla dommatica romanistica in rapporto alla dogmatica moderna*, in « Rivista italiana per le scienze giuridiche », LXXXVII, 1950, p. 149.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nario del diritto romano diventa così la « via di salvezza » dal bizantinismo e dall'astrattezza della dogmatica odierna, il suo correttivo — in qualche modo, ancora, il suo modello normativo.

Da altri invece, con maggiore, fin troppo accentuato possibilismo, poteva essere sostenuto che lo studio dogmatico del diritto romano serviva sia all'individuazione dei concetti giuridici più generali ed astratti (quindi nel senso, sembrerebbe, di una dogmatica che Branca diceva ' bizantina ') sia come esempio di « realizzazione del generale nel particolare » (155); quello che comunque restava ben fermo era la convinzione che il romanista potesse dare « un forte stimolo allo sviluppo della nostra dogmatica » (156): era la convinzione, appunto ' bettiana ', che la crisi d'identità della romanistica passasse attraverso la impostazione aporetica del rapporto fra ' dogma ' e ' storia ' e che la soluzione del dilemma coincidesse con l'una o con l'altra combinazione dei termini costitutivi di esso.

Qualunque fosse poi l'*ars combinatoria* adottata, la tesi della funzione giuridicamente essenziale del diritto romano (essenziale per la educazione del giurista come per la formazione dei concetti della scienza giuridica) era di regola una conseguenza argomentativa obbligata: non a caso, nella famosa inchiesta sullo studio e l'insegnamento del diritto romano, promossa da « Labeo » e pubblicata nel '56 (157), il parere della larga maggioranza degli studiosi interpellati era, sul punto, concorde ed ottimista. Tanto da giustificare, in un attento ed acuto lettore dell'inchiesta, un'osservazione pungente ma pertinente: « interrogando i sacerdoti di una qualsiasi religione non si può che ricevere attestati sulla perenne validità di quella fede. Ma ciò che, nel caso della religione romanistica, interessa sapere, è se esistono tuttora, oltre ai sacerdoti, anche i fedeli, e quale sia la reale misura della fede di questi ultimi » (158).

---

(155) G. GROSSO, *Premesse generali*, cit., pp. 51-52.

(156) *Ibidem*, p. 50.

(157) *Studio e insegnamento del diritto romano. Inchiesta*, in « Labeo », II, 1956, pp. 48 ss.; pp. 187 ss.; pp. 327 ss.

(158) L. RAGGI, *A proposito di studio e insegnamento del diritto romano* (1958), ora in *Scritti*, Milano, 1975, p. 115.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

15.5. *La rottura dell'equilibrio*: '*dogma*' vs. '*storia*'.

Se la combinazione dei termini 'dogma' e 'storia' nella definizione dell'oggetto e della funzione del diritto romano poteva essere molto varia, ma non tanto da sovvertire completamente l'impostazione 'bettiana' del nostro problema, un caso-limite (ma anche un'estrema conferma) di un siffatto gioco combinatorio è rappresentato dal rifiuto esplicito di prospettare un'effettiva conciliazione o tentativo di sintesi dei termini (nell'impostazione del problema) antinomici e quindi dalla tematizzazione della sostanziale eterogeneità delle due dimensioni, storica e dogmatica. Certo, la storia del diritto è pur sempre definita dal 'dogma' e dalla 'storia', ma dove la logica compare finisce la storia e viceversa. « L'evoluzione dei dogmi è movimento di immagini nitide, perché astratte e logiche e soprattutto non può mai avvicinarsi o confondersi, nella sua necessaria arbitrarietà, con la storia della società e della vita » ([159]). Istruttivo nella sua paradossalità è l'elogio dell'opera bonfantiana: indifendibile, forse, *storicamente*, nell'una o nell'altra ricostruzione dei fenomeni sociali, nei nessi storico-cronologici fra questi; ma esemplare perché capace di pensare *giuridicamente*, a partire da un determinato punto di vista, l'unità del sistema giuridico romano, la sua 'organicità', dove (logicamente e quindi giuridicamente) *tout se tient*; esemplare perché permette di trasformare « un'evoluzione discutibile dal punto di vista della molteplicità della storia » in una autentica « verità giuridica (convenzionale) » ([160]).

Logica e storia, che Betti voleva, a suo modo, conciliate, qui vengono contrapposte per divenire due parallele che attraversano, sì, il terreno della storia giuridica, senza però potersi incontrare: la prima è in diretto rapporto col presente, garantisce la continuità fra dogmatica antica e moderna (« la logica è quella che è ») ([161]) e quindi anche l'utilizzabilità della dogmatica odierna nella decifrazione dei fenomeni giuridici del passato; la seconda può utilizzare i materiali giuridici, ma solo ai fini (dogmatica-

([159]) G. BRANCA, *Considerazioni sulla dogmatica romanistica*, cit., p. 134.
([160]) *Ibidem*, p. 137.
([161]) *Ibidem*, p. 140.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente irrilevanti) della decifrazione dei fatti concreti, di una dinamica storico-sociale refrattaria a qualsiasi rappresentazione che ne schematizzi e concettualizzi il movimento e le sfumature.

Nel diritto, dunque, « confluiscono logica e storia. Ma la scienza giuridica non può cogliere il diritto vivente, nel suo reale fluire. Essa è condotta a immobilizzare il tempo, e quindi a irrigidire ed astrarre » (162). Sono parole di Pugliatti che richiamano da vicino il senso dell'opposizione che Branca vedeva fra ' storia ' e ' dogma ': la storia giuridica e la dogmatica sono il profilo diacronico e il profilo sincronico di una attività interpretativa, che si mantiene, sì, unitaria (163), ma che deve insieme sdoppiarsi in due dimensioni qualitativamente differenziate.

' Storia ' e ' dogma ' si fronteggiano ancora, ma, sia che l'opposizione coinvolga direttamente i due termini, sia che, in modo più complesso, venga contrapposta una storia giuridica (in sé diacronica e sincronica) a una storia *tout court*, eterogenea rispetto a quella e non ricomprendibile in essa, la convinzione bettiana di una rivelazione senza residui della ' storia ' nel ' dogma ' e viceversa di una felice immersione del ' dogma ' nella struttura intima della storia veniva di fatto messa seriamente in questione.

16. *Estrapolazioni tematiche sulla romanistica italiana fino agli anni Cinquanta.*

Se da questi brevi sondaggi per campione sullo stato del dibattito metodologico nella romanistica fino agli anni Cinquanta è lecito estrapolare alcune conseguenze, queste possono essere rapidamente indicate in uno schema che riassuma le tematiche, le assunzioni di fondo, non più dell'uno o dell'altro autore, ma dell'intero contesto discorsivo considerato (164).

1) Betti, come metodologo della storia giuridica (romanistica), non ha impostato un problema appartato rispetto all'oriz-

---

(162) S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, cit., p. 83.

(163) *Ibidem*, p. 84, nota 108.

(164) Con l'eccezione, parziale, del dibattito Betti-De Francisci nella sua fase iniziale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zonte teorico della tradizione storico-giuridica della prima metà del nostro secolo, ma al contrario ha individuato i nuclei tematici nevralgici, che, al di là dei dissensi sull'una o sull'altra soluzione, davano un volto (relativamente) unitario alla romanistica del periodo.

2) Lo stimolo immediato, e il comune punto di riferimento, delle riflessioni interne alla romanistica, è la convinzione di una ' crisi del diritto romano ', intesa come il conflitto delle due anime (storicamente maturate in tempi diversi, ma ora idealmente compresenti) dello studio storico del diritto romano, la pandettistica e la critica interpolazionistica, la ' storicizzazione ' e l' ' attualizzazione ', la ' storia ' e il ' dogma ', appunto: la percezione teorica della crisi del diritto romano coincideva con l'impostazione dell'aporia ' storia/dogma ' e, viceversa, un qualche superamento di quel dilemma comportava una rinnovata o ritrovata identità della romanistica, quindi una più forte e aggiornata legittimazione dello studio (storico-dogmatico) del diritto romano.

3) Un siffatto schema di autocomprensione storiografica della romanistica tendeva a chiudere il problema (di rilevanza metodologica generale) del rapporto fra ' logica ' e ' storia ' nel problema del rapporto fra dogmatica e storiografia giuridica: il solo esempio di ' logica ', insomma, che lo storico-giurista fosse tenuto a considerare era la dogmatica, e l'unico schema di lettura del passato preso in esame (non importa se per esprimere fiducia o diffidenza) era l'apparato categoriale della scienza giuridica odierna.

4) Il dibattito metodologico è, quindi, intransigentemente (per così dire) endo-disciplinare. Esso non coinvolge mai problemi interpretativi desunti da discipline storiografiche o da prospettive filosofiche o sociologiche diverse da quella ' filosofia dei giuristi italiani ' di cui abbiamo veduto, *in action*, un piccolo settore. La specificità della storiografia giuridica, che costituisce indubbiamente un problema metodologico non trascurabile, tende a risolversi, nel contesto considerato, nella strategia dell'isolamento, forse splendido, ma certo metodologicamente discutibile.

5) La risoluzione dell'aporia ' dogma/storia ' tende a rinnovare la centralità del ruolo della romanistica nell'ambito delle scienze giuridiche: qualunque sia la particolare procedura argomentativa adottata, il risultato è quello di attribuire alla storia

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giuridica la capacità di partecipare in proprio, e a pieno titolo, non tanto o non solo alla conoscenza di qualche esperienza storicamente conclusa, ma alla formazione del giurista e della giurisprudenza odierni.

6) Il diritto romano non è soltanto un'esperienza giuridica racchiusa in una contestualità storica determinata, quanto piuttosto il momento primo (e privilegiato) di una tradizione giuridica descritta più attraverso lo schema della continuità che non della rottura, rappresentata più come un prolungamento o una reiterata ' resurrezione ' del diritto romano che come una esperienza storica specificamente connotata.

7) La trasformazione del ' diritto romano ' in ' tradizione romanistica ' facilita il passaggio ad una asserzione ulteriore, che investe non più soltanto la natura della storiografia romanistica, ma le caratteristiche della storia giuridica (e della giurisprudenza) nel suo complesso: il diritto romano come elemento centrale della tradizione giuridica prolungatasi ininterrottamente fino ai nostri giorni è un elemento essenziale della odierna scienza giuridica perché questa annovera la tradizione come suo elemento costitutivo. La giurisprudenza viene concepita come aggiornamento, adattamento, quindi riconferma della tradizione, garante della continuità di se stessa e, attraverso se stessa, dell'equilibrio sociale e del tessuto istituzionale.

8) Il metodo con cui la giurisprudenza intende conservare e rinnovare la propria tradizione coincide sostanzialmente con il concettualismo e la sistematicità della dogmatica: l'univocità dell'impostazione dell'oggetto della storiografia giuridica (fra ' dogma ' e ' storia ') rende uniforme anche l'immagine di scienza giuridica che ne scaturisce indirettamente.

9) Il quadro di riferimento, verbalmente storicistico, che caratterizza la storiografia giuridica della prima metà del novecento, non basta ad escludere asserzioni tendenti a convogliare la storia giuridica e la giurisprudenza verso esiti sostanzialmente meta-storici: la giurisprudenza come storia di se stessa, divenuta giurisprudenza come tradizione, tende ad affermarsi anche come luogo di percezione dell' ' universale giuridico ', ad identificarsi con il Diritto come tale, a presentarsi come espressione pura della ragione e della logica.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

10) La giurisprudenza è una forma di sapere la cui autonomia epistemologica è data per completa. La ' Isolierung ' della storiografia giuridica rispetto ad un dibattito potenzialmente bisognoso di apporti multidisciplinari, sorregge (ed è sorretta da) una immagine di scienza giuridica capace di dare una rappresentazione della società in sé compiuta e quindi refrattaria a qualsiasi etero-integrazione.

11) La convinzione del ruolo epistemologicamente autonomo della giurisprudenza nell'ambito delle scienze umane tende a tradursi, sul piano della proposta politico-giuridica, nella tesi del ruolo socialmente essenziale del giurista, quindi del peso, *lato sensu* politico, della giurisprudenza: questa viene posta al centro dei meccanismo di equilibrio sociale, responsabile di quel mutamento nella continuità che veniva considerato il suo segno distintivo, la sua caratteristica insieme politica e teorica.

12) La pregnanza politica attribuita alla giurisprudenza *come tale* tende a mettere in parentesi ogni considerazione rivolta a stabilire possibili collegamenti fra l'immagine che la giurisprudenza accredita di se stessa e le conseguenze politico-sociali che essa produce *in fact*: la filosofia politica dei giuristi italiani aveva le sue ragioni, che la prassi politica poteva non intendere, ma di cui certamente sapeva servirsi.

13) Il dibattito ideologico-politico rimane relativamente influente sul costituirsi dell'uno o dell'altro raggruppamento interno alla giurisprudenza e comunque deve fare i conti con una *ideologia di ceto* abbastanza compatta e relativamente eccentrica rispetto alla più diretta contrapposizione delle ideologie politiche generali.

17. *La svolta metodologica di Orestano e i primi segni di una nuova consapevolezza storiografica.*

Il periodo nel quale la consapevolezza metodologica e teorico-giuridica della romanistica italiana si esprime, a mio avviso secondo linee di tendenza ricomprese in larga misura nell'impostazione bettiana dell'aporia ' dogma/storia ' (con le implicite assunzioni di valore e definizioni dell'oggetto che essa comporta) termina idealmente negli anni cinquanta: non intendendo indicare, con questa periodizzazione di massima, l'improvvisa emersione,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in quel periodo, di una metodologia storico-giuridica radicalmente nuova e senza precedenti e la brusca fine di atteggiamenti diffusi nella prima metà del nostro secolo, ma semplicemente segnalare l'insorgenza di atteggiamenti culturali, di proposte metodologiche, che, su molti dei punti chiave del campo problematico ' bettiano ', manifestano un'alternativa importante all'*opinio* (sostanzialmente) *communis* [165].

È la prolusione genovese di Orestano, del '50, che costituisce, a mio avviso, una revisione, prudente ma non per questo meno efficace, della famosa *querelle* e quindi una svolta nel grado di consapevolezza metodologica della romanistica italiana [166]. Non è possibile, in un saggio dedicato all'impostazione bettiana della metodologia storico-giuridica, considerare il contributo di Orestano, se non per dare una sommaria illustrazione dell'ipotesi proposta: il carattere di discontinuità che esso presenta rispetto ad alcuni assunti della impostazione precedente.

È eterodossa innanzitutto la posizione che Orestano assume di fronte al problema della ' crisi del diritto romano ': egli non propone infatti una ennesima soluzione, ma esce fuori dal binario obbligato ' dogma/storia ', dalla ricerca di una qualche conciliazione dell'antinomia, andando piuttosto alle radici che rendevano quel dilemma così decisivo: contestando cioè l'esigenza di mantenere al diritto romano, aggiornandola, la funzione di collaborare alla formazione dei concetti giuridici odierni. Il punto è, come si intende, essenziale, perché è da una siffatta impostazione del problema che si diramano rappresentazioni (non più meramente metodologiche) del diritto romano come tradizione romanistica, della tradizione come fondamento della giurisprudenza, della giurisprudenza come consustanziale alla tradizione e insieme capace di cogliere il diritto come tale, nella sua meta-storica universalità.

---

[165] Non si tratta naturalmente, anche in questo caso, di una scansione rigidamente cronologica, ma logico-storica. Betti stesso continua a riproporre fino agli anni Sessanta la sua metodologia storico-giuridica, ma, mi sembra, senza innovazioni sostanziali rispetto al quadro già compiutamente delineato della prolusione del '27.

[166] R. ORESTANO, *Il diritto romano nella scienza del diritto*, in « Jus », II, 1951, pp. 141 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La risposta di Orestano alla ' crisi ' non è un modo di risolverla, ma di uscirne fuori: la ' crisi del diritto romano ' non è uno strappo nella compatta tela della tradizione che il romanista deve affrettarsi a ricucire, ma rappresenta piuttosto « la più compiuta coscienza che il diritto moderno è venuto assumendo di se stesso » e quindi « la maggiore libertà che perciò stesso lo studio romanistico ha potuto assumere nel condurre l'indagine storica » (167).

Spezzato il nodo che vedeva nel concetto di tradizione la piattaforma sulla quale dilatare il diritto romano verso il futuro e proiettare all'indietro il diritto moderno, rifiutata l'aspettativa che allo studio del diritto romano chiedeva un contributo creativo per la dogmatica odierna e a questa una rivelazione piena della struttura intima del diritto romano, il problema dell'uso della dogmatica nella storiografia giuridica veniva riportato al suo effettivo spessore metodologico, e diveniva il problema della congruenza fra dati empirici e schemi logici di interpretazione. Questi schemi però — e questo è un punto essenziale della svolta metodologica di Orestano — non vengono intesi come momenti dello Spirito, come concetti che, pensati nella nostra contemporaneità, si prestano tuttavia a rivelare la logica profonda del diritto romano, ma sono presentati e discussi in un quadro che vorrei dire (forzando il testo di Orestano, ma, mi sembra, nella sua direzione) non più metafisico, ma operazionale: schemi interpretativi rivolti ad ordinare, a distribuire i dati secondo un principio di coerenza e di esaustività esplicativa. Proprio perché strumenti operativi, essi devono essere controllati, resi volta a volta funzionali alla realtà storica che si sforzano di ordinare ed intendere, usati con la consapevolezza della loro provvisorietà e ' falsificabilità ' (168).

Rifiutato l'uso normativo della tradizione e il modello di giurisprudenza che ne scaturiva, impostato in termini non più savigniani ed enfaticamente metafisici la funzione esplicativa della scienza giuridica nei riguardi delle esperienze giuridiche del passato, riemergeva, contro un panorama storiografico normalmente

(167) *Ibidem*, p. 153.

(168) R. ORESTANO, *Diritto romano, tradizione romanistica e studio storico del diritto*, in « Rivista italiana per le scienze giuridiche », LXXXVII, 1950, pp. 184 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

refrattario a rompere l'isolamento strettamente specialistico delle proprie prospettive metodologiche, la convinzione del nesso fra l'« angolo visuale » (non soltanto ' dogmatico ') da cui lo storico « anche inconsciamente » muoveva e i risultati delle operazioni storiografiche determinate (169). La disponibilità ad intendere il nesso fra giurisprudenza e cultura diviene, d'altronde, la consapevolezza che la scelta di una metodologia storico-giuridica è anche la scelta di una corrispondente giurisprudenza e di una implicita politica del diritto; e che quindi la scelta di una metodologia storico-giuridica che usi il ' dogma ' come rivelazione della tradizione è in realtà anche la scelta di « un *dover essere* dell'esperienza del presente, che si vuol mantenuta e legata, possibilmente in misura ancor più larga di quanto non sia attualmente, al giogo della tradizione stessa » (170).

Certo, al di là di questi felici momenti di distacco dalla ortodossia storico-giuridica del ventennio precedente, restava il problema di determinare, in positivo, le caratteristiche (se ve ne erano) che rendevano ' specifico ' l'oggetto della storiografia giuridica. Il concetto proposto da Orestano è, come a tutti noto, il concetto di esperienza giuridica, così come si era venuto precisando nella filosofia giuridica italiana della prima metà del secolo (171). Non è certo questa la sede per esprimere una qualsiasi valutazione sulla tesi avanzata da Orestano e sulle sue specificazioni ulteriori (172), se non per tre considerazioni ai margini:

a) l'uso che Orestano fa del concetto capograssiano di esperienza giuridica (173) come luogo, per così dire, di rilettura (e completa riformulazione teorica) della famosa aporia ' dogma/storia ' è piuttosto innovativa rispetto a ciò che Capograssi aveva sostenuto in ordine allo stesso problema. Se è vero che Orestano usa

---

(169) R. ORESTANO, *Il diritto romano nella scienza del diritto*, cit., p. 162.

(170) R. ORESTANO, *Diritto romano, tradizione romanistica*, cit., p. 263.

(171) Sul problema dell' ' esperienza giuridica ' cfr., da ultimo, a E. OPOCHER, *La filosofia dell'esperienza giuridica*, in *La filosofia del diritto in Italia nel secolo XX*, Milano, 1976, pp. 69 ss.

(172) Cfr. R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1961².

(173) G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto* (1937), ora in *Opere*, Milano, 1959, vol. II, pp. 375 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il saggio capograssiano del '37 per uscire fuori dalla impostazione 'ortodossa' della famosa *querelle*, è anche vero che le osservazioni che Capograssi dedica al problema costituiscono, a mio avviso, non tanto una via di uscita da quell'impostazione ma, per un verso, una originale utilizzazione del materiale (per intenderci) bettiano ai fini della propria concezione giusfilosofica, per un altro verso (che è il solo che qui interessa) una riconferma dei punti essenziali dello *status quaestionis*: si pensi all'idea della scienza come memoria del passato e garante della continuità della tradizione (174) o alla capacità, attribuita alla scienza, di individuare il nucleo universale del fenomeno giuridico sottostante al mutare delle situazioni storiche (175) e si troveranno almeno due dei temi essenziali condivisi dalla romanistica della prima metà del secolo, che Orestano si preoccuperà di mettere in questione. Se insomma si volessero proprio registrare le consonanze e le dissonanze reciproche di questi due autori sul terreno della metodologia storico-giuridica, si potrebbe a mio avviso collocare Capograssi più vicino alle opzioni metodologiche della romanistica fino agli anni Cinquanta che non Orestano alle proposte storiografiche (implicite) del saggio capograssiano del '37 (che pur Orestano utilizza).

b) Qualunque sia il significato intrinseco del concetto di esperienza giuridica così come proposto da Orestano, esso conserva, negli anni Cinquanta, quel carattere di 'contenitore', di concetto-cornice, di felice disponibilità ad una considerazione culturalmente più ricca del fenomeno giuridico, ad un 'porsi fuori' dal diritto nel riconoscimento che questo non è più « un elemento costitutivo della nostra personalità » (176): un concetto, in definitiva, che contava, in quegli anni, quasi più come 'rifiuto' liberatorio che come programma di lavoro già tutto ordinato e compiuto (177).

In una direzione non troppo dissimile, d'altronde, andava in quegli anni, pur movendo da presupposti teorici sensibilmente

(174) *Ibidem*, pp. 585-87.

(175) *Ibidem*, pp. 601-602.

(176) G. TARELLO, *Sul problema della crisi del diritto*, Torino, 1957, p. 43.

(177) Del carattere 'liberatore' dell'insegnamento di Orestano e dei suoi limiti parla G. TARELLO, *Quattro buoni giuristi per una cattiva azione*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », VII, 1977, pp. 165-67.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diversi, il lavoro metodologico di Paradisi: dove la riflessione sulla storia delle discipline storiografiche si trasformava con chiarezza in una proposta di risoluzione del diritto nella storia che, sia pure tradotta in un linguaggio culturalmente assai diverso, resta al fondo di recentissime proposte metodologiche ([178]). Va da sé che, in un'ottica del genere, la impostazione bettiana del problema ' dogma/storia ' veniva, più che accolta e superata, lasciata decisamente alle spalle ([179]).

c) Irrisolto rimaneva, in sostanza, al di là dell'accademica questione dell' ' autonomia ' della disciplina, il problema delle coordinate teoriche di una storiografia giuridica che volesse cogliere, insieme, la specificità del diritto (e dei suoi vari livelli costitutivi) e i punti, i modi del funzionamento di questo in una contestualità storico-sociale ' globale '. Una nuova aporia, probabilmente: ma certo estranea, ormai, al dilemma che, attraverso la prolusione bettiana del '27, la cultura giuridica italiana aveva assunto come punto di riferimento obbligato della propria consapevolezza metodologica.

([178]) Cfr. *Vorstudien zur Rechtshistorik* (a cura di J.-M. SCHOLZ), Frankfurt, 1977.

([179]) Cfr. B. PARADISI, *Apologia*, cit., pp. 292-95. Più reticente, pur movendo da una analoga opzione filosofica, sembra G. CASSANDRO, *Metodologia storica e storia giuridica*, in « Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Bari », IX, 1948, pp. 136 ss.; cfr. anche G. CASSANDRO, *Storia e diritto. Un'indagine metodologica*, in « Rivista di storia del diritto italiano », XXIX, 1966, pp. 5 ss. Sono importanti per il nostro problema, ma fuori dai confini logico-cronologici dell'oggetto del presente saggio, i contributi pubblicati in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Firenze, 1966 — salvo un già citato articolo di Betti, sostanzialmente ripetitivo, però, della sua ormai ben nota e consolidata posizione — e le risposte a un'inchiesta di « Labeo » pubblicate in « Labeo », XIX, 1973, pp. 42 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

NATALINO IRTI

ITINERARI DEL NEGOZIO GIURIDICO

1. Una svolta nel linguaggio giuridico. — 2. Rottura o continuità?. — 3. Due punti di partenza nella riflessione del Betti: *a*) struttura della norma giuridica. — 4. segue: *b*) posizione della norma giuridica nei confronti della realtà sociale. — 5. Logica della fattispecie e logica dell'autonomia privata. — 6. La risposta 'precettiva'. — 7. Le ambiguità dell'autonomia privata (la risposta di Santi Romano). — 8. La 'recezione' come problema centrale della teoria del negozio giuridico. — 9. La mediazione bettiana. — 10. Aperture e svolgimenti (una voce della dottrina italiana: R. Scognamiglio). — 11. Il negozio giuridico come misura di libertà. Proposte per una rilettura dell'opera bettiana.

1. Il vocabolario giuridico italiano resta ancora oggi un territorio inesplorato. Forme lessicali e sintattiche, strutture e vicende storiche attendono la paziente fatica degli studiosi. Soltanto le indagini di domani illumineranno la svolta del secolo XIX, che vede il metodo dogmatico delle scuole tedesche sostituirsi all'esegesi dei francesi; preciseranno i rapporti fra linguaggio della dottrina e linguaggio della giurisprudenza pratica; diranno, infine, dell'influenza svolta dalle formule politiche e dalle enunciazioni programmatiche contenute nella Carta repubblicana del 1948. Questo vuoto di ricerche e di analisi non impedisce tuttavia di cogliere taluni caratteri del movimento storico, e di segnalare l'ascesa o il declino di schemi espressivi e di moduli letterarî.

E così non impedisce di notare la radicale diversità di linguaggio, con cui i problemi del negozio giuridico vengono svolti in due momenti della nostra storia (1): l'età che si chiude nel

(1) In proposito sono da vedere i pungenti e meditati rilievi di R. Sacco, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. Vassalli, VI, t. 2, Torino, 1975, spec. pp. 4 e 238 sgg.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quarto decennio del secolo e l'età, che, aprendosi in quegli anni, prosegue ancora nell'attualità del presente. Affrontando il rischio indissociabile dalle sintesi e dalle impressioni d'insieme, possiamo collocare tra il 1935 ed il 1943 il declino del *linguaggio volontaristico*: di un linguaggio, che, così nelle pagine di dottrina come nella giurisprudenza pratica, parla di ' manifestazione di volontà ', di ' accordo di volontà ', di ' interpretazione della volontà '. Il lessico del negozio giuridico è tutto costruito con varianti e combinazioni della parola ' volontà ', che non designa un segreto e lontano elemento psicologico, ma una *forza* reale ed attiva nel mondo del diritto.

La disputa fra teoria della volontà e teoria della dichiarazione impoverisce la presenza di questa forza, la degrada e riduce in termini scolastici. Il volontarismo giuridico è qualcosa di più profondo e di più penetrante (2). Non si tratta soltanto di stabilire se nel divario o nel conflitto tra volontà e dichiarazione debba prevalere l'una o l'altra, ma di riconoscere nella volontà del singolo — *nella volontà come tale* — un principio creativo, una potenza che segna la nascita e il destino dei rapporti giuridici. Una potenza — occorre aggiungere —, *che sta prima della legge*, che il singolo trova nella propria libertà, nella propria condizione di ' privato ' (3).

L'antica controversia sulle fonti delle obbligazioni, e sul loro distinguersi in volontarie e legali, offre la misura dell'efficacia della volontà e dell'intima tensione tra la potenza del singolo e la potenza della legge. La volontà non è un semplice elemento del negozio giuridico, destinato a prevalere su altri elementi di pari dignità e di natura omogenea: essa è un *principio, che sta di fronte alla legge* e che può trovarsi con questa in posizione di equilibrio o di conflitto. Quando l'art. 1123, 1° comma, del Codice Civile del 1865 stabilisce: « I contratti legalmente for-

(2) Cfr. M. VILLEY, *Essor et décadence du volontarisme juridique* (1954), ora in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, nouv. éd., Paris, 1962, spec. pp. 276-277.

(3) Esemplare, per coerenza ideologica e sincerità di metodo, l'opera di G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, 2ª ed., Padova, 1961 (spec. l'introduzione dal titolo: « libertas est radix voluntatis »); e *Persona umana e norma civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, 512 sgg.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mati hanno forza di legge per coloro che li hanno fatti » (cfr. art. 1372, 1° comma, cod. civ. vig.), non delinea un rapporto gerarchico tra volontà dei privati e legge, ma riconosce alla volontà dei privati la *stessa forza della legge*: una forza originaria, non derivante dalla legge nè da altre fonti, chiusa e sufficiente nella propria dimensione.

Il linguaggio si modella, dunque, sul *valore originario della volontà*, che non procede dal diritto, ma precede il diritto dello Stato. Le formule già richiamate non esprimono la soluzione di minuti problemi esegetici, e non dipendono da arbitrarie scelte del legislatore. Esse si legano strettamente alla filosofia del volontarismo, all'assunzione della volontà privata come criterio giuridico originario, come forza creativa non concessa nè autorizzata dalla legge statale. Lo schema fattispecie/effetto, in cui la dottrina suole oggi scomporre la norma giuridica, si rivela incompatibile con il linguaggio del volontarismo: la volontà privata determina e produce l'effetto, *non già in quanto fattispecie contenuta in una norma giuridica*, ma in quanto forza originaria, capace, *di per sè stessa*, di costituire regolare estinguere rapporti giuridici. Il negozio non è una tra le fattispecie previste e disciplinate dalla legge, ma una fonte originaria di effetti, nei cui riguardi la legge è chiamata a prendere posizione.

Il linguaggio, legato al volontarismo giuridico, entra in crisi — secondo l'ipotesi accennata — dopo il 1935, quando testi di dottrina e di esperienza pratica incominciano a registrare altre formule: ' assetto di interessi ' (4), ' autoregolamento ', ' atto precettivo ', ' atto di autonomia privata '. Queste formule non segnano l'abbandono del *punto di vista extra-legislativo* nè, quindi, la risoluzione del negozio nel diritto dello Stato. Il negozio viene sempre ricondotto ad un principio, ad una forza che si svolge ed esprime *fuori dalla legge statale* (5). Il nuovo linguaggio sotto-

(4) Cfr. già G. MESSINA, *Negozi fiduciari* (1910), ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1948, pp. 52 sgg. (a pag. 52: « Ora è vero che il contratto, come *assetto di fatto*, ha avuto socialmente esistenza prima del suo riconoscimento giuridico, e che non è stato il diritto ad insegnare ai singoli quelle particolari forme di scambio dei beni rispondenti al nome di compra-vendita, di locazione ecc. »).

(5) Cfr. B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958, pp. 91-92.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

linea, al pari dell'antico, il carattere originario del potere per cui i privati sono in grado di dar regola ai loro interessi ed ai loro rapporti reciproci.

2. Vecchio e nuovo linguaggio, vecchia e nuova filosofia del negozio rivelano, dunque, un sicuro tratto di identità: il *valore originario* di ciò che viene designato prima come ' manifestazione di volontà ', poi come ' atto di autoregolamento o di autonomia '. Gli studiosi, impigriti nella disputa fra teoria della volontà e teoria della dichiarazione, vedono una rottura storica dove è *continuità* e intrinseco nesso di svolgimenti. Nessuno nega che singoli problemi di disciplina siano ormai risolti in base al primato della dichiarazione, e che la volontà sia ridotta nel foro interno delle parti; ma resta un *dato comune*: il negozio è fonte extra-legislativa, non dissolubile nella neutra sequenza delle fattispecie.

Questa fonte assume, nella nuova prospettiva d'indagine (e, perciò, nel nuovo linguaggio), un diverso carattere di *oggettività* (6): non più la volontà, che affonda le radici nella psiche individuale, ma la *regola di interessi socialmente rilevanti*. La volontà, labile capricciosa mutevole, cede il posto all'atto che regola, che impegna il comportamento reciproco dei consociati. Mentre la volontà è, per sua stessa natura, in attesa di un *esito ulteriore* (il risultato del volere), e può quindi rimanere delusa o insoddisfatta, l'atto di autonomia è regola, e organizza i rapporti con immediata precettività: ' *assetto di interessi* ', come appunto suona la formula. ' Assetto ' non è un mero volere, nè un programma per il futuro, ma concreta e reale *disposizione*, ordine degli interessi privati.

Il carattere extra-legislativo del negozio si fa più intenso e corposo. Se la volontà è costretta a battere alle porte dell'ordinamento statale, ed a chiedere forme di tutela che ne garantiscano l'*attuazione*, l'autonomia è invece chiusa in se stessa: come tale — ossia, senza l'ausilio di strumenti e protezioni *esterne* —, regola e ordina i rapporti privati. La tensione dialettica non corre più tra volontà e legge, tra mero elemento psicologico e testo

(6) B. De Giovanni, *Fatto e valutazione* ecc., cit., pp. 94-96.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

normativo, ma tra l'*oggettività di due regole*. La legge non trova dinanzi a sè un volere che tende ad un risultato, ma un ' assetto ', un ordine già dato agli interessi in gioco (7).

Conviene ora riprendere una notazione, che apparirà decisiva per il nostro discorso. La dottrina (8) — anche nelle sedi istituzionali e scolastiche — delinea un *processo di specificazione*, che, muovendo dal fatto giuridico, giunge sino al negozio ed al contratto. Posto che *fatto* giuridico è il fatto storico o naturale, a cui la legge ricollega date conseguenze nel mondo del diritto, si passa poi alla specie dell'*atto*, evento derivante dalla libera scelta della volontà umana, e da questo alla sottospecie del *negozio*, il quale, pur distinto da peculiari caratteristiche, non potrebbe nè dovrebbe contraddire la logica della sequenza. Ma il negozio, così nella prospettiva della volontà come in quella dell'autonomia, non è riducibile a sottospecie del fatto giuridico, poichè non riceve dalla legge la propria energia creativa. Esso si inserisce in una *logica confligente* con il ritmo del fatto giuridico, se è vero che esprime un valore originario, e non un valore derivato dalla previsione legislativa.

Non si esce, insomma, dall'alternativa (9): o il negozio viene ricondotto nel ' genere ' dei fatti giuridici, e allora si nega ad esso, come a tutti i fatti giuridici, un valore originario; o si afferma questo valore, e allora si nega che il negozio sia uno dei fatti giuridici (dei fatti che sono giuridici, e produttivi di effetti, in virtù di legge). Alla stringente nettezza dell'alternativa non sfugge nè il dogma della volontà nè la dottrina dell'autonomia.

3. Il crinale, che divide i due momenti di storia del linguaggio giuridico, fu segnato con le date del 1935 e 1943. Gli anni di fondamentali titoli bettiani: il ' *Diritto romano* - I. *Parte generale* '

---

(7) Avverte efficacemente il problema G. GROSSO, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, 2ª ed., Torino, 1967, pp. 116-117, 119.

(8) Cfr., per ascendenze lontane, V. SCIALOJA, *Negozi giuridici* (1892-1893), 5ª rist., Roma, 1950, pp. 35 sgg.; P. E. BENSA, *Compendio d'introduzione allo studio delle scienze giuridiche e d'istituzioni di diritto civile italiano*, Torino, 1897, pp. 129 sgg.

(9) Vedi spec. A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il negozio giuridico - Saggio di filosofia del diritto*, Torino, 1934, pp. 29-30, e 68 sgg.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e la '*Teoria generale del negozio giuridico*'. Per leggerezza o per pigrizia critica, questi libri vengono ormai assegnati alla letteratura anti-volontaristica e raccolti sotto il nome di 'teoria della dichiarazione' o di 'teoria precettiva'. La tenace ed assidua polemica contro il 'dogma della volontà' sembra offrire agli storici un valido criterio di classificazione. Altri profili, altre aperture d'indagine restano nell'ombra. Si avverte così il bisogno di ricostruire le linee essenziali del pensiero bettiano, correggendo o abbandonando la lettura ormai consueta.

La meditazione sul negozio giuridico muove da due premesse di carattere generale: la struttura della norma; il rapporto fra diritto e sottostante realtà economico-sociale. La norma ha una *struttura ipotetica*, nel senso che prevede fatti e dispone effetti correlativi. Già in un corso universitario del 1929 [10], l'ipotesi di fatto è denominata dal Betti '*fattispecie*': figura tipica di un evento, a cui, in virtù della 'sintesi normativa' [11], si ricollegano nuove situazioni giuridiche. Fattispecie ed effetti — che, nel susseguirsi e concatenarsi, costruiscono la vita del diritto — *non sono concepibili al di fuori della norma*: soltanto la norma può attribuire ad un fatto rilevanza giuridica, e renderlo così idoneo a mutare i vecchi rapporti ed a produrre i nuovi. «Lo schema logico del fatto giuridico ... — scrive il Betti [12] — si ottiene prospettandolo come un fatto dotato di certi requisiti presupposti dalla norma, il quale incide in una situazione preesistente (iniziale) e la trasforma in una situazione nuova (finale), per modo da costituire, da modificare o da estinguere poteri e vincoli o qualifiche e posizioni giuridiche». I fatti giuridici sono classificati dal Betti secondo il modello della tradizione pandettistica: dal fatto all'atto, dall'atto al negozio [13].

Considerati sotto il profilo funzionale, gli atti giuridici si possono distinguere in atti, che dettano regola ad interessi rilevanti

---

[10] E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2ª rist., 2ª ed., Torino, 1955, p. 2, nota 2.

[11] E. BETTI, *Teoria* ecc., cit., p. 2; cfr. *Diritto romano*, I, Parte generale, Padova, 1935, pp. 4, 169-170; *Istituzioni di diritto romano*, I, rist., Padova, 1947, pp. 3-5, 79.

[12] E. BETTI, *Teoria* ecc., cit., pp. 3-4.

[13] E. BETTI, *Teoria* ecc., cit., pp. 7 sgg.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per il diritto, e in atti, che provvedono al soddisfacimento di interessi già muniti di tutela. « Gli atti della prima categoria, in quanto diretti a statuire un dover essere giuridico, si possono qualificare come atti precettivi, *pronuncie normative* in senso latissimo, e suddistinguere, secondo che la regola sia dettata da un'autorità superiore o dagli stessi interessati, in *a*) *provvedimenti* (atti di comando eteronormativi) e *b*) *negozi* giuridici (atti di autonomia)» (14). Il negozio, come atto di autonomia, si presenta dunque *all'interno della classificazione dei fatti giuridici*: figura specifica, che, in quanto tale, non può contraddire la logica del genere a cui appartiene. La sintesi normativa di fattispecie ed effetto trova applicazione anche con riguardo al negozio, che, al pari degli altri atti giuridici leciti, è una fattispecie, un'ipotesi prevista e disciplinata dalla legge.

Il criterio di individuazione del negozio, ossia della specie all'interno di una categoria più ampia, non può negare le caratteristiche fondamentali del genere e così contestare la funzione assolta dal fatto nella sintesi normativa. O lo può, ma a rischio di sottrarre la specie alla logica del genere e di costituirla in separata e diversa categoria.

4. L'altra premessa riguarda la *posizione della norma giuridica nei confronti della realtà sociale.* Il diritto non è, nella visione bettiana, un universo chiuso ed auto-sufficiente: ma un *piano*, lo strato di un cosmo, che abbraccia altri modi e forme dello spirito umano (15). Il punto di vista giuridico non ha, perciò,

(14) E. BETTI, *Teoria* ecc., cit., p. 17.

Un primo cenno, o uno dei primi cenni, alla teoria del negozio giuridico come atto di autonomia si trova in E. BETTI, *Per una classificazione degli atti processuali di parte*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, I, 120-121: « Negozio giuridico è essenzialmente un *atto di privata autonomia*, con cui il privato *dispone per l'avvenire* un dato regolamento di certi interessi suoi propri: atto, cui la legge ricollega effetti giuridici *destinati ad attuare lo scopo pratico tipico* (causa), normalmente perseguito ».

(15) E. BETTI, *Teoria* ecc., cit., pp. 4, nota 6 (« Il mondo della realtà può essere in generale raffigurato come un cosmo costituito a strati, del quale i modi di essere dello spirito costituiscono la struttura superiore »), 54 sgg. Cfr. ID., *Posizione dello spirito rispetto all'oggettività: Prolegomeni a una teoria generale dell'interpretazione*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1949, 2 sgg.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

carattere di esclusività, ma di apertura e di comprensione: « I rapporti giuridici hanno il loro substrato in relazioni sociali esistenti già prima e anche all'infuori dell'ordine giuridico: relazioni, che il diritto non crea, ma trova dinanzi a sè, prevede ed orienta nella direttiva di qualifiche e valutazioni normative » (16). Non si tratta di un luogo comune della dottrina, che definisce il rapporto giuridico come relazione sociale disciplinata dal diritto; ma di un principio più profondo e prezioso. Diritto e realtà sociale costituiscono due piani — piano superiore e piano inferiore o sottostante — di un medesimo universo, di un cosmo unitario, che registra identiche variazioni e mutamenti. « Le qualificazioni giuridiche — precisa il Betti (17) — si muovono e si avvicendano sopra questo piano superiore, predisposte volta a volta da corrispondenti modificazioni che, col sopravvenire di fatti giuridici, hanno luogo parallelamente sul piano inferiore ».

La vita economico-sociale (storicamente caratterizzata dalla proprietà privata, dall'iniziativa del singolo e dalla circolazione dei beni) rivela di per sè l'esistenza di negozî: essi « sorgono come atti coi quali i privati dispongono per l'avvenire un regolamento impegnativo d'interessi nei loro rapporti reciproci e si sviluppano spontaneamente sotto la spinta dei bisogni, per adempiere svariate funzioni economico-sociali, all'infuori dell'ingerenza di ogni ordine giuridico » (18). Interessi, bisogni, vicende dei beni, relazioni d'affari sono regolati dai privati, *già sul piano sociale*, mediante negozî: cioè, mediante strumenti impegnativi e criterî di condotta, che esigono di essere osservati e che fruiscono della tutela del costume e della correttezza (19). In essi si svolge e manifesta l'*autonomia privata*, che è, perciò, un *potere pre-giuridico*, non concesso nè delegato da una fonte superiore. Privata, non soltanto perchè spetta ai singoli, ma perchè non discende dalle norme del diritto statale.

---

(16) E. BETTI, *Teoria* ecc., cit., p. 7. Cfr. *Diritto romano*, cit., pp. 197 sgg.; *Istituzioni* ecc., I, cit., pp. 94 sgg.

(17) E. BETTI, *Teoria* ecc., cit., pp. 4-5.

(18) E. BETTI, *Teoria* ecc., cit., p. 41. Cfr., per qualche spunto, G. MESSINA, *Negozi fiduciari*, cit., pp. 52 sgg.

(19) E. BETTI, *Teoria* ecc., cit., p. 42; cfr. *Riflessioni sulla nozione di negozio giuridico*, in *Temi*, 1963, 607-608.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Descritta così la *genesi* del negozio sul terreno economico-sociale, occorre vedere come esso varchi la soglia del diritto statale: e in particolare se, in questo passaggio al piano superiore, l'atto di autonomia perda la propria natura o piuttosto la conservi ed esprima. Nella visione bettiana, il passaggio al piano sovrastante non altera nè corrompe l'originaria natura del negozio: il diritto statale, riconoscendo la competenza dei privati in ordine alla disciplina dei loro interessi, *aggiunge* le sanzioni giuridiche a quelle del costume e della società ([20]). Il *riconoscimento* eleva l'atto di autonomia privata alla dignità di negozio giuridico. Il diritto statale non conferisce, ma riconosce l'autonomia dei singoli, « quale attività, e potestà, di autoregolamento di propri interessi e rapporti, spiegata dallo stesso titolare di questi » ([21]).

Il rapporto tra piano giuridico e piano sociale dà luogo ad un fenomeno di *recezione* ([22]), nel senso che l'atto di autonomia viene assunto nella sfera del diritto e tradotto nei termini tecnici di esso. In questa fase, la legge può ben imporre oneri e limiti all'autonomia privata; ma il negozio rimane sempre espressione di un'iniziativa pre-giuridica, che il diritto riconosce ed accoglie. Il negozio, al pari della volontà delle vecchie dottrine, *non perde la propria natura*, non diventa qualcosa di diverso e d'altro: « Vuol dire che ormai le sanzioni sociali saranno, in parte, assorbite e sostituite, in parte fiancheggiate e rafforzate, da una sanzione più energica e sicura: quella del diritto » ([23]). L'accento della pagina bettiana cade sulle *sanzioni*, come su un che di *aggiunto* e di *esterno* al negozio, di inidoneo ad alterarne o trasformarne l'originaria struttura. Tra il negozio sul piano sociale ed il negozio sul piano giuridico non vi è diversità di natura, ma diversità di forme di garanzia e di tutela: il secondo può giovarsi e delle sanzioni del costume e delle sanzioni del diritto.

([20]) E. BETTI, *Diritto romano*, cit., pp. 198-199; *Istituzioni* ecc., I, cit., p. 95; *Teoria* ecc., cit., p. 43. Cfr. G. SEGRÉ, *Studi sul concetto del negozio giuridico nel diritto romano e nel nuovo diritto germanico* (1899-1900), ora in *Scritti giuridici*, I, Cortona, 1930, p. 337.

([21]) E. BETTI, *Teoria* ecc., cit., p. 45; e *Autonomia privata*, voce estr. dal *Noviss. dig. it.*, Torino, 1958.

([22]) E. BETTI, *Teoria* ecc., cit., spec. pp. 83-84. Cfr., *infra*, § 8.

([23]) E. BETTI, *Diritto romano*, cit., pp. 198-199.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il riconoscimento dell'autonomia *esclude*, d'altronde, *ogni tipo di delegazione di poteri* (24). La legge non delega poteri al privato, non attribuisce competenze di cui i singoli fossero per l'innanzi sprovvisti, ma riconosce e sanziona atti di autonomia già presenti sul terreno sociale. La legge ed il negozio non appartengono al medesimo ordine di fenomeni, poichè il negozio nasce sul piano sociale, conserva sempre l'originaria natura e soltanto si arricchisce di forme più intense di tutela. La riflessione bettiana è dominata dal *senso della limitatezza del diritto*, del suo aprirsi verso la realtà economico-sociale: il diritto non basta a se stesso, non può esaurirsi nella sequenza delle norme, ma deve riconoscere ed accogliere fenomeni già presenti nel piano sottostante. La *' Teoria generale del negozio giuridico '* nasconde, dietro lo schermo di pagine così serrate e dogmatiche, un'impetuosa vena di *anti-normativismo*, di sfiducia nell'esclusività e nell'onnipotenza del diritto statale.

5. L'atto di autonomia ci è venuto incontro in due momenti dell'opera bettiana. Ordinando in classi gli eventi rilevanti per il diritto, e così trascorrendo dal fatto all'atto e dall'atto al negozio, quest'ultimo si presentò come atto precettivo, destinato a dar regola agli interessi privati. Dunque, il negozio all'interno della *classificazione delle fattispecie*, delle ipotesi di fatto previste e disciplinate dalla legge. Tutto sembrava risolversi nella *logica della norma*, che sola può conferire rilevanza giuridica ai fatti (storici o naturali) e renderli idonei a produrre determinate serie di effetti. Se la fattispecie non è concepibile al di fuori della norma, ed il negozio è una delle fattispecie (una figura particolare nella categoria degli atti giuridici leciti), allora anche il negozio sta *nella* e *per la norma*: nella norma, poichè questa lo determina e costruisce; per la norma, poichè esso assolve la funzione — comune a tutti i fatti giuridici — di elemento della ' sintesi normativa ', di presupposto di effetti statuiti dalla legge. Qui il diritto non ci appare come uno dei piani della realtà, ma come l'unica ed esclusiva realtà.

---

(24) E. BETTI, *Teoria* ecc., cit., pp. 48 e 330. Di volontà sovrana che ' autorizza ' la volontà privata parla F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 7ª ed., Napoli, 1962, p. 125.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'atto di autonomia si è poi presentato nello studio delle relazioni tra piano giuridico e piano sociale. Un fenomeno, che nasce sul terreno economico-sociale e che il diritto, in una fase storicamente e logicamente posteriore, riconosce ed accoglie nella propria sfera. Il negozio non si configura più come un momento del processo di specificazione dei fatti giuridici (un processo, che scende dall'alto verso il basso), ma come un fenomeno sociale riconosciuto dal diritto nella sua primitiva ed originaria natura (un fenomeno, che sale dal basso verso l'alto). La norma non lo costruisce e predispone per le esigenze della propria logica, ma si limita ad *aggiungere* una tutela più energica alle preesistenti sanzioni del costume e della società. Il negozio non deve attendere che gli sia riservato un ruolo nella ' sintesi normativa ' — la funzione di fattispecie, a cui si collegano serie di effetti giuridici —, poichè, già sul piano sociale, svolge tutta intera la propria capacità ordinativa e disciplinatrice.

Come è possibile, a questo punto, ricondurre il negozio nella sintesi normativa? conciliare la logica dell'autonomia privata — che apre il mondo del diritto al sottostante piano sociale — e la logica della fattispecie, chiusa nel ritmo delle norme?

6. A queste domande il Betti dedica pagine di singolare tensione dialettica. « Caratteristica del negozio — egli risponde [25] — è che già la sua fattispecie, prima ancora che il suo effetto, prescrive un regolamento impegnativo, il quale, rafforzato che sia dalla sanzione del diritto, è destinato ad assorgere a precetto giuridico. Non è già — come spesso di ripete — che la volontà privata di per sè sola sia per virtù propria causa immediata dell'effetto giuridico: giacchè senza un ordine giuridico che ponga il nesso ' causale ', tale effetto non è neppure pensabile. Ma è che qui la fattispecie cui l'effetto giuridico si ricollega contiene essa stessa un precetto dell'autonomia privata, il cui riconoscimento da parte dell'ordine giuridico configura essenzialmente un fenomeno di recezione ». La cerniera tra le due logiche, che sembravano in insanabile conflitto, è indicata nella nozione di *precetto*:

---

[25] E. BETTI, *Teoria* ecc., cit., p. 156; cfr. *Diritto romano*, cit., p. 208; *Istituzioni* ecc., I, cit., p. 102; e *Riflessioni* ecc., cit., 609 sgg.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il negozio è fattispecie, ma fattispecie caratterizzata da un contenuto precettivo.

Il precetto non nasce *dal* negozio, ma *è* il negozio ([26]). Questo non si limita a porre norme, che esigano di essere osservate, ma è « immediatamente operativo degli effetti giuridici corrispondenti alla sua funzione economico-sociale » ([27]). Il precetto non è, dunque, mero preannuncio o programma: esso dispone *immediatamente* nei rapporti reciproci e statuisce una linea di condotta fra gli interessati. L' ' assetto di interessi ' non è un risultato ulteriore, derivante dal sopravvenire delle sanzioni giuridiche, ma s'identifica con l'immediata ' forza operativa ' del negozio. Nè l'*essere* di questa forza è in contrasto con il *dover essere* del precetto: « In verità — precisa il Betti ([28]) — tutte le valutazioni normative del diritto sono formulabili in termini di dover essere, ma non per questo sono meno efficienti ed attuali. Si tratta di un dover essere che non si contrappone alla realtà come una mera esigenza o un non essere, ma che anzi informa di sè la realtà della vita sociale e si pone solo in antitesi con ogni possibile comportamento difforme ».

Dunque, il negozio, prima ancora di essere elevato alla dignità di fattispecie, ha un'immediata efficacia normatrice, che non viene rifiutata, ma accolta e resa propria dal diritto. Mentre gli altri fatti giuridici ricevono efficacia dal diritto, il negozio si presenta provvisto, già sul piano sociale, di energia operativa: un'energia, che esso non perde nel passaggio al piano superiore e nell'assunzione del ruolo di fattispecie. L'efficacia degli altri fatti è *eteronoma* (nel senso che procede dalla norma statale, e sorge e cade con essa); quella del negozio è propriamente *autonoma*, poichè trova fondamento soltanto in se stessa ([29]). La teoria bettiana offre qui

---

([26]) E. BETTI, *Teoria* ecc., cit., p. 158, nota 5 (in replica a L. CARIOTA FERRARA, in *Dir. e giurispr.*, 1946, II, 47: « ... dal negozio giuridico possono scaturire rapporti giuridici, non precetti ... »).

([27]) E. BETTI, *Teoria* ecc., cit., p. 156.

([28]) E. BETTI, *Teoria* ecc., cit., p. 157; e *Riflessioni* ecc., cit., 611.

([29]) Cfr. G. TEDESCHI, *Volontà privata autonoma*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, 1929, 815 sgg.; A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il negozio giuridico* ecc., cit., pp. 35, 68 (nel sistema dell'autonomia, « la volontà individuale assume quindi ... esattamente

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sorprendenti affinità con il vecchio volontarismo: anche la volontà privata era munita di originaria efficacia, e costringeva il legislatore statale ad una semplice e passiva recezione. « La persona comanda — aveva scritto Bernardo Windscheid (30) —, ed il diritto si appropria il suo comando ».

Il momento dell'*appropriazione* è comune ai due indirizzi: il diritto riceve nella propria sfera la volontà o l'atto di autonomia; e li accoglie nell'originaria natura, senza alterarli e trasformarli. Soltanto così è possibile, nella visione bettiana, « abbracciare in unica sintesi il piano sociale e il piano giuridico » (31): cioè, riconoscere ad un tempo il contenuto precettivo del negozio e la sua funzione di fattispecie. Tra piano sociale e piano giuridico non vi è soluzione di continuità, giacchè il negozio passa dall'uno all'altro conservando l'originaria e immediata precettività.

Il rapporto fra diritto statale ed autonomia privata sembra qui modellarsi secondo linee di pensiero, che hanno grande influenza nella cultura giuridica contemporanea. Uno sguardo digressivo ne preciserà differenze o segreti legami.

7. Intendiamo riferirci alle dottrine di Santi Romano. L'accostamento appare spontaneo: se il negozio non si lascia ridurre al comune schema dei fatti giuridici; se esso desume la propria efficacia da un piano diverso e anteriore a quello del diritto statale; allora *la teoria del negozio non può non incontrarsi con la teoria delle autonomie*. L'indagine dello studioso (che qui si fa storico del pensiero giuridico) non è agevolata dal dialogo scientifico tra i due autori: rari e marginali i richiami dell'uno all'altro. Il Betti rinvia al Romano, per « un ordine di idee affine », a proposito dell'ampia nozione di autonomia come potestà di dar regola a propri interessi e rapporti (32); e, in altro luogo (33), in tema

---

la stessa posizione che, nel sistema statuale, abbiamo visto assumere dalla volontà dello Stato »).

(30) B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. id. Fadda e Bensa, I, rist., Torino, 1925, p. 203, nota 1*a*.

(31) E. BETTI, *Teoria* ecc., cit., p. 157.

(32) E. BETTI, *Teoria* ecc., cit., pp. 45-46, nota 3.

(33) E. BETTI, *Teoria* ecc., cit., p. 157, nota 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di carattere precettivo del negozio (dove tuttavia soggiunge: « ... pur non essendo proprio qualificare il negozio come ' fonte di norme ' »). Il Romano tace sui contributi bettiani nei ' frammenti ' dedicati agli atti giuridici ed all'autonomia; e, nella seconda edizione dell' ' *Ordinamento giuridico* ', si limita a ricordare il Betti fra coloro che negano il carattere necessariamente statale degli ordinamenti giuridici (34).

La sobrietà dei richiami lascia sospettare che, al di là della somiglianza del vocabolario, il Betti ed il Romano si muovano in ordini concettuali assolutamente diversi. Abbandonata la configurazione del negozio come mera fonte di rapporti (profilo accolto nella prima edizione dell' ' *Ordinamento giuridico* ') (35), il Romano scorge in esso un'espressione di autonomia privata: cioè, *non di un ordinamento originario, ma di una potestà dipendente dallo Stato.* L'autonomia privata non è concepibile al di fuori di un « attacco con un ordinamento superiore e quindi con l'ordinamento statale » (36): generatrice, perciò, di norme, ma di norme secondarie e complementari rispetto a quelle statali. « La potestà di porre tali norme — precisa il Romano (37) — si dice ' autonomia ', deriva sempre dallo Stato che la attribuisce in varia misura, secondo i casi, ed è quindi interamente subordinata alle norme di esso, per la validità, l'estensione e l'efficacia delle norme che ne scaturiscono ».

Mentre gli altri atti giuridici sono semplici presupposti, a cui la legge ricollega date conseguenze, i negozî producono, essi stessi, immediati effetti giuridici: cioè, norme (secondarie e complementari), che prevedono e disciplinano rapporti fra consociati. Nulla vieta alla legge di utilizzare il negozio come presupposto di *effetti ulteriori,* estranei all'esercizio dell'autonomia privata: allora « gli atti di cui è parola sono da considerarsi negozi per gli effetti della

---

(34) SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico,* rist. 2ª ed., Firenze, 1951, p. 139, nota 94-*bis*. Altro richiamo troverai a p. 193, nota 126, circa la distinzione tra obbligazione naturale e dovere morale.

(35) Cfr. SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico,* cit., p. 71, nota 47-*quater*.

(36) SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico,* rist., Milano, 1953, p. 24.

(37) SANTI ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale,* rist. 2ª ed., Milano, 1947, p. 88.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prima specie, non per questi ultimi, che non li caratterizzano, appunto perchè son propri degli atti giuridici in genere e non della particolare categoria costituita dai negozi » (38).

Nella visione romaniana, logica dell'autonomia e logica della fattispecie non simboleggiano due piani diversi della realtà (sicchè sorga il problema del passaggio del negozio dall'uno all'altro), ma *si svolgono all'interno dell'unico ordinamento dello Stato*. Dalla norma statale deriva la potestà dei privati di porre norme secondarie e complementari; sempre la norma statale può degradare il negozio a mera fattispecie, e ricollegarvi effetti ulteriori, regolati esclusivamente dalla legge. L'autonomia privata non è, dunque, un fenomeno anteriore ed esterno al diritto dello Stato, nè originario e indipendente: « ... ordinamento autonomo e ordinamento originario non solo non sono sinonimi ..., ma sono antitetici » (39).

Il rapporto fra diritto statale ed autonomia privata si configura in modi nettamente diversi da quelli bettiani. Se l'autonomia privata si risolve nell'esercizio di una *potestà attribuita dalla legge statale*, questa non deve ' ricevere ' nulla dall'esterno, giacchè essa, ed essa soltanto, è in grado di conferire la potestà e di precisarne limiti e contenuti. Il problema della *recezione* nasce dove l'autonomia venga collocata *prima* della legge statale, e perciò il negozio passi da uno ad altro piano della realtà. Il Betti ed il Romano s'imbattono in un medesimo crocevia logico: scoprire l' ' *attacco* ' con l'ordinamento superiore dello Stato. Per singolare che possa apparire, la risposta di Romano è nel senso della dissoluzione statalistica dell'autonomia (40). La risposta bettiana, nel senso di salvaguardare il carattere primitivo ed originario del negozio.

8. Quello della *recezione* è, dunque, il problema centrale della teoria bettiana del negozio giuridico. Occorre invertire il punto

---

(38) SANTI ROMANO, *Frammenti* ecc., cit., p. 13.

(39) SANTI ROMANO, *Frammenti* ecc., cit., p. 25. I complessi studî, poi svolti da Salvatore Romano, si muovono nel senso di riconoscere anche nel sistema dell'autonomia privata i caratteri di un ordinamento.

(40) Il G. TEDESCHI, *Volontà* ecc., cit., 826, parlerebbe di « solipsismo statuale ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di vista, solitamente adottato dagli studiosi: non preme tanto di stabilire *che cosa* il negozio sia sul piano sociale, quanto i modi *come* il diritto lo riceve ed accoglie nella propria sfera. Le formule linguistiche, correnti nella dottrina e nella pratica giudiziaria, mostrano di cogliere soltanto il primo profilo e di trascurare la prospettiva del diritto statale: ' assetto di interessi ' o ' atto di autoregolamento ' non esprimono un rigoroso significato giuridico, ma hanno sapore di immagine e di metafora.

Così rettificato l'angolo di studio, si può dire che il termine ' recezione ' indica due fenomeni diversi. Nell'uno, il diritto statale spoglia il negozio delle caratteristiche originarie, e quindi del contenuto precettivo svolto sul terreno economico-sociale; lo considera e valuta come *una delle fattispecie*, e vi ricollega date serie di effetti. L'autonomia privata si risolverebbe nella *potestà di porre fattispecie*, cioè di decidere il compimento di un tipo di fatto già previsto e disciplinato dalla norma. Il negozio non sarebbe dotato di alcuna intrinseca precettività, poichè la sua efficacia discenderebbe tutta dalla norma (questa, sì, precettiva e immediatamente disciplinatrice) e si svolgerebbe nella misura ed entro i limiti da essa stabiliti. Qui la recezione consiste nell'*accogliere il negozio come fatto*, abbandonando al piano sociale (e tenendo estranea al piano giuridico) l'originaria caratteristica di precetto. Il negozio può rifluire senza difficoltà nella categoria degli atti giuridici leciti, e innestarsi nella sequenza che dal fatto muove verso figure più specifiche e particolari. Non è questo il significato seguìto dal Betti, il quale, pur accennando all'autonomia privata come potere di « porre in essere l'ipotesi di fatto di una norma già esistente » (41), respinge sempre l' ' *appiattimento* ' del negozio al livello delle altre fattispecie (42).

Nella seconda accezione (43), il diritto statale accoglie il negozio *così come è*, e *incorpora* nel proprio sistema la disciplina già da

---

(41) E. BETTI, *Teoria* ecc., cit., p. 47.

(42) E. BETTI, *Teoria* ecc., cit., p. 157.

(43) Vedi N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, pp. 195-196: « Per ' rinvio ' intendiamo quel procedimento per cui un ordinamento rinuncia a regolare una data materia, e accoglie la regolamentazione stabilita da fonti normative appartenenti ad altri ordinamenti; per ' recezione ' s'intende

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esso dettata sul piano economico-sociale. Allora il negozio penetra nel mondo giuridico con le caratteristiche originarie e *con gli effetti già svolti nei rapporti privati*: effetti, che vengono ' ricevuti ' dal diritto e resi *rilevanti* su un piano diverso da quello in cui sorsero. Il diritto non rinuncia a regolare date materie o cerchie di interessi, ma preferisce a tal fine incorporare la disciplina dettata dal negozio sul piano economico-sociale. Il negozio non viene ridotto a fattispecie, nè inserito nel ritmo delle ' sintesi normative ', ma *conservato* ed accolto come precetto dell'autonomia privata. La ' recezione ' si configura qui come *uno dei rapporti possibili fra due ordinamenti*: l'ordinamento statale e l'ordinamento costruito dall'autonomia privata. La salvaguardia del piano sociale, e della natura e degli effetti originarî del negozio, determina il sacrificio della logica della fattispecie.

Questo significato della recezione non sembra estraneo all'orizzonte concettuale del Betti. Se in un luogo leggiamo: « ... attraverso un processo di recezione, il contenuto del negozio viene elevato a precetto giuridico ... » (44), e « La traduzione del precetto di autonomia privata in termini di diritto, la costruzione tecnica degli effetti giuridici, è compito esclusivo della legge » (45); in altro luogo c'imbattiamo in una proposizione di decisiva importanza: « Così l'autoregolamento d'interessi acquista rilevanza giuridica: il precetto dell'autonomia privata, senza perdere questa sua natura e trasformarsi esso stesso in precetto giuridico, diventa giuridicamente rilevante in vista delle situazioni e dei rapporti cui il negozio è destinato a dar vita » (46). In questo luogo — e negli altri, in cui si parla di sanzioni e tutele giuridiche che si *aggiungono* alle garanzie del costume e della società —, il Betti sembra cedere all'ultimo dei significati accennati, sacrificando la logica della fattispecie e risolvendo la ' recezione ' in mero *conferimento di rilevanza giuridica*.

---

quel procedimento per cui un ordinamento incorpora nel proprio sistema la disciplina normativa di una data materia, così come è stata stabilita in un altro ordinamento ».

(44) E. BETTI, *Teoria* ecc., cit., p. 85.

(45) E. BETTI, *Teoria* ecc., cit., p. 86.

(46) E. BETTI, *Teoria* ecc., cit., p. 158 (cfr. pp. 330-331).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nel passo trascritto, il negozio non perde le caratteristiche originarie, non è elevato a precetto giuridico, non diviene una tra le fattispecie. Il processo di 'recezione' si limita a rendere rilevante per il diritto il regolamento d'interessi già dettato sul piano sociale, a incorporarlo come disciplina di date materie e rapporti. La sequenza fattispecie/effetti non trova applicazione, poichè la 'rilevanza giuridica' rimane rispettosa dell'autonomia privata, del piano in cui essa nasce e svolge l'originaria precettività. Il conferimento della giuridicità non deriva dalla trasformazione del negozio in fattispecie, ma dall'assunzione, nella sfera del diritto, della disciplina operante sul piano sociale.

L'attenzione degli studiosi non si è fermata su questo spiraglio del pensiero bettiano: certo una tenue apertura, ma meritevole — come vedremo — di ulteriore approfondimento.

9. Il significato *prevalente* nell'opera bettiana si presenta come sintesi o mediazione tra i due significati estremi (47), ora tolti in esame. Nè assoluta riduzione al rango di fattispecie, nè semplice accoglimento del negozio così come è sul piano sociale; ma concorso della « competenza normativa dell'ordine giuridico » con la « competenza dispositiva dei singoli » (48). A questa spetta, nell'osservanza di limiti ed oneri stabiliti dalla legge, di determinare il contenuto precettivo del negozio e gli scopi pratici delle parti; a quella, di statuire gli effetti. Còmpito del diritto è « appunto di valutare e tradurre in termini giuridici, con le integrazioni e le modifiche opportune, il risultato pratico perseguito dalle parti con un tipo di negozio, cioè il regolamento da esse prescritto ai propri interessi. Così attraverso un processo di recezione, il contenuto del negozio viene elevato a precetto giuridico, ciò che esso per sè non è » (49). Le due sfere di competenza (dei privati e della legge) concorrerebbero insieme nella disciplina del negozio: l'una, predisponendone il *contenuto* (50); l'altra, determinandone gli *effetti*

(47) Vedi, *supra*, § 4. Circa l'impossibilità logica di ogni mediazione, vedi B. De Giovanni, *Fatto e valutazione* ecc., cit., pp. 100-101.

(48) E. Betti, *Teoria* ecc., cit., pp. 84 sgg.

(49) E. Betti, *Teoria* ecc., cit., p. 85.

(50) C. Longo, *Corso di diritto romano* - Parte generale, Milano, s.d., pag. 37, osservava che il regolamento d'interessi, come *contenuto*, « non appartiene alla

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giuridici. Fattispecie, dunque, ma col peculiare contenuto di precetto dell'autonomia privata.

Questa soluzione mostra tutte le ambiguità di una sintesi tra punti di vista irriducibilmente diversi (51). Già può osservarsi che la *delimitazione* tra le due sfere di competenza rinvia ad un *criterio superiore*: il concorso dei privati e della legge non è fatto di natura, ma risultato di una disciplina normativa. La competenza dei singoli presuppone una *norma attributiva*: cioè, una scelta del diritto statale, che lasci alle parti il contenuto del negozio e si riservi la determinazione degli effetti. Se il negozio è posto nell'esercizio di una competenza attribuita dalla legge, allora esso non è (o finisce col non esser più) un atto di autonomia già operante sul terreno economico-sociale. Attribuzione di competenza e riconoscimento di autonomia — ove questa si consideri come esercizio di potestà non delegata dalla legge — sono fenomeni incompatibili: l'una designa un *ordine interno al diritto statale*, che conferisce ai singoli una data sfera giuridica; l'altra, appropriazione di una disciplina d'interessi dettata dai singoli nella sfera pre-giuridica. La competenza, come misura di potere giuridico, è concepibile soltanto all'interno del diritto statale; l'autonomia (nell'accezione non romaniana), soltanto all'infuori di esso (52).

La logica normativa domina, anche nel pensiero bettiano, il campo delle conseguenze giuridiche. La determinazione degli effetti rientra nell'esclusiva competenza della legge: essi « si producono in quanto sono disposti da norme le quali, assumendo per

---

struttura del negozio giuridico ..., allo stesso modo che il contenuto di un recipiente materiale non appartiene alla struttura del recipiente ».

(51) Cfr. G. TEDESCHI, *Volontà* ecc., cit., 817 sgg.; A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il negozio giuridico* ecc., cit., spec. pp. 97 e 113; B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione* ecc., cit., spec. pp. 104 sgg. Sono ancor oggi fondamentali le notazioni di A. E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del « fatto » nell'esperienza giuridica* (1929), ora in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, spec. pp. 276 sgg. (a p. 279, nota 42: « Mi sembra, perciò, che siano rimasti assai lontani dal punto di vista formale tutti coloro ..., che ammettono in certi tipi di fatti giuridici, e segnatamente nei contratti, una virtù ed una efficacia autonoma nella determinazione delle conseguenze giuridiche »).

(52) Cfr. A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il negozio giuridico* ecc., cit., pp. 29-30.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

presupposto di fatto l'atto di autonomia privata, ad esso li ricollegano siccome a fattispecie necessaria e sufficiente » (53). Se, dal *punto di vista dell'efficacia*, il negozio svolge la funzione comune ad ogni altro tipo di fattispecie, appare *superflua* (o giuridicamente irrilevante) la configurazione di esso come precetto dell'autonomia privata (54). La *precettività* è propria ed esclusiva della norma, che, assumendo il negozio tra le fattispecie, ne determina l'efficacia nel mondo del diritto. La coincidenza tra codesta efficacia ed un'altra, già prima spiegata sul terreno economico-sociale, ha il valore di un semplice *dato di fatto*, non di un criterio giuridico.

La determinazione legislativa degli effetti *svuota* il riconoscimento dell'autonomia privata, e riduce il negozio a mera fattispecie. Se la misura e le modalità dell'efficacia rientrano per intero nella competenza della legge, il peculiare contenuto del negozio non assume rilievo giuridico: l'originaria precettività è svolta sul piano economico-sociale, e non può servire a distinguere il negozio tra le altre fattispecie. L' ' assetto d'interessi ', costituito dal negozio nella sfera pre-giuridica, non penetra, *come tale*, nell'ordinamento dello Stato, che sceglie, valuta e dispone effetti del tutto autonomi. Lo strumento tecnico, che la legge impiega nel sacrificio o nella tutela di interessi privati, rimane sempre l'*effetto giuridico*, cioè la nascita e il movimento di rapporti.

Bisogna guardarsi dall'intrecciare o dal sovrapporre lo *sfondo teleologico ed il discorso tecnico*, e così il piano degli interessi e le vicende dei rapporti giuridici. Gli interessi vivono, confligono

---

(53) E. BETTI, *Teoria* ecc., cit., p. 47.

(54) Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Lezioni sul negozio giuridico*, rist., Bari, 1962, spec. pp. 93-94. Per l'incompatibilità fra teoria precettiva e disciplina del negozio testamentario, vedi P. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952, p. 205.

Va qui ricordato il rilievo di S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico* (1947), ora in *Diritto civile - Saggi*, Milano, 1951, pag. 109: « In tal modo il negozio acquista una natura ibrida, perchè, quanto alla struttura, è integralmente nel dominio del diritto, in ordine alla funzione, si definisce con riferimento a categorie extragiuridiche ». Sull'impiego del concetto di ' causa ' (del negozio giuridico) per la soluzione del problema dell'autonomia privata, vedi spec. M. GIORGIANNI, voce *Causa*. I. *Causa del negozio giuridico* (dir. priv.), in *Enc. del dir.*, VI, Milano, 1960, pp. 563-564.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e si compongono nella sfera pre-giuridica, là dove i singoli, nell'esercizio della loro autonomia, dettano regole impegnative e prescrivono linee di condotta. Ma, sopravvenuta la recezione del negozio nell'ordine legislativo, quest'ultimo statuisce a proprio arbitrio effetti giuridici, che possono *coincidere o non coincidere* con la disciplina già operante sul terreno economico-sociale. Il mondo del diritto non gravita su assetti d'interessi (come usa credere un volgare teleologismo), ma su vicende di rapporti giuridici.

Nel suo slancio speculativo, nella sua tensione dialettica, la teoria bettiana non si chiude in una rigida ed assoluta risposta. Il problema del negozio giuridico vi si agita nella varietà e ricchezza di *interne contraddizioni*: da un lato, le originarie caratteristiche dell'autonomia privata e gli ' assetti di interessi ' già costituiti sul piano economico-sociale; dall'altro, il sopraggiungere della norma, che, riservandosi la disciplina degli effetti, mortifica la precettività del negozio e lo riduce a mera fattispecie. L' ' attacco ' con l'ordinamento statale, di cui parlava Santi Romano, è consegnato ad un processo di recezione, che, mentre esalta l'originarietà e socialità dell'autonomia privata, utilizza il tramite tecnico dell'effetto giuridico: una mediazione, destinata a ricondurre il negozio nello schema della fattispecie.

10. Torniamo così al problema della ' recezione ', che si mostra, ancora una volta, di radicale importanza per la teoria del negozio giuridico. O si applica con rigorosa coerenza la logica della fattispecie, e si risolve il negozio nella categoria degli atti giuridici leciti; o, scoperto il negozio come atto di autonomia privata (espressione, quindi, della sfera economico-sociale), si determina e precisa il *rapporto* tra questa autonomia e l'ordine superiore della legge. Il contributo più prezioso delle pagine bettiane non è perciò da scorgere nell'acre polemica contro il ' dogma della volontà ', nè nell'introduzione d'un vocabolario teleologico, quanto nella *scelta d'un nuovo angolo d'indagine*: il processo, per cui il diritto dello Stato entra in rapporto con gli atti di autonomia privata. L'indicazione è stata già raccolta dallo Scognamiglio, che ha avvertito l'insopprimibile necessità di determinare il fenomeno del ' riconoscimento dell'autonomia privata '.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il diritto — precisa lo Scognamiglio — non rinvia ad una disciplina esterna, nè crea una fonte subordinata, ma riconosce l'*'essenza reale del negozio'*: «... l'autonomia negoziale, intesa sotto il profilo dinamico, opera nel mondo del diritto così come nell'ambito della realtà sociale; per conseguenza se le parti danno, in virtù di tale autonomia, un assetto socialmente impegnativo ai propri interessi, non deve sorprendere poi che realizzino, a seguito del suo riconoscimento giuridico, un regolamento parimenti vincolante dei propri interessi, ma rispetto al diritto, produttivo cioè di conseguenze giuridiche» (55). Abbandonata l'ambigua figurazione del precetto, il 'riconoscimento' viene concepito come un dare 'rilievo giuridico' (56), un accogliere, nella sfera del diritto statale, le regole già dettate dall'autonomia privata. Il negozio non perde le caratteristiche originarie, ed esprime la propria natura *dinamica* anche sul piano giuridico: l'atto di autonomia, *come tale*, sarebbe idoneo a produrre effetti nel mondo del diritto. Non avremmo, dunque, nè una competenza attribuita dalla legge, nè una trascrizione della disciplina sociale in termini di effetti, ma semplice *conferimento di rilevanza a ciò che già opera sul terreno extra-giuridico*.

La logica della fattispecie si riaffaccia, prepotente ed insidiosa, anche in questa linea di pensiero. La proposizione trascritta ne lascia intravedere la presenza: in forza del 'riconoscimento', i privati sono in grado di dettare sul piano giuridico una regola *'parimenti* vincolante'. La regola d'interessi, posta dall'autonomia privata, non entra, *così come è*, nella sfera del diritto; poichè il 'riconoscimento' significa potestà di dettare *un'altra regola*, ossia di produrre effetti giuridici. «Solo adottando la formula proposta di riconoscimento in senso tecnico — soggiunge lo Scognamiglio (57) — può spiegarsi infatti come l'ordinamento, attribuita rilevanza giuridica al negozio, vi colleghi poi effetti giuridici corrispondenti grosso modo alle disposizioni prese dalle parti». Ecco, dunque, la norma impadronirsi (come già nella teoria bettiana) del negozio, spogliarlo delle caratteristiche originarie, elevarlo al

(55) R. SCOGNAMIGLIO, *Lezioni* ecc., cit., pp. 180-181.
(56) R. SCOGNAMIGLIO, *Lezioni* ecc., cit., p. 183, testo e nota 90.
(57) R. SCOGNAMIGLIO, *Lezioni* ecc., cit., p. 183.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rango di fattispecie e statuire effetti giuridici correlativi. Sarà un semplice e irrilevante dato storico che questi corrispondano al contenuto dell'atto di autonomia, e che vi corrispondano in larga o esigua misura.

Vi è un punto, oltre il quale la logica della fattispecie si afferma con incontenibile vigore. Negato che la disciplina dei singoli entri, come tale, nell'ordine giuridico; resa necessaria la *mediazione tecnica degli effetti*, e questi affidati alla sovranità della legge; il negozio non può più sopravvivere come atto di autonomia privata, ma come mera fattispecie. Riconoscimento della natura dinamica del negozio e determinazione legislativa degli effetti appaiono antitetici, giacché l'uno riconduce gli effetti in quella natura dinamica che l'altra nega ed esclude.

11. La svolta linguistica, da cui han preso le mosse questi appunti, può ormai valutarsi con più vigile senso storico. Il passaggio dal vocabolario della ' volontà ' al vocabolario degli ' interessi ' non segna un reale mutamento di prospettiva. L'uno e l'altro si riferiscono a un *dato*, che chiede di penetrare nella sfera giuridica e di svolgervi l'originaria energia creativa. Il fenomeno — prima definito nei contenuti di volontà, poi in chiave funzionale e teleologica — rimane identico: si tratta sempre di chiarire come il negozio possa *conservare* sul piano giuridico la capacità regolativa o normatrice, di cui è dotato sul piano economico-sociale. Le variazioni del lessico — se pure trattengono l'eco della controversia fra ' teoria della volontà ' e ' teoria della dichiarazione ' o ' teoria precettiva ' — nascondono, dunque, il più serio e cruciale problema del negozio giuridico: quel *problema della recezione*, intorno a cui si annodano gli itinerarî scientifici dell'ultimo secolo.

La stessa polemica tra il Betti e lo Stolfi (polemica, che si affida alla nostra memoria come testimonianza di civiltà e di stile culturale) assume, in questa luce, un nuovo e diverso significato. Il dissenso esegetico su una od altra norma, sul prevalere in singoli casi della volontà delle parti o dell'oggettivo tenore della dichiarazione, non può far dimenticare che, anche nella dottrina bettiana, l'autonomia negoziale *postula un dato ordinamento dell'economia e della società*. La necessità dei negozî — pre-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cisa infatti il Betti — si avverte solo in sistemi fondati sul rico noscimento della proprietà individuale, dove la circolazione dei beni e la prestazione di servizî sono rimessi all'autonomia privata. « La privata autonomia è un fenomeno logicamente correlativo a quello di sfere individuali dei singoli. Colà dove, invece, tali sfere non sussistessero, per es., in un ordinamento comunistico, l'esigenza della circolazione dei beni e dei servizi dovrebbe essere appagata in tutt'altro modo » ([58]). Non si saprebbe perciò condividere il profilo storico ([59]), che assegna il nome del Betti alle ' teorie revisioniste ' ed il nome dello Stolfi alle ' teorie restauratrici ': al primo attribuendo il merito di aver incorporato, all'interno della stessa nozione di negozio giuridico, la tutela del destinatario della dichiarazione e del terzo acquirente di buona fede; e imputando al secondo il tentativo di riarmare con l'eccezione del ' non voluto ' la parte più debole del contratto. Queste notazioni — sollecitate dal fascino della controversia tra ' volontà ' e tenore oggettivo del comportamento — lasciano in ombra un dato fondamentale: che, così per il Betti come per lo Stolfi, il negozio nasce in una sfera anteriore al diritto dello Stato; e che tale sfera è indissolubilmente legata al sistema della proprietà privata. Una storia ' ideologica ' del negozio giuridico dovrebbe forse riconfurre i due nomi nel medesimo capitolo ([60]), giacchè la proprietà privata è radice non meno del ' precetto ' bettiano che della ' volontà ' dello Stolfi ([61]).

Spenta la disputa sulla funzione della volontà, il negozio giuridico torna ad essere il terreno su cui si definisce il rapporto

---

([58]) E. BETTI, *Teoria* ecc., cit., p. 43; cfr. *Riflessioni* ecc., cit., 605-606.

([59]) Tracciato da F. GALGANO, voce *Negozio giuridico*, II. Diritto privato: *a*) Premesse problematiche e dottrine generali, in *Enc. del dir.*, XXVII, Milano, 1977, pp. 943-945. Le tesi del Galgano — già enunciate in una relazione del 1976 — sono sottoposte a critica da A. DE CUPIS, *Postilla sul problema del negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, I, 85 sgg.

([60]) Osserva però G. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1955, p. 225, che « le recenti tendenze al cosidetto dirigismo economico dello stato sembrano riassunte dalla teoria della funzione economico-sociale del contratto ».

([61]) E. BETTI, *Riflessioni* ecc., cit., 605: « Il nostro discorso presuppone ordinamenti economico-sociali che riconoscano ai singoli una cerchia di beni di loro spettanza ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tra diritto dello Stato e sfera dell'autonomia individuale. Quel rapporto, che solleva, sotto il profilo tecnico, l'arduo problema della recezione. Lo storico del pensiero giuridico qui avverte conflitti di valori e scelte di integrali visioni del mondo; e intuisce che il rifiuto di ridurre il negozio al diritto dello Stato esprime, in forme di inconsapevole *giusnaturalismo* (62), l'esigenza di proteggere o riguadagnare spazî di libertà. Gli itinerarî del negozio giuridico — di una categoria tecnica, che poco o nulla dice ai solenni e gravi storici della vita politica — appaiono così null'altro dai difficili e tormentati sentieri della libertà individuale (63). L'opera di Betti vi tiene una posizione centrale: e non già — come si è notato — per la critica del ' dogma della volontà ', o per l'introduzione del lessico teleologico, ma per il patos scientifico con cui è vissuto il problema della ' recezione '.

L'immagine del Betti come protagonista di quella che Francesco Ferrara definiva ' epica lotta ' fra la teoria della volontà e la teoria della dichiarazione (64); o come inventore di un nuovo linguaggio giuridico, dalle tonalità oggettive e teleologiche; impoverisce e disperde il significato culturale della sua opera. Che è invece da scorgere nella tensione di due principî di grande rilievo storico: dell'esigenza di esclusività, da cui è dominato l'ordine giuridico dello Stato; e dell'esigenza di salvaguardare le caratteristiche originarie dell'autonomia privata. Il lettore della ' *Teoria generale del negozio giuridico* ' ne avverte le vibrazioni già nella stessa sequenza dei capitoli: perchè, se quello introduttivo sembra offrire una rigida dottrina della fattispecie e delle vicende di rapporto, il primo s'intitola a ' L'autonomia privata e il suo riconoscimento giuridico '. Può apparire singolare che il teorico degli ordinamenti giuridici degradi l'autonomia dei privati a mera competenza attribuita dallo Stato, e scorga nel negozio una fonte di norme complementari (65); e che il Betti, assunto

(62) Cfr. A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il negozio giuridico* ecc., cit., p. 70.

(63) Cfr. P. RESCIGNO, *Appunti sull'autonomia negoziale*, in *Giur. it.*, 1978, IV, spec. 116; e *Manuale del diritto privato italiano*, 3ª ed., Napoli, 1977, spec. pp. 268-269.

(64) F. FERRARA, *Della simulazione dei negozi giuridici*, 5ª ed., Roma, 1922, p. 16.

(65) Cfr., sul pangiuridicismo di Santi Romano, G. TARELLO, *Il diritto come*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dal sentire comune a simbolo del più rigoroso dogmatismo, rifiuti di ridurre il negozio a mera fattispecie.

È che il Betti, nel dare risposta al problema dell' ' attacco ' dell'autonomia privata con l'ordinamento statale, non vuol chiudersi in quest'ultimo, e così disperdere la ricchezza di libertà e di iniziativa individuale custodita dal negozio. Le soluzioni proposte nascono da un radicale anti-normativismo (ne è spia l'assidua polemica contro le teorie kelseniane) (66) e dall'esigenza di abbracciare tutti i piani della realtà. In questa direzione va promossa una nuova e diversa lettura dell'opera bettiana, sciogliendo l'indagine da pigre classificazioni e da schemi ripetitorî. Anche le nostre discipline conoscono il fastidio del ' manzonismo degli stenterelli '.

---

ordinamento, in *Atti del X Congresso nazionale di filosofia giuridica e politica*, Milano, 1976, p. 66; G. GAVAZZI, *Santi Romano e la teoria generale del diritto*, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, 1977, p. 77; e spec. L. M. BENTIVOGLIO, *Santi Romano e la dottrina italiana di diritto internazionale*, in *Le dottrine giuridiche di oggi* ecc., cit., p. 198: « ... a parte la polemica anti-normativistica, sia il Romano che il Kelsen giungono ad una visione totalizzante del diritto, giacchè per entrambi l'esperienza di fenomeni giuridici è ricondotta ad un unico comune denominatore ». Il Bentivoglio, forse con soverchia nettezza, indica la comune ideologia nello « Stato hegeliano di antica memoria ».

(66) Le riserve datano dagli anni del primo dopoguerra: E. BETTI, *Notazioni autobiografiche*, Padova, 1953, p. 23: « Avvertiti i limiti del normativismo astratto e formale propugnato dal Kelsen, sottoposte a critica talune sue artificiose costruzioni, l'analisi degli istituti giuridici richiamava l'attenzione del giovane docente sui problemi pratici di cui essi offrono la soluzione, quindi sugli interessi della vita sociale e sulla loro valutazione e tipizzazione in vista della tutela giuridica ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

JOSE LUIS DE LOS MOZOS

«LA RENOVACIÓN DOGMATICA DEL CONCEPTO DE «CAUSA» DEL NEGOCIO EN EMILIO BETTI Y SU RECEPCIÓN EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA»

1. Introducción. — 2. Presupuestos sistemáticos de la doctrina de la causa en el Derecho moderno: a) La *categoría general* del negocio jurídico. — b) El negocio jurídico como *categoría general* y los negocios atípicos. — c) Delimitación entre *tipicidad* y *causalidad*. — 3. Construcción de la *causa* como requisito del negocio: a) Noción de *objeto* y *causa*. — b) Reconstrucción del concepto de *causa* del negocio jurídico. — 4. Aplicaciones singulares del concepto de causa: a) Negocios causales y negocios abstractos. — b) Implicación entre *forma* y *causa* en la fundamentación del negocio abstracto. Abstracción y tipicidad legal.

1. Introducción.

La obra de E. Betti ha sido inmensa, inabarcable, y, además, polifacética (1), por ello mismo, las manifestaciones de su influencia en la doctrina jurídica española son muy ricas, y muy diversas. Sin embargo no es fácil delimitarlas, pues, quedan muchas veces como implícitas en el quehacer de los historiadores y de los dogmáticos. Forman parte, seguramente, en la mayor parte de los casos, de un modelo mental, o de una actitud metodológica aprendida en la enseñanza del maestro y recreada en el oficio del discípulo. Otras la influencia parece más difusa: es como una resonancia cuyos ecos se multiplican casi indefinidamente.

(1) El elenco de sus obras, reseñado en las primeras páginas del volúmen I de los «*Studi in onore di E. Betti*», queda al poco tiempo superado, aunque todavía nos da una idea bastante exacta de la vastedad de su obra. Entre los trabajos necrológicos, publicados a raiz de su inesperada muerte, sobre todo: G. Crifò, *In Memoriam Emilio Betti*, en *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 70 (1968), págs. 293 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Probablemente porque todavía nos falta una adecuada perspectiva.

Pero, en ambos casos, el fenómeno se ha producido como al propio E. Betti le hubiera gustado: porque es más importante contribuir a formar una conciencia reflexiva que transmitir una teoría concreta. Unico modo de que la actitud permanentemente uniforme del pensar jurídico, por encima de las variaciones sociales y económicas, o de las modas escolásticas, salvaguarde los valores del espíritu.

Esta previa descripción sinóptica de la influencia del maestro quiere mostrar, de manera reasuntiva, que su inmensa obra influye en España siguiendo la estela de la propia trayectoria espiritual que áquella describe. Nadie, en pocas palabras, ha resumido mejor ésta trayectoria que otro insigne maestro de nuestros días, F. Wieacker. Para éste, el itinerario de E. Betti, arranca de la problemática que dominaba en la época de su juventud, cuando la romanística se debate entre pandectismo y ciencia anticuaria, describiendo a partir de éste punto una curva, siempre ascendente, como si respondiera a una constante exigencia de mayor « coherencia » espiritual, impuesta por el « canon hermeneútico » de la totalidad. De éste modo, comenzando por ocuparse de la Historia y de la Dogmática, contribuye a modelar una forma especial del saber jurídico, la historia de las categorías jurídicas (« *Dogmengeschichte* »), que llevándole a una preocupación metodológica por conocer los valores permanentes del pensamiento jurídico, acaba en una teoría de la interpretación (2).

Al describir ésta trayectoria, el pensamiento del maestro, no sólo ha iluminado o esclarecido problemas históricos, o grandes temas de la Dogmática, sino que ha construído con una preocupación renovadora, sólo comparable al esfuerzo inicial de la Escuela histórica, *teorías generales*, como la del negocio jurídico (3), o

(2) *Dalla storia del diritto alla teoria dell'interpretazione* (*Il pensiero filosofico-giuridico di Emilio Betti*), en *Rivista di diritto civile*, XVI (1970), págs. 301 y ss.

De las obras sobre interpretación ha sido traducida al español, la *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, de la 2ª edición italiana, a cargo de G. Criò, Milano (Giufrè), 1971, por el autor de éstas líneas, Madrid (*Revista de Derecho Privado*), 1976.

(3) Muy difundida en España, por la temprana traducción llevada a cabo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la de las obligaciones (4), que han influído de manera decisiva en la didáctica práctica, y en la propia reelaboración dogmática del Derecho civil español, por más que sea difícil de precisar ésta influencia (5).

En otro orden de cosas, el modelo metodológico de E. Betti, se ha extendido bastante entre los juristas formados en las décadas de los años cuarenta y cincuenta, a través de dos cauces distintos. Uno que, a través de formas institucionalizadas, ha venido asegurando la proximidad científica de nuestro pais al permanente magisterio de la ciencia jurídica italiana, como si todavía Hispania fuera la más fiel provincia del imperio romano. Me refiero al Colegio de San Clemente de Bolonia, y al Instituto jurídico de Roma. Otro, que ha girado en torno a dos figuras eminentes de la ciencia jurídica española, Federico de Castro y Alvaro D'Ors, y que transciende más allá del circulo estricto de sus discípulos, sin que por ello quiera preterir a ningún otro, de entre los *potentiores* de la actual generación de maestros, limitándome a destacarlos, uno como civilista, otro como romanista, ya que, entre ellos y E. Betti, existía una relación que, sin excluir otras, nos hacía volver los ojos a las actitudes mentales y a las construcciones sistemáticas del llorado maestro. Incluso en el circulo estricto de nuestros dos maestros citados, podrían citarse testimonios muy elocuentes, pero el temor de que alguno se sintiera preterido u olvidado, me hace no entrar en precisiones de detalle.

Pero, aún hay más, el modelo metodológico de E. Betti, especialmente por lo que se refiere a la historia de la Dogmática, ha-

---

por A. MARTIN PÉREZ, de la primera edición italiana, Madrid (*Revista de Derecho Privado*), 1946.

(4) La *Teoria general de las obligaciones*, fué traducida por mi, con la colaboración del Profesor L. J. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y del Notario J. M. DE LA CRUZ LAGUNERO, componiendose en dos volúmenes, Madrid (*Revista de Derecho Privado*), 1969-1970.

(5) Aparece dispersa en numerosas monografías, en materia de Derecho de obligaciones, y teoría general del negocio jurídico, especialmente; destacando entre las grandes obras sistemáticas, en los *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid (Tecnos), 1970, de L. DÍEZ-PICAZO, y en la adaptación y puesta al día del CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, III, *Derecho de obligaciones*, 1, *La obligación y el contrato en general*, 11ª ed., Madrid (Reus), 1974, llevada a cabo por G. GARCIA CANTERO.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bía de ser acogido fácilmente en un pais que, por un curioso fenómeno de « provincialización », por lo demás habitual en numerosas manifestaciones de la cultura española, sigue tardíamente fiel al « *usus modernus Pandectarum* », como en otro lugar he puesto de relieve (6), fidelidad que va más allá de la codificación, como todavía aparece en los trabajos monográficos de un F. Clemente de Diego (7), y que sigue cuajando sus mejores frutos entre numerosos civilistas modernos (8).

Por lo que al resplandor, en fín, de la magna obra de E. Betti se refiere (su « *Teoria generale dell'interpretazione* »), habría que encontrarle en las *Memorias pedagógicas* de la mayor parte de los profesores universitarios que han accedido a la docencia en las Facultades de Derecho, durante los últimos veinte años (9), sin olvidar la difusión de ésta problemática a través de la traducción de la segunda edición postúma de su « *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* » (10), aunque, si no me equivoco, su influencia alcanza a la más notable obra, aparecida en la literatura jurídica española, durante los últimos años, sobre ésta temática: el sugestivo e importante libro de un publicista, José Luis Villar Palasí, sobre « *La interpretación y los apotegmas jurídicos* » (11),

---

(6) J. L. DE LOS MOZOS, *Derecho civil español*, I-1, Salamanca, 1977, págs. 62 y ss., y 81 y ss.

(7) Aparte de su interesante obra, *Introducción al estudio de las instituciones de Derecho romano*, Madrid, 1900, con la que comienza la brillante carrera de un civilista que llena casi la primera mitad del presente siglo.

(8) Todavía ésta tendencia alcanza a lo mejor de los civilistas contemporáneos, durante los últimos veinte años, y podría hacerse una lista de monografías que va desde, p. ej., el libro de J. B. JORDANO BAREA, *La categoría de los contratos reales*, Barcelona, 1958 a J. DELGADO ECHEVERRÍA, *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*, Madrid, 1974.

(9) Debido a la exigencia impuesta para acceder a los concursos para la provisión de vacantes de Cátedras y de Agregaciones, de presentar una Memoria sobre el « concepto, método y fuentes de la disciplina ».

(10) En otro tiempo yo mismo intenté llevar a cabo la traducción de la *Teoria generale dell'interpretazione*, pero surgieron dificultades por parte de las editoriales españolas, y hubo que abandonar la empresa que hubiera tenido un éxito indudable, en orden a la difusión de tal importante obra entre los lectores de lengua española. Por ello, posteriormente, me presté muy gustoso a traducir la obra citada en el texto, come he referido en la nota 2.

(11) Madrid (« Tecnos »), 1975.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

donde la hermeneútica viene a ser, de nuevo, según la enseñanza del maestro, « *als Weg heutiger Wissenschaft* ». Enseñanza que quedare incompleta, en áquella obra a que antes me he referido, y que inacabada en alguno de sus detalles accessorios, o en relación con alguna reelaboración que fácilmente cabía esperar, recoge el último aliento del quehacer científico del maestro, transmitiendonos su último mensaje y que, por ello, se nos ofrece con la autoridad y con la grandeza de la misma vida humana, interrumpida de pronto con la muerte.

Estas palabras que forman parte de las consignadas en mi prólogo, como traductor de la citada obra de Betti, terminaban en áquella ocasión evocando su infatigable actividad, inasequible al desaliento a pesar de las actitudes superficiales y acomodaticias de algunos de sus colegas italianos, en los últimos años de su existencia, concluyendo en éstos términos, que pueden ser premonitorios de lo que en suelo provincial hispano ha comenzado a suceder: Ciertamente que hay modos y modas, en la ciencia como en el arte, pero por encima de unos y otras, no es fácil desentenderse de una verdad cuando ha sido rigurosamente descubierta, por eso, con el paso del tiempo los que adoptaron áquellas actitudes, así como los que confundieron la ciencia con la ideología, han quedado en ridículo y totalmente desprestigiados científica y humanamente, mientras que la obra de nuestro autor, que resplandece de nuevo en sus discípulos, debido a su constancia, a su amor a la verdad, y a una fe inquebrantable en la misión del jurista, ha quedado incorporada para siempre a las que forman la serie, secular y por fortuna inacabada, de los grandes maestros de la Jurisprudencia.

Por eso, a la hora de volver a la obra del maestro, y para destacar alguno de los aspectos de su influencia en la dogmática civil española, voy a reemprender uno de los temas más delicados y conflictivos de la tradición jurídica latina, y aún de la propia tradición romanista europea: el tema de la *causa del negocio jurídico*, donde por hacer en él abundante cosecha pandectismo y iusnaturalismo, sigue siendo polémico en nuestros diversos sistemas jurídicos, bien que el Código le tengamos enfrente, de lado, o a favor de una posible, y siempre difícil, construcción dogmática. Pienso que, de ésta manera, me sitúo en la línea de lo que

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

al maestro le hubiera gustado, y hago honor al apreciado encargo con que me honran los « *Quaderni fiorentini* », todo ello dentro de las modestas posibilidades de mi esfuerzo, aunque no me falte entusiasmo y deseos de cumplir áquel honestamente.

2. Presupuestos sistemáticos de la doctrina de la causa en el derecho moderno.

a) *La « categoría general » del negocio jurídico.*

La elaboración por E. Betti de su « *Teoria generale del negozio giuridico* », tuvo como ocasión próxima una polémica que surgió en su tiempo, en torno a la oportunidad de su inclusión en el *Codice civile*, mientras paralelamente se discutía en Alemania, la supresión de ésta materia del Proyecto de Código popular alemán (VGB), de éste modo aparece, por decirlo de nuevo con palabras de F. Wieacker, como fruto de su vitalidad y de su celo misionero (12). Pero aquí no vamos a tratar de la construcción de su obra, si no simplemente de la *doctrina de la causa*, que no es poco.

Empezaremos por recoger, al iniciar el tema, el pensamiento del maestro tomado al píe de la letra: « siendo el negocio jurídico una creación de la autonomía privada, « *exige una justificación objetiva*. Examinada la estructura — forma y contenido (el como y el qué cosa) — del negocio, es ahora tiempo de investigar su función (el porqué). Tal función que con término técnico legitimado por la tradición, se denomina la « causa », o sea, la razón del negocio, se enlaza lógicamente al contenido de éste, sin llegar por eso a identificarse con él » (13). Añadiendo más adelante que, « en todo negocio, analizado su contenido, se puede lógicamente distinguir una reglamentación de intereses en las relaciones privadas, y concretada en ella una razón práctica típica inmanente a ella, una « causa », un interés social a que áquella responde » (14).

Ahora bien, antes de seguir adelante, desarrollando el pensamiento del maestro en una « heterogénesis » basada en la propia

(12) Vid., A. Martín Pérez, en *prólogo* a E. Betti, *Teoría general del negocio giuridico*, cit., pág. xviii.

(13) *Teoría general del negocio jurídico*, cit., pág. 133.

(14) *Ibid.*, págs. 134-135.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

experiencia científica, como el mismo enseñaba había de tener lugar en una interpretación de ésta naturaleza, hemos de observar que, tal exigencia de *objetividad* en los negocios jurídicos, que denominamos « causa », predicada con carácter general de todos y cada uno de ellos, sólo se explica si áquellos han llegado a tomar el modelo de una « categoría general », y como ésto sólo tiene lugar, a través de un largo proceso de maduración que comienza con la « recepción del Derecho romano », y está a punto de concluir con la codificación, de ahí que tal configuración constituya un presupuesto *sistemático* del propio concepto de « causa ». Con lo que adquiere pleno sentido la afirmación de F. Calasso, a éste mismo propósito que, donde termina la Historia comienza la Dogmática (15).

Una observación de éste tipo se la pudo haber planteado el propio E. Betti, en idénticos términos, aunque no haya utilizado — qué sepamos — las mismas palabras. Precisición metodológica, a lo que creo, muy importante, y que, a veces, no viene efectuada por otros investigadores, en ésta materia, o en cualesquiera otras, a pesar de pretender hacer historia de la Dogmática arrancando nada menos que del Derecho romano (16), pero sólo del Derecho romano (17).

Volviendo a recoger el hilo del discurso, anteriormente interrumpido, tenemos que decir, de acuerdo con el propio E. Betti,

---

(15) *Il negozio giuridico*, Milano, 1959, págs. 338 y ss.

(16) En éste defecto han caído algunos romanistas españoles, al pretender utilizar el método de la « *Dogmengeschichte* », con desconocimiento absoluto del Derecho intermedio, e incluso de los presupuestos teóricos y prácticos del Derecho común, como puede comprobarse del olvido o poco aprecio de las fuentes normativas, y de la utilización, sin criterio alguno, de un abigarrado elenco de iusnaturalistas, de teólogos y de prácticos, para desembocar en una serie de difusas consideraciones sobre el Derecho moderno en relación con las instituciones que, lejos de explicar, confunden.

(17) Cayendo con ello en un error que ya había denunciado E. BETTI, en su ensayo, « *Falsa impostazione della questione storica dipendente da erronea diagnosi dogmatica* » (1951), y en otro que ha puesto de relieve la depuración del método de la « *Neuere Privatrechtsgeschichte* », cuya definición más acabada se encuentra en un conocido trabajo de F. WIEACKER, *Der gegenwärtige Stand der Disziplin der Neueren Privatrechtsgeschichte*, en *Eranion für Maridakis*, Athen, 1963, I, págs. 339 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que la « teoría general del negocio jurídico », aparece como la expresión técnica, o más propiamente dogmática, del reconocimiento de la *autonomía privada*, como fuente creadora de efectos jurídicos ([18]). Por eso, el concepto de autonomía privada se inserta en el núcleo central del propio concepto de negocio jurídico, en lo que coinciden los que han tratado el tema científicamente ([19]). Esto que es común a toda la tradición jurídica europea, procede del sistema del Derecho natural y queda consagrado en las codificaciones modernas, con independencia de que acojan o no el modelo del BGB ([20]), teniendo en cuenta que sus antecedentes se remontan al Derecho común medieval ([21]). Aunque bien es verdad que, propiamente, el origen dogmático de la teoría general

---

([18]) Vid. a éste respecto la magistral exposición di E. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, cit., págs. 39 y ss.

([19]) En la doctrina italiana la obra di E. Betti, resulta todavía insuperada, sin embargo, no se puede olvidar el magnífico libro de L. CARIOTA FERRARA, también traducido al español, por M. ALBALADEJO, y publicado bajo el título de *El negocio jurídico*, Madrid (« Aguilar »), 1956. Existen tratamientos ulteriores, en obras generales y en monografías, pero llama la atención por la rectificación radical que, pretende llevar a cabo, respecto de la doctrina anterior, la obra de L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, que pretende dar a la base dogmática del reconocimiento de la autonomía privada un fundamento político, publicista o constitucionalista, apartándose con ello de la tradición pandectista o sistemática de la ciencia jurídica italiana moderna. En España, aparte de las exposiciones en las obras generales, la magna monografía sobre el tema es obra del esclarecido maestro, F. DE CASTRO, *El negocio jurídico* (en el *Tratado teórico-práctico*, que por monografías viene publicando el *Instituto Nacional de Estudios Jurídicos*), Madrid, 1967, donde el tema se trata en las págs. 11 y ss. En la doctrina alemana, hay dos aportaciones modernas importantes, para el estudio del tema: la monumental obra de W. FLUME, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin, 1965, págs. 1 y ss.; y K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, München, 1967, págs. 91 y ss. (y ediciones posteriores). En la doctrina francesa, después de la obra de R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté* (*Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*). Paris, 1901, no ha habido obras importantes sobre la materia, sin perjuicio de su estudio en los tratados y obras generales, sin embargo, vid. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en Droit civil français et allemand*, Paris, 1961.

([20]) Todavía resulta interesante, sobre el tema, el estudio de F. VON HIPPEL, *Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie*, Berlin, 1935.

([21]) Nadie ha estudiado ésta cuestión, en su conjunto, como el llorado historiador italiano, F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., págs. 53 y ss., etc.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del negocio jurídico no se prepara hasta la última etapa del « *usus modernus Pandectarus* », en Alemania, debido a la influencia del « racionalismo » que pretende fundamentar el Derecho civil como una disciplina « *more geometrico demostrata* » (22), adquiriendo su forma definitiva por obra del pandectismo del siglo XIX (23) que de ésta suerte consolida una de las grandes figuras teóricas de la ciencia jurídica.

Pero la soberbia arquitectura dogmática del negocio jurídico se resiente de colosalismo, como tantas otras construcciones de la « *Begriffsjurisprudenz* », padeciendo de modo típico y sintomático sus proverbiales defectos: abstracción y generalizacion. Abstracción, porque la vida social se resuelve en particulares y concretos negocios, socialmente típicos, generalmente (24), y generalización, porque el proceso de formación histórica de la categoría general del contrato, que lentamente se ha ido desarrollando a lo largo del Derecho intermedio, se extiende dogmáticamente a toda clase de negocios, contrastando la fuerte antinomia existente entre contratos y testamentos, que el pandectismo trata de borrar a propósito de las generalizaciones que imponen su flamante teoría.

De ésta manera, al hacer de todo ello una construcción dogmática artificial, se oscurece precisamente como se ha ido formando históricamente, y como se han ido preparando por el Derecho común los materiales sobre los que había de actuar, después, el « iusnaturalismo » para echar los fundamentos definitivos de toda la doctrina en cuanto sirve para explicar la eficacia jurí-

---

(22) En ello, marca un verdadero hito la delimitación de sus *elementos*, lo que fué obra, según F. Calasso, de D. NETTELBLADT (*Op. cit.*, pág. 341, texto y nota 33), cuya obra más importante es su *System des heutigen Civil-Rechtsgelehrtheit*, Jena, 1794, continuador y discípulo de Ch. Thomasio y de Ch. Wolff, influyendo en el mismo, aparte de éstos grandes maestros, J. C. Daries, perteneciente a la misma escuela, la de los creadores del « sistema de Pandectas », cuando la Escuela histórica se transforma en Pandectismo (para ésto, vid. tambien, F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2ª ed., Göttingen, 1967, págs. 321-322, y 373 y ss.).

(23) Para ésto, igualmente, F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 21 y ss.

(24) Ya advertían ésto H. C. NIPPERDEY - L. ENNECCERUS, *Tratado de Derecho civil*, I-2, *Parte General*, trad. esp., Barcelona, 1944, págs. 289 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dica de los actos de autonomía privada, habida cuenta, por otra parte, del cambio operado respecto del Derecho romano.

No podemos extendernos aquí en la formación de la categoría general del contrato, pero si nos parece oportuno llamar la atención sobre el mismo, porque *es* en el paso del *sistema romano*, de singulares tipos de contrato reconocidos por el ordenamiento, al *sistema moderno*, en el que se admite el contrato como categoría general (expresión dogmática del reconocimiento de la autonomía privada, con carácter general), donde verdaderamente *nace* el concepto moderno de negocio jurídico ([25]).

Aquel proceso de generalización, debido a la ciencia del Derecho común adquiere plena efectividad, en la teoría y en la práctica del Derecho, en cambio, la construcción pandectista ni siquiera gana, en todas partes, un desarrollo adecuado en los Códigos. Pero todavía es más importante aquí, considerar que una profundización histórica — revisión dogmática desde una perspectiva histórica — puede esclarecer la precisión de los conceptos dogmáticos dando de los mismos una explicación que no se halla alejada de la *experiencia jurídica*. Tal sucede, en el presente caso, pues, la « causa » no solamente cumple una función en « sede técnica », sino también en « sede histórica », para hacer precisamente posible la categoría general del contrato. Lo que queda, definitivamente, oscurecido para el pandectismo, en su construcción del negocio como « declaración de voluntad », en ambos sentidos, acabando por prescindir de la causa.

([25]) El paso de uno a otro sistema se aprecia facilmente desde la perspectiva de la *forma*, actuando a través de su debilitación, que implica una extensión a todos los contratos de la eficacia que reciben originariamente los *nominados*, proceso que se puede calificar como dependiente de la sustitución de una *tipicidad legal*, o normativa más exactamente, por una *tipicidad causal*, y desarrollándose, por otra parte, con fuerza inusitada, los antiguos *contratos innominados*, que serán una nueva fuente de *atipicidad*, amparados en el reconocimiento mismo de la propria autonomía privada, con carácter general, cuestión de que me he ocupado anteriormente: J. L. DE LOS MOZOS, *Causa y tipo en la teoría general del negocio jurídico*, en *Revista de Derecho Privado*, 1970, págs. 739 y ss., quedando después incorporado a mis *adiciones* a CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, I-2, 11ª ed., Madrid, 1971, págs. 909 y ss., y en *Ibid.*, 12ª ed., Madrid, 1978, págs. 670 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Por lo demás, ésta cuestión tiene que ver, de una parte, tanto con el propio concepto de « autonomía privada », tomado en consideración por el ordenamiento, por lo que no en vano se ha dicho que existe un claro paralelismo « entre los poderes del ordenamiento y los poderes de los particulares » (26); como, de otra, con una adecuada concepción del negocio jurídico superadora del « dogma de la voluntad », que combate E. Betti denodadamente (27), contribuyendo a construir, en plena crisis del pandectismo, y frente a los últimos reductos de sus seguidores (28), la llamada concepción « normativista » del negocio (29), actualmente dominante, y aún no superada (30).

b) *El negocio jurídico como « categoría general » y los negocios atípicos.*

En la formación de la categoría general del contrato, la sustitución de la *tipicidad legal* por la *tipicidad causal*, sirvió de cabeza de puente a la doctrina de la causa para llevar a cabo áquella empresa, instigada por una preocupación práctica: dotar de eficacia a cualquier pacto. Pero no conviene adelantar acontecimien-

---

(26) F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, págs. 336 y ss. Lo que se traduce, en la contrucción dogmática, en la doctrina de los *límites* de la propia autonomía privada, argumento muy propicio a la doctrina francesa de hace unos años, como se muestra en las obras de G. RIPERT, de entre las que hemos de destacar aquí, *Les forces créatrices du droit*, Paris, 1955.

(27) *Teoría general del negocio jurídico*, cit., págs. 51 y ss.

(28) Que por razones de índole política, vuelve a recoger una vieja idea pandectista, para darla un significado nuevo: entendiendo que el negocio es directamente fuente de Derecho, competente por sí mismo para determinar los efectos jurídicos. En tal sentido, la conocida teoría de A. MANIGK, *Die Privatautonomie in Aufbau der Rechtsquellen*, Berlin, 1953.

(29) Que como es lógico depende del reconocimiento de la autonomía privada, y de las condiciones impuestas por el ordenamiento para que áquel se realice en la regulación de intereses privados que el negocio jurídico supone, mediante el cumplimiento de tales condiciones o requisitos.

(30) Por todos, F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 31 y ss., para quien resumiendo éste punto de vista, señala que el negocio tiene una doble eficacia: la de servir de *título* da una serie de derechos y facultades y la de autorregulación privada (*regla*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tos, hagamos primero un poco de Derecho comparado, examinando los *sistemas* modernos.

El tema de los negocios *típicos* y *atípicos* se halla intimamente vinculado con la cuestión de la « causa », como es obvio, y en conexión con ésta viene estudiado modernamente por la doctrina (31). Pero, por otra parte, en éste tema incide una cuestión sistemática que no ha sido tomada en consideración lo suficiente por la doctrina y que revela la diferente instrumentación de los *elementos* del negocio por el ordenamiento, y aún de su propio reconocimiento como acto de autonomía privada, entre los Derechos latinos y el BGB, heredero éste de la dogmática del pandectismo, mientras áquellos siguen, más bien, la línea evolutiva que trazara la formación y el reconocimiento de la categoría general del contrato, desde el Derecho común.

La manifestación de éste fenómeno, en Alemania, es consecuencia de una « recepción tardía » (« *Nachrezeption* ») del Derecho romano en áquel pais, coincidente, posteriormente, con una fuerte « cientificación » del Derecho que se acentúa con la Escuela histórica y con el Pandectismo (32). De ésta manera, el concepto de *tipicidad*, en el negocio jurídico, se acerca más, en el Derecho alemán, a la noción propia de tipicidad del Derecho público, o del mismo proveniente, aunque una y otra se distingan (33). Lo que, por lo demás, viene a ser como un residuo — idealizado — de la consideración del sistema contractual romano, que descansa en el reconocimiento de unos singulares tipos de contrato, recreado por la « jurisprudencia conceptual ». Construcción que se compagina, sin duda alguna, con la consideración del negocio jurídico, como una « manifestación de voluntad », que, ulteriormente, de acuerdo con la « teoría de la declaración » (« *Erklärungstheorie* »),

---

(31) En éste sentido, J. L. DE LOS MOZOS, *Op. cit.*, en *Revista de Derecho Privado*, 1970, págs. 739 y ss., y F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 202 y ss., y 205 y ss., y en ambos referencias a otros trabajos anteriores.

(32) Para ésto F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, cit., págs. 91 y ss., y ya anteriormente en *Gründer und Bewahrer*, Göttingen, 1959, págs. 111 y ss.; G. WESENBERG, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte*, 2ª ed., Lahr-Schwarzwald, 1969, págs. 7 y ss., 54 y ss.; H. THIEME, *Savigny und das deutsche Recht*, en *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, 8 (1963), págs. 9 y ss.

(33) Para ésto, K. LARENZ, *Allgemeiner Teil*, cit., págs. 316 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

acaba por prevalecer en el BGB (34), presentándose como un *factum* que una vez nacido aparece como desconectado de la fuerza creadora de la autonomía privada (35).

Las diferencias de ésta diversa construcción dogmática se manifiestan, sobre todo, en la diversa manera de construir, el Derecho alemán, y los Derechos latinos, la *estructura* del negocio jurídico, puesto que, en áquel, no se habla de « causa », ni siquiera de « objeto », como requisito o elemento *esencial* del negocio, mientras que en el nuestro y en los otros Derechos latinos éstas dos valoraciones se elevan a la categoría indicada (36). En el sistema del BGB, lo único importante en éste orden de cosas es la *voluntad declarada*: lo demás son *puntos* sobre los que — y ésto se revela más claramente en los contratos — las partes han de ponerse de acuerdo (37).

Esto supone, habida cuenta una esencial continuidad conceptual entre ambos sistemas, una diferente disposición de los elementos que la componen, manifestándose en un diverso sentido de la relación entre *voluntad* y *negocio*, pues podríamos decir que, en el Derecho alemán, la voluntad se *subpone* a la declaración, para, de éste modo, configurar el *factum*, siendo lógico que éste adquiera una mayor relevancia configurante, porque el negocio ya no descansa sobre la « causa », sino sobre el *tipo* prefigurado por la ley (38).

---

(34) Trayéndonos, no obstante, el eco de la antigua polémica con la doctrina de la voluntad (« *Willenstheorie* »), y, por ello, aparecerá más radicalizado en su postura W. FLUME, *Op. cit.*, págs. 45 y ss.

(35) A ésto apunta sagazmente F. DE CASTRO, *El negocio*, cit., págs. 31 y ss., lo que, en otro sentido, viene destacado por mi parte: J. L. DE LOS MOZOS, *Op. cit.*, en *Revista de Derecho Privado*, 1970, págs. 744 y ss.

(36) Cfr. Arts. 1108 y ss. Cc. fr.; arts. 1325 y ss. Cc. it.; arts. 1261 y concordantes Cc. esp. En ésto es concorde tanto la doctrina clásica alemana, en torno al BGB, como la moderna, vid. NIPPERDEY-ENNECCERUS, *Op. cit.*, I-2, págs. 52 y ss., 91 y ss., y 289 y ss.; A. VON TUHR, *Teoría general del Derecho civil alemán*, II-1, *Los hechos jurídicos*, trad. esp., Buenos Aires, 1947, págs. 161 y ss.; W. FLUME, *Op. cit.*, págs. 62 y ss.; K. LARENZ, *Allgemeiner Teil*, págs. 316 y ss.

(37) Vid. parágrafos 154 y 155 BGB.

(38) Siendo así las cosas es natural que el tipo adquiera una mayor importancia que en el sistema español, o latino en general, y, sobre todo, un carácter distinto. Efectivamente, en nuestro Derecho, es la voluntad la que libremente

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Por eso, mientras en el Derecho alemán la tipicidad tiene que ser *legal*, como única posible, en los Derechos latinos, y especialmente en el nuestro, la tipicidad ha de ser *causal* (39). No se nos oculta que, en el Derecho español podemos hablar de tipicidad *legal*, pero ésta denominación no responde a un significado profundo, ni siquiera verdadero desde un riguroso punto de vista sistemático. Sin embargo, es indudable que, el *tipo legal*, juega un papel muy importante, sobre todo, en la esfera de la *integración* del contenido negocial (art. 1258 Cc.), pero, por ello mismo, la tipicidad legal juega un papel secundario, especialmente en relación con los negocios jurídicos contractuales, en lo que atañe al proprio fundamento del sistema, referido al juego de la norma *dispositiva* (arts. 1255, 1261-2 y 3, 1262-1, etc.). Por lo que la *tipicidad causal* se halla en el soporte de todo negocio, y no puede referirse unicamente a los negocios atípicos, como hace E. Betti,

---

crea el negocio (art. 1255 Cc., que por extensión se aplica a ésta materia, aunque se halle dictado para los contratos), siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el ordenamiento (art. 1261 Cc., en general.) De todos modos, el planteamiento puede parecer equivalente, y, posiblemente lo sela, pero la « posición » de la voluntad es distinta, como la prueba la prevalencia de la voluntad interna sobre la voluntad declarada (art. 1281 Cc. esp., en materia de interpretación), y ésto si que difiere notablemente del sistema alemán (vid. A. VON TUHR, *Op. cit.*, II-1, págs. 162-164). Por el contrario configurado el *tipo* por el ordenamiento y no por el acto de autonomía, mediante la determinación causal, las posibilidades de áquella voluntad que ha servido para darle vida son en el orden *sistemático* mucho más amplias en el BGB, porque sirve para que toda convención o negocio produzca una *modificación jurídica*, no sólo de las que engendran una relación obligatoria (§ 241 BGB). Vid. E. BETTI, *Système de Code civil allemand*, Milano, 1965, pág 41; y en el mismo sentido, K. LARENZ, *Allgemeiner Teil*, cit., págs. 89 y ss. Esto no tiene nada de extraño, pues el concepto ya viene fijado por el propio F. C. VON SAVIGNY, cuando dice que los negocios jurídicos o *declaraciones de voluntad* son áquellos hechos jurídicos voluntarios que producen el nacimiento o la extinción de las relaciones de Derecho (*Sistema de Derecho romano actual*, trad. esp., Madrid, 1878, II-III, § 104, págs. 141 y ss.).

(39) En el Derecho alemán se traslada la problemática de los *negocios atípicos*, al campo del Derecho social, o de la responsabilidad objetiva, así por lo que se refire a las relaciones jurídicas en masa, o la propria responsabilidad *ex lege*, por paradójico que parezca, en función del arbitrio judicial (« *auxilium iudicis* »), situaciones que no se adaptan a las valoraciones de intereses implícitas en los tipos legales (a la « *immanente Vertragsgerechtigkeit* »), vid. K. LARENZ, *Allgemeiner Teil*, cit., págs. 95 y ss.; W. FLUME, *Op. cit.*, págs. 95 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

y la mayor parte de la doctrina italiana, excesivamente influída por la dogmática alemana (40).

Con todo, en éste problema de la *tipicidad* de los negocios jurídicos se está padeciendo un equívoco evidente que procuraremos desvanecer.

c) *Delimitación entre « tipicidad » y « causalidad ».*

La doctrina de los tipos, como es sabido, procede del Derecho penal, influyendo poderosamente en la Pandectística, lo que es lógico, porque hablar de tipos tenía un sentido muy concreto en el sistema contractual romano. Y en ello la doctrina es concorde (41). Ahora bien, no es que nos parezca mal éste intercambio de esquemas conceptuales entre el Derecho público y el Derecho privado, ni que nos parezca inadecuado recibir la categoría del « tipo » (« *Tatbestand* ») en la dogmática del negocio jurídico, pero si consideramos inoportuno tener que recibirla mediante el correspondiente espejismo conceptual, y, para ello, es obvio que habrá que adaptar el concepto al sistema.

Efectivamente, como sabemos, en Derecho romano existían singulares tipos contractuales, modernamente, en su lugar, sólo existe la categoría general del contrato, y, por extensión, la categoría general del negocio jurídico, y una cosa es que el *tipo* vuelva a reaparecer a la hora de *clasificar* los negocios, lo mismo que en el Derecho penal se presenta a la hora de *configurar* los delitos, y otra cosa, muy distinta, es que el *tipo* tenga en ambos sistemas una función equivalente, y ni siquiera paralela. En el Derecho público, la *tipicidad* hace referencia a otro principio que es fundamental en áquella esfera normativa: el *principio de lega-*

---

(40) Así, en su *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1954, págs. 56 y ss. Recientemente, no es convincente el punto de vista, en la doctrina italiana, de G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.

(41) Vid. en la doctrina alemana, al respecto: L. ENNECCERUS - G. C. NIPPERDEY, *Op. cit.*, II-1, págs. 5 y ss.; W. FLUME, *Op. cit.*, págs. 113 y ss., entre los romanistas, el maestro M. KASER, *Der römische Anteil am deutschen bürgerlichen Recht*, en *Juristische Schulung*, 7 (1967), pág. 342. En nuestra doctrina, F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 199 y ss.; y J. L. DE LOS MOZOS, *Op. cit.*, en *Revista de Derecho Privado*, 1970, págs. 747 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lidad; pero mientras en el Derecho público rige tal principio, en el Derecho privado, el único paralelismo posible se muestra en el *principio de causalidad*, que arroja respecto del tema un enfoque totalmente diferente, lo que, en lo sustancial, sirve tambien para el Derecho alemán, aunque en éste la especulación pandectista ha oscurecido su adecuado planteamiento, al abandonarse el requisito de la « causa ». Por eso, en áquel ordenamiento la tipicidad de los negocios jurídicos es tipicidad legal, un poco como lo fué en el Derecho romano, mientras que en nuestros Derechos la tipicidad es prevalentemente causal.

A todo ésto se viene a añadir otro punto de confusión, consistente en que la distinción entre negocios *típicos* y *atípicos* que aparece en Derecho moderno, desde la dinámica del sistema, se encuentra en lugar de la distinción romana entre negocios *nominados* y negocios *innominados*, con la que no coincide exactamente (42).

Todo ésto cobra un significado preciso si nos asomamos al desarrollo de la doctrina del contrato en el Derecho común medieval, donde entre las « vestiduras » de los *pacta nuda*, aparece el *nomen* que, según las escuelas, o bien se reconduce a los contratos consensuales, o bien al *consensus* contractual, o a ambas cosas a la vez (43). Sin embargo, en el Derecho moderno, desde un cierto punto de vista, *todos* los contratos son consensuales, y unicamente se diferencian entre sí por su diversa *función económico-social*, es decir, por su « causa », lo que en el Derecho romano tenía lugar, como ya advirtió V. Scialoja, respecto de la causa de los *nominados* (44).

De éste modo, y por ésta vía, unicamente, podemos considerar que viene a coincidir la tipicidad *causal* con la tipicidad *legal*, aunque siempre habrá que dejar a salvo el carácter de norma dispositiva que establece ésta tipicidad legal, frente al superior rango que ofrece la tipicidad *causal* (art. 1261 Cc. esp.). Por ello, en Derecho español, serán *negocios típicos* no solamente áquellos

---

(42) Como recuerda, con toda exactitud, F. DE CASTRO, *El negocio*, cit., págs. 205 y ss.

(43) Vid. F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., págs. 53 y ss., y allí otras referencias.

(44) *Negozi giuridici* (*Lezioni*, 1892-1893), 3ª ed., 1933, de la que hay traducción española de PELSMAKER, *Negocios jurídicos*, Sevilla, 1942, págs. 74 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que sean objeto de una regulación en el Código (como la compraventa, la permuta, etc.), sino también los que lo sean conforme a una *función* típica. No obstante, en la mayor parte de nuestra doctrina, por un mecanicismo simplificador, prevalece la calificación de negocios típicos para áquellos negocios que son objeto de regulación en el ordenamiento formulado, es decir, para los *nominados*, entendidos en el sentido moderno (*nomen* = regulación), reservándose la denominación *negocios atípicos* para áquellos que, aún descansando como los anteriores en una tipicidad social, y aún viniendo nombrados por la norma (*nominados*, en el sentido puramente terminológico, no jurídico), no son objeto de una regulación legal, o ésta aparece deficiente o incompleta, los cuales, para su validez requieren igualmente una causa, verdadera y lícita (arts. 1275-1277 Cc. esp.), « causa » que, por influencia del *Code civil*, y debido a una extraña, curiosa y elocuente implicación dogmática, de puro corte « iusnaturalista », debida a J. Domat, viene a ser la *causa de los innominados*, o de las *liberalidades*, como revela, sobre todo, el art. 1274 Cc., con toda claridad [45]. En conclusión, en los indebidamente llamados por la mayor parte de la doctrina *negocios típicos* existe una coincidencia entre la *función* y el *nomen*; en cambio, en los *atípicos* o *innominados*, más bien, al faltar áquel, la construcción del *contenido* del negocio debe ser más cuidadosa, sobre todo a la hora de su valoración desde la perspectiva de la « causa » (función calificadora).

3. Construcción de la « causa » como requisito del negocio.

a) *Noción de « objeto » y « causa ».*

Por objeto del contrato o negocio, se venían entendiendo las cosas o prestaciones que forman parte de su contenido, pero la doctrina moderna española ha comenzado a hacerse cuestión de un

---

[45] La exposición del texto es similar a la que hace F. de Castro, *El negocio*, cit., págs. 202 y ss., y, en cierto modo, resúmen de la opinión expuesta en un extenso trabajo anterior, J. L. de los Mozos, *La causa del negocio jurídico. Notas para una reconstrucción dogmática de su concepto*, en *Revista de Derecho Notarial*, 33-34 (1961), págs. 292 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

concepto distinto de objeto, aunque sin precisar mucho su significado.

Es también, en ésta materia, donde E. Betti aporta un planteamiento nuevo (46), suscitando numerosos seguidores (47), mereciendo que nos detengamos algún tiempo, en el mismo (48), y en las reflexiones que, a propósito de nuestro tema, la enseñanza del maestro nos suscita.

El concepto de *objeto* del negocio jurídico es distinto del de *prestación*, y del de *cosa* objeto del tráfico, teniendo que diferenciarle también de su *contenido*, e igualmente del *esquema negocial*, para referirlo al *resultado práctico* del intento de las partes, es decir, a la realización del *fin* que ellas se han propuesto, de modo que el negocio no producirá otros efectos que los que las partes no hayan excluído. El planteamiento es muy interesante, porque puede servir para recrear una serie de temas controvertidos, así, p. ej., los del negocio indirecto, fiduciario, disimulado, etc., y guarda relación con el significado del propio *objeto* como *requisito* del negocio, distinto del de la « causa », pues mientras el *objeto* pone un *límite negativo* al intento práctico de las partes (49), la « causa » posibilita la entrada en acción de los efectos jurídicos del negocio, si se cumplen sus específicos requisitos. Uno y otro, son términos de valoraciones distintas. La « causa » actúa la realización de los fines del ordenamiento, como condición impuesta al reconocimiento del acto de autonomía privada, previa a su eficacia, mientras que la valoración del acto de autonomía privada, desde el requisito del objeto, es simultánea, al valorar la

(46) *Teoria general del negocio jurídico*, cit., págs. 68 y ss., y 182 y ss.

(47) Lo que tiene un amplio eco, en la doctrina italiana, vid. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, págs. 116 y ss.; CARIOTA FERRARA, *El negocio*, cit., págs. 513 y ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 1ª ed., Napoli, 1954, págs. 111 y ss., etc. Siendo en algún modo acogido en la doctrina francesca por los MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, II, Paris, 1956, págs. 195 y ss.

(48) Concepto que tratamos de precisar en otro lugar, vid. J. L. DE LOS MOZOS, *El objeto del negocio jurídico*, en *Revista de Derecho Privato*, 1960, págs. 372 y ss.

(49) Esto se revela claramente en circunstancias anormales de la vida del negocio, tal como la *conversión*, cuyos efectos se excluyen si concurre en la formación del mismo negocio nulo una voluntad contraria a áquella (vid. J. L. DE LOS MOZOS, *La conversión del negocio jurídico*, Barcelona, 1959, núms. 24, 25 y 26).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

adecuación del intento práctico de las partes a áquellos fines (50). De todos modos, donde se revela la importancia de la distinción es a propósito de la *ilicitud*, y, así, efectivamente, llevando al campo del *objeto ilícito*, lo que se ha considerado en muchas ocasiones como *causa ilícita*, se liberaría en parte de subjetivismo a la concepción de la causa, lo que resta unidad a su doctrina (51), aunque haya situaciones en que sea difícil deslindar ambos campos y siempre sea preciso mantener cierta vinculación subjetiva en la « causa », como término de valoración en que confluyen el ordenamiento y la autonomía privada, de lo que viene a ser paradigma, en nuestro sistema, el art. 1262-1 Cc. que, por otra parte, tanto se refiere a la causa como al objeto.

Según lo expuesto, en muchas ocasiones, más que hablar de causa ilícita, habría que hablar de objeto ilícito. Y en ello no sólo se comprometen consideraciones de pureza dogmática, sino razones más profundas. Para convencerse de ello, no hay más que examinar, sin prejuicios dogmáticos, en éste caso referidos al dogma de la *causa ilícita*, magnificado por la Escuela francesa de la exégesis, la jurisprudencia sobre la causa ilícita, no sólo en nuestro Derecho (52), sino también en los restantes Derechos latinos, y especialmente en relación con las disposiciones de liberalidad, bien *inter vivos* o *mortis causa*, en cuanto al tema de la « causa torpe », porque no siempre la protección de los valores jurídicos, en tales casos tiene el mismo significado. Hay ocasiones en que, ciertamente, se puede hablar de *causa ilícita* porque se protegen intereses superiores de índole familiar (derechos legiti-

---

(50) La causa actúa la realización de los fines del ordenamiento; por eso, podemos decir que un pacto sobre la herencia futura es nulo, porque su objeto no viene permitido por el ordenamiento (« *orden público sistemático* »); en cambio, una compraventa o una donación no permitida entre cónyuges es nula por defecto de causa, al presumir el ordenamiento que no se cumple la función de liberalidad propia de áquellos negocios, en la donación, o por entender que, salvo en los regímenes de separación de bienes, entre los cónyuges, tampoco se cumple la función de cambio de la compraventa.

(51) De ahí que la doctrina de la causa, pierda su unidad, como reconoce la doctrina: F. DE CASTRO, *El negocio*, cit., págs. 162 y ss., y 227 y ss.

(52) V. TORRALBA, *Causa ilícita: exposición sistemática de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en *Anuario de Derecho civil*, 19 (1966), págs. 661 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

marios, p.ej.), y que responden a principios «lógico-éticos», en los que descansa el propio ordenamiento; pero otras solamente puede hablarse de *objeto ilícito* porque los valores que se protegen tomados directamente de la moral, o de las buenas costumbres, o de los simples usos sociales, no han sido objeto de una elaboración sistemática decantada por la experiencia jurídica.

Objeto y «causa» han de ser, pues, término de valoraciones distintas para detectar la ilicitud (53). Sin embargo, no hay que olvidar tampoco que, en éste terreno que nos ocupa — grandeza y servidumbre de los conceptos jurídicos — tratando de los requisitos del negocio, como el propio. E. Betti advertía, no se puede minimizar demasiado, y por el afán de obtener perfiles definidos para cada uno de ellos, romper la unidad del negocio como de un todo, dotado de vida independiente y singular en el marco de las relaciones sociales, y que el Derecho toma como objeto de valoración (54).

Al negocio jurídico hay que considerarle como un hecho social, que consiste en un acto voluntario, dirigido a la *regulación de unos intereses privados*. Para que ésta regulación de intereses («*lex privata*») tenga eficacia jurídica, es preciso que se manifieste una voluntad, concorde y unánime, en su caso, dirigida a la realización de un *intento práctico*, que es el *objeto*, a través de un *medio jurídico* que viene determinado por la «causa» (sobre la que ha de recaer el acuerdo de las partes, «*idem placitum consensus*», a lo que se refiere el art. 1262-1 Cc.), que se manifiesta a través del contenido de la *declaración de voluntad*, o de la elección de un *esquema típico*, que viene a inspirar el acto, cuya *eficacia* depende de la concurrencia de tales requisitos (consentimiento, objeto y causa), integrada por la *norma dispositiva*, y por otros términos de valoración regulativos, como los usos normativos y la buena fe (art. 1258) que expresan el *contenido del negocio* (55).

---

(53) Así sucede con el fin del contrato («objeto») en el contrato de sociedad, que puede ser ilícito, mientras que ésta ilicitud no se detectaría desde el criterio de la causa, a no ser que llamemos «causa ilícita», a lo que deberíamos de llamar «objeto ilícito».

(54) *Teoría general*, pág. 141.

(55) Diferenciandose porque el *contenido de la declaración* es objeto de *interpretación*, y el *contenido del negocio* lo es de *calificación*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

El objeto es un requisito *implícito* del reconocimiento de la autonomía privada, mientras que la causa es algo *explícito*, en tanto que áquel es « interno », la causa es un requisito « externo », el que atribuye la « *vestes* » al « *pactum nudum* », adquiriendo el significado de « *causa civilis obligandi* » (56).

b) *Reconstrucción del concepto de « causa » del negocio jurídico.*

La doctrina de la causa es tan abigarrada y multiforme que todavía siguen en pie las palabras de Jason del Maino, cuando recién nacida la categoría general del contrato, decía refiriendose a áquella: « *ego semper dixit et dico, quod non potest dari vera doctrina super hoc* » (57). Sin embargo, todo ello depende de la multiplicidad de puntos de vista adoptados para su estudio.

Por nuestra parte, teniendo en cuenta lo ya expuesto no podremos aceptar más que una concepción *objetiva* de la « causa ». Considerándola como la *función social y económica* del negocio (58), y con ello quiere expresarse que el negocio, como regulación de intereses privados, tiene que ajustarse a los valores éticos, políticos y sociales en que descansa el ordenamiento jurídico y que

---

(56) Por eso, la falta de causa no supone, propiamente hablando *inexistencia*, sino simplemente nulidad, aunque sea *nulidad radical* (que la doctrina y la jurisprudencia entienden por inexistencia, impropiamente), mientras que la falta de *objeto*, es siempre motivo de *inexistencia*, como también lo es la falta de acuerdo sobre la causa (« *dissensus in causae* »), porque en ello inciden objeto y causa. De todos modos, el concepto de inexistencia debería ser revisado, lo que, por mi parte, he intentado en otra ocasiòn: J. L. DE LOS MOZOS, *La inexistencia del negocio jurídico*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1960-2, págs. 489 y ss.

(57) *Ad* D. 12, 4, 5, 18 (cit. de F. CALASSO, *Il negozio*, cit., pág. 286).

(58) La aplicación de ésta teoría se aplica por vez primera en la doctrina española en mi trabajo ya citado: vid. J. L. DE LOS MOZOS, *Op. cit.*, en *Revista de Derecho Notarial*, 33-34 (1961), págs. 282 y ss. También fué tempranamente aceptada, pero sin examinar su problemática, por L. DÍEZ-PICAZO, *El concepto de causa en el negocio jurídico*, en *Anuario de Derecho civil*, 16 (1963), págs. 3 y ss.; quedando consagrada, definitivamente, en la insuperable obra de F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 163 y ss. Posteriormente, L. Díez-Picazo y A. Gullón, han seguido utilizando ésta concepción en sus manuales universitarios. En cambio, otros autores, se atienen a los esquemas tradicionales por influencia de la doctrina francesa.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

se traducen en la construcción *sistemática* que ha sido elaborada por la experiencia jurídica, de ahí las diferencias de matiz que sobre la unidad esencial del concepto — común a nuestra tradición jurídica romanista — pueden presentarse en los diferentes sistemas nacionales.

Pero no siempre el *reconocimiento* del negocio ha dependido de la explicitación de la « causa » como requisito. Así, en el Derecho romano, éste concreto concepto de la « causa » se adaptaría sólo a los *contratos consensuales*, cuya eficacia jurídica descansa en la « función social y económica que cumplen » (« *nomen* ») ([59]), en otros negocios, el reconocimiento del ordenamiento depende de la *forma* ([60]), o de otra circunstancia, como la intervención de una cosa o de un hecho (una *datio*, o un *facere*), lo que juega un papel diverso en los *contratos reales*, o en los *innominados*, etc. Planteamiento que todavía perdura, en pleno auge de la doctrina del Derecho común ([61]). De éste modo, nuestro concepto moderno de causa tiene su origen en la justificación de los simples *contratos consensuales*, lo que se extiende en el Derecho común a la doctrina de los *pacta* y de la *stipulatio*, cuando ésta ha perdido la fuerza carismática de la forma.

La construcción del concepto, por lo demás, constituye uno de los más apasionantes e intrincados procesos de la especulación jurídica europea. El primer capítulo, corresponde a la propia formación de la « doctrina general del contrato », cuando afanosamente comienzan a prepararse los antecedentes teóricos de la posterior dogmática del negocio jurídico, en el momento en que, por gracia de la « recepción », desaparecidos los presupuestos sociales del Derecho romano, pero viva, todavía, y aún renovada su enseñanza, los doctores del Derecho común, tratan de formar con los antiguos tipos *singulares* de contrato romanos una « categoría general », a la vez que, paralelamente, procuran dotarla de

([59]) Por todos, V. SCIALOJA, *Op. cit.*, págs. 74 y ss.

([60]) Esta implicación se ha hecho notar, desde muy antiguo, aunque el conceptualismo moderno la había olvidado, vid. F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 186 y ss., y 285; J. L. DE LOS MOZOS, *La forma del negocio jurídico*, en *Anuario de Derecho civil*, 21 (1968), págs. 761 y ss.

([61]) E. BUSSI, *La formazione dei dogmi del diritto privato nel diritto comune*, I, Padova, 1935, págs. 242-250.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un fundamento o « causa ». Es natural que, en ésta tarea, la implicación de la *tópica* aristotélica, debido a las preocupaciones escolásticas que se hallan en el fundamento del Derecho común, influya notablemente ([62]). Pero siempre se puede observar una continuidad, en el trabajo de los juristas, a veces intuitiva, por atenerse a la búsqueda de un criterio material que sirviera de fundamento al « sistema de los *pacta* », e la idea de la « *aequitas pacti* », quedando para los demás contratos el fundamento *real* o *formal* suministrado por el modelo de las fuentes romanas ([63]). Reduciendo a sintesis éste planteamiento hubiera podido construirse una « teoría de la causa », pero la época de las grandes sintésis aún no había llegado; posteriormente, ya no fué posible, pues, el « voluntarismo » introdujo una nueva « lógica del sujeto » que llegó a confundir la difusa idea de una causa *objetiva*, con la idea de « *causa finalis* », implicándose el fundamento del negocio con el propio fundamento de la autonomía privada (« *causa finalis est objetum intellectus* »), mientras que las preocupaciones por responder a las necesidades de la práctica no admitían demora, haciendo que éstas se antepusieran a toda preocupación teórica ([64]), para dotar al principio *pacta sunt servanda* de la imprescindible convicción social ([65]).

El segundo capítulo de ésta historia, corresponde ya a una nueva mentalidad jurídica, debido a la influencia del Derecho natural. Por eso, al superarse áquellas dificultades provenientes de la vida jurídica cotidiana, cuando se trata de dar a la doctrina de la causa una orientación *objetiva*, se hace bajo el prisma de

---

([62]) Por todos, T. VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, trad. esp., Madrid, 1964, págs. 37 y ss.; F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., págs. 235 y ss.

([63]) J. L. DE LOS MOZOS, *Op. cit.*, en *Revista de Derecho Notarial*, 33-34 (1961), págs. 335 y ss.

([64]) Sobre ésto, agudamente, ya MEIJERS, *Les théories mediévales concernant la cause de la stipulation et la cause de la donation*, en *Revue d'histoire du droit*, 14 (1936), págs. 355 y ss.

([65]) De ésto modo, en la tradición jurídica castellana, aparece la validez de toda estipulación o contrato « en cualquier manera que paresca », aún cuando no se hayan guardado las formas que a áquella asigna la « *communis opinio* » (tit. XVI, ley única, del *Ordenamiento de Alcalá*, de 1348). Y lo mismo sucede, paralelamente, en el Derecho consuetudinario francés, y en otros Derechos territoriales europeos.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

los nuevos presupuestos metodológicos. Este es el marco de la teoría de J. Domat, que incurre en el conocido equívoco de tratar a los contratos *consensuales* como si fueran *innominados*, ya que todos los contratos en el Derecho moderno (salvo los *formales* y los que puedan estimarse como *reales*) son *consensuales* (66). Olvidando, por otra parte, que en el sistema del Derecho común (lo mismo que en el actual sistema latino) el que un contrato o negocio sea como lo fueron los *nominados* del Derecho romano, depende más de su tipicidad *causal* que de su tipicidad *legal* (67). De éste modo la teoría de J. Domat y de sus continuadores queriendo hablar de la « causa del contrato », tratan de la causa de los *contratos atípicos* (por eso se refieren a la « causa de la obligación que se establece »), pié forzado que conserva, todavía, el art. 1274 Cc. esp., por influencia del *Code civil*, en el sentido interpretado por la doctrina tradicional (68).

A partir de áquel momento, y después de la codificación, la doctrina de la causa comienza a escribir su tercer capítulo: el de la confusión dogmática. Por eso, no faltará quienes la nieguen, o quienes simplemente la abandonen. Sin embargo, la doctrina de la causa, con E. Betti y con sus seguidores, ha vuelto a adquirir su dimensión justa, al redescubrirse su único significado posible, el que defiende la concepción *objetiva*.

Efectivamente, ésto es así, porque en los Derechos latinos tal concepción depende de su instrumentación en el ordenamiento jurídico, cuestión que trataremos de explicar brevemente. Si en el Derecho moderno, como venimos repitiendo a lo largo de lo expuesto, todos los contratos o negocios son fundamentalmente *con-*

---

(66) J. L. DE LOS MOZOS, *Op. cit.*, en *Revista de Derecho Notarial*, 33-34 (1961), págs. 392 y ss.

(67) En el mismo sentido, F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 202 y ss., y J. L. DE LOS MOZOS, en *Op. cit.*, en *Revista de Derecho Privado*, 1970, págs. 739 y ss.

(68) Cfr. « En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte: en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor ». Pudiendo decirse que éste concepto *legal* de causa refleja, de manera generalizante, la propia de los contratos *típicos*, aludiendo de modo directo a los negocios o contratos *atípicos*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sensuales, recordando en el juego de la experiencia jurídica (que siempre debemos tener presente), a los *nominados* del Derecho romano (también llamados consensuales), tendremos que en el sistema del Derecho moderno, el reconocimiento de la autonomía privada dependerá, como depende, de la concurrencia de la « causa » como requisito que no puede tener más que una dimensión esencialmente *objetiva*, aunque presente connotaciones *subjetivas*, de lo que más adelante volveremos a ocuparnos.

Otra cosa distinta sucede cuando la « causa » queda relegada al proceso previo de incorporación al *factum* de lo que el ordenamiento entiende por negocio, como ocurre por influencia del Pandectismo del siglo XIX en el BGB, donde la « causa », por ello mismo, no alcanza significado normativo, quedando relegada a una simple « *causa naturalis* » ([69]). Pero entonces, como la *causalidad jurídica* concreta no puede destacarse, hay que dar una mayor importancia a la *tipicidad*, en el sentido que ya conocemos, y que se estructura, fundamentalmente, como *tipicidad legal*, ya que en el tipo va implícito el fundamento material del negocio (la « *aequitas pacti* », o la « *coherentia contractus* »), como expresión concreta de una particular aplicación de la justicia *conmutativa* que rige toda ésta inmensa parcela del Derecho ([70]), aunque en éste orden de cosas haya acarreado éste sistema incongruencias que, en otra ocasión, hemos denunciado ([71]).

En conclusión podemos decir que, una vez que los estudios históricos y comparatistas han desvelado todo ésto, la causa del

---

([69]) J. L. DE LOS MOZOS, *Negocio abstracto y reconocimiento de deuda*, en *Anuario de Derecho civil*, 19 (1966), págs. 369 y ss., donde planteamos las diferencias sistemáticas entre el Derecho alemán y el español, en relación con éste punto. Diferencias que pone de relieve, también, F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 173 y ss.

([70]) En el mismo sentido, F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 173 y ss.

([71]) Como es el concebir el negocio más importante del Derecho civil patrimonial, en torno a la transmisión del dominio, tal y como le concibe el BGB, como si fuera un negocio de buena fe. Vid. J. L. DE LOS MOZOS, *La doctrina de F. C. von Savigny en torno a la transmisión del dominio*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1967-2, y ed. sep., Madrid, 1967; y *Crisis del principio de abstracción y presupuestos romanistas de la adquisición del dominio en el Derecho español*, en *Anuario de Derecho civil*, 25 (1972), págs. 1027 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

negocio jurídico, no puede ser otra que la *función social y económica* del negocio, establecida en nuestro Derecho como requisito del mismo por el art. 1261-3, como causa de la obligación, y a la que son aplicables, de un lado, el art. 1262-1, y, de otro, los arts. 1275 a 1277 Cc., pues el art. 1274, no establece un verdadero concepto de causa, refiriendose unicamente a la causa de los negocios *atípicos* (antiguos contratos *innominados*), y la de las *liberalidades* (72), siendo de aplicar a éstos, como es lógico, los preceptos anteriormente citados que son los que propiamente tienen un alcance regulativo, no meramente *ejemplificativo*, como el art. 1274, por mezclarse en el estilo de la codificación formas de decir procedentes de la manera de expresarse los antiguos.

Con todo, éste concepto de causa tiene que completarse con la idea de *causa en sentido subjetivo*, como F. de Castro ha puesto de relieve (73), pero no por ello hay que abandonar la construcción anteriormente configurada, sino simplemente completarla. Porque es lógico que la « causa » tenga un *sentido subjetivo* que nada tiene que ver con las típicas construcciones subjetivistas del concepto, sino que se halla vinculado a la propia consideración del negocio en su unidad. A la relación entre *intención* o *motivo*, y *causa* o *negocio*, que es algo de lo que expresa el art. 1262-1 Cc. (74), en éste sentido. Unico camino para detectar, especialmente en los negocios típicos (aunque también tiene aplicación a los atípicos), la falsedad e ilicitud de la causa. Si bien en ésta linea sería interesante separar de la doctrina de la *causa ilícita* lo que propiamente corresponde a la valoración debida a éste requisito y la que debiera atribuirse a la exigencia del requisito del *objeto*, hasta ahora preterido por la doctrina y la jurisprudencia, en el sentido que anteriormente indicábamos, ya que el conseguir una mayor pureza dogmática contribuye siempre a una valoración más justa de los intereses en juego.

---

(72) F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 202 y ss.

(73) *El negocio jurídico*, cit., págs. 189 y ss., 217 y ss., y 227 y ss. Lo que no hay que confundir, con la concepción subjetivista de la causa, que responde a un planteamiento distinto.

(74) Cfr. « El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

4. Aplicaciones singulares del concepto de causa.

a) *Negocios causales y negocios abstractos.*

La cuestión del negocio abstracto depende del valor que se conceda a la causa para la validez y eficacia del negocio, y asimismo, del concepto que se tenga de la causa, considerada en cuanto tal. Por ello producen extrañeza ciertas afirmaciones — hechas *obiter dictum* — por la jurisprudencia (75), cuando paladinamente se habla de *causa abstracta*, afirmación que constituye una evidente contradicción que difícilmente puede disculparse por el esfuerzo de adaptar una categoría que, en términos generales, carece de base en el sistema español.

Incluso donde se admite el negocio abstracto con bastante generalidad, como en el Derecho alemán, la justificación material del mismo tropieza con serias dificultades, lo que explica que la doctrina del negocio abstracto haya tenido, en toda época, importantes detractores (76). Por otra parte, la explicación del negocio abstracto se basa en un argumento que, por mucho que se quiera, no puede aplicarse al Derecho español. Se trata de un razonamiento que no sirve, tampoco, para fundamentar el negocio abstracto, porque con decir que el *convenio causal* no forma parte del contenido del negocio (77), no se explica nada, sino que se desvía la atención hacia un aspecto secundario, ya que lo que pasa es que, el negocio abstracto, como negocio *atípico* en sentido causal, unicamente encuentra eficacia en la tipicidad *legal* que le

---

(75) Lo que ha sido reiteradamente denunciado por la doctrina: vid., por todos, J. Castán Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral*, I-2, 12ª ed., cit., págs. 690 y ss.

(76) Antes del BGB, el mismo Strohal, lo denunciaba en un conocido trabajo, *Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, en *Jhering's Jahrbücher*, 27 (1889), págs. 335 y ss.; posteriormente, y a propósito de los trabajos preparatorios del BGB, F. Heck, *Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft*, Tübingen, 1937; y, ya en nuestros días, W. Flume, *Op. cit.*, págs. 152 y ss.

(77) Como viene haciendo la doctrina alemana, por todos: A. von Tuhr, *Teoría general*, cit., III-1, pág. 118; Enneccerus-Nipperdey, *Tratado de Derecho civil*, I-2, cit., págs. 87 y ss.; Larenz, *Derecho de obligaciones*, II, trad. esp., Madrid, 1958, págs. 640 y ss.; y *Allgemeiner Teil*, cit., págs. 328 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

confiere el ordenamiento formulado, y, si caemos en la cuenta de ello, no otra cosa sucede en el Derecho alemán (78).

A ésto hay que añadir, el diferente sentido con que se toma el concepto de « causa » en el Derecho alemán y en los Derechos latinos. En el BGB, se habla de causa a propósito del *enriquecimiento injusto* (§§ 812 a 822), pero fuera de éste campo, donde reaparecen lo que un ilustre romanista español calificara de « causas autónomas « del sistema romano (79), y en especial a propósito del *negocio abstracto*, donde, como ya hemos visto, la causa no aparece como requisito quedando relegada a una mera « *causa naturalis* », bien diferente de la « *causa civilis obligandi* » de los Derechos latinos (p.ej. art. 1261-3 Cc. esp.), que es lo que cierra la posibilidad de invocar directamente a la *autonomía privada*, como hace la doctrina española que, equivocadamente, pretende introducir los negocios abstractos como categoría dogmática, al invocar el art. 1255 (80), pues, el negocio abstracto, si se contruyera sobre el reconocimiento de la autonomía privada tendría que sujetarse al requisito de la « causa », y como ésto es lógicamente imposible sólo puede fundamentarse en su expreso reconocimiento legal (81).

Como vemos, nuevamente, se ponen aquí de relieve las diferencias entre uno y otros sistemas. De una parte, al admitir el Derecho alemán con bastante amplitud el negocio abstracto, ésto lleva como contrapartida a una estricta regulación de las normas del *enriquecimiento injusto* (82). De éste modo cuando, en Derecho, alemán, se produce un enriquecimiento indebido, por causa de un negocio abstracto, su impugnación se obtiene mediante una « *con-*

---

(78) En sentido análogo, W. FLUME, *Op. cit.*, págs. 152-153.

(79) J. ARIAS RAMOS, *En torno a la génesis del enriquecimiento sin causa*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1946, págs. 27 y ss.

(80) Cfr. « Los contratantes pueden establecer los pactos, claúsulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público ».

(81) En éste sentido, la propia doctrina alemana posterior al BGB, así lo reconoce, por todos, ahora, A. VON TUHR, *Teoría general*, III-1, págs. 119-120. Con anterioridad la doctrina creadora del negocio abstracto acudía a la invocación de la autonomía privada, así uno de los creadores de su concepto dogmático, BAHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, 2ª ed., Cassel, 1867, págs. 169 y ss., punto de vista posteriormente abandonado.

(82) K. LARENZ, *Op. cit.*, págs. 462-463.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dictio », en tanto que, en nuestro Derecho, hay que acudir a la *acción de nulidad* del negocio (83), cuyos efectos, como es sabido, son más radicales.

b) *Implicación entre « forma » y « causa » en la fundamentación del negocio abstracto. Abstracción y tipicidad legal.*

En cualquier caso, y siguiendo el curso de la exposición anterior, sistemáticamente hablando, las diferencias son más profundas entre el Derecho alemán y, por lo menos, el Derecho español, ya que la admisión del negocio abstracto en áquel ordenamiento se apoya en el *negocio real abstracto* que sirve para la transmisión de los derechos reales. Esto hace que se confunda la *causa del negocio* con la *causa de la atribución patrimonial*, y que se busque un paralelismo entre ésta y el *cumplimiento* de las obligaciones; de ésta manera se pretende que el fundamento de la atribución, como el del negocio abstracto, quede extraño al negocio y como anterior al mismo. Ahora bien, como certamente dice W. Flume, el fundamento del negocio puede ser *causal* o *legal*, inclinándose el BGB por ésta segunda solución. De éste modo, el *negocio de disposición* se configura de modo semejante a un *negocio atípico* (que sólo alcanza tipicidad legal), pero que no traduce las funciones sociales típicas (compraventa, donación, mutuo, etc.), de manera que al ser propiamente abstracto, la transmisión de la propiedad se produce *per se*, sin causa, o con independencia de la causa, bastando la manifestación *formal* del acuerdo (« *Einigung* ») entre el transmitente y el adquirente (§§ 873 y 929) (84). Pues bien, en virtud de una clara repercusión sistemática, de modo semejante se contruye, también, el negocio abstracto, lo que contrasta, notablemente, con nuestro sistema (85).

---

(83) PÉREZ GONZÁLES Y ALGUER, en *Notas* a ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Op. cit.*, II-2, pág. 534.

(84) *Op. cit.*, págs. 153 y ss. Añadiendo el propio FLUME que « en el Derecho positivo alemán se regulan los negocios de disposición abstractos a imagen de la transmisión de la propiedad, en los negocios dirigidos a la creación de los derechos reales; en cambio, los contratos obligatorios suelen ser generalmente causales » (*Op. cit.*, pág. 158).

(85) Donde la misma finalidad práctica se obtiene mediante el reconocimiento del principio de la tipicidad causal (art. 1255 en relación con los arts. 1261-3,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Por lo demás, no puede confundirse la *abstracción causal* con la *legitimación*, a propósito de la protección dispensada, con diverso carácter, a la *adquisición de buena fe* de una titularidad que deviene inatacable (86), y que provoca un verdadero paralelismo en el campo de lo que se denomina « mera abstracción procesal » (art. 1277 Cc. esp.) (87).

Ni tampoco debe confundirse la « causa » con la *autonomía privada*, pues áquella es condición o requisito, en los negocios jurídicos, del reconocimiento de la eficacia de ésta. Lo que sucede es que, en el Derecho alemán, al considerarse fundamentalmente el negocio como *hecho*, según vimos anteriormente, queda en segundo término su « naturaleza » como acto de autonomía privada, y al quedar fuera de una valoración jurídica concreta, tanto la *causa* como la propia *autonomía privada*, se confunden, por quedar relegada áquella a simple « *causa naturalis* », cuando la causa en el sentido indicado ha de ser objetiva, no subjetiva o formal, ya que constituye, por un lado, el fundamento material (= las razones de justicia objetiva), y, por otro, el fundamento específico (« *causa civilis* ») e *inmediato* del negocio. Lo que sucede es que un entendimiento inadecuado por la doctrina, en ocasiones, sobre el concepto de causa, ha llevado también la confusión a éste campo (88).

En todo ésto se pone de relieve, una vez más, las diferencias existentes entre el sistema alemán y el español. Sin embargo, el

---

1262-1 y 1275 Cc.), que facilita la configuración del contrato o negocio de finalidad traslativa, teniendo en cuenta que nuestro sistema exige, por otra parte, el requisitos de la tradición (arts. 609 y 1095 Cc.) que impide hablar, por tanto, de *negocio de disposición*, en sentido estricto.

(86) Cualquiera que sea su verdadero fundamento (irreivindicabilidad, adquisición *a non domino*, o simple manifestación de la protección dispensada al tráfico jurídico, por encima de la seguridad de los derechos), así sucede en la protección dispensada en favor de la posesión de bienes muebles: art. 464 Cc., y en otros supuestos que no son del caso.

(87) Cfr. « Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario ». En éste sentido, J. L. DE LOS MOZOS, *Op. cit.*, en *Anuario de Derecho civil*, 19 (1966), págs. 377 y ss.; F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 291 y ss.

(88) Para su crítica mi trabajo citado en *Anuario de Derecho civil*, 19 (1966), págs. 377 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

planteamiento que en áquel tiene el negocio abstracto, encuentra un cierto paralelismo, en el nuestro, a propósito de los negocios *formales*, al menos por lo que se refiere a la fundamentación del negocio (89). Puesto que los negocios se fundamentan en la *causa* o en la *forma*, lo que se pone claramente de relieve cuando se contraponen los negocios formales a los no formales, ya que, mientras en éstos la forma no es más que un añadido a los restantes elementos del negocio, que les hace producir una mayor eficacia, en los que la *forma* es tomada como requisito de la validez del negocio, no sólo despliega una función *legitimante*, sino también « *ob causante* » (90).

Pues bien, si tenemos en cuenta que, en éste sentido, el número de negocios formales es mucho mayor, en el Derecho alemán que, en el Derecho español, y que, además, aparte de ser *formales* tales negocios, por lo general son *abstractos*, adquiriremos una nueva perspectiva para darnos cuenta del diverso significado que cobra la *causalidad* en uno y otro sistema, con independencia de las diferencias que se traducen en el modo de concebir la *tipicidad*, según hemos visto anteriormente.

Como recapitulación de lo expuesto, podemos decir, que dado un *sistema causalista* como el nuestro — y la afirmación es extensible a los restantes Derechos latinos, o a su mayor parte — el *negocio abstracto* solamente puede constituirse por libre disposición del ordenamiento, entendido éste en sentido estricto, como Derecho formulado. De ésta suerte, el negocio abstracto, se configura (como sucede cuando la abstracción se alcanza en los *títulos valores*, o en los negocios cambiarios), a modo de una *ficción legal* de verdadero y propio negocio, que lo es tal, no porque cumpla los requisitos que son de aplicación a todos los negocios (como sucede con el requisito de la *causa*), sino porque nace apoyado,

---

(89) A lo que ya hemos aludido anteriormente, a propósito de la fundamentación del negocio, en el sentido que se reitera en el texto, y según un interesante y preciso juego armonístico que procede de la doctrina del Derecho común.

(90) Sobre el particolar, J. L. DE LOS MOZOS, *Op. cit.*, en *Anuario de Derecho civil*, 21 (1968), págs. 759 y ss., y allí referencias a las diferentes posturas doctrinales, sobre el papel de la forma en el Derecho moderno, y donde al implicar *forma* y *causa*, se confiere a los negocios formales un cierto sentido abstracto. En la misma línea, F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 285 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

exclusivamente, en la *tipicidad legal* que le reconoce y establece, de modo expreso. Fuera de ésta posibilidad, no cabe la abstracción. Incluso muchas veces que la doctrina y la jurisprudencia hablan de ella, toman el concepto en un sentido un tanto ideal y genérico, de forma que aunque hablen de *negocio abstracto*, los negocios a que se refieren no son propiamente negocios abstractos: así sucede en el caso de los llamados negocios *accesorios* (como la fianza y la hipoteca, entre los de garantía), que presentan una cierta abstracción respecto de la *causa principal*. Pero en los casos más seguros, siempre la *causa* se sustituye por la *forma*, y la tipicidad *causal* por la *legal*. Fuera de ésto queda, como veíamos antes, lo que se llama la *abstracción procesal*, al amparo de art. 1277 Cc., que no es propiamente abstracción, pues siempre se halla vinculado, el negocio, de una u otra manera, hasta en el planteamiento de la demanda por el actor a un precedente causal (91). Si fuera de otro modo, no desarrollado en nuestro Derecho, como sucede en otros ordenamientos, la disciplina del *enriquecimiento injusto*, nos encontraríamos con que la « excepción de cosa juzgada », haría imposible, en la práctica, el ejercicio de la *condictio* (92).

(91) En lo que es concorde la doctrina más reciente, por todos, F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 289 y ss.

(92) Sobre el particular, L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, cit., I, págs. 73 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Letture

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Raffaele AJELLO, *Arcana Juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli, Jovene editore, 1976, pp. 446.

Il Settecento giuridico si presta come nessuna altra epoca, credo, al *discorso indiretto*. Lo notavo qualche anno fa recensendo *Le ideologie della codificazione* di Giovanni Tarello; ho avuto modo di riverificare l'ipotesi nelle osservazioni che in questo stesso fascicolo dei *Quaderni fiorentini* svolgo a proposito de *La codificazione penale in Italia* di Adriano Cavanna, e ne resto ancora più convinto uscendo ora dalla lettura di questa raccolta di scritti che Raffaele Ajello ha pubblicato sotto l'enigmatico (ma, via via che si legge, chiarissimo) titolo di *Arcana Juris*.

In che senso discorso indiretto? Diciamo nel senso che traspare dalle stesse parole di Ajello quando nella lucida e articolata « Introduzione » del suo libro (un'Introduzione che si presenta come un manifesto di intenti metodologici) afferma che l'obiettivo principale del suo lavoro è in definitiva l'interpretazione esatta del significato di sopravvivenze attuali che in qualche modo ripropongono ancora oggi dinamiche espressesi con una loro specificità storica in quell'epoca cruciale. Si badi bene, però: il discorso non si conclude, ovviamente, nell'osservazione ridotta e banale secondo cui è bene studiare il passato per capire il presente; esso propone in realtà un tipo di riflessione su quel passato che è trasparentemente, sia pure tra le pieghe di una necessaria mediazione, discorso attuale. Ed in questo senso discorso indiretto.

Il nucleo centrale di esso è, come altri ha già notato [1] e come lo stesso A. del resto apertamente dichiara, la non risolta questione del

---

[1] Mi riferisco, per esempio, alla attenta recensione che di questo stesso libro ha steso Cesare Vasoli (in *Bollettino del Centro di Studi Vichiani*, VII, 1977, pp. 211-218) e ad alcuni passaggi presenti nel saggio di Adriano CAVANNA, *Il ruolo del giurista nell'età del diritto comune (un'occasione di riflessione sull'identità del giurista di oggi)*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, XLIV, 1978, pp. 108-109.

Vasoli ha colto bene, a mio giudizio, il senso della ricostruzione che A. fa della dialettica *formalismo tardoumanistico / rinnovamento illuministico* (salvo l'attribuzione ad A. di un « evidente giudizio positivo » sul primo fenomeno, che forse mette in ombra alcune ' sfumature ' del discorso dell'autore), dando del nucleo fondamentale di questo libro una sottile descrizione; Cavanna ha invece valorizzato, data l'occasione del suo riferimento ad *Arcana Juris*, il contributo che A. ha dato in questi saggi alla storia della funzione dei giuristi nell'esperienza italiana. Entrambi gli autori, e questo mi premeva sottolineare, hanno però

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

formalismo giuridico, inteso qui in modo articolato e particolarmente fertile; quasi una *ratio* per comprendere, ricostruire e ' comunicare ', che A. usa in due fondamentali direzioni: quella della storia dell'ascesa, crisi e trasformazione di un ceto (il ceto dei giuristi, con le distinzioni che vedremo, e con particolare riguardo alla sua settecentesca vicenda meridionale) e quella della riflessione sulla storiografia giuridica di oggi, mediata a sua volta da una attenta ed intelligente ' presupposizione ' dello stesso ruolo odierno della scienza giuridica nel nostro paese.

Ma andiamo per ordine. Il primo punto da rendere chiaro è quello del significato, per molti versi particolare, che A. assegna al concetto di *formalismo*, senza tralasciare il fatto che egli fa poi un *uso* di questo concetto che è spesso, se mi si intende, ' metaforico ', o comunque ' arricchito ' rispetto alla stessa definizione che egli ne da.

Ci aiutano, in questa direzione, le pagine iniziali del libro, che pongono insieme alle indicazioni di marcia che poi sarà possibile verificare articolatamente in alcuni dei saggi successivi, anche una serie di indirette definizioni stipulative che servono ad orientare il lettore. « Del formalismo giuridico tecnicistico ed idealistico — scrive dunque A. — si scorgono precise ed importanti funzioni nell'organizzazione della società d'altri tempi, in particolare nei secoli che videro il formarsi dello Stato moderno ed il nascere di garanzie giuridiche, sia pure ancora prevalentemente paternalistiche e patriarcali, ma tendenzialmente sottratte all'arbitrio ecclesiastico, feudale e delle corti. La *scientia juris* era spesso costretta ad isolarsi dalla realtà storica e doveva in parte prescinderne perchè la sua immagine non perdesse, venendone coinvolta, la sua credibilità come portatrice di valori *super partes*, e perchè l'incidenza pratica dei giuristi traesse da quell'immagine una più valida spinta. La scienza giuridica, in definitiva, proprio nella misura in cui doveva astrarsi dalla realtà per apparire prestigiosa ed inoppugnabile, veniva incontro ad essa ad altro livello: soddisfaceva un'esigenza eminentemente pratica, in quanto sopperiva ad antiche carenze dell'organizzazione giuridica e politica positiva con i suoi valori ideali e culturali e con le strutture tecniche e corporative che quei valori contribuivano ad unificare ed esaltavano ».

La lunga citazione si impone, se mi si passa il paradosso, per brevità. Perchè in questo passo sono sinteticamente compendiati uso e significati di un *Anhaltspunkt* che attraversa l'intero arco di questo libro e che è in definitiva la chiave principale per la sua comprensione.

L'isolamento della *scientia juris* tra Sei e Settecento svolge una funzione complessa (peraltro già individuata, seppure in termini di-

---

preso avvio dalla fertile intuizione del ruolo avuto dalle metodologie proprie della scienza giuridica nello stesso atteggiarsi ed *essere* (rispetto alla società ed al potere) dei giurisperiti e poi, in seguito, nel modo in cui la storia del diritto ha affrontato e ricostruito quelle realtà.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

versi, ed anche da chi scrive, nell'età classica del diritto comune), rivolta a garantire la riproduzione del sapere giuridico ed il controllo dei giuristi su di una porzione importante della scienza della società, ma anche a perpetuare, giustificandolo e rendendolo quasi naturale, l'isolamento dei giuristi: il quale a sua volta sembrava assicurare maggiore credibilità (cioè maggior potere), non foss'altro che per l'effetto che esso produceva di una assenza di intrusioni o verifiche nello specifico della loro attività professionale. Il ' formalismo ', nella ampia accezione opportunamente assunta da A., è all'origine di questo importante fenomeno: è in questo senso che esso « costituì uno strumento decisivo di organizzazione sociale e, nello stesso tempo, di ascesa dei ministri togati e del ceto civile nell'età moderna ».

Naturalmente, l'indirizzo formalistico non ridusse la sua influenza alle conseguenze ' sociali ' del suo dispiegarsi o all'impronta che pure lasciò sul modo di atteggiarsi e di essere del ceto dei giuristi. Esso segnò in primo luogo, e per un tempo lunghissimo, l'idea stessa che del diritto ebbero i suoi cultori e la loro riflessione sull'esperienza giuridica. Dal tardo umanesimo fino alla fase postkantiana, superando e riassorbendo resistenze e ' rivolte ', la *scientia juris* mantenne e riaffermò « le forme tradizionali e culte del diritto », « la tendenza alla perfezione logico-formale ed erudita, all'armonia, e quindi all'autarchia, al disimpegno dalle cose del mondo ». Con atteggiamento che appare diverso, ma nella sostanza non muta, il giurista del secolo XIX ripercorse la stessa via, fino a consegnare — attraverso altre fasi alterne, altri superamenti ed altri ritorni — quello stesso patrimonio all'esperienza giuridica del secolo ventesimo.

Tornano in mente le lucide parole di Norberto Bobbio il quale ricordava (2) che innanzitutto l'espressione *formalismo giuridico* designa cose diverse, « alcune buone, altre cattive » (3), e che d'altronde nume-

(2) Già nello scritto *Formalismo giuridico e formalismo etico*, in *Rivista di filosofia*, XLV, 1954, p. 255 ss. (poi in *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1955, pp. 145-147) distingueva tra « teoria formale del diritto e concezione legalistica della giustizia », sottolineando come l'interesse di tale distinzione derivi « principalmente dalla costatazione che entrambe sono frequentemente confuse, e facile sembra il passaggio dalla prima alla seconda. Lo scopo che mi propongo chiarendo tale distinzione — proseguiva B. — è di evitare che al formalismo giuridico, che ritengo legittimo sul piano scientifico, si estendano le critiche mosse al formalismo etico, e che la condanna di quest'ultimo involga la condanna del primo ».

(3) « Il mio sospetto, non da oggi, è che questa espressione significhi cose diverse, molto diverse, alcune buone, altre cattive, altre, soprattutto, inevitabili, con questa conseguenza: che una polemica generale e generica contro il formalismo finisce per essere una fonte di confusione, che produce equivoci, incomprensioni, discussioni inutili, esclusioni ingiustificate » (N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Comunità, 1965, p. 80). Nel capitolo di questo libro dedicato appunto al *Formalismo giuridico*, B. esamina quattro significati dell'espressione *f.g.* (« senza pretendere che siano i soli »), individuandoli nella « Concezione formale della giustizia », nel « Diritto come forma e teoria formale

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rose incarnazioni di ciò che per intenderci chiamiamo ' formalismo ' sono apparse per poi rientrare in ombra, riemerse e poi di nuovo svanite, in un'alternanza che ha qualcosa di ineluttabile e che non si è ancora arrestata: « La storia non è nuova: formalismo e antiformalismo sono le posizioni estreme, e sempre ricorrenti, tra cui oscilla il pendolo della giurisprudenza, come, in estetica, classicismo e romanticismo » (4).

Mostrando una sicura percezione di questa realtà e ben conoscendo la peculiare caratterizzazione che il fenomeno assunse nelle dinamiche scientifiche e sociali della esperienza giuridica del Settecento napoletano, A. chiarisce bene le sue accezioni. Nel saggio *Formalismo e storia del diritto moderno* dichiara che intende parlare « del formalismo scientifico, e non del legalismo, del normativismo o del concettualismo », affrontando poi la questione — finora francamente sfuggita ai più — di una storiografia giuridica che ha finito per « acquisire passivamente dal [suo] oggetto il proprio carattere »; di una storiografia, cioè, che accettando rigide visioni provenienti dal passato (prima fra tutte quella che condannava la critica illuministica dell'esperienza di diritto comune, accusandola di ' politicità ', ed arrivando fino alla negazione dell'esistenza di una scienza *giuridica* illuminista al di là della scienza *politica* prodotta da quell'esperienza culturale), ha finito per coltivare, perpetuandole, lontane incomprensioni altrui. Operazione questa, peraltro, non incoerente (e qui sta il grosso del ragionamento e della ricostruzione che A. fa in questo suo saggio), dal momento che una visione formalistica della cultura giuridica del passato è al servizio non tanto (o non solo) della storiografia giuridica, ma soprattutto della *scientia juris* che tale storiografia serve e sorregge.

Notevole respiro hanno questi stessi principi in altri due importanti saggi della raccolta. Innanzitutto nello studio intitolato *Legislazione e crisi del diritto comune nel Regno di Napoli*, a proposito del tentativo di riordinare e certificare il complesso delle fonti normative del Regno, operato, a partire dal 1740, da Carlo di Borbone. Poi nell'altro, già reso pubblico con il significativo titolo « La crisi della legalità formale. Nuove esigenze di garanzia nell'esperienza giuridica italiana del Settecento » durante il terzo Congresso della Società italiana di storia del diritto, ed ora ristampato col titolo *La rivolta contro il formalismo giuridico*: trasparente riecheggiamento del *The Revolt against Formalism* di Morton G. White, che promette già da sé un'analisi volta a scovare gli effetti di rinnovamento politico, di mutazione negli equilibri del potere e nella dislocazione dei ceti, che l'azione degli illuministi ebbe, diretta com'era « a demolire le tradizionali posizioni di privilegio e di potere » muovendosi non « solo all'interno dell'*élite* ma contro di essa ».

---

del diritto », nella « Scienza del diritto come scienza formale » e nella « Interpretazione formale del diritto ».

(4) N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 79.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il primo di questi due saggi parte da una non banale valutazione del clima politico di quegli anni quaranta e sviluppa pienamente le potenzialità chiarificatrici presenti nella questione del rapporto tra giuristi e potere assolutistico. Il dualismo teoria/prassi, che viene poi sviscerato come contraddizione paralizzante (rifugio nella teoresi per evadere da una prassi ingovernabile) in *Formalismo e storia del diritto moderno*, è visto come incentivo/ostacolo in ordine ad una sperimentazione di vie d'uscita (quasi una poco convinta ricerca del *Che fare?*) che dà vita a tentativi giusnaturalistici, ' moralistici ', consensualistici o di mera semplificazione e razionalizzazione, intrecciati tra loro e destinati ad essere sconfitti e finire senza esito. Un fallimento che rilancia un altro nodo storico, che A. pone *in limine* e poi coltiva nella sua problematicità, e che così si esprime: « L'opera di riordinamento e di certificazione della legislazione, che ferveva nel Settecento in tutt'Europa ed in molte regioni d'Italia, si svolgeva dunque nel Regno, in un ambiente di cultura giuridica particolarmente matura e cosciente, con ritmo estremamente stanco »; un'altra contraddizione, dunque, che però « fornisce già alcune indicazioni di metodo » e molto spiega.

Ma questo saggio non ci offre soltanto una buona applicazione del criterio di interpretazione storica costituito dal rapporto giuristi-potere; né solo una coerente analisi del clima culturale e politico napoletano che si espresse a quel suo particolare modo nella incerta tendenza verso una ' codificazione '. Al di là di questi elementi, vi troviamo una notevole capacità di scavare, portando alla luce vicende che sono insieme complesse e quasi del tutto sommerse; una capacità che va felicemente a congiungersi con il solido livello di riflessione ed escogitazione storica che tutto il libro di A. fa trasparire, e che si rende particolarmente evidente nei saggi in cui maggiore è il momento (abest iniuria) erudito, quali quelli su Carlantonio Broggia o quello su *Vico e Riccardi nella crisi politica del 1726*: la complessità dei riferimenti, la ricchezza delle fonti utilizzate (il loro dominio e la *souplesse* nel valorizzarle spesso fortemente), l'evidente esperienza di archivi e biblioteche che questi scritti (ed i loro apparati) mostrano, fanno probabilmente di Raffaele Ajello uno dei massimi conoscitori, al giorno d'oggi, della cultura napoletana del Settecento, intesa come momento costitutivo del potere in quella società.

Di notevole interesse anche il secondo di quei due saggi, quello che attraverso l'analisi di una ' rivolta ' antiformalistica riprende e perfeziona motivi che costituiscono, come ho già detto, l'innervatura essenziale di tutta la raccolta. Ajello indica innanzitutto i limiti, i difetti, della storiografia sull'Illuminismo giuridico (che però, occorre dire, si è venuta arricchendo e perfezionando, in questi ultimi anni), coinvolgendo nella sua critica le ' responsabilità ' della cultura positivistica italiana e l'eredità passiva proveniente dal formalismo tardo-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

romantico, collegato, a sua volta, al suo omologo precedente tardo-umanistico (5). Prosegue sottolineando le contraddizioni che, tuttavia, la ' rivolta ' illuministica dovette scontare, collegata com'era ad interessi eterogenei, e condizionata dalla sua fondamentale mancanza di unità culturale, da un lato, e di un disegno univoco sul piano del cambiamento sociale, che pure si proponeva, dall'altro.

Le pagine migliori di questo saggio sono però, se non sbaglio, quelle in cui si mettono in rilievo i momenti più dirompenti e storicamente più vivi della ' rivolta antiformalistica ': la lotta contro l'alta borghesia burocratico-ministeriale, abilissima nello strumentalizzare per i propri fini le stesse strutture feudali e la logica del potere aristocratico ed ecclesiastico; la battaglia contro l'arbitrio, intesa come *prius* logico, oltre che storico, rispetto a quella contro il privilegio; la denunzia dell'arroganza ministeriale, e la polemica contro un'intera porzione del ceto, considerata avversario naturale nell'ineluttabile conflitto contro il « dispotismo dei corpi intermedi »; lo sforzo di demistificazione nei confronti di una giustizia meramente formale che tuttavia non riusciva neanche a mantenere costante ed affidabile il suo standard di formalità.

È su questo terreno che il discorso indiretto di A. raggiunge la sua efficacia massima e, se l'impressione non è sbagliata, è in queste pagine che si sente più viva la sua ' partecipazione ' nei confronti dei fenomeni descritti. Del resto, sarebbe difficile non avvertire la straordinaria attualità di questa antica problematica; il discorso tende a farsi diretto e immediato, perchè *de nobis fabula narratur*.

L'autore di *Arcana Juris* conferma così, con il rendiconto omogeneo che ci offre della sua ricerca in questi ultimi anni, di essere, degli storici del diritto, tra quelli che meglio riescono a tenere il collegamento con gli storici politici e che più coerentemente riescono a discutere con gli storici della cultura e della vita intellettuale. Certo, l'oggetto stesso della sua ricerca, e l'aver valorizzato il *criterio* del ' ruolo del giurista ' (e quindi del peso di un'opera ' ideologica ' pro-

---

(5) « Non è certamente un caso — scrive A. (p. 287) — che nel campo del pensiero giuridico il formalismo romantico, da Savigny ad oggi, si sia collegato col formalismo tardoumanistico, e nel campo della filosofia lo storicismo idealistico italiano si sia ispirato al pensiero di Vico, che ha contribuito a far nascere il *topos* dell'identificazione illuminismo-antistoricismo. Si tratta di deformazioni più o meno colte, che ebbero origine nella prima metà del secolo XIX da concrete esigenze politico-culturali, e che ora si riproducono non solo per effetto di preconcetti politici, ma anche a causa di obiettive carenze di ricerche e di studi. Quando Croce criticava gli storici del diritto ed indicava con la sua elegante e dura ironia il carattere astratto dei loro studi, probabilmente non intuiva di essere lui stesso vittima delle sue vittime, ossia di avere acquistato dai suoi avversari — per effetto diretto o inverso — l'incapacità di collocare il fenomeno giuridico in generale, e quello illuministico in particolare, nella giusta prospettiva ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

veniente da un *milieu* intellettuale), gli facilita questo compito e, insieme, glielo chiede come condizione essenziale di coerenza scientifica; ma c'è da dire che il suo lavoro non si è limitato ad alcuni, sia pure essenziali, adempimenti.

Molti tra gli storici del diritto che pure restano sensibili ai collegamenti che A. instaura, ai passaggi non casuali e non distratti attraverso i terreni ' altrui ', alle aperture che servono a liberarsi dei condizionamenti di tanta storiografia *d'antan*, devono dargli atto della sua partecipazione (e non dell'ultima ora) all'affermarsi di una sorta di *new deal* della storiografia giuridica nell'ultimo decennio. Ed alcuni tra essi lo sentono assai prossimo, nello sforzo (del resto ormai, si può dire, approdato) di « superare l'interpretazione paleomarxistica che vede il diritto come invenzione della classe dominante » (p. 302); che è poi lo sforzo per il necessario recupero dell'interesse stesso per il diritto, posto che — ed ha ragione Cerroni (6), che A. cita — considerare il diritto alla stregua di un mero strumento nelle mani della classe dominante per stabilire e formalizzare determinati rapporti di produzione, significherebbe abbandonare ogni attenzione verso il fenomeno giuridico ed ogni curiosità per la sua storia.

Resta evidente, però, che le opere di ' rinnovamento ' non si arrestano mai, e che i mutamenti più incisivi e duraturi sono quelli che provengono da lunghe lene e che si dichiarano disponibili ad altri e necessari mutamenti futuri. Si potrebbero invocare gli stessi risultati scientifici di questo lavoro di A. per provare l'affermazione. Ciò vuol dire, se A. mi intende, che dalla sua opera stessa ci si attendono passi avanti e, magari, su nuovi terreni. Io credo, per esempio, che i suoi criteri di indagine darebbero risultati utilissimi anche fuori dallo specifico settecentesco e su terreni diversi da quello ' meridionale ' o napoletano; credo che il suo modo di riflettere sulla realtà storica, sulle forme di ricomposizione sociale e sulle diverse manifestazioni del *Kampf um's Recht*, si farebbero notevolmente apprezzare anche nel campo disertato o, peggio, *malfrequenté*, della storia del diritto penale o in quello, aperto e fertilissimo, della storia della organizzazione istituzionale e giuridica della società. Ma il desiderio (anche personalmente ' interessato ') del recensore non venga scambiato per un'intrusione; esso non è neanche un consiglio, ma solo un'offerta di collaborazione.

MARIO SBRICCOLI

(6) U. CERRONI, *Il problema della teorizzazione dell'interpretazione di classe del diritto borghese*, in AA.VV., *L'uso alternativo del diritto*, a cura di P. Barcellona, Bari, Laterza, 1973, I, p. 3.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Francisco CARPINTERO BENITEZ, *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*, Universidad de Salamanca 1977, pp. 307 (« Acta Salmaticensia - Derecho », 35).

Nel rinnovato interesse di studi per i contributi offerti dagli autori della Seconda Scolastica allo sviluppo del pensiero giuridico moderno (interesse che trova il suo momento piú significativo nell'*Incontro di studio* promosso a Firenze (16-19 ottobre 1972) da Paolo Grossi, sul tema: *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*), un posto di rilievo merita questo studio dedicato alla figura del giurista vallisoletano Fernando Vázquez de Menchaca, e questo per due ordini di considerazioni. In primo luogo, questa figura « atipica » della Seconda Scolastica (il Menchaca non è infatti uno dei molti, famosi teologi-giuristi che illustrano il pensiero spagnolo del Cinquecento, ma è giurista di professione, pur se dotato di vasti interessi teologici e filosofici) era rimasta a lungo trascurata dalle ricerche storiografiche, e comunque in netto subordine rispetto alle più celebri figure di domenicani e di gesuiti(si pensi, tanto per fare due nomi, a un Vitoria o a un Suárez).

In secondo luogo perché, trattandosi della figura di giurista indubbiamente più importante e culturalmente complessa della Spagna del Cinquecento, l'esame della sua opera consente interessanti verifiche del fecondo intrecciarsi di prospettive teologico-filosofiche con altre più squisitamente giuridiche. Insomma, quel che in larga misura è stato anche di recente tentato ed attuato con la più nota figura dell'olandese Grozio (basti qui richiamare gli importanti studi di Villey e di Ambrosetti, di Fassò e di Feenstra), Carpintero cerca di fare per il suo meno illustre « precursore », soffermandosi (ed è un merito) non soltanto sulla problematica internazionalistica (l'unico aspetto già lumeggiato dai contributi di Barcia Trelles e di Miaja de la Muela), ma anche sugli aspetti politico-costituzionali e giusprivatistici. Nell'ampia ed organica ricostruzione, la figura del giurista di Valladolid emerge con sufficiente nitidezza, nel quadro di un profilo dottrinale sempre appoggiato saldamente alle fonti. Tuttavia, pur nella valutazione complessivamente positiva, non mancano talune perplessità.

L'A. intende inserirsi, con critica consapevolezza, nel filone (a dir vero alquanto esiguo) degli storici che più di recente hanno dato autonomo rilievo al pensiero del Menchaca. Alcuni moderni studiosi del pensiero giusnaturalistico hanno infatti cominciato ad insistere sull'importanza dell'opera del Vázquez, per spiegare il passaggio dal diritto naturale medioevale a quello moderno, sia pure con diverse accentuazioni. Se infatti il Reibstein (*Die Anfänge des neueren Natur- und Völkerrechts*, 1949) considera il Menchaca addirittura l'iniziatore del giusnaturalismo razionalista, ed il Verdross (*Abendländische Rechtsphilosophie*, 1963²) crede di poter intravvedere nelle *Controversiae Illustres* il primo sistema giuridico fondato sopra « Subjektive Grund-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rechte », il Welzel (*Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 1962[4]), con maggiore prudenza, lo indica come un « ponte di passaggio » fra diritto naturale « teologico » (del Medioevo) e giusnaturalismo « laico » (dell'età moderna). Anche Carpintero, che pur attraverso il minuzioso esame dell'opera del Menchaca si rende maggiormente conto delle molteplici contraddizioni e della complessiva fragilità teoretica del giurista di Valladolid, non sa resistere al tentativo, alquanto radicato nella tradizione della storiografia iberica, di farne un « iniziatore », e questo ovviamente a scapito di Grozio: « El esfuerzo, por tanto, que realizó nuestro autor para fundamentar racionalmente parte del orden jurídico de la época, con sus frecuentes referencias al *jus naturae et gentium*, lo convierte en el primero de los autores de transición que, como Grocio o Pufendorf, hicieron posible el Derecho Natural racionalista del siglo XVIII » (p. 283). Mentre in realtà sarebbe forse più interessante chiedersi se Menchaca non abbia rappresentato un « ruolo di transizione » fra diritto naturale medioevale e moderno, non come iniziatore isolato, ma piuttosto come esponente, sul versante più strettamente giuridico, di un più complesso e ribollente ambiente culturale, segnato dalla politica di Carlo V e dalle vivaci dispute dei teologi della Seconda Scolastica.

In particolare il Menchaca, come molti giuristi a lui contemporanei, non si impegnò nello sforzo di elaborare una definizione generale di « diritto », ma preferì occuparsi dei problemi impliciti alle diverse forme di diritto (diritto naturale, diritto positivo, *jus gentium*) intersecantesi nella tipologia da lui accettata. Manca del resto, nella sua opera, anche una nozione unitaria di *jus naturale*, poiché egli tende acriticamente a giustapporre la nozione romanistica (« jus naturale est quod natura omnia animalia docuit ») a quella più squisitamente teologico-filosofica di *recta ratio*. Se dunque nel primo significato questo diritto tende ad abbracciare tutte le inclinazioni che gli uomini posseggono « naturalmente », nel secondo senso lo *jus naturale* abbraccia ogni principio etico fondamentale che la ragione fa conoscere all'uomo. Ma tale *recta ratio* viene intesa non come principio fondante il diritto (secondo la tesi della scuola domenicana), bensì come mero strumento di notificazione della *voluntas* divina (secondo la tesi della scuola francescana). È quindi presente, nel Menchaca, una forte venatura volontaristica, poiché il giurista spagnolo, a differenza di Vitoria, di Soto, di Medina, fonda il diritto naturale esclusivamente sulla volontà divina. Il diritto naturale come *recta ratio* rappresenta insomma un ordine di valori che la ragione indica, ma che potrebbe essere ontologicamente rovesciato qualora Dio, creatore di tutto, lo volesse.

Ora, secondo Carpintero, il Vázquez approderebbe a questo « volontarismo » in quanto parte da una prospettiva « individualistica », poiché l'unico fondamento valido di un rapporto giuridico può essere solo la volontà libera dell'individuo. Ci sembra però che la tesi potrebbe essere più convincentemente capovolta, nel senso che è il « vo-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lontarismo » che fonda l'« individualismo » del Menchaca, non viceversa. È infatti la *voluntas*, in quanto riconosciuta *potentia* primaria (in Dio e nell'uomo), che esige, per sua intrinseca natura, di venire riconosciuta nella propria individualità, che distingue, a differenza della *ratio*, che invece accomuna ed unisce.

Il punto in cui tale individualismo incontra il terreno privilegiato di applicazione, è rappresentato dalla teoria dell'origine del potere politico. Di fronte a certe tendenze assolutistiche, in Spagna rappresentate da Antonio Gómez, Vázquez espresse e difese in modo particolarmente intenso l'esigenza di tutela della libertà. In quanto dotati di intelletto e di libertà, solo gli individui sono in grado di fondare il potere politico per propria utilità, e quindi solo i singoli sono legittimati a decidere quello che per loro è veramente utile. Il compito del potere politico è dunque quello di rendere possibile la libertà di ciascuno; ogni deviazione da tale basilare principio è sintomo di tirannia. Di conseguenza il Menchaca, avvicinandosi ad Alfonso de Castro, respinge le concezioni « organicistiche » (sostenute dalla scuola domenicana, e segnatamente dal Vitoria): segno che l'influsso nominalista, manifestatosi a Salamanca nei primi decenni del Cinquecento (come ha ben dimostrato Beltran de Heredia) fruttifica nelle pagine del Vázquez, meno soggetto ai filtri operati dalla formazione tomista presso i teologi domenicani.

Quanto al pensiero giusprivatistico, Vázquez, accogliendo la nozione più comunemente utilizzata al suo tempo, definisce il diritto di proprietà come uno « jus perfecte disponendi... nisi lege prohibeatur ». E, nel commentare questa definizione, il giurista di Valladolid tende a offrire del concetto una precisazione esegetica utilizzando a tal uopo il testo della legge « Libertas » del Digesto, cioè di una legge dove si definisce la libertà, non la proprietà. Ora, non può sfuggire l'importanza di tale assimilazione fra proprietà e libertà, che appare una ennesima riconferma dell'individualismo del Menchaca, lungo una pista già aperta, in tema di proprietà, dai nomi più illustri della scuola salmaticense. Ma, a prescindere dal fatto che la libertà, presupposto della proprietà, è un diritto basato sullo *jus naturale*, il diritto « reale » di proprietà *qua talis*, invece, trova in Vázquez il proprio fondamento esclusivamente nello *jus gentium secundarium*, che deroga su questo punto al diritto naturale primario, il quale postula l'esistenza di una « communis omnium possessio » primigenia. E lo stesso deve dirsi dei modi di acquisto e di trasmissione del diritto di proprietà, i quali pure si incentrano sullo *jus gentium* citato, mentre la facoltà che ognuno ha di trasmettere liberamente quello che è suo, poggia sul diritto naturale.

Se c'è un punto tuttavia di questa trattazione di cui dobbiamo dolerci, è che la posizione di Vázquez non appare sufficientemente « collocata » (soprattutto dopo le decisive ricerche del Grossi), fra la tendenza « volontaristica » affiorante nelle definizioni di Soto e di larga parte della scuola domenicana, e la più tarda tendenza « realista »,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ispirantesi a Bartolo, e propugnata, all'interno dell'ordine gesuita, da Ludovico Molina. Stupisce particolarmente una singolare incomprensione, da parte di Carpintero (p. 196, nota 21), delle tesi di Grossi. Secondo il nostro A., lo storico fiorentino sosterrebbe la tesi che il fondamento della proprietà privata riposa, per i teologi della Seconda Scolastica, sul diritto naturale. Il *proprium*, secondo Soto, si baserebbe sul diritto naturale (*De justitia et jure*, l.IV, q. 3), e Molina seguirebbe la stessa tesi. Vi sarebbero insomma due errori: anzitutto perché Soto, al luogo citato, si riferisce al « dominium sui » e al « dominium » della propria fama ed onore (che si fondano effettivamente sul diritto naturale), ma non al « dominium rerum externarum » (il diritto « reale » di proprietà), che al diritto naturale, invece (secondo la *communis opinio*) resterebbe estraneo. In secondo luogo il Grossi avrebbe il torto di ignorare, su questo punto, le opere dei teologi (Salón, Aragón, Báñez, Medina, G. Vázquez) pubblicate fra il *De justitia et jure* di Soto (1553) e il *De justitia et jure* di Molina (1593), cioè di tutti quegli autori che mantengono ferma la tesi dell'origine esclusivamente umana della proprietà privata, radicata nello *jus gentium* (un diritto cioè positivo, non naturale). Spetterebbe appunto a Molina il ruolo di primo teologo spagnolo assertore della tesi che fonda la proprietà privata sul diritto naturale.

Ora, a parte l'evidente infondatezza della seconda accusa (proprio nelle pagine indicate da Carpintero, ben tre opere dei teologi « dimenticati »: Salón, Aragón e Medina, sono espressamente citate; su altri punti, è vero, ma non si può certo sospettare che Grossi non le avesse presenti anche sul tema in questione), la prima rappresenta un'autentica, grave incomprensione del pensiero dello storico fiorentino. Questi infatti (*La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, p. 212) apertamente riconosce che la *divisio rerum* (presupposto storico del diritto reale di proprietà) viene concordemente ricondotta dai teologi della Seconda Scolastica allo *jus gentium*, e non allo *jus naturale*, ma che, vista nei suoi presupposti antropologici, « l'idea del *proprium* è da Dio stesso infusa nell'animo umano, e il *dominium* dell'uomo è messo strettamente in connessione con la sua qualità di figlio di Dio », quindi con la natura umana. È sotto questo profilo « anche nel suo aspetto di *dominium rerum*, che la proprietà non smentisce mai la sua consonanza con la *naturalis ratio*, con la sua sostanza di strumento provvidenziale, congeniale all'uomo e tipico di lui » (p. 213). La naturalità incide dunque sul « dominium in genere », mentre poi, riguardo all'oggetto del *dominium*, il discorso si articola, in quanto deve dirsi che « il *dominium rerum*, che è coerente al diritto naturale e pertanto necessario soprattutto allo stato di ' natura lapsa ', non incarna però un precetto positivo di diritto naturale » (*ibid.*).

Anche sotto il profilo dello *jus gentium*, poi, l'opera di Vázquez appare sorretta da un criterio ispiratore di marca individualistica:

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ogni popolo ha diritto all'autodeterminazione e, di conseguenza, risulta inammissibile qualunque rapporto di soggezione che non si fondi sopra un libero atto di volontà della comunità di cui trattasi. Tutte le comunità politiche sono assolutamente libere e giuridicamente uguali. Trasponendo la teoria dello « stato di natura » ai rapporti internazionali, le diverse « gentes » appaiono al Menchaca come soggetti liberi per natura, non vincolati ad alcun superiore ordinamento giuridico di origine umana. Il diritto che disciplina tali relazioni, rappresenta solo un insieme di esigenze etiche ispirantesi alla *recta ratio*: lo *jus gentium secundarium* serve solo — nella misura in cui le parti in causa si sono accordate per utilizzarlo — a conferire forma giuridica ai rapporti esistenti. Il rilievo è indubbiamente interessante, anche se il riferimento di Vázquez allo « stato di natura » andava forse più strettamente legato comparativamente alla teoria della « pura natura » (e dello « status purae naturae ») che nello stesso arco di tempo i teologi della Seconda Scolastica andavano elaborando, e ponendo al centro della propria speculazione antropologica e giuridica. Poiché è nella « secolarizzazione » della dottrina teologica degli « status » che è senza dubbio riscontrabile uno dei più interessanti punti di passaggio dal diritto naturale medioevale a quello moderno.

A parte tuttavia questi doverosi rilievi, possiamo riconoscere a questo studio, ampio e articolato, anche se talora un po' troppo espositivo, un merito: quello di averci fornito la prima monografia completa sull'opera del Menchaca, ponendo giustamente in rilievo come, grazie al suo interesse per il diritto naturale, il giurista spagnolo abbia dato a questo un rilievo autonomo, spezzando le angustie di una mera esegesi dei passi del *Corpus Juris* contenenti i noti accenni allo *jus naturae*. Ad una condizione, tuttavia: che la contrapposizione fra diritto naturale medioevale « teologico » e diritto naturale moderno « laico » non venga troppo sbrigativamente sostituita con quella fra diritto naturale *dei teologi* (medioevale *e* moderno) e diritto naturale *dei giuristi* (medioevale *e* moderno) (p. 287). La ricchezza culturale e l'apertura ai problemi filosofici e teologici di molti grandi giusnaturalisti moderni (Grozio, Pufendorf, e, perché no?, lo stesso Vázquez de Menchaca) si oppone recisamente a tale indebita semplificazione.

FRANCO TODESCAN

Adriano CAVANNA, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Milano, A. Giuffrè editore, 1975, pp. 317.

Diversi sono i piani di lettura possibili di questo libro, perchè diversi sono, se non sbaglio, i piani di ricerca sui quali è venuto formandosi ed è poi cresciuto, seguendo un itinerario che l'ha portato

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

da ipotesi iniziali relativamente circoscritte (1), a esiti finali più larghi e più complessi.

Nato da un ritrovamento di archivio e da un accurato lavoro di ricostruzione e riflessione, questo contributo di Adriano Cavanna non si limita infatti a ritratteggiare, sia pure nell'ottica relativamente inedita della protocodificazione lombarda, il fenomeno dei primi lavori legislativi programmati ed organici, presenti sull'intera scena europea negli ultimi decenni del diciottesimo secolo. L'occasione, che è poi la necessità per lo storico dei fenomeni giuridici di fondare ricostruzioni cogliendo nessi e ridisegnando scenari, gli è infatti utile per contributi ' ulteriori ' che possono essere grosso modo individuati in quattro direttrici.

Innanzitutto una analisi non rituale dell'ambiente intellettuale lombardo più legato alle questioni di governo (un ambiente che non viene limitato quindi a quello dei giuristi professionali o ' strettamente intesi '), tagliata anche su alcune premesse metodologiche che la rendono in qualche modo (anche) autonomamente valutabile.

Secondo: una ' storia esterna ' e ' interna ' della progettazione codicistica lombarda del 1791-92 che non va soltanto « alle sorgenti della codificazione penale in Italia », quanto piuttosto « alle origini della codificazione italiana *tout court* », perchè coglie una differenza sostanziale, ad altri sfuggita (2), tra storia della codificazione come fenomeno necessariamente complesso (e attraversato in modo decisivo dal *novum* della cultura giuridica e politica) e la storia della legislazione intesa, in senso rigoroso, come produzione positiva della legge; che è poi la differenza tra un fenomeno culturale generale che ' produce anche diritto ' quando entra in una congiuntura decisiva con le coordinate

---

(1) Un primo riferimento al Progetto lombardo di codice penale del 1791-92 venne fatto da C. in una sua relazione al III Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto tenutosi a Firenze nella primavera del 1973. Quella relazione, intitolata *Il progetto lombardo di codice penale del 1791-92*, è ora pubblicata negli atti del Congresso: *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Firenze, Olschki, 1977, II, pp. 943-973.

(2) Mi riferisco, per esempio, a Marc Raeff che recensendo questo stesso libro di C. (in *Rivista storica italiana*, LXXXVIII, 1976, fasc. 4, pp. 881-887, tr. it. di A. Torre), distingue il periodo in cui « la storia di questi progetti e codici è stata trattata da un punto di vista puramente giuridico-dogmatico » da quello in cui, invece, « sono state le componenti intellettuali e ideologiche del processo di codificazione ... ad attirare l'attenzione degli storici e dei giuristi », i quali avevano dedicato fino ad allora « scarsa attenzione sia alla gestazione intellettuale (concettuale) della codificazione, sia alle specifiche situazioni storiche e ai climi mentali in cui si vennero progettando i codici ». Raeff da atto a C. di porsi nell'alveo della più recente e più attenta linea storiografica, ma non avverte che la novità sta non tanto nel ' modo ' di studiare la codificazione, quanto piuttosto nel considerarla una fase a sé della c.d. storia della legislazione (che è stata appunto affrontata tradizionalmente dal punto di vista ' esterno ' che lui lamenta), e nell'affrontarla quindi non tanto ' in modo nuovo ', ma come ' altra cosa '.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della politica (o più precisamente con l'esigenza/volontà del cambiamento) ed un fenomeno meglio leggibile in termini giuridico-dogmatici, legato alla dimensione del politico più da una logica di *governo* che non da una necessità di *trasformazione*.

Terzo: la delineazione — quasi a stabilimento di un modello ricostruttivo applicabile anche a fasi diverse da quella studiata — di un insieme di dinamiche che tipicamente si istaurano nel momento in cui una svolta riformistica ritenuta necessaria e pensata in termini volontaristici (magari da un comitato di saggi sorretti dall'assenso di un potere ' disponibile '), viene portata ad attuazione in una situazione politica data. Sono tra le pagine migliori di questo lavoro quelle in cui C. da conto delle resistenze che nascono in Lombardia nei confronti del codice penale giuseppino (il problema della distinzione dei delitti in criminali e politici, ma soprattutto la questione delle pene, della loro ' durezza ' e rigidità e quindi della intollerabile ripercussione di quel sistema sull'assetto e sulla natura stessa di una società di ceti), e poi dei numerosi terreni di incontro e compromesso che consentono l'inizio dei lavori sul nuovo progetto di Leopoldo II e ne accompagnano tutta la accurata ma infruttuosa preparazione. Da compromessi, prudenze, attenuazioni e revisioni, vengono segnate non solo la composizione stessa della Commissione incaricata di stendere il progetto e la metodologia dei suoi lavori, ma il contenuto stesso del codice progettato, il taglio scelto per questioni decisive come quella del rapporto tra il giudice e la legge, e la soluzione tutto sommato non sorprendente data al problema della pena di morte: questione che ormai consideriamo storicamente di peso relativo, ma che all'epoca era forse il discrimine più indicativo della ' civiltà ' di un codice e che certo rivestiva un valore politico (si potrebbe quasi dire ' simbolico ') ben più grande di quanto il suo peso pratico non lasciasse pensare. Ebbene, la pena di morte che era stata soppressa nella *Riforma* toscana di Leopoldo, rientra in un nuovo progetto leopoldino per decisione di una commissione di giuristi che opera nell'eco dei princìpi dell'ottantanove e che ha nel suo seno Cesare Beccaria « come il Genio stesso della giustizia penale ». Giustamente C. accenna alla possibilità che tutto questo appaia alla stregua di un « singolare episodio dal sapore scandalistico », e giustamente ci ricorda come tutto questo possa spiegarsi invece con la crisi degli ideali del riformismo radicale settecentesco (o, *tout court*, come egli preferisce dire, dell'illuminismo europeo), la quale è crisi di *novità* (e quindi perdita di incisività), ma è soprattutto perdita di vigore etico, caduta di lucidità politica, declino della ' certezza morale ' che aveva fatto di esso, nei decenni precedenti, una forza poderosa sul terreno ideale. Ci sono già, nei lavori della Giunta, influenze (come quella di Luigi Cremani) che segneranno in modo notevole gli anni della restaurazione, ed accanto al superamento di sistemi ormai desueti (come quello del *crimen maiestatis*, peraltro rim-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

piazzato con meccanismi certo non meno occhiuti e severi), è dato di trovare forti innovazioni nel campo delle pene o — sul piano degli istituti speciali — per ciò che riguarda i furti: ma il punto decisivo, rispetto a tutto ciò, sta poi nel fatto che quelle modificazioni non ebbero esito; e si può ben dire che la società lombarda di quegli anni novanta è qualificata assai meglio e di più da quel *non avvenimento* che non dal progetto uscito inutilmente dai lavori di quella Commissione.

Ma la direttrice di ricerca che mi pare più interessante e più fertile in tutto il lavoro di C. è — quarta di questo mio schema — quella che tende alla completazione del ' fondamento ' stesso di una più attenta (e, perchè no, rinnovata) storiografia del ' penale '. Tutto il suo lavoro ripropone all'attenzione dei giuristi e degli storici (voglio sottolineare, e insistere: non solo degli storici del diritto) la questione fondamentale del *peso del problema penale* nella storia del rinnovamento politico, civile e culturale delle società moderne.

Al di là del contributo materiale dato alla storia della codificazione penalistica (un progetto di codice non secondario che viene ritrovato, descritto, discusso, illustrato) è necessario dare atto ad Adriano Cavanna di avere sollevato obiettivamente un problema di fondo: quello della connessione strettissima tra crescita civile, sviluppo culturale, cambiamento politico, da un lato, e riforme penalistiche dall'altro, cogliendolo nell'ambito di una società esemplare per livello e quantità di tensioni, contraddizioni e spinte antagoniste, come quella lombarda degli ultimi vent'anni del secolo diciottesimo. Mi piace insistere su questo punto. Io credo che non si comprenderà adeguatamente il ruolo peculiare, ed il senso stesso, della ricerca storica penalistica, finchè non si accoglierà interamente il principio dell'esperienza penale come esperienza politico-civile per eccellenza: il che vuol dire, in primo luogo, *riconoscere* la centralità della questione penale in alcune decisive fasi di transizione o di cambio sociale; la non ' occasionalità ' degli scontri sulle diverse possibili politiche criminali; la crucialità storica del problema del punire (per l'intreccio strettissimo che esso ha con la vita sociale, con le strategie politiche generali, con i sistemi delle libertà e con altro ancora); la irriducibilità del diritto penale e degli stessi apparati repressivi a meri strumenti di dominio o fattori d'emarginazione.

Mi pare si possa dire che la coscienza di tutto questo è presente, talora in modo più scoperto, talaltra implicitamente o con qualche contraddizione, nel corpo complessivo del lavoro di Cavanna. Anzi, per più di un verso si può trarre una lezione, in questo senso, dallo stesso impianto del suo libro: l'attenzione alla dottrina giuridica (e non solo a quella coinvolta dalle persone presenti nei lavori della Commissione) è un elemento decisivo in questa prospettiva, perchè è normalmente nel contributo del giurista che si rilevano con maggiore

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

chiarezza, e con più frutto, i nessi tra diritto e società, tra la fase della trasformazione sociale o politica ed il suo riversarsi nel momento positivo della norma giuridica; così come da quel contributo è possibile — e talora necessario — partire per scovare e documentare il procedimento di senso contrario, che è poi quello in cui è il giurista stesso, quale intellettuale legato ad un frammento importante della realtà in trasformazione, ad influire in maniera non secondaria sulla direzione e sul contenuto, sul *quantum* e sul come di quel cambiamento. Ed è inutile aggiungere come proprio lo scorcio del secolo diciottesimo indagato da Cavanna sia tra le epoche che possiamo considerare esemplari in relazione alla presenza ed al dispiegarsi di un fenomeno come questo.

L'adesione al modulo sopra delineato non si ferma del resto a questo solo aspetto, di recente ridiscusso dall'autore in modo accorto, sensato, e tale da indurre anche chi scrive a qualche ripensamento (3); essa si completa con l'attenzione che C. dedica ai rapporti tra ' nuovo diritto ' e tradizione di diritto comune, particolarmente rilevanti nell'esperienza giuridica lombarda; e si realizza nella rilevazione di una serie di ' coppie ' problematiche che sono alla base della sua ricostruzione e che costituiscono quasi un *continuum* lungo tutto l'arco del lavoro, in un certo senso sottolineandone la permanente ' apertura ' e la reale disponibilità alle diverse soluzioni storiche che via via le fonti, ed una loro prudente interpretazione, possono suggerire. Mi riferisco in particolare alla ' dialettica ' tra un *corpus* legislativo di matrice austriaca e le diverse ' rielaborazioni nazionali ', alla attenzione continua nei confronti di diverse ' conciliazioni ' che investono di volta in volta lo scontro tra tradizione e rinnovamento, la sovrapposizione

---

(3) In un suo recente intervento (*Il ruolo del giurista nell'età del diritto comune. Un'occasione di riflessione sull'identità del giurista di oggi*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, XLIV, 1978, pp. 95-138) Adriano Cavanna affronta le « per ora brevi vicende storiografiche di un tema ancora ' caldo ' ... », confrontandosi con la questione — non riducibile all'esperienza di diritto comune, ma in qualche modo permanente ed altrove ritrovabile — del rapporto tra giuristi e società, mediato da ulteriori sub-rapporti tra giuristi e potere politico, giuristi e scienza del diritto, giuristi e cultura civile. Questo contributo, che sollecita riflessioni e ripensamenti, e merita certamente di trovare seguito, è coerente con l'impostazione che al problema della presenza dei giuristi nella società lombarda degli anni '80 e '90 ed a quello del loro ruolo in essa, C. da nella parte centrale del suo libro. E interessanti sono soprattutto le pagine in cui C. delinea « l'atteggiamento del mondo dei giuristi rispetto alla politica assolutistica del diritto », introducendo distinzioni tra le diverse *funzioni* svolte dai giuristi (professori, funzionari, giudici, *pragmatici*, membri dei Parlamenti o dei Senati), e diversificando il contenuto ed il modo dei loro rapporti nei confronti del ' potere ': sono i criteri che si ritrovano, come ho detto, nella dettagliata analisi che C. fa dell'accoglimento in Lombardia delle proposte giuseppine, nella descrizione dei lavori della Commissione del 1791, nel giudizio che viene dato dell'apporto di ciascun membro di essa al lavoro collettivo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tra illuminismo e patrimonio storico di diritto comune, l'incontro (non sempre pacifico) tra dottrina e politica.

In particolare mi sembra felice lo sviluppo dell'idea di un incontro, difficile ma non infruttuoso, fra tradizione di diritto comune e ' nuove idee ' di matrice ' illuministica '. L'autore trae da questo problema alcune osservazioni che mi sembrano corrette e che forse andrebbero approfondite e sviluppate, perchè nello specifico della storia dell'esperienza penalistica italiana hanno probabilmente un significato che va al di là di quello che gli esiti della dialettica tra ' antico ' e ' moderno ' ebbero rispetto al diritto civile ed alla codificazione civilistica. Giusta, ed anche in qualche modo innovativa, è per esempio l'idea che nasce dalla lettura del libro di C. della necessità di ridimensionare e rifondare l'errata convinzione che nell'Italia del secolo passato si siano subite *tout court* le idee di Napoleone in materia di legislazione penale. Qualcuno potrebbe forse addirittura tentare di formulare l'ipotesi contraria. Nella tradizione culturale italiana rispetto al diritto penale, e nella storia della nostra legislazione, c'erano già fatti e idee che sarebbe riduttivo e storicamente inammissibile rileggere come meri elementi prodromici: come precedenti che sarebbero serviti a preparare il terreno perchè venissero accolte, a tempo loro, le soluzioni tecniche francesi e la tradizione giuridica francese.

In realtà, l'incontro tra una tradizione ed una esigenza di rinnovamento e razionalizzazione, determina di per sé, e con la sola forza del suo essere storicamente maturo, le condizioni di un cambiamento: le analisi di C. mostrano come il bilanciamento tra innovazione e conservazione, il compromesso tra riformismo e moderazione, conducono ad un *quid novi* che verrà forse ' ratificato ' dall'avvento dei francesi (i quali peraltro, e paradossalmente, arrestano la parabola delle riforme leopoldine con il clima di rinnovamento che la loro rivoluzione diffonde in Europa), ma che non può dirsi appartenere semplicemente alla elaborazione giuridica della Francia. Si tratta di elementi che si innestano nello specifico di un'esperienza storicamente autonoma, seppure legata (ma non è questa la condizione di ogni autonomia?) a quanto accade o si pensa ' fuori ', che crescerà e che porrà le basi di una tradizione culturale di grandissimo rilievo: la grande scuola lombarda del diritto criminale dei primi decenni del secolo diciannovesimo non nasce evidentemente senza radici, e non si limiterà ad influire nell'area lombarda, collegandosi all'altra tradizione — la toscana — che era pure stata toccata in modo forse ancora più diretto dall'esperienza decisiva del riformismo leopoldino. E basterebbe guardare alla valorizzazione di un giurista come Paolo Risi, valorizzazione che nasce ' dalle cose ', da *questo genere* di cose, e che C. sottolinea molto opportunamente restituendoci un penalista di notevole livello finora sottovalutato, per comprendere come gli intrecci complessi, le realtà articolate e sfumate, i fenomeni ' complicati ' e

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lo sguardo attento rivolto anche a quelle che sembravano quantités négligeables, spiegano talvolta di più — e comunque meglio — di tanti schemi grossolani coi quali in mancanza di meglio siamo ancora troppo spesso costretti a lavorare.

* * *

Da questo libro, che si propone tra l'altro di colmare parte del ' vuoto di storia ' a cui soggiace l'esperienza del diritto penale in Italia (4) (ma non solo in Italia, aggiungerei), si può trarre dunque un modello di ricerca nel suo complesso valido — e comunque utilmente proponibile — per la ricostruzione storica dei fenomeni di legislazione e di quelli codicistici in particolare.

Molto spesso ci si è lamentati, in questi ultimi anni, di un ' ritardo ' negli studi di storia del diritto penale, ed è significativo il fatto che tale ' ritardo ' sia stato rilevato proprio mentre questo genere di studi, sia pure faticosamente, cominciava a riavviarsi. Oggi le energie impegnate sul terreno storico-penalistico sono già più numerose, ma appaiono, se posso dire senza essere frainteso, singolarmente eterogenee. Una parte almeno di esse andrebbe meglio indirizzata: occorre che si diffonda la coscienza della necessità di affrontare problemi penalistici partendo da *un insieme* di fonti, tenendo nel dovuto conto il peso della riflessione dei giuristi e soprattutto non amputando dalla discussione sul ' penale ' tutto quanto attiene al suo momento *giuridico*, per annegare le ricostruzioni solo in quel tanto di *politico* che una questione penalistica contiene certamente, sempre, e qualche volta in altissimo grado (5).

---

(4) « Col passar del tempo — scrive giustamente C. — si è resa più che mai viva l'urgenza di ricerche nuove e coordinate sui problemi storici del diritto penale italiano, sia per ciò che attiene all'età medievale e al diritto comune sia per quanto concerne l'epoca moderna e la codificazione. Il disagio conseguente all'inesistenza di un recente e ben costruito quadro storico del diritto penale italiano — specialmente per ciò che riguarda la fine del secolo XVIII e la prima metà del XIX — è oggi percepito soprattutto dai cultori del diritto positivo, che si sentono privi di un concreto retroterra storico cui riferirsi e nel quale ritrovare le profonde implicazioni di molti problemi dottrinali, legislativi e di politica criminale contemporanei » (pp. 15-16).

(5) Abbiamo avuto, negli anni più recenti, una messe di contributi che ci sono venuti da storici non giuristi attenti — come si dice oggi — ' alle questioni istituzionali '; essi si sono spesso lasciati attrarre e poi trainare da alcuni temi che sembravano *à jour*, e che sono stati poi trattati in modo ' esterno ', nel segno della c.d. ' storia militante ', e quindi, per la forza stessa di queste ragioni, sostanzialmente di striscio. Penso per esempio al tema del *carcere*, attraversato e riattraversato da battaglioni di ricercatori che ne hanno fatto le Fiandre della storia istituzionale italiana; o a quello della ' *repressione* ', con riguardo particolare agli ultimi decenni del secolo scorso. Abbiamo avuto indagini che per la parzialità o per l'inadeguatezza delle fonti utilizzate, sono a loro volta difficilmente utilizzabili, perchè affrontano, per esempio, questioni ad alto contenuto ' dottrinale ' (o nelle quali è decisivo l'orientamento dei giuristi), basandosi uni-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Io credo che lo sforzo fatto da Cavanna in questa sua attenta e calibrata ricostruzione — pur con i limiti che un lavoro come il suo può avere per la natura stessa dell'oggetto che indaga — possa servire anche in questa direzione. Gli storici non giuristi, ed anche alcuni dei giuristi che non sono storici, possono utilmente confrontarsi con queste pagine: traendone, quanto meno, la lezione di uno sforzo di equilibrio e di probità — peraltro non disgiunti da una loro propria tensione che chiamerei ' civile ' —, la quale ha il valore che ciascuno, a misura della sua propria esperienza culturale e di ricerca, riuscirà a dargli.

MARIO SBRICCOLI

Geschichte der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz, Teil 1: Gunter WESENER, *Römisches Recht und Naturrecht*. Akademische Druck- und Verlagsanstalt, Graz, 1978, 151 S.

Das 200jährige Bestehen der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz wurde von dieser erfreulicherweise zum Anlaß genommen, eine Geschichte dieser Fakultät vorzulegen. Deren erster Band ist den Lehrern des römischen Rechts und des Naturrechts gewidmet und von Gunter Wesener verfaßt. Die Darstellung erschließt wichtige Aspekte der Wissenschaftsgeschichte. Der Fakultätsgründung ging in Graz ein von den Landständen getragener Rechtsunterricht voraus. Der letzte landständische Lehrer, Winckler, zählte zu den ersten Professoren. Neben ihm stand als einer der ersten Grazer Universitätslehrer Tiller. Sehr interessant ist ein Dekret vom 7. März 1787, nach dem die Lehrer des bürgerlichen Rechts bei dem Vortrag des römischen Rechts auch zugleich das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch, soweit es für die Erblande schon kundgemacht worden ist und noch herauskommen wird, zum Unterricht ihrer Zuhörer anwenden sollen. Hieran wird deutlich, daß die erst 1811 abgeschlossene Kodifikation schon beträchtliche Vorwirkungen im akademischen Unterricht hatte und daß etwa die Grundgedanken des Entwurfs Martini allen Studenten dieser Zeit vermittelt worden sein dürften (vgl. S. 25).

Wenngleich Wesener auf allgemeinere Beobachtungen und Kennzeichnungen verzichtet, ergibt sich doch aus der Lektüre seines genauen- und klaren Buches ein deutliches, wenn auch nicht immer erquickendes Bild der Entwicklung der österreichischen Rechtsfakultäten. Geld-

---

camente su atti parlamentari che recano resoconti (per di più sintetici). Non sono neanche mancati studi su singoli istituti penalistici (penso tra gli altri ad un recente *bouquin* sul furto campestre), scritti in una sorta di *patois* — miscuglio di politicismo e pamphletismo in ritardo —, nei quali gli autori non si sono neanche accorti di avere a che fare con questioni di diritto penale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

knappheit und ärarische Sparsamkeit dominieren. Die akademischen Lehrer finden selten Zeit zu eigener Originalforschung, viele beschränken sich bewußt auf didaktische Rezeption. Mit der ungleichen Dotierung der Lehrstühle hängt der häufige Fachwechsel zusammen. Das System der « Concorsi », das österreichische und deutsche Wissenschaftler in den vergangenen Jahrzehnten oft für eine Eigentümlichkeit des Wissenschaftsbetriebs in Italien und Spanien hielten, war in Österreich gang und gebe (vgl. S. 32 und 34).

Eine andere wichtige Korrektur allgemeiner Anschauungen ergibt sich aus der zutreffenden Beobachtung von Wesener, daß das Kirchenrecht lange Zeit nur als Staatskirchenrecht gelesen worden ist (S. 29).

Mit viel Geschick macht Wesener auf Beziehungen zwischen Gelehrtenpersönlichkeiten und auf bisher zu wenig beachtete Beeinflussungen aufmerksam. So wird auf S. 53 der Einfluß aufgezeigt, den der heute weithin vergessene Tewes auf Koschaker und Wenger genommen hat, auf S. 57 wird deutlich gemacht, daß Strohal besonders als Schüler von Gustav Demelius zu sehen ist. Für die großen Romanisten, die in Graz — manche freilich so kurz wie Wlassak (S. 63 ff.) — lehrten, bietet Wesener vorzügliche Charakteristiken, von denen natürlich die seines Lehrers Steinwenter besonders hervorzuheben ist.

Das Buch ist geeignet, jedem Romanisten wertvolle Information über die Forschergenerationen zu geben, an die seine eigene Arbeit anknüpft. Es ist nur zu hoffen, daß ihm bald Darstellungen zur Pflege des Privatrechts und des öffentlichen Rechts in Graz folgen, daß aber auch von anderen Rechtsfakultäten die eigene Entwicklungsgeschichte erforscht wird, solange das Material noch relativ gut zugänglich ist.

THEO MAYER-MALY

Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte herausgegeben von HELMUT COING, II Bd. *Neuere Zeit (1500-1800)*; I, *Wissenschaft* (München, C. H. Beck, 1977, pp. XXVII, 1033), II, *Gesetzgebung und Rechtsprechung* (München, C. H. Beck, 1976, pp. XXIX, 1445).

1. Che quest'opera, a cui si è posto mano con genialità di intuizione progettuale con rigore d'impianto e con gran larghezza di mezzi, dovesse risultare alla fine monumentale (e non solamente per le sue misure estrinseche), lo si arguiva di già dalla lettura del primo volume dedicato alle « premesse medievali » (cfr. *Quad. Fior.*, 3-4, pp. 692-707): l'uscita dei due primi tomi del secondo volume confermano ad usura la pur facile previsione. In realtà siamo di fronte ad un'opera che, già solamente per la mole enorme di dati che offre, rappresenta uno strumento di lavoro destinato ad essere per chi sa quanto tempo il

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vademecum immancabile di chiunque vorrà avventurarsi, senza il rischio di svarioni imperdonabili, nel *mare magnum* degli studî storico-giuridici relativi al Medio Evo e all'Età Moderna. È, questo, un manuale nel senso proprio del termine: un'opera, cioè, da tener sempre a portata di mano per esser continuamente consultata (manuale in questo senso, arnese raffinato adatto ' per color che sanno ', e non già libro di scuola da mettere in mano ai discenti, che si perderebbero certamente nelle migliaia delle sue pagine come in un labirinto inestricabile; *Handbuch*, insomma, ed eccellente, ma non certamente *Lehrbuch*).

2. Senza addentrarci in un'analisi minuta delle più che duemilacinquecento fittissime pagine di cui stiamo ragionando (ci vorrebb'altro che una semplice recensione!), basterà dar conto dell'indice, o poco più.

Il primo dei due tomi si apre (analogamente al volume sul Medioevo) con una parte (pp. 3-102) dedicata alle Facoltà giuridiche e ai loro programmi d'insegnamento; l'autore — Helmut Coing, l'ideatore e direttore di tutta quest'impresa del *Handbuch* — ricostruisce dapprima i dati fondanti della storia di queste Facoltà (pp. 3-16) (le lotte di religione, la formazione dello Stato, l'Umanesimo, l'Aristotelismo e il Cartesianesimo), per poi analizzare le situazioni giuridiche e di fatto in cui le Facoltà stesse si trovarono (pp. 16-29), le mutazioni delle materie d'insegnamento (pp. 29-47), l'organizzazione dell'insegnamento stesso e degli esami (pp. 47-53), le diverse situazioni nelle singole Nazioni d'Europa (pp. 53-63), e la composizione della studentesca (pp. 63-69); all'esposizione tiene dietro una bibliografia di fonti e letteratura divisa per Università (pp. 69-102).

La seconda parte, curata da Ernst Halthöfer, è dedicata alla letteratura giuridica (di diritto comune e di diritto particolare) d'Italia Francia Spagna e Portogallo (pp. 107-499): vi si discorre di letteratura esegetica e di esposizioni generali di diritto comune (pp. 107-213); di dottrina relativa ai diritti particolari e territoriali (pp. 213-313) con una bibliografia analitica delle fonti disposta secondo i singoli ordinamenti (pp. 247-313); di letteratura monografica (pp. 314-417) con una preziosissima bibliografia delle opere ordinata per materia (pp. 322-417); di *sententiae*, di *lexica* e di *additiones* (pp. 418-430); ed infine è riportato un indice di tutti i giuristi ordinati per nazione (e, all'interno d'ogni nazione, disposti alfabeticamente) con l'indicazione per ognuno dei dati bibliografici essenziali (pp. 431-495), ed un breve ragguaglio di storiografia (pp. 495-499).

La terza parte, dovuta ad Alfred Söllner, studia la stessa letteratura in Germania Austria Paesi Bassi e Svizzera (pp. 501-614) analizzandone i caratteri generali (pp. 501-516), le peculiarità territoriali (pp. 516-524) e studiando poi più da vicino i commentarî e i compendî (pp. 524-572) sia di diritto comune (pp. 524-553) che di diritto particolare (pp. 553-572) (dedicando anche qui larghissimo spazio ai rag-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

guaglî bibliografici [pp. 525-528, 533-546, 547-553, 557-572]) e la letteratura più tipicamente monografica (pp. 573-614; bibliografie alle pp. 574, 575, 576-578, 579-581, 582, 583-614).

La quarta parte, opera di Hans Erich Troje, è dedicata alla letteratura di diritto comune influenzata dall'Umanesimo giuridico (pp. 615-795): dopo alcune pagine introduttive nelle quali si ripropone il gran tema Umanesimo e Giurisprudenza (pp. 615-640), si analizzano le edizioni di testi (pp. 640-671), le opere di critica testuale (pp. 671-689), le monografie (pp. 689-718), gli scritti in materia d'insegnamento (pp. 718-731), le opere di logica giuridica (pp. 731-741), la sistematica giuridica (pp. 741-754), i commentarî (pp. 755-788) e i lessici (pp. 788-795), dando anche qui uno spazio particolarmente largo alle bibliografie (pp. 638-640, 644-645, 652-656, 659-660, 662-664, 666-667, 668-669, 669, 670-671, 681-689, 693-697, 698-699, 701-703, 704-705, 707-709, 711, 712-713, 715-716, 717, 724-730, 738-741, 751-754, 776-784, 787-788, 795).

La quinta parte, di Karl Otto Scherner, tratta della scienza del diritto commerciale, distinguendo, dopo una breve introduzione (pp. 797-798), due periodi: uno « classico » nel quale fiorì una commercialistica più propriamente europea — di ispirazione teologico-morale (pp. 801-826) dapprima e poi più modernamente ' profana ' (pp. 826-866) —, ed uno che vide questa scienza perdere la propria unità estrinseca e farsi più attenta alle situazioni concrete delle singole Nazioni d'Europa (pp. 866-997).

La sesta (ed ultima) parte è dedicata da Christoph Bergfeld alla teologia morale cattolica ed ai suoi molti e profondi legami con le dottrine giusnaturalistiche, attraverso lo studio sia delle *Summae confessorum* (pp. 999-1015) che della Seconda Scolastica spagnola (pp. 1016-1033). Anche in queste due ultime parti è fatto larghissimo spazio alla bibliografia.

Nel secondo tomo vengono studiate la legislazione e la giurisdizione (con un particolare riguardo alle raccolte di *Consilia*). Dapprima si tenta di tracciare — ad opera di Gerhard Immel — una tipologia della legislazione in materia di diritto privato e processuale civile (pp. 3-96), per poi offrire un ragguaglio bibliografico di tutta la legislazione privatistica e processualcivilistica Nazione per Nazione (pp. 97-569): questo enorme *thesaurus* è stato curato per l'Italia da Filippo Ranieri, per la Francia da Barbara Dölemeyer, per la Spagna da Antonio Pérez Martin, per il Portogallo da Johannes-Michael Scholz, per il *Reich* tedesco da Heinrich Gehrke, per l'Austria da Dieter Grimm, per la Boemia e la Moravia da Heinrich Gehrke, per la Svizzera da Christoph Bergfeld, per i Paesi Bassi da Hansjörg Pohlman, per la Scozia da Klaus Luig, per la Scandinavia da Wolfgang Wagner, per la Polonia da Lesław Pauli e per l'Ungheria da Andor Csizmadia.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Segue poi una terza sezione, nella quale un analogo *thesaurus* viene offerto per la legislazione di diritto commerciale (anche qui diviso per Nazioni) e ad opera di un solo studioso: Siegbert Lammel (pp. 571-1083).

La quarta sezione, opera di Knut Wolfgang Nörr, è dedicata alla legislazione ecclesiastica (pp. 1085-1109), con un'ovvia partizione fra la normativa della Chiesa cattolica (pp. 1085-1092) e quella delle Confessioni riformate (pp. 1092-1109).

Segue, poi, la quarta parte dell'intero secondo volume del *Handbuch* dedicata alle raccolte di « giurisprudenza » e di *Consilia* (pp. 1113-1445) divisa anch'essa in sezioni una per Nazione e curate rispettivamente da Mario Ascheri per l'Italia, da Gerhard Walter per la Francia, da Johannes-Michael Scholz per la Spagna, dallo stesso Scholz per il Portogallo, da Heinrich Gehrke per il *Reich*, da Udo Wagner per i Paesi Bassi, da Klaus Luig per la Scozia.

3. Da questi pur sommarissimi accenni il lettore ben capirà le ragioni per le quali non ci addentriamo in discussioni particolari: per ovvî motivi di spazio, anzitutto; e poi perchè l'impianto del lavoro la materia trattata e il modo della trattazione son di tal quantità e fattura, che solo una « utenza » lunga e collettiva (quale certamente questo Manuale è destinato per sua natura ad avere) potrà « collaudarlo » in modo conveniente per consentire poi (ma ai posteri, direi) l'ardua sentenza d'una sua valutazione compiuta e coerente.

4. Semmai, possono esser consentite soltanto alcune considerazioni « a proposito di ».

La prima riguarda, in certo modo, la cronologia. È difficile dire che valore abbia, per il giurista, isolare un periodo che va dal 1500 al 1800: se il termine finale può avere un senso specie per il privatista (si pensi al *Code Napoléon*), quello iniziale non ha per il vero alcun significato apprezzabile: esso rappresenta solamente la recezione del tutto acritica, nel campo della storiografia giuridica, di un criterio di periodizzamento nato nella cosiddetta storia ' generale ' sulla base di criterî lì f o r s e validi ma certo del tutto irrilevanti agli occhi del giurista.

Eppure questa cesura, tanto arbitraria e così poco accettabile se considerata di per sé, acquista tutt'altro valore se la si guarda nel contesto integrale di questo *Handbuch*. Nel quale la storia dell'esperienza giuridica europea medievale e moderna è vista nella sua totale autonomia e non già nella tradizionale ottica falsante dei ' rinascimenti ' delle ' tradizioni ' e delle ' continuità '. Per convincersene basta tener conto del disegno generale dei tre volumi: il primo dedicato al Medioevo (1100-1500) il secondo all'Età Moderna (1500-1800) e il terzo all'Ottocento (o, meglio, al secolo che va dal 1815 al 1914); un disegno

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che mostra lo sforzo — felice e lucidissimo — di riscoprire, entro un àmbito cronologico singolarmente ampio, un complesso di esperienza in se stesso autonomo e conchiuso, il cui « baricentro » non sia da ricercare fuori dei proprî confini « naturali ».

Poste queste premesse, che forse sembrano ma certamente non sono di pura cronologia, è stato agevole (o, per lo meno, non impossibile) riscoprire la perfetta autonomia storica delle strutture portanti dell'esperienza giuridica europea. Questa riscoperta significa il superamento (coerente e definitivo) di quell'ottica tradizionale che non riusciva a liberare la vicenda storica di quest'esperienza da una sorta di « ancillarità » nei confronti d'una tradizione che la travalicava riassorbendola in sè e travisandola; un'ottica che tutto riduceva nei termini eteronomi e riduttivi di « rinascimento », di « recezione », di *usus modernus*. Nella visione che sorregge la trama di questo *Handbuch*, invece, ogni « dualismo » estrinseco è stato accantonato, diritto comune e diritti particolari non appaiono più come termini contrapposti di un sistema faticosamente riducibile ad unità, ma come dati costitutivi d'una medesima esperienza, dei quali ben si può (e si deve) ricostruire insieme l'unica storia; e lo stesso diritto comune — liberato ormai, non solo dalle assurde visioni oltretombali d'un Vinogradoff, ma anche dalle angustie d'un incomprensibile « diritto romano ammodernato » o della riccoboniana « tradizione romanistica » — ritrova in questa più avveduta prospettiva la sua autentica qualifica di fatto di normazione nella contemporaneità viva dell'esperienza giuridica del suo tempo.

Questo spiega perché, per esempio, nel redigere questo *Handbuch*, quando s'è trattato di ricostruire in un quadro unitario la storia della scienza giuridica tra Cinquecento e Settecento, non si è partiti dalle antiche partizioni tra dottrina del *jus commune* e interpretazione degli *jura propria*, ma si è distinto — secondo la ' sostanza ' del discorso dei giuristi — la dottrina privatistica da quella processualistica e da quella commercialistica. Sarebbe interessante, ma non è questa la sede adatta, cercar di cogliere l'itinerario seguendo il quale la nostra storiografia giuridica è riuscita a superare la vecchia ottica delle « tradizioni » e delle « continuità » e a riscoprire nell'autonomo complesso d'esperienza giuridica dell'età medievale e moderna il proprio naturale terreno d'indagine. Possiamo qui far solamente due nomi, quello di Francesco Calasso — quando mise a nudo l'inconsistenza di certi punti di vista, non solo del Vinogradoff o del Riccobono, ma anche del Brugi e del Besta — e quello di Franz Wieacker, che con la sua geniale *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* pose e risolse — lui romanista insigne — il problema di « deromanizzare » la storia dell'esperienza giuridica europea.

5. Un dato ancora vorremmo sottolineare tra quelli che ci sono stati suggeriti dall'esame di questi due tomi: ed è il rinato interesse

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per quello che potremmo chiamare « momento giurisdizionale » dell'esperienza giuridica, che significa non soltanto rinnovata attenzione per il processo e le sue regole, quanto piuttosto riscoperta della funzione giurisdizionale come momento di realizzazione della norma, come « luogo » nel quale la norma stessa (legge scritta, o consuetudinaria, o « diritto giurisprudenziale » che sia) avvivata e illuminata dalla riflessione della *scientia juris*, incide nel vivo dell'esperienza comune e rende la più concreta testimonianza dell'affermata storicità del diritto.

È, questa, una sensibilità che la nostra storiografia giuridica sta mostrando in una misura e con una consapevolezza che sarebbero state impensabili solo una quindicina d'anni fa. In questo *Handbuch*, che pure è ancora ben lungi dall'esser finito, già centinaia di pagine sono *ex professo* dedicate a questa materia. Né si tratta di un caso isolato: basterebbe pensare, tra i lavori comparsi in Italia, agli scritti del Gorla o a taluni contributi recati al Terzo Congresso Internazionale della Società italiana di Storia del Diritto e comparsi poi nei volumi degli « atti » (*La formazione storica del diritto moderno in Europa*, 3 voll., Firenze, 1977). È un'apertura nuova, non solo per la « materia » che consente di riscoprire, ma per le ragioni teoriche e di metodo che la sorreggono: perché non si è certo in presenza di un *revival* di stampo malamente positivistico che pretenda di riaffermare con non dimenticata rozzezza le « ragioni » della cosiddetta « prassi »: è, invece, un lavoro storiografico tecnicamente provvedutissimo, teso a riscoprire in modo conveniente un momento essenziale di questa come di ogni altra esperienza giuridica, un momento che è ormai giunto il tempo di liberare completamente sia dai vani entusiasmi per una malintesa « concretezza » che dal malcelato disprezzo di chi pretenderebbe di ragionare davvero della storia di una esperienza giuridica tutto risolvendo nei soli termini teoretici del puro « pensiero ».

UMBERTO SANTARELLI

Thomas HONSELL, *Die Quotenteilung im Schadensersatzrecht, Historische und dogmatische Grundlagen der Lehre vom Mitverschulden* (Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, Band 28), Ebelsbach (Verlag Rolf Gremer) 1977, VII und 132 Seiten.

Früheren Untersuchungen der Geschichte der Lehre vom Mitverschulden (1) erschien die Einführung der Möglichkeit der Reduktion eines Schadensersatzanspruches wegen des eigenen Verhaltens des

(1) AUMANN, Peter: *Das mitwirkende Verschulden in der neueren juristischen Dogmengeschichte*, Diss. iur. Hamburg 1964; LUIG, Klaus: *Überwiegendes Mitverschulden*, *Ius commune* 2 (1969) 187-238.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Geschädigten als ein gegenüber dem Alles-Oder-Nichts-Prinzip des römischen und des gemeinen Rechts begrüßenswertes Ereignis. Honsell ist hier eher skeptisch. Ihm erscheint die von den deutschen Gerichten auf der Grundlage des § 254 BGB (2) praktizierte « Schadensteilung nach feineren Brüchen rational in keiner Weise mehr nachvollziehbar » (1). Demgegenüber plädiert Honsell für eine anfängliche Schadensbegrenzung durch Verwendung richtiger Zurechnungskriterien an Stelle der heute üblichen prinzipiellen Totalreparation mit nachträglicher Quotelung des Schadens. Er schlägt die Verwendung eines « zurechnungsbezogenen Schadensbegriffs » vor (57). Die gesetzliche Grundlage dafür ist § 254 BGB. Die Quotelung soll daneben nur noch für Notfälle bestehen bleiben.

Diesen Vorschlag untermauert Honsell mit historischen und dogmatischen Argumenten.

Sein historisches Hauptargument ist, daß die ursprüngliche Schadensbegrenzung auf der Grundlage der römischen Quellen während des 19. Jahrhunderts mit befriedigenden Ergebnissen praktiziert worden ist, und daß die Einführung des § 254 BGB nach der Absicht des Gesetzgebers an diesem Zustand nichts ändern sollte und zunächst auch nichts geändert hat. Erst nach 1909 ist das Reichsgericht zur Quotenteilung übergegangen.

Diese Einsicht Honsells, daß man die Praxis einer Quotelung nach Zehnteln und sogar Fünfzehnteln überdenken müsse angesichts des historischen Befundes einer langen Periode gerechter (was der Leser allerdings nicht nachprüfen kann) Judikatur ohne Quotenteilung, verdient Beachtung. So unvermeidbar also einerseits, wie Geschichte und Rechtsvergleichung zu ergeben scheinen (3), für ein entwickeltes Recht die Existenz einer Möglichkeit der Quotelung ist, so sehr ist — ebenfalls auf Grund geschichtlicher Erfahrungen, wie Honsell überzeugend darlegt, — vor einer allzu feinen und damit nur scheinbar gerechten Quotelung zu warnen.

Der historische Teil beginnt mit (erstens) Friedrich Mommsens « Lehre vom Interesse » aus dem Jahre 1855 (4). Mommsen verfocht das Prinzip der Totalreparation. Bei Vorliegen eines schuldhaft herbeigeführten Haftungs*grundes* richtete sich der Haftungs*umfang* allein nach dem « Causalnexus ». Das Problem der Beschränkung des Scha-

(2) § 254 BGB: Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatze sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist.

Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, daß er es unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen mußte, oder daß er es unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung.

(3) Cf. dazu insbes. AUMANN (oben Note 1).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

densersatzanspruchs dem Umfang nach erwies sich dann erst als ein Folgeproblem des Prinzips des Ersatzes aller verursachten Schadensfolgen, also der von Honsell (87) sogenannten « Überbewertung der Kausalfrage ». Deswegen war auch schon Mommsen gezwungen, die absolute Geltung des Kausalnexus hinsichtlich solcher Schäden einzuschränken, die bei gehöriger Sorgfalt von Seiten des Geschädigten hätten vermieden werden können. Die Pandektisten nach Mommsen sprachen dabei von « Unterbrechung des Kausalzusammenhangs » (sc. im Bereiche der haftungsausfüllenden Kausalität) durch das « Mitverschulden » des Geschädigten.

Dazu trat bei Demelius als zweiter Hauptbegriff der Mitverschuldenslehre, insbesondere bei der Frage nach dem Haftungsgrund, das alte gemeinrechtliche Prinzip der Culpa-Kompensation (14).

Der Konstruktion der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs steht Honsell im Grunde fast wohlwollend gegenüber (48). Das eigentliche Übel ist die Culpa-Kompensation. Erst deren schematische Verwendung führte nach Honsell zu der Starrheit der Rechtsfolgen, die die Möglichkeit einer Quotelung den Juristen wünschenswert erscheinen ließ (42).

Was (zweitens) die Gerichte anbelangt, so stellt Honsell fest, daß sie in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts oft ohne besondere Konstruktion zu einer vernünftigen Haftungsbegrenzung kamen (52). Der Schädiger mußte den Schaden nicht ersetzen, der — der Höhe nach — ohne große Gefahr und Mühe vermeidbar gewesen wäre. Diese Praxis lief darauf hinaus, daß der Grundsatz der Totalreparation von den Gerichten nicht besonders ernst genommen wurde (53). So kann Honsell feststellen (58): « ... daß es im vertraglichen Bereich ein Mitverschulden im Ergebnis nicht gibt. Ist festgestellt, daß ein Ergebnis in den Garantiebereich des Sch(ädigers) fällt, kann sich dieser durch den Hinweis auf ein Mitverschulden des G(eschädigten) nicht entlasten. Wohl aber kann der Schaden seiner Natur nach den Risikobereich des Sch(ädigers) transzendieren ». Aber auch für den deliktischen Bereich — wo es insbesondere um Verschulden des Geschädigten ging, das auf den haftungsbegründenden Tatbestand selbst bezogen war — zeigt Honsell an Hand von Gerichtsurteilen aus der Zeit vor 1900, daß im Prinzip das eigene Verschulden keine Funktion hatte (61). Honsell meint, auf das eigene Verschulden des Geschädigten (der vor dem falsch fahrenden Fuhrwerk unvorsichtig die Straße überquert hat; der über eine unbeleuchtete Treppe gestiegen war, ohne sich Licht zu beschaffen) sei es in diesen Urteilen nicht angekommen. Entscheidend sei allein gewesen, ob die konkreten Ereignisse eine Zurechnung des Schadens an den Schädiger (Fahrer des Fuhrwerks, Eigentümer des Hauses) gerechtfertigt hätten.

Honsell zeigt sodann (drittens), daß der § 254 nach der Absicht des Gesetzgebers an dieser Rechtslage nichts ändern sollte. Er war

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nicht als Einführung der Quotelung gedacht, sondern sollte eigentlich nur klarstellen, daß die Feststellung eines überwiegenden Verschuldens nicht mehr die völlige Vernachlässigung des geringeren Verschuldens, sondern vielmehr die « Begrenzung der Zurechnung », die « Schadensbegrenzung » zur Folge haben sollte (75).

So wurde § 254 BGB von der Literatur und in der Rechtsprechung auch zuerst verstanden und angewendet.

Später kam es dann aber zu einer Quotelung bei Problemen im haftungsbegründenden Tatbestand (88). Der tiefere Grund dafür war neben der Unzulänglichkeit der Culpa-Kompensation nach Honsell in erster Linie die Ausweitung der Haftungstatbestände im modernen Recht. Diese Ausweitung ließ in vielen Fällen schon die Frage nach dem Grund der Haftung als so problematisch, als so « schwach » (126) erscheinen, daß man vorsichtshalber, um keinen Fehler zu machen, zu einer Quotelung griff (60, 126). Dazu kam dann noch die zunehmende Erkenntnis der Unmöglichkeit der Begrenzung der haftungsausfüllenden Kausalität mit Hilfe der Figur der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs (95). An Stelle davon versuchte man jetzt, die « Wirksamkeit einzelner Ursachen nach Erfolgsbruchteilen » für eine Quotelung nutzbar zu machen (101).

Dadurch aber wurde, wie Honsell kritisiert, der § 254 BGB aus seiner und seiner Vorläufer Funktion als Mittel der Schadensbegrenzung verdrängt (100). Gegen diese Entwicklung ist Honsells Buch in erster Linie gerichtet. Honsell will den § 254 in seine ursprüngliche Schadensbegrenzungsfunktion wieder einsetzen. Nach seiner These bestimmt das eigene Verschulden den Haftungsumfang von Anfang an und führt nicht zur Quotelung eines « an sich » entstandenen Schadens.

Hat Honsell zunächst gezeigt, daß die Vorgeschichte der heute praktizierten Regelung diese Sicht rechtfertigt, so geht er in einem zweiten mehr dogmatischen Abschnitt seiner Arbeit auf das geltende Recht ein. Auf diesem Felde bedarf es aber zur Rechtfertigung seiner These keiner neuen Theorie. Er beurteilt die Lage vielmehr so, daß die neueste Entwicklung der Theorien über die Zurechnung von Schäden einer Weg eigenschlagen hätte, durch den die Gründe für die erwähnte « Verdrängung » des § 254 weggefallen seien. Daher stehe vom « Standpunkt der modernen Dogmatik » (103) der Wiedereinsetzung des § 254 in seine historischen Funktion (sc. der anfänglichen Begrenzung des zu ersetzenden Schadens) nichts mehr im Wege.

Im einzelnen bedeutet das — erstens —, daß die Zurechnungslehre inzwischen die durch Mommsen begründete scharfe Trennung von Haftungsgrund und Haftungsumfang überwunden hat (103). Dieser Umstand erlaubt die Ersetzung der Quotelung durch die « konkrete begrenzte Zurechnung » (106). Damit ist natürlich das Prinzip der Totalreparation selbst berührt. Ohne diese Frage zu vertiefen, zögert Honsell nicht einzugestehen, daß sein Vorschlag darauf hinauslaufe,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

unter Anwendung eines objektiven Fahrlässigkeitsbegriffes « Verschulden auch für Schadensfolgen » zu fordern (107, 111).

Dazu kommt — zweitens — nach Honsell die wachsende Einsicht in die Unzulänglichkeit abstrakter Theorien für die Lösung von Grenzfällen (107). Deswegen will Honsell an die Stelle der scheinbar naturgesetzlichen Kausalität richterliches Ermessen und wertende Betrachtung setzen.

Die Konsequenz davon ist — drittens — der Vorschlag, die Zurechnungsprobleme durch eine Kombination von Gesichtspunkten zu lösen, für die nicht der Schaden im natürlichen Sinne entscheidend sein soll, sondern der Haftungsbereich der Norm. Das bedeutet auf den § 254 bezogen, daß der Beginn seines Wirkungsbereichs früher anzusetzen ist. Der § 254 tritt danach nicht erst ein als Korrektur, wenn alle nach den Worten des § 249 BGB (« hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre ») nicht mehr zurechenbaren Folgen bereits ausgeschieden sind, sondern er greift schon bei der Feststellung des Schadens selbst Platz. Insofern ist § 254 BGB mit § 287 ZPO verwandt. Die Gerichte haben mit Hilfe des § 254 eine Schadensbegrenzung vorzunehmen, die sich am hypothetischen normalen Verhalten des Geschädigten orientiert (116). Für die so geforderte Schadensbegrenzungspraxis mit Hilfe des § 254 bringt Honsell einige Beispiele aus der Rechtsprechung des BGH bei, die in der Hauptsache unangemessene Dispositionen des Geschädigten betreffen, wie überzogene Reparaturkosten, zu aufwendige Kuren und ähnliches.

Doch geht es Honsell nicht darum, in diesen Fällen eine neue Verwendungsmöglichkeit für einen sonst vielleicht bei Verzicht auf Quotelung überflüssigen § 254 zu schaffen. Der besondere Wert des § 254 für diese Fälle liegt vielmehr darin, daß er die Möglichkeit bietet, auch die « Qualität des Haftungsgrundes » zu berücksichtigen (118). Ja, allein der § 254 gewährleistet, daß « ' der Umfang des zu leistenden Ersatzes ' mit dem rechtlich relevanten Schaden zusammen » fällt (119).

Offen belibt daneben aber zunächst die Frage, was in den Fällen zu geschehen hat, in denen sich eine Reduktion des als Totalreparation Geforderten auch nach Meinung von Honsell allein mit § 254 rechtfertigen ließe.

Soll in diesen Fällen gequotelt werden oder nicht? Zu dieser Frage kommt Honsell im letzten Abschnitt. Und zwar handelt es sich dabei nicht um die Fälle des bis dahin vorwiegend betrachteten « schadenserhöhenden Mitverschuldens » (120), sondern um die Fälle, in denen der Beitrag des Geschädigten den Eintritt der schädigenden Tatsache selbst erst ermöglichte. Beispeil dafür ist der Sturz des unvorsichtigen Mieters auf der schadhaften Haustreppe. Die gemeinrechtliche Lehre mußte dafür eine Haftung entweder verneinen oder bejahen. § 254 eröffnet demgegenüber die Möglichkeit der Quotenteilung. Aus allem

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

von Honsell zusammengetragenen Material ergibt sich jedenfalls kein historisches Argument gegen eine Quotenteilung in einem solchen Falle. Sie ist im Gegenteil, wie insbesondere Aumann gezeigt hat, ein wirklicher Fortschritt. Auch Honsell spricht sich gar nicht gegen die Quotelung in diesen Fällen aus. Er äußert lediglich — unter dem ausdrücklichen Vorbehalt einer ausführlichen Untersuchung — die Vermutung die Quotelung würde von den Gerichten exzessiv gehandhabt (121), indem zu fein, nach Fünfzehnteln, geteilt werde. Sein Hauptbedenken gegen diese Praxis ist, daß es immer noch an einer « prinzipiellen Begründung » für die Schadensteilung fehlt in den Fällen, in denen es um die Haftungsbegründung geht. Das Problem ist, daß bei der prinzipiellen Teilung von Haftungsgrund und Haftungsumfang bei einem einmal verwirklichten Tatbestand eigentlich keine Modifikationen mehr möglich sind. Deswegen hält Honsell alle Prinzipien vom « Verschulden gegen sich selbst » bis zum « Verschulden gegen die Allgemeinheit » für unzulänglich. Er meint, der auf Grund solcher ungeeigneten Prinzipien gegen den Geschädigten erhobene Vorwurf habe einen solchen « Abstraktheitsgrad (erreicht), der förmlich zu einer feineren Quotierung drängte » (124). Diese Überlegung ist einleuchtend: Der dem Geschädigten in vielen Fällen gemachte Vorwurf ist so abstrakt, so unfaßbar, von solcher « Konturlosigkeit » (125), daß die Gerichte einfach irgendwelche Quoten festsetzen müssen. Das hält Honsell mit Recht für unbefriedigend. Er will aber nicht ein neues Prinzip erfinden. Vielmehr konstatiert er die kategoriale Unfaßbarkeit des eigenen Verschuldens und fordert die Offenlegung des wahren Problems, nämlich die « Begründung einer Haftungsmilderung im Einzelfall » (123). Diese aber kann nur in der Billigkeit liegen, welche keine allzu feine Quotelung erfordert, es sei denn als Notlösung im Ausnahmefall.

Damit ist Honsell am Ziel seiner Darstellung. Die mathematische Teilung als Normalfall ist irrational. Honsell hat im Wese historischer und dogmatischer Beweisführung deutlich gemacht, daß § 254 BGB und die ihn vorbereitenden Doktrinen der Pandektisten als Begrenzungsnorm und nicht als Verteilungsnorm gedacht waren, und daß die Funktion dieser Vorschrift auch heute noch mit gutem Grund so gesehen werden kann.

KLAUS LUIG

Morton J. HORWITZ, *The Transformation of American Law, 1780-1860*; Cambridge, Massachusetts, and London, England, Harvard University Press, 1977, pp. XVII-356.

L'insoddisfazione per un approccio puramente, o anche solo prevalentemente formalistico alla storia del diritto è ormai da tempo una situazione culturale — e per alcuni addetti ai lavori si potrebbe quasi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dire un'angoscia o fissazione personale — che travalica i confini nazionali ed i sistemi giuridici, senza far distinzioni fra paesi di codice e paesi di « common law », tormentando egualmente studiosi di diritto pubblico e cultori di diritto privato, aprendo nuovi campi d'indagine e seminando futuri copiosi raccolti non meno che incombenti desolate frustrazioni. « Diritto e società » è più che mai la parola d'ordine, per il giurista storico come per il giurista positivo. In Italia ciò ha significato e significa ancora, fin troppo spesso, nella dottrina come nella storiografia e nella giurisprudenza, poco diritto, molta favola gabellata per storia, e gran dedizione al progresso sociale, possibilmente in formato editoriale tascabile. Ma non tutti, a quest'ultimo proposito, hanno il *flair* del signor Accattatis.

La presente opera di Morton Horwitz, professore di *legal history* alla Harvard Law School, si inserisce nel generale filone del revisionismo antiformalistico, filtrando il meglio che la tradizione anglosassone ha dato — e non da ieri — in questa direzione. È un'opera che si propone fin dall'introduzione come dichiaratamente ideologica; e che riesce ad esserlo sino in fondo, quali che possano essere le eventuali riserve critiche e le obiezioni suscitate nel lettore più attento e rigoroso, senza che il « dichiaratamente » si trasformi mai in « tendenziosamente ». Il risultato è un libro spesso di non agevole lettura, data la programmatica ostinazione dell'autore nel non concedere nulla alla faciloneria deontologica in chiave sociopolitica, per attenersi invece ad una rigorosa analisi tecnico-giuridica costantemente orientata da una grande sensibilità per la natura ed il *modus operandi* delle sollecitazioni e dei condizionamenti extra-giuridici; ma che offre d'altra parte la duplice attrazione dell'interesse proprio della materia e del suo carattere metodologicamente esemplare.

L'impegno assuntosi da Horwitz è quello di indagare il rapporto fra evoluzione del diritto privato e sviluppo economico negli Stati Uniti dai primi tempi dell'indipendenza alla Guerra Civile, cioè fino alla vigilia della rapida, tumultuosa trasformazione della società americana da nazione prevalentemente agricola a maggiore potenza industriale del mondo. I tradizionali grandi problemi di diritto costituzionale, per tanto tempo preminenti nella storiografia giuridica d'oltreoceano, sono volutamente lasciati sullo sfondo in quanto considerati e dimostrati scarsamente rilevanti per gli obiettivi della ricerca. Anche il fatto legislativo in senso stretto resta necessariamente in secondo piano; siamo in paese di « common law » e l'analisi viene così condotta principalmente al livello dell'attività giurisprudenziale e del suo continuo, pervasivo impatto sul diritto positivo. Anche per questa ragione il lettore italiano, per quanto attento ed interessato, sarà destinato probabilmente a trovarsi non di rado un poco a disagio, e forse anche annoiato, di fronte alla minuziosa e pur così necessaria opera di setacciamento di una casistica assai folta.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In sostanza, il carattere essenziale della trasformazione del diritto americano qui studiata è indicato nel passaggio — a diversi livelli di autocoscienza individuale e di gruppo — da una concezione del diritto eminentemente statica, centrata sull'attribuzione a quest'ultimo di un ruolo soprattutto di tutela dei diritti quesiti e di preservazione delle situazioni sociali esistenti, proprie di un contesto socio-economico ancora fondamentalmente agricolo, ad una concezione dinamica, che vede in positivo la legge e la sua applicazione giurisprudenziale come strumento privilegiato di incentivazione e di orientamento in determinate direzioni dello sviluppo economico. E se in un primo tempo questa evoluzione si svolse soprattutto in funzione degli interessi commerciali, con sempre più frequente ed esplicito ricorso da parte dei giudici ad argomentazioni riferite alla « importanza della presente decisione per il carattere commerciale del nostro paese » o alla necessità di adattare la « common law » al « progresso della nostra legislazione commerciale », mano a mano il processo evolutivo in questione andò sempre più spostando l'accento a favore specifico dello sviluppo industriale e delle sue esigenze. Alla base, comunque, vi era sempre un fenomeno di progressiva interiorizzazione da parte di un numero crescente di giudici di una concezione funzionale, piuttosto che meramente dichiaratoria, del diritto, quale parte integrante dei meccanismi di trasformazione della società e dei suoi caratteri dominanti. L'attività giurisprudenziale venne sempre più esplicitamente e nettamente concepita non tanto come ricerca e applicazione di princìpi astratti di legalità e giustizia, quanto come un'attività sociale che doveva assumere a proprio criterio direttivo il principio di opportunità riferito ad una determinata gerarchia, a sua volta non fissa ma in movimento costante, di valori economici da perseguire. Significativo per esempio, a questo proposito, il processo di graduale depotenziamento cui venne sottoposto uno dei cardini del sistema di « common law », vale a dire la rigorosa aderenza ai precedenti. Non si trattò, ovviamente, di un ripudio del principio stesso dello « stare decisis », che continuò a restare alla base, e sia pure con maggiore elasticità, dell'attività giurisprudenziale: ciò che venne a modificarsi, e le conseguenze non furono irrilevanti, fu il criterio di legittimazione del principio, attraverso il quale si esprimeva poi l'esigenza primaria della certezza del diritto. Come osserva Horwitz in una sua pagina illuminante a tale riguardo, per il giurista americano del XVIII secolo il problema della certezza del diritto tramite il rigoroso rispetto dei precedenti era definito essenzialmente in termini politici. Senza leggi « conosciute » e « certe », argomentava nel 1767 il *Chief Justice* del Massachusetts, Hutchinson, « la volontà del giudice diventerebbe legge: e ciò porta ad uno stato di schiavitù », perché i cittadini verrebbero a dipendere « dall'arbitraria opinione di uno di loro ». A partire dagli inizi del XIX secolo, invece, la certezza del diritto cominciò ad essere concepita come un valore

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di somma importanza principalmente nella misura in cui consentiva agli individui una più razionale pianificazione dei loro affari. Ma una volta che il rispetto dei precedenti venne ad essere considerato semplicemente come una fra diverse tecniche finalizzate alla regolarità e prevedibilità delle transazioni fra gli individui, si accrebbe la disponibilità dei giudici a discostarsi dai precedenti stessi qualora ciò fosse utile in nome di nuovi criteri che garantissero migliori possibilità di previsione delle conseguenze giuridiche di un atto. Il principio del rispetto dei precedenti scadeva così a mezzo contingente offerto alle parti per poter meglio calcolare preventivamente i risultati più probabili di una particolare linea di condotta.

Nella ricostruzione di Horwitz, le dottrine e gli indirizzi giuridici via via elaborati e imposti come prevalenti tra la fine del Settecento e la Guerra Civile erano in sostanza diretti a favorire alcune ben specifiche categorie sociali a danno di altre, in funzione della crescita economica. Vi fu cioè un vero e proprio processo di sovvenzione (« subsidization ») dello sviluppo perseguito ed ottenuto attraverso il sistema giuridico anziché mediante un appropriato ricorso alla leva fiscale finalizzata a quel medesimo obiettivo. Gli strumenti giurisprudenziali, dottrinali ed in minor misura direttamente legislativi che diedero vita ed alimento a tale processo furono numerosi e di diversa natura, e sono esaminati e discussi dall'autore con una perspicacia ed una ricchezza di esemplificazione di cui sarebbe impossibile dar conto dettagliatamente in questa sede. Il capitolo chiave è comunque quello sulla « trasformazione del concetto di proprietà », nel quale viene approfonditamente descritto il passaggio da « una concezione agraria statica che garantiva al proprietario il godimento indisturbato dei suoi beni, ad una visione della proprietà più dinamica, strumentale ed astratta, che poneva in primo piano le nuove virtù riconosciute dello sviluppo e della più efficace utilizzazione produttiva ». Un caso tipico in questo senso fu il sempre più schietto e giuridicamente articolato favore concesso agli utilisti a fini industriali dei corsi d'acqua, a scapito dei proprietari dei fondi saltuariamente o periodicamente danneggiati da tali forme di sfruttamento dell'energia idrica (per esempio a causa di inondazioni o, al contrario, di interruzioni del flusso). La nascente industria tessile, in particolare, ottenne così, grazie a questo trattamento privilegiato, una forte incentivazione nel momento critico del suo decollo. Più in generale, la tendenza affermantesi con crescente vigore fu quella di ridurre al minimo i casi di responsabilità per danni causati alla proprietà fondiaria nell'esercizio di attività industriali e commerciali e gli obblighi relativi di risarcimento. Una tendenza di cui, negli ultimi decenni del periodo considerato, trassero enorme giovamento, fra gli altri, le compagnie ferroviarie che stavano rivoluzionando il sistema di comunicazioni continentale e così l'economia di intere vastissime regioni. In altri settori, non era tanto un

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tipo di proprietà o di attività economica ad essere « sussidiata » a spese di un'altra, per esempio quella industriale a danno di quella agricola, quanto la produzione capitalistica su vasta scala organizzata nelle grandi società anonime rispetto a quella parcellizzata del piccolo produttore indipendente. Ancora, furono sempre più numerose le pratiche monopolistiche, fondate su un'antica tradizione di incentivazione di servizi di utilità sociale e incorporate in diritti quesiti per lungo tempo considerati intangibili (si pensi per esempio ai numerosi ponti, canali e strade a pedaggio, costruiti da gruppi privati con la garanzia che l'autorità pubblica non avrebbe consentito iniziative concorrenziali del genere entro un certo raggio), che vennero mano a mano smantellate in nome dei vantaggi derivanti all'intera collettività dalla piena applicazione del principio della libera concorrenza nelle attività economiche. Nel campo del diritto commerciale, infine, vennero spazzati via gli ultimi residui — ma ancora ben vivi e operanti verso la fine del XVIII secolo — della concezione medievale del rispetto dovuto, nelle transazioni fra privati, ad alcuni princìpi di equità derivanti dal diritto naturale, a cominciare da quello del giusto prezzo, per spalancare le porte alla piena libertà di contrattazione sulla base esclusiva del consenso fra le parti in causa.

La lunga, circostanziata analisi di Horwitz non ha comunque carattere meramente descrittivo, ma è invece altamente problematica, con una valenza interpretativa di fondo a più riprese esplicitata. Una questione cruciale ch'egli si pone a un certo punto riguarda il rapporto fra evoluzione giuridica e mutamento economico derivante dal processo di incentivazione dell'economia ad opera del diritto secondo lo schema da lui delineato. Fu questo tipo di incentivazione (« subsidization ») socialmente efficace? Riuscì ad incoraggiare investimenti in settori in cui i benefici sociali superavano i costi sociali, anche se i costi privati erano superiori ai benefici privati? Oppure ebbe la conseguenza di promuovere un eccesso di investimenti in determinati settori tecnologici che poi in realtà non contribuirono in misura adeguata alla formazione del prodotto nazionale lordo (come sarebbe stato per esempio il caso, secondo la nota ma discussa interpretazione di Robert Fogel, delle costruzioni ferroviarie a spron battuto)? L'autore riconosce che in considerazione dell'estrema difficoltà di determinare con accuratezza i benefici indiretti derivanti da un determinato progresso tecnico, qualsiasi conclusione circa l'efficienza sociale dell'incentivazione economica attraverso il sistema giuridico dev'essere accolta solo con grande cautela.

Assai meno contestabile appare invece a Horwitz il fatto che vi fu una scelta consapevole e precisa nel senso di promuovere e orientare la crescita economica, fra l'indipendenza e la Guerra Civile, manovrando il sistema giuridico anziché quello fiscale, una scelta « che ebbe conseguenze di grande rilievo per la distribuzione della ricchezza e

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del potere in seno alla società americana ». Non solo sia il governo federale che quelli dei singoli Stati furono sempre estremamente riluttanti e parsimoniosi nell'incentivare con interventi diretti lo sviluppo produttivo, anche a livello di infrastrutture, ma essi non si servirono mai della leva fiscale per alleviare l'onere finanziario ricadente su quelle categorie che uscivano perdenti dai nuovi indirizzi di politica economica di cui il sistema giudiziario si era fatto così largamente tramite. Quanto ciò fosse dovuto prevalentemente ad un puro e semplice legame di solidarietà di classe fra la maggioranza dei giudici ed i portatori di quegli interessi industriali e finanziari che la loro attività giurisprudenziale tendeva con tanta costanza (almeno nella ricostruzione dell'autore) a privilegiare, oppure piuttosto ad una convinzione più o meno estesa e radicata anche in più vasti settori dell'opinione pubblica che il ricorso alla manovra fiscale non sarebbe stata altrettanto efficace per il pieno e rapido conseguimento degli obiettivi di sviluppo economico perseguiti, Horwitz lascia tutto sommato nel vago. Certo è, secondo lui, che in un'epoca in cui l'imposta fondiaria rappresentava la quota maggiore delle entrate potenziali dello Stato, l'onere dell'incentivazione dello sviluppo economico stimolato attraverso l'imposizione fiscale avrebbe finito con il ricadere quasi esclusivamente sulle componenti più facoltose della comunità. La via seguita attraverso la manovra del « legal system », piuttosto che del « tax system », quali che possano essere le conclusioni eventuali sulla sua maggiore o minore efficacia nell'avvicinarsi a valori ottimali per lo sviluppo produttivo di una economia di mercato, ebbe invece il risultato di accrescere le ineguaglianze esistenti e di riversare una quota sproporzionata degli oneri della crescita economica sui gruppi più deboli e meno organizzati della società americana. È però lo stesso Horwitz ad attenuare subito la drasticità del suo giudizio quando avverte che un attendibile e convincente discorso comparativo sui due sistemi a confronto e sulle conseguenze della loro effettiva o mancata applicazione resta necessariamente molto aleatorio, fino a quando si continui a sapere così poco circa i potenziali effetti redistributivi dei vari sistemi fiscali allora in vigore nei singoli Stati dell'Unione. Del resto, tutto il suo ragionamento di fondo, pur così avvincente e stimolante, si mantiene ad un alto grado di genericità (peraltro probabilmente inevitabile in un'opera come la sua); e ciò sia per quanto riguarda l'esatta individuazione degli « interessi commerciali e imprenditoriali » che beneficiarono della via allo sviluppo così adottata, nonché la natura ed i modi concreti di attuazione della loro alleanza con gli operatori del diritto, sia per quel che concerne, sul versante opposto dell'analisi socio-economica, una più precisa e disaggregata identificazione dei gruppi per così dire perdenti, con le loro reazioni, le loro diverse capacità di resistenza, la loro collocazione politica e ideologica.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nell'ultimo capitolo, l'autore traccia l'affascinante storia dell'ascesa del formalismo giuridico. Verso la metà del secolo, la « trasformazione del diritto americano » che dà il titolo al volume si era in sostanza conclusa. Per i suoi protagonisti e maggiori beneficiari, si trattava ora di ripiegare sulla difensiva, arroccandosi sulle conquiste compiute e rintuzzando i tentativi di contrattacco degli avversari. Gli « interessi commerciali e imprenditoriali » avevano vinto la loro battaglia, ottenendo risultati da considerarsi ormai più che soddisfacenti, grazie ad un accorto uso « politico » della dottrina giuridica e dell'attività giurisprudenziale, che per alcuni decenni cruciali si erano assunte un ruolo legislativo indiretto ma essenziale. L'obiettivo diventava ora quello di congelare la situazione giuridica esistente, proteggendola da ulteriori incursioni della « politica » in quello che veniva alteramente proclamato un asettico mondo del diritto *super partes*.

La legge poteva così cessare di essere vista e applicata come un malleabile strumento per il soddisfacimento dei loro desideri ed interessi, e diventare invece un sistema fisso e inesorabile di regole razionalmente deducibili. La funzione sostanzialmente legislativa dell'attività giurisprudenziale andava ricacciata nell'ombra e il diritto doveva acquisire l'intangibilità che gli derivava dall'essere per sua natura e definizione al di sopra degli interessi politici ed economici. Solo così si sarebbe potuto evitare che in avvenire l'uso politico della legge potesse venir ripreso dalle forze e dagli interessi antagonistici in funzione tendenzialmente redistributrice del potere e della ricchezza, ritorcendosi contro i vincitori di oggi. I due decenni che precedettero la Guerra Civile rappresentarono perciò, conclude Horwitz, « un tentativo di neutralizzare l'uso scopertamente politico del diritto e di stabilire un sistema di pensiero giuridico che distinguesse nettamente fra diritto e politica. Ciò che finì con l'essere patentato come puramente ' giuridico ' consistette, naturalmente, in quelle norme che erano state stabilite nel corso del mezzo secolo precedente al fine di realizzare un regime di mercato: principalmente, nuove norme sui contratti, sulla proprietà, sui rapporti commerciali, ormai del tutto esorcizzate dalle precedenti dottrine protettive o paternalistiche e riplasmate per servire gli interessi dei ricchi e dei potenti ».

Che l'intera vicenda narrata con tanta competenza e partecipazione da Horwitz si sia svolta secondo contrapposizioni d'interessi e intenti programmatici così coerenti e ben definiti come appare dall'insieme della sua ricostruzione, può lasciar adito a qualche dubbio. La sua, comunque, resta certamente un'opera la cui importanza e il cui interesse duraturo travalicano di gran lunga la sola storia giuridica.

ALBERTO AQUARONE

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Diethelm KLIPPEL, *Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts*, Paderborn 1976 (= Rechts- und Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft, Neue Folge Heft 23), 244 s.

Die vorliegende Untersuchung ist, um es vorweg zu sagen, eine besonders originelle und neue Einsichten vermittelnde Arbeit zur Entwicklung des deutschen Naturrechts im späten 18. Jahrhundert. Ihre Originalität liegt darin, daß sie eine bislang fast vergessene Gattung von Naturrechtssystemen oder -entwürfen (etwa von 1780 bis 1800) ans Licht hebt und ihre philosophie- und rechtsgeschichtliche Bedeutung sowie ihren Charakter als liberale bürgerliche Staatstheorie, in der Jakobiner und Konservative ihren Platz fanden, bewußt macht. Tatsächlich ist « Immanuel Kants entscheidender Anteil an der Zerstörung des unkritischen älteren Naturrechts » (Wieacker) öfter als Abbruch der gesamten Naturrechtstradition mißverstanden worden. In Wirklichkeit haben Kants methodischer Neuansatz und die Französische Revolution eine neue Welle von Naturrechtssystemen hervorgebracht, die sich gerade in ihrem Freiheitsverständnis von der älteren Tradition absetzten. Doch sind diese Werke dem kulturellen Bewußtsein nicht mehr gegenwärtig und dementsprechend steht auch ihre Erforschung erst am Anfang (1). Die Konzentration der Philosophiegeschichte auf die Gipfelwanderung von Kant über Fichte zu Hegel und die Absorption der Rechtsgeschichte durch die Kodifikationen des späten 18. Jahrhunderts und durch die Historische Schule mögen die Gründe dafür sein.

Die von Klippel sorgfältig dokumentierten und analysierten Autoren (insbes. J.H. Abicht, K.F. Bahrdt, J.A. Bergk, Chr. U.D. Frhr. v. Eggers, L.F. Fredersdorff, K.H. Heydenreich, J. Chr. Hoffbauer, G. Hufeland, L.H. Jakob, E.F. Klein, J.P.A. Leisler, J.F. v. Pfeiffer, J.H. Reischel, K.G. Rössig, J.Ch.G. Schaumann, H.G. Scheidemantel, J.A. Schlettwein, A.L. Schlözer, Th. v. Schmalz, W.G. Tafinger und andere) sind, vereinfacht gesagt, meist Kantianer, stehen überwiegend der Französischen Revolution erst positiv und dann mehr oder weniger ablehnend gegenüber und sie vertreten Forderungen des politischen und wirtschaftlichen Frühliberalismus. Ihre Schriften spiegeln die bewegenden Debatten der Zeit und sie sind der « Umschlagplatz französischer und englischer liberaler politischer Theorie in Deutschland » (183). Offen oder versteckt werden Gewaltenteilung, Trennung von

(1) Bedeutsame Ausnahmen sind die Arbeiten von ANTONIO NEGRI: *Alle origini del formalismo giuridico. Studio sul problema della forma in Kant e nei giuristi kantiani tra il 1789 e il 1802*, Padova 1962 sowie die anderes Material verwertende von JÜRGEN SCHLUMBOHM: *Freiheit. Die Anfänge der bürgerlichen Emanzipationsbewegung in Deutschland im Spiegel ihres Leitwortes* (ca. 1760 - ca. 1800), Düsseldorf 1975.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Staat und Gesellschaft sowie Garantien für die « unveräußerlichen » Menschenrechte verlangt. Freilich bereitet sich auch durch die Differenzierung zwischen bürgerlicher und politischer Freiheit der Verzicht auf letztere vor, schon sehr bald werden die enthusiastischen Positionen zurückgenommen und es schlägt der kritische Veränderungsanspruch gegenüber geltendem Recht und politischen Zuständen in Resignation und Verinnerlichung des Freiheitsbegriffes um. An Stelle von Freiheit tritt « wahre (innere) Freiheit ». Die gesamte Literaturgattung reagiert sensibel auf die politischen Ereignisse, verarbeitet sie auf einer scheinbar abstrakten Ebene und hat insofern hohen Quellenwert für die Entwicklung der politischen Theorie, für die Ausgangsbedingungen der aus diesen Wurzeln erwachsenden Disziplinen « Allgemeine Staatslehre » und « Rechtsphilosophie » und für die philosophischen Prämissen der Historischen Schule.

Der Autor orientiert seine begriffsgeschichtliche Untersuchung an dem zentralen « Leitwort » der *Freiheit*, da sich vermutlich gerade an ihm Positionsbestimmungen der naturrechtlichen Theorie zur politischen Praxis des Absolutismus und seinen « despotischen » oder « aufgeklärten » Erscheinungsformen vornehmen lassen. Sicherlich ist dies ein Modewort der beiden letzten Jahrzehnte des 18. Jahrhunderts und es ist auch ein Leitwort aus *unserer* Perspektive, die wiederum von einem anderen politischen Kontext bestimmt wird. Für die Zeit *vor* 1780 ist aber nicht Freiheit, sondern wohl « Glückseligkeit » zentral, und geht man noch weiter zurück, so finden sich andere « Leitworte », in denen sich das Selbstverständnis einer Epoche konzentriert. Dies ist kein Einwand gegen die vorliegende Arbeit. Es soll lediglich bewußt bleiben, daß « Freiheit » auch für den relativ überschaubaren Zeitraum des 18. Jahrhunderts nicht als feste heuristische Kategorie an das geschichtliche Material herangetragen werden kann.

Klippel setzt ein mit der Erörterung der libertas naturalis des Naturzustandes im « älteren » Naturrecht (Bodin, Grotius, Pufendorf, Wolff u.a.). Daß die libertas naturalis nicht *gegen* die staatliche Gewalt, sondern zu ihrer theoretischen Fundierung und Legitimierung eingesetzt wurde, betont Klippel im Einklang mit der bisherigen Tradition. Der Gesellschaftsvertrag hat hier keinen primär emanzipativen Charakter und wird auch nicht im Interesse eines wirtschaftlich aufsteigenden Bürgertums eingesetzt. Er dient der Eliminierung der *theologischen* Begründung der Herrschaft, aber keineswegs der Relativierung und individualistischen Begrenzung von Herrschaft überhaupt.

Dies ist im Prinzip richtig, verdeckt aber gleichzeitig die tendenziell « modernen » Züge des älteren Naturrechts. Sie bestehen in dessen Ausrichtung auf « Gleichheit », die letztlich auf Einebnung der mittelalterlich-personalen Beziehungen in einen einheitlichen territorialen Untertanenverband zielte und innerhalb dieses Verbandes ständische Privilegien und Freiheiten legitimationsbedürftig und damit kritik-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

anfällig machte. Daneben konnte ein more geometrico errichtetes System allein durch die Möglichkeit des Vergleichs die Funktion eines Korrektivs gegenüber dem geltenden Recht gewinnen und als Ordnungsschema für neue Rechtsmassen (z.B. Polizeirecht) dienen. Schließlich und insbesondere hat die Vertragskonstruktion als Grundlage der Herrschaft ein Doppelantlitz: die mit dem rationalen Vertrag notwendig verbundene Entzauberung der Herrschaft trägt bereits den Keim zu deren künftiger Zerstörung in sich. Die nun mögliche Diskussion von Vertragsinhalten mußte irgendwann auch zur Diskussion von Vertragsverletzungen des Herrschers führen. Es hat deshalb viel für sich, wenn man, wie etwa Marcel Thomann bei Christian Wolff, diese in die Zukunft weisenden Elemente betont und damit die traditionelle Vorstellung (« So beschönigte und begründete das Naturrecht in seiner alten Gestalt den Despotismus... » J. Chr. G. Schaumann, 1796) korrigiert (2). Die Autoren um 1800, die älteres Naturrecht und « Despotismus » identifizierten, verdrängten hier wohl auch, wieviel an Kritikpotential sie selbst und ihre eigenen Systeme den Autoren von Pufendorf bis Wolff verdankten.

Die Feststellung, die ältere Naturrechtslehre habe den Absolutismus legitimiert, besagt im Grunde wenig und sie ist, wenn sie als Vorwurf verstanden wird (nicht von Klippel!), unhistorisch und töricht. Denn es ist zu fragen, ob speziell in der deutschen Situation nach 1648 — die konfessionellen Differenzen bestanden fort, die Territorien waren ökonomisch erschöpft, ein wirtschaftlich und politisch selbstbewußtes Bürgertum existierte nicht, die Zersplitterung der Herrschaft war groß und die Zentralgewalt vollends entmachtet — nicht die Option für eine starke, rational begründete Zentralgewalt einzig realistisch und vor dem Horizont der Zeit « fortschrittlich » war. Bodin, Grotius und Hobbes hatten für diese Option bereits alle Argumente zusammengetragen.

Weil « Friede », « Ordnung » und « Vernunft » die erste Rangstelle auf der Wertskala des 17. und frühen 18. Jahrhunderts einnahmen, muß auch die Suche nach Entwicklungsansätzen von « Menschenrechten » (3. Kapitel) sich mit relativ geringen Ergebnissen begnügen; denn man sucht etwas, was nicht *primär* in den Intentionen der führenden Autoren lag. Klippel hebt mit Recht hervor, daß die sog. iura connata nicht als antistaatlich gewendete Grundrechtskataloge, nicht als Ausgrenzungen staatlicher Macht verstanden und entwickelt wurden, sondern ganz im Gegenteil: indem ihre Aufhebbarkeit demonstriert wurde, konnte Ungleichheit erklärt, Eigentum begründet und die Untertanenstellung des Individuums im Einklang mit der Staatspraxis gedeutet werden.

---

(2) M. THOMANN, CHRISTIAN WOLFF, in: *M. Stolleis* (Hrsg.), *Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert*, Frankfurt (Metzner) 1977, 248-271; vgl. auch H.M. BACHMANN, *Die naturrechtliche Staatslehre Christian Wolffs*, Berlin 1977.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Die von Klippel genannten Gegenbeispiele, die in die Richtung moderner Menschenrechtsgarantien argumentieren (G.F. Meier, J. Chr. Claproth, J.J. Schmauss und der interessante Thomasius-Schüler Ephraim Gerhard), blieben am Rande der Debatte. Sie gewannen erst dann Gewicht, als sich in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts eine Verschiebung des Interesses von der libertas naturalis auf die libertas civilis vollzogen hatte. Bürgerliche Freiheit erschien nun als Restbestand natürlicher Freiheit im Staate. Sie konnte sich zunächst nur dort entfalten, wo nicht die salus publica (ratio status) den Raum besetzt hielt. Sie blieb residuum, ungestörter Winkel von Privatbesitz und Privatleben, aus dem heraus an politische Mitwirkung noch nicht gedacht werden konnte. Wie groß dieser Winkel war, wurde von oben nach Grundsätzen der « Glückseligkeit » entschieden, d.h. im ökonomischen Bereich vergrößerte er sich zunehmend, deutlich langsamer dann im Bereich der Religions- und Meinungsfreiheit, und er blieb gleichmäßig klein, was den Bereich der « staatsbürgerlichen » politischen Mitwirkung anging. Natürlich zog die Öffnung des Bewegungsspielraums auf der ökonomischen Seite, wie Klippel überzeugend darstellt, eine Art bürgerliches « Gefährdungsbewußtsein » für andere zentrale Menschenrechtsbereiche nach sich und weckte schließlich auch Hoffnungen auf politische Mitwirkung. In gleichem Maße wurde der Satz « princeps legibus solutus » und die einseitige Befugnis des Regenten, den Staatszweck zu konkretisieren, suspekt.

Bis hierher haben sich zwei, im einzelnen schwer voneinander zu trennende Gruppen von Naturrechtlern gezeigt. Zunächst diejenigen, die im Zeitalter der Glaubenskriege und danach eine überkonfessionelle rationale Begründung einer starken Herrschaft suchen und nach außen den Umgang der entstehenden souveränen Territorialstaaten verrechtlichen wollen (ius belli ac pacis). Sodann die Vertreter des aufgeklärten Absolutismus, die zwar weiter in der aristotelischen Tradition der Staatszwecklehre stehen und die Zwangsbeglückung von oben als notwendig ansehen, die gleichzeitig aber auch durch Mahnungen zur Selbstbeschränkung des Herrschers, durch Unantastbarkeitserklärungen für das « forum internum » und durch individualistische Interpretationen der libertas civilis einen neuen Kurs zu steuern suchen (etwa Achenwall, Justi, Scheidemantel und Höpfner).

In der zweiten Hälfte des Buches (Kap. 5-8) wendet sich Klippel nun jenen Autoren zu, die unter dem Einfluß der doppelten Revolution — der kantischen und der französischen — aus dem überkommenen Instrumentarium des Naturrechts (status naturae, libertas naturalis/civilis, salus publica, iura connata) nach und nach die Grundbausteine des Rechts- und Verfassungsstaats entwickelt haben. Die jederzeit einschränkbare libertas naturalis weitete sich zur prinzipiell umfassenden « Freyheit »; Menschenrechtskataloge entstanden in Anlehnung an das amerikanische und französische Vorbild und die

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« unveräußerlichen » Rechte trennten sich von den « veräußerlichen »; der Staatszweck der « Glückseligkeit » wurde gegen den Schutz von Freiheit und Eigentum ausgetauscht; die ältere societas civilis (Staat i.S.v. Gemeinwesen) reduzierte sich nun zu der vom Staat getrennten *Gesellschaft*, die, wenn auch noch politisch passiv, doch ökonomisch eigenen Gesetzen zu folgen suchte. Die umfassende « Freyheit » konnte nun mit dem Pathos des Menschenrechts gegen die ständischen « Freiheiten » ausgespielt werden. Allerdings fanden auch gerade hier ständig Austausch und Vermischungen statt. Indem dieses Naturrecht der Spätphase, methodisch an Kant ausgerichtet, praktisch-politische Konsequenzen nicht scheute, erzielte es einerseits praktische Erfolge (gewisse Einflußnahmen auf das ALR, Argumentationshilfe bei der Bauernbefreiung), setzte sich aber andererseits auch unter Erfolgszwang und geriet, als der durchschlagende Erfolg ausblieb, in den Strudel der Resignation.

Klippel geht den Versuchen, den Freiheitsbereich vor staatlichen Eingriffen zu schutzen, aus dem Untertan den rechtlich gesicherten *Bürger* (vielleicht sogar den abstimmungsberechtigten *Staatsbürger*) zu machen, sorgsam und differenziert nach. Er korrigiert überzeugend die Vorstellung, « das » Naturrecht habe durch Kant den Todesstoß erhalten und eine eigentlich liberale politische Theorie habe es vor der Verfassungsbewegung des frühen 19. Jahrhunderts nicht gegeben. Schließlich lassen sich Vorbehalte der Historischen Schule und des späteren Positivismus gegen « philosophierende Juristen » erst deuten, wenn man mit Hilfe solche Buches erfahren hat, gegen welche Gruppe von Autoren sich solche Vorbehalte richteten.

MICHAEL STOLLEIS

Rechtsgeschichte und quantitative Geschichte, Arbeitsberichte Hrsg. von Filippo RANIERI, Frankfurt am Main 1977, pp. 153 (= Ius Commune, Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main, Sonderhefte, 7).

L'applicazione delle moderne tecniche di analisi quantitativa alle scienze umane e alla ricerca storica diviene di anno in anno più intensa e generale. Il ricorso al calcolatore, che ordina i dati e ne ricava una messe di informazioni ulteriori, permette di compiere in modo quasi istantaneo operazioni che richiederebbero altrimenti mesi ed anni di lavoro. La storia del diritto, con la straordinaria ricchezza delle sue fonti, non poteva restare estranea ad un indirizzo sicuramente destinato a rinnovare in profondità molti fronti della ricerca storica, e ad aprirne di nuovi. Una serie di iniziative sta fiorendo in questi anni, nelle direzioni più diverse; ma le informazioni sono — proprio in un campo che all'informazione è anzitutto destinato — sovente

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scarse, col risultato di impedire che le esperienze e gli errori degli uni siano conosciuti e messi a frutto dagli altri.

Particolarmente opportuna è pertanto la pubblicazione — da parte di quell'operoso laboratorio di storia giuridica, finora unico nel suo genere, che è il Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte di Francoforte sul Meno, fondato e diretto dal prof. Helmut Coing — di un volume ove problemi di metodo e informazioni sulle ricerche quantitative e sulle applicazioni dell'elaboratore alla storia del diritto vengono efficacemente presentati e discussi.

Quattro saggi di diverso taglio compongono il volume, del quale è curatore il dott. Filippo Ranieri, collaboratore scientifico dell'Istituto di Francoforte (1).

I primi due saggi affrontano i problemi di metodo relativi all'analisi di due vastissime serie di documenti giudiziari della massima rilevanza storica e promananti, rispettivamente, dal Tribunale camerale dell'impero germanico e dal Parlamento di Parigi.

L'archivio del Reichskammergericht, al momento del suo scioglimento nel 1806, era ricco di non meno di 80.000 atti giudiziari, relativi all'attività del tribunale durante oltre tre secoli. I dossiers si trovano oggi dispersi in ben 50 archivi tedeschi. Una parte non piccola dei documenti, per un totale di circa 25.000 atti, venne tuttavia regestata nel corso dell'ultimo secolo, ed i regesti furono in larga misura pubblicati. Filippo Ranieri (*Versuch einer quantitativen Strukturanalyse des deutschen Rechtsleben im 16.-18. Jahrhundert anhand einer statistischen Untersuchung der Judikatur des Reichskammergerichts*, pp. 1-22) espone i criteri per i quali ha ritenuto conveniente ricostruire, in un vasto schedario disposto in ordine cronologico generale, l'archivio del Tribunale camerale quale risulta dai moderni regesti editi ed inediti, che sono più significativi, ai fini di un'elaborazione quantitativa, di altre serie di fonti dello stesso Tribunale (raccolte di decisioni, registri di sentenze). Un primo esempio dei risultati cui l'indagine statistica può condurre è tratto dall'esame di una parte dei 9.000 regesti degli atti conservati a Münster e a Coblenza. Ne risultano chiare tabelle sulle variazioni nel numero delle cause introdotte all'esame del Reichskammergericht, nonché nel peso relativo delle diverse materie controverse — diritto pubblico e feudale, obbligazioni, diritti reali, ecc. — nell'arco di tre secoli, dal 1494-99 al 1790-99. Variazioni che solo l'indagine quantitativa può rivelare con sicurezza, e che lo storico è, naturalmente, tenuto a spiegare, o quanto meno a valutare, alla luce di altri aspetti della realtà coeva.

---

(1) Dello stesso Filippo Ranieri si legga una precisa rassegna critica della letteratura storico-giuridica ispirata al metodo quantitativo: *Rechtsgeschichte und quantitative Geschichte*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 44 (1977), pp. 333-363.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Più arduo si presenta il compito di conoscere l'importantissima attività giurisprudenziale del Parlamento di Parigi: non soccorrono infatti regesti per l'imponente massa degli atti, conservati in 9.810 registri per il civile e in 1.399 registri per il penale, oltre a un numero quasi pari di cartelle contenenti le minute (serie X^1 e X^2 delle Archives Nationales); solo per le poche decisioni più antiche (1254-1318) si dispone della edizione ottocentesca del Beugnot. Alla testa di un'equipe istituita fin dal 1953, Pierre-Clément Timbal espone sinteticamente nel secondo saggio (*L'exploitation des archives du Parlement de Paris: une méthode et ses résultats*, pp. 23-25) i criteri seguiti nell'analisi dei registri. Una scheda di spoglio molto analitica viene predisposta per ogni decisione: nomi, parole chiave tratte dalla terminologia giuridica anche moderna, regesti separati per esporre la decisione ed il tenore dell'argomentazione delle parti. Non è prevista la trascrizione integrale se non per talune serie specifiche di decisioni; è invece in corso, accanto alla redazione delle schede manuali, quella di schede destinate all'elaboratore (2). Delle due categorie di schede, nonché del *thesaurus* di 1.200 parole chiave, viene riprodotto un modello.

I presupposti tecnici del lavoro dell'elaboratore, le sue possibili applicazioni sul terreno della storia del diritto formano l'oggetto dell'informatissimo saggio di Gero Dolezalek (*Computer und Rechtsgeschichte, Einführung und Literaturüberblick*, pp. 36-116), che costituisce la parte principale del volume.

I pregiudizi degli storici nei confronti dell'elaboratore, quantunque (nota spiritosamente l'autore) espressi per lo più solo verbalmente, sono duri a scomparire: essi nascono sempre da un'errata informazione sui limiti, che naturalmente esistono e vanno previamente valutati, sui vantaggi, sui costi (pp. 36-39). La tecnica di funzionamento deve essere nota, nei suoi principi di base, all'utente dell'elaboratore, ed è descritta in poche, chiare pagine in termini accessibili anche al profano (pp. 40-55).

Ma soprattutto importa che lo storico del diritto si renda familiari gli usi ai quali l'elaboratore può venire utilmente impiegato sul terreno della ricerca. Sono usi molteplici: l'individuazione immediata di qualsiasi parola o locuzione in una fonte previamente memorizzata, anche per ricerche sulla paternità di un testo (pp. 59-65); la redazione di bibliografie o di cataloghi di opere o di manoscritti, con l'approntamento automatico di ogni sorta di indici (dei nomi, delle materie,

(2) Sui problemi metodologici affrontati in occasione dell'applicazione del calcolatore all'analisi della giurisprudenza del Parlamento di Parigi si vedano i saggi di Françoise Autrand (pp. 119-120), Josette Metman e Bernadette Auzary (pp. 361-377), Monique Langlois (pp. 381-392) nel volume *Informatique et histoire médiévale* pubblicato a cura di Lucie Fossier, André Vauchez e Cinzio Violante, Roma 1977 (= Collection de l'Ecole Française de Rome, 31), volume che per molti aspetti si segnala all'attenzione dello storico del diritto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

degli incipit, e altri) nell'ordine alfabetico o cronologico (pp. 65-70); la formazione di indici speciali, relativi a grandi serie documentarie (pp. 68-71); l'elaborazione quantitativa o statistica, in tutte le possibili combinazioni, di migliaia di dati, la conta « manuale » dei quali richiederebbe tempi e fatiche enormi, laddove il calcolatore è in grado di compiere all'istante ogni operazione (pp. 71-75); lo studio delle varianti testuali, la redazione degli stemmi dei manoscritti e l'opera di collazione e di edizione, specie in presenza di una tradizione testuale molto ricca (pp. 75-78); la possibilità di simulare eventi e di costruire modelli di avvenimenti storici (pp. 78-80); la formazione, infine, di banche dei dati di grandi proporzioni, provviste o meno di indici plurimi stampati automaticamente, ma in ogni caso atte a fornire nello spazio di qualche secondo ogni informazione, o combinazione di informazioni, relativa ai dati raccolti (basti rammentare, per l'Italia, la memorizzazione delle massime della Cassazione, o la banca dei dati bibliografici dell'Istituto per la documentazione giuridica del CNR di Firenze) (pp. 80-88).

Per ciascuno di questi settori, ove la tecnica del computer può essere utilmente applicata, l'autore fa cenno dei problemi metodologici, spesso delicati, che il ricercatore deve affrontare, richiamando via via la ormai abbondante letteratura specializzata concernente le scienze umane e storiche, ed enumerando in particolare, in modo pressoché completo, le iniziative di ricerca che gli storici del diritto hanno avviato con l'ausilio dell'informatica, in Europa come in URSS, negli Stati Uniti come in Africa e nell'America latina. Ne risulta un panorama aggiornato di problemi, di informazioni bibliografiche e di notizie, di grande utilità.

Quale esempio concreto di un'iniziativa di ricerca compiuta con l'ausilio dell'elaboratore, Dolezalek ha riportato, al termine del suo saggio, il programma FORTRAN per la catalogazione dei manoscritti medievali (pp. 89-116): si tratta di una versione riveduta — destinata alla catalogazione, mediante elaboratore, dei manoscritti di diritto canonico, in corso presso l'Institute of Medieval Canon Law di Berkeley, California, diretto da Stephan Kuttner — del programma che sta alla base del *Verzechnis der Handschriften zum römischen Recht bis 1600* pubblicato dallo stesso G. Dolezalek in quattro volumi nel 1972, ormai divenuto strumento indispensabile di lavoro (3).

Chiude la raccolta un saggio di DeLloyd J. Guth (*How Legal History survives Constitutional History's Demise: the Anglo-American Traditions*, pp. 117-153), che offre una stimolante valutazione critica della storiografia giuridica inglese ed americana recente e meno recente, con particolare riguardo alla storia costituzionale. Da Hallam

(3) Sui criteri metodologici seguiti nell'elaborazione informatica del materiale accolto nel *Verzeichnis*, cf. G. DOLEZALEK, *Computers and Medieval Manuscripts of Roman Law*, in *Bulletin of Medieval Canon Law*, 4 (1974), pp. 79-85.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a Stubbs, da Adams a Taswell-Langmead, la storiografia costituzionalistica dell'Ottocento è caratterizzata da concezioni organicistiche (la « continuità », la « lotta », la « crescita » della costituzione, considerata come un organismo vivente), centralistiche, astratte ed eroicocentriche: solo i grandi nomi, i grandi fatti sembrano degni dell'attenzione dello storico (pp. 123-134). Un primo rinnovamento salutare è venuto con il poderoso impulso dato dal Maitland e dai suoi allievi alla ricostruzione del diritto medievale inglese, anche attraverso l'opera meritoria di edizioni di testi antichi, compiuta sotto l'egida della Selden Society: sebbene il metodo di pubblicare raccolte di « selected cases », spesso senza precisare i criteri della selezione (né dunque i caratteri dell'insieme dal quale si estraggono i testi) possa venir criticato (p. 135). Una marcata attenzione per le vicende amministrative « minori », per la fiscalità, per la vita giudiziaria locale caratterizza le grandi opere di Thomas F. Tout negli anni venti e di James Field Willard negli anni quaranta. Per gli anni più recenti, i cui risultati storiografici sono analizzati in modo rapido ma penetrante, Guth ritiene esemplare l'opera di James William Hurst, che meglio di ogni altro è riuscito, nei suoi lavori di storia giuridica americana dell'Ottocento, a mettere in luce il rapporto tra diritto e società, colto nel concreto della vita giudiziaria, dell'attività economica, dei rapporti tra i privati e tra questi e il potere pubblico (pp. 142-148). Guth ritiene che solo l'esame congiunto della « struttura », delle « funzioni » e degli « strumenti », cioè degli agenti sociali, consenta una valida e piena ricostruzione storico-giuridica (pp. 150-153).

Come risulterà chiaro da quanto precede, i quattro saggi raccolti nel volume, nati da specifici, distinti interessi, si muovono su linee molto diverse. L'elemento comune è costituito dall'attenzione rivolta agli specifici problemi della storia quantitativa, rispetto ai quali la tecnica del calcolatore offre un ausilio potente: non solo per la straordinaria rapidità nell'elaborazione dei dati e per l'assoluta assenza di errori (solo che i dati siano stati correttamente immessi), ma per la possibilità di inserire nel tempo nuovi dati, correzioni, integrazioni, ottenendo ogni volta dal calcolatore i risultati di insieme aggiornati all'ultimo dato inserito, via via tradotti in stampa se lo si desidera.

L'esistenza di uno strumento così efficace comporta rischi che la tecnica manuale tradizionale non conosceva: il « buon senso » con il quale il ricercatore sceglie ed elabora i dati è sconosciuto alla macchina. Un errore di impostazione si sconta assai più duramente: può condurre diritto a risultati aberranti. D'onde una conclusione essenziale: il ricorso all'elaboratore, se risparmia al ricercatore la fatica di grado deteriore, gli impone invece uno sforzo intellettuale superiore, che deve mirare a porre alle fonti le domande realmente rilevanti e a mettere a fuoco con assoluta precisione i problemi di metodo che condizionano inesorabilmente l'elaborazione dei dati. Lo storico deve,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in altre parole, fare ricorso a tutta la propria intelligenza perché il calcolatore, per quanto straordinariamente efficiente, di intelligenza è privo.

ANTONIO PADOA SCHIOPPA

G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna.* I. *Assolutismo e codificazione del diritto,* Bologna, Il Mulino, 1976, pp. 651.

Con questo nuovo titolo Tarello ha ripubblicato, ora in veste definitiva, il suo precedente scritto *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII,* Genova 1971 (altra edizione ampliata: Genova 1973) e in esso ha rifuso e utilizzato anche alcuni suoi articoli già apparsi nel corso degli anni nei *Materiali per una storia della cultura giuridica* dei quali è il direttore e soprattutto l'animatore.

Da un rapido confronto risulta che al cap. I, *Introduzione,* dove si tratta della codificazione moderna, della codificazione del diritto privato e della codificazione costituzionale, del superamento del particolarismo giuridico, del rapporto tra semplificazione del diritto e codificazione borghese, è stato aggiunto un n. 6, dedicato a *Codificazione, giurisdizione e procedure*; che il cap. II, *Le organizzazioni giuridiche europee agli inizi del secolo XVII,* ripropone quello della stesura del 1971, ampliandolo e integrandolo e soprattutto dandogli una diversa e più valida organizzazione interna — il discorso generale sulla politica accentratrice dell'assolutismo e quello su « lex » e « interpretatio » precede ora l'analisi della situazione francese, tedesca e italiana anziché seguirla; il cap. III resta dedicato come in precedenza a *Tre indirizzi dottrinali influenti sulla codificazione,* cioè ai filoni culturali che fanno capo, rispettivamente, a Pufendorf e Thomasius, a Leibniz e Wolff, a Domat e Pothier; il cap. IV ripropone i *Tentativi e progetti di « codificazione » nella prima metà del secolo XVIII,* il cap. V la questione dei rapporti tra *Sovrani illuminati e codificazione. La politica del diritto di Federico II e Maria Teresa* e il cap. VI resta dedicato a *Le origini francesi dell'illuminismo giuridico. Montesquieu e Voltaire.* Tutto nuovo, rispetto alle stesure del 1971 e del 1973, il cap. VII, *Sviluppi dell'illuminismo giuspolitico nella seconda metà del secolo XVIII,* dove si tratta di Rousseau, dell'*Encyclopédie,* dello scientismo e dell'utilitarismo, di Morelly e di Mably, della fisiocrazia, dell'illuminismo nell'area germanica e austriaca e poi di quello italiano; altrettanto nuovo — ma v. i *Materiali* VII (Bologna 1977) — è il cap. VIII, *L'illuminismo e il problema penale,* con *Le poco luminose origini dell'illuminismo penale dell'area inglese,* con *Montesquieu criminalista,* con *L'illuminismo penale in Francia,* con l'opera e la fortuna di Cesare Beccaria; invece, con il cap. IX, *Le codificazioni illuministiche dell'ultimo terzo del secolo XVIII* si ritorna a problemi già affrontati e

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a materiale già utilizzato nelle stesure precedenti, con l'aggiunta però dell'esame delle vicende italiane e di quelle russe e polacche; l'ultimo capitolo, il X, *La codificazione costituzionale in America*, ripropone un aspetto che mancava nell'edizione del 1971 e che era stato inserito in quella del 1973.

Nel suo impianto generale, quindi, il libro è già noto, tanto più che questa è un'opera di quelle che hanno fatto e fanno discutere, per i vuoti che colma come per i problemi che apre, per la sua importanza come per il suo taglio; per altro, non sono mancate le recensioni, anche di tono diverso, alle varie stesure che si sono susseguite negli anni: dalle perplessità, pur frammiste ad alcune notazioni positive, avanzate da Giuliana D'Amelio (1) al prevalere di elogi da parte di Mario Sbriccoli (2), mentre Carlo Augusto Cannata ha analizzato ampiamente l'ultima edizione traendone spunto per una discussione più larga, a mezzo tra la storia della storiografia e il dibattito metodologico (3).

Tutto ciò — la notorietà del libro e il conto che altri ne hanno già dato — mi esime da un esame dettagliato — del resto qualche perplessità l'ho già manifestata in margine a un mio articolo (4), nel quale obbiettavo a Tarello, forse con un po' di foga giovanile, di avere prestato poca attenzione alle codificazioni processuali e di avere risentito anche lui della tendenza che identifica codificazione e codice con la codificazione e il codice di diritto privato, sotto l'influenza di una tradizione che si è formata nel contesto storico della nuova società borghese e sotto lo stimolo del *Code Napoléon* e della nuova cultura giuridica che allora si stava affermando.

Preferisco limitarmi, allora, a poche considerazioni d'insieme, che risentono l'eco delle discussioni con Tarello in un seminario sulle codificazioni al quale abbiamo partecipato entrambi e che si è tenuto presso l'Università di Cagliari il 21 e 22 aprile 1978; e sono considerazioni che rispecchiano, soprattutto, i miei problemi e le mie perplessità di lettore ' professionale ' di questo libro insieme alle mie esperienze didattiche, perché l'ho usato e lo uso come testo per il mio corso di storia del diritto italiano moderno a Pisa. Mancheranno, invece, gli elogi, che pure sono di prammatica in una recensione, per un costume accademico che sa di stantio; e mancheranno non perché il libro non

(1) G. D'AMELIO, *rec.* a G. TARELLO, *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, parte I, Genova 1970-1971, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, XXI (1971), 1149-1151.

(2) M. SBRICCOLI, *rec.* a G. TARELLO, *Le ideologie*, cit., in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1 (1971), 422-429.

(3) C. A. CANNATA, *Storia del diritto e cultura giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, XXXII (1978) 832-860.

(4) U. PETRONIO, *Un tentativo moderato di codificazione del diritto del processo civile e penale in Lombardia: il ' Nuovo piano ' di Gabriele Verri*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del terzo congresso della Società italiana di storia del diritto*, Firenze 1977, II, 975-994.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

se li meriti, ma perché se si vuol discutere con un minimo di serietà un'opera come questa è inutile cincischiare, sottolineando questo o quel pregio: che la trattazione dei vari temi sia sempre ricca, che sia spesso nuova, come non è usuale in opere di sintesi — basti pensare a *Montesquieu criminalista* o a *Le poco luminose origini* o al sacrosanto ridimensionamento di Muratori — balza agli occhi di ciascuno.

In quanto a perplessità e problemi, vorrei cominciare dall'esperienza dell'insegnamento, riallacciandomi a quanto Tarello ha scritto nella *Prefazione* circa la funzione programmatica e didattica delle opere di sintesi. Perché un primo e non secondario merito di questo libro sta proprio nell'essere stato scritto — e in una forma, poi, che lo rende sempre chiaro anche per il lettore non professionale (5).

Quel che sta di fatto è che in Italia non sono molti i manuali utilizzabili per un corso di storia del diritto che voglia dare agli studenti un'informazione d'insieme ampia e corretta, tanto che per l'età medievale si ricorre spesso a opere ormai classiche e datate, come il *Medio evo del diritto* di Francesco Calasso, che è del 1954, e per l'età moderna non si sa bene come fare; una situazione, questa, che permane anche se i lavori di carattere monografico che son venuti fuori in questi anni non si sono limitati a « inseguire tracce di grandi ideali (o di luoghi comuni) del duecento in glosse inedite » o a « redigere la biografia di qualche Stenterello » (6).

Che Tarello si sia impegnato nell'impresa di scrivere un libro buono anche per la scuola è già di per sé una prova di coraggio, di fronte alla quale bisogna fare tanto di cappello: perché accanto alla « sempre maggiore specializzazione », alla « frammentazione progressiva dell'insegnamento universitario » e alla « temperie storica », che sono le cause alle quali egli riporta (pp. 6-7) la mancanza di opere di sintesi, io aggiungerei proprio un certo timore di giocarsi la propria reputazione, quella che ci si è guadagnati con ricerche puntuali e pazienti, tentando vie più aperte e perciò più esposte. È innegabile, invece, che Tarello il coraggio del suo sapere lo abbia tutto e che lo usi sempre a piene mani; e se oggi più di ieri si discute di codificazioni e di storia giuridica moderna, se oggi più di ieri si riaccende sanguignamente la polemica culturale è anche perché Tarello è da un po' che tira pietre negli stagni.

---

(5) C. A. CANNATA, *Storia*, cit., 838 e no. 22, ha sollevato perplessità sull'eleganza stilistica di Tarello, per l'abuso di aggettivi in *-iano* — ' domatiano ', ' kantiano ', ' montesquieuiano ' — alcuni dei quali, come kantiano, sono da tempo nell'uso comune, sicché il rilievo è piuttosto inutile.

(6) V. ancora C. A. CANNATA, *Storia*, cit., 835, che si limita a riconoscere (p. 834): « qualcosa han fatto gli storici del diritto italiano ... ma in genere con buoni risultati solo su temi assai generali, poca attenzione al diritto privato e scarsissimo impiego del metodo esegetico. Quanto, poi, al diritto moderno, la sua trattazione storica è ancora agli inizi, e comunque sminuzzata in monografie ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Detto questo, il libro va visto per quello che è, sul piano scientifico come sul piano didattico; per quanto ci ha dato — che è molto — e per quanto ci sollecita ancora a chiederci, adempiendo a quella funzione programmatica che pure gli è propria.

Ed ecco la principale delle mie perplessità, che parte dall'organizzazione e dalla distribuzione della materia e che finisce per investire l'impianto dell'opera, dove prevale la trattazione degli aspetti 'culturali' del movimento per la codificazione a discapito di quelli 'politici', legati all'attività dei principi riformatori. È vero che si tratta di una storia della cultura giuridica — lo dice anche il titolo! — e che le vicende storiche dovrebbero soltanto far da sfondo alle ideologie e alle dottrine di questo o di quell'autore; ma è altrettanto vero che il secolo dei lumi ha caratteri tutti particolari anche o proprio perché in quel determinato momento storico teoria e prassi, filosofia e riforme procedettero sempre di pari passo, ben strette per mano; ed è altresì innegabile che il tema specifico di questo volume dedicato alle codificazioni settecentesche ruoti tutto quanto intorno a due poli — questa volta è il sottotitolo a parlare —: l'assolutismo monarchico con la sua politica razionalmente accentratrice e livellatrice, da un canto, e la cultura giuridica dall'altro.

Qui, nel dosaggio degli equilibri interni, mi sembra che il Tarello 'storico' si sia lasciato prendere un po' la mano dal Tarello 'filosofo' e abbia finito col soffermarsi troppo a lungo su aspetti sui quali si poteva essere più rapidi, pur tenendo conto che il libro deve servire anche agli studenti universitari e perciò deve anche informare: così soprattutto nel capitolo III e ancor più nei capitoli VI e VII. Ne avrebbero guadagnato, io credo, la visione d'insieme e l'incisività del discorso.

Certo, in questo giudizio giocano sia la diversità dei nostri orientamenti professionali sia il complesso delle mie personali preferenze per i fatti storici certi — le strutture giuridiche o quelle economiche, la conservazione o le riforme, la burocrazia o il modo di far carriera, i rapporti di parentela o i vincoli matrimoniali, e via discorrendo — a cui fa riscontro una minore sensibilità alla storia della cultura in quanto non sia sempre e comunque ancorata in modo profondo ai dati reali.

Tuttavia, quali che siano le inclinazioni e i gusti, vedo per esperienza che lo studente meno provveduto si sofferma volentieri su quegli aspetti che nel libro trova illustrati in dettaglio e finisce col recepire meno o per nulla affatto quei concetti e quei problemi che gli sono proposti in modo meno evidente. Sicché magari saprà tutto su Thomasius o su Wolff o su Leibniz o su qualche altro signore, ma senza avere colto appieno i nessi tra l'assolutismo dei sovrani, la cultura giuridica del tempo e la vicenda della codificazione.

L'esperienza didattica certo non è tutto, ma può servire anch'essa a qualificare un libro e a metterne in luce pregi e difetti, anche meglio

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di quanto non possa o non sappia fare il lettore ' professionale '; in questo caso, poi, debbo dire che i problemi che trovano gli studenti coincidono con le mie personali impressioni di ' addetto ai lavori '.

Con ciò non voglio dire che per Tarello non vi siano quei nessi di cui parlo o che egli non li abbia trasfusi nel suo libro; niente di tutto questo. Ancora una volta, è un problema di dosaggi e di equilibri, di luci e di ombre; ad esempio, già nelle primissime pagine (16 ss.) si affronta il problema della tecnicizzazione e della depoliticizzazione della scienza del diritto, questione che è ripresa, sotto altro aspetto, poco più avanti, trattando della « codificazione come superamento del ' particolarismo giuridico ' » (28 ss.) e poi della politica accentratrice dell'assolutismo come « fattore di unificazione e di razionalizzazione del sistema giuridico » (47 ss.).

Orbene, innanzi tutto i legami tra queste diverse facce della questione potevano essere messi in più chiara evidenza, perché così come sono presentati sembrerebbero tre ordini di problemi slegati tra loro; tanto più, poi, se si pone mente al fatto che Tarello ha adottato un'ipotesi di lavoro che se è la « meno compromettente » è piuttosto ambigua: « supporre che al processo che ci interessa possano aver concorso eventi reali ed eventi culturali; e che eventi culturali successivi ai primi possano aver poi concorso ad un'ulteriore qualificazione di tutto il processo » (p. 18).

In secondo luogo — lasciando da parte la questione generale del rapporto tra eventi reali ed eventi culturali, che ci porterebbe lontano — veniamo al nocciolo del problema, pur tenendo per buona l'impostazione che gli ha dato Tarello, il quale ci ha proposto l'esistenza di due distinti filoni: da un lato una cultura giuridica che sostiene da tempo la necessità di mettere ordine nel sistema delle fonti del diritto e che in relazione a ciò propone un uso diverso del diritto romano e una generale riformulazione del diritto vigente; dall'altro, una politica dei sovrani che mira, per esigenze diverse e talvolta antitetiche l'una all'altra, a rendere veramente assoluto e illimitato un potere che fino ad allora era stato soltanto privo di controlli e che per far ciò deve e vuole fare piazza pulita dei ceti e dei corpi intermedi, in modo che, per dirla con Pietro Verri, « cessi finalmente il governo degli uomini, e cominci il governo delle leggi » (7).

Ma è proprio su questo terreno politico, dove cresceva di giorno in giorno la lotta per rivendicare allo Stato il potere — tutto il potere, senza più zone d'ombra — che nacque e si alimentò il germe che, unendosi ad una cultura in parte già sensibile e in parte politicamente sempre più sensibilizzata alla riformulazione razionale del diritto, seppe dare vita ai nuovi codici.

---

(7) P. VERRI, *Memorie storiche sulla economia pubblica dello Stato di Milano*, in P. VERRI, *Scritti vari*, a cura di G. Carcano, Firenze 1854, I, 472-473.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Da questo punto di vista, i tentativi settecenteschi di codificazione sono intimamente legati ai codici realizzati nel primissimo ottocento, quelli famosi — il *Code Napoléon* e l'*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* — e per un duplice ordine di motivi.

Innanzi tutto, perché nel settecento illuminista troviamo tentativi e progetti di codificazione ogni qual volta ci imbattiamo in uno sforzo serio ed efficace diretto ad accentrare il potere nello Stato — in Prussia come in Austria, in Lombardia come in Piemonte; e non li troviamo, invece, laddove questo sforzo manca o non ha presa sufficiente — in Francia come a Napoli o a Venezia. La cultura, per parte sua, procede di conserva e trae alimento dalle sollecitazioni politiche delle corti e dei sovrani, polemizzando con il diritto romano o con l'insieme faragginoso del diritto locale a seconda delle situazioni concrete di questo o quello Stato — si pensi a certi scritti di Pompeo Neri o dei due Verri o di Ilario Corte o di Sonnenfels o di Martini.

In secondo luogo, il *Code Napoléon* e l'*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* sono entrambi espressione di uno Stato che ha risolto appieno e in modo radicale la propria battaglia contro il particolarismo, che prima è sociale, dei ceti e dei corpi intermedi, e che poi è giuridico. La Francia per arrivarci ha usato lo strumento rivoluzionario e il dirigismo napoleonico, che hanno spazzato via tutto ciò che era « gotico e deforme » — ancora una volta uso parole di Pietro Verri (8) — e che hanno creato, facendo come da testimoni a un patto tra borghesi, una nuova società nella quale tutti sono eguali sul piano del diritto — la cosiddetta ' unificazione del soggetto giuridico ' — anche perché le differenze vere, quelle che ormai contano, sono state collocate a monte, sul piano dell'economia e delle classi sociali. L'Austria, per parte sua, ha seguito un cammino più tortuoso e più lungo, pur muovendo sempre da esigenze di carattere politico e amministrativo, che si concretizzavano nella necessità di rafforzare lo Stato, anche per scopi militari (9): prima, in età teresiana, ha cercato soluzioni di compromesso in un generico ammodernamento dello Stato; poi, all'epoca di Giuseppe II, ha creduto di trovare nel razionalismo più radicale la forza e il fondamento ideologico che facessero da supporto all'unificazione e alla codificazione del diritto; infine, di fronte allo spettro dell'egalitarismo diffuso, del giacobinismo interno ed esterno, delle armi

---

(8) P. VERRI, *Pensieri sullo stato politico del milanese nel 1790*, in P. VERRI, *Scritti*, cit., II, p. II, 35.

(9) Sulla situazione austriaca v. H. E. STRAKOSCH, *State Absolutism and the Rule of Law. The Struggle for the Codification of Civil Law in Austria 1753-1811*, Sidney 1967, 10 ss.; per l'incidenza delle esigenze militari sul riformismo austriaco F. WALTER, *Die Theresianische Staatsreform von 1749*, Wien 1958; ID., *Oesterreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte*, Wien-Köln-Graz 1972; G. ARDANT, *Financial Policy and Economic Infrastructures of Modern States and Nations*, in *The Formation of National States in Western Europe*, edited by Ch. Tilly, Princeton 1975.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

napoleoniche trionfanti, ha saputo garantire ai sudditi che contavano e con i quali bisognava adesso fare i conti, cioè ai borghesi, una 'zona giuridica' libera da ogni ingerenza pubblica e che veniva a costituire il fondamento costituzionale dello Stato, mentre il diritto naturale era ridotto alla stregua di un principio informatore delle relazioni tra i privati e quindi posto alla base del nuovo diritto codificato ma escluso da ogni influenza possibile sulle regole del governo dello Stato (10).

In entrambi i casi, i capisaldi dei codici di diritto privato sono le libertà borghesi, che si realizzano nella proprietà e nel contratto; in entrambi i casi, però, di fronte a queste libertà 'private' lo Stato che si proclama di diritto si pone davvero come il 'Nuovo Leviatano', il mostro biblico che ha in sé tutta la forza e che proclama a gran voce il proprio potere indistruttibile — su un altro piano, per avere conferma di ciò basta pensare ai codici penali, che restano sempre terribili e autoritari non importa se a volerli sia stato un imperatore filosofo o un autocrate figlio della rivoluzione o un sovrano che sposa abilmente autoritarismo e liberalismo moderato.

Forse le teste del mostro sono più numerose e minacciose in Francia che in Austria: nel codice austriaco resta un richiamo al sistema dei diritti naturali, che sarà generico quanto si vuole ma c'è (11); in quello napoleonico il primato della legge è assoluto, indiscutibile e indiscusso: intanto, il progettato art. 1 — « il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives: il n'est que la raison naturelle en tant qu'elle gouverne tous les hommes » — fu tolto via senza nemmeno lasciar traccia nelle discussioni e in base alla considerazione del tutto statalista che « les lois sont des volontés » (12); poi, con una de-

(10) Utilizzo largamente tesi ed espressioni di H. E. STRAKOSCH, *State Absolutism*, cit., 12 ss., 16 ss., 60 ss., 195 ss. e 217 ss.

(11) Art. 16: « Ogni uomo ha dei diritti innati che si conoscono colla sola ragione, perciò che egli è da considerarsi come una persona »; art. 17: « Tutto ciò che è conforme agl'innati diritti naturali si avrà per sussistente sino a tanto che venga provata una legale restrizione di questi diritti ». Cito da *Codice civile generale austriaco*, nel testo esteso alle province del Lombardo-Veneto con patente di Francesco I Vienna 28 sett. 1815, in *Collezione completa dei moderni codici civili degli Stati d'Italia secondo l'ordine cronologico della loro pubblicazione*, Torino 1845, 147.

(12) L'art. 1 si trova nel *Projet de la Commission du Gouvernement* presentato alla seduta 24 thermidore anno VIII (12 ag. 1800), in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris 1827-1836, II, 415 ss.; ma v. già il primo progetto Cambacérès, art. 3 — « Il existe dans la nature et par la loi des rapports entre les individus qui composent la société ... » — in P. A. FENET, *Recueil*, cit., I, 17. Le parole riportate nel testo sono di J. E. M. PORTALIS, *Présentation et exposé des motifs*, seduta 3 frimaire anno X (24 nov. 1801), in P. A. FENET, *Recueil*, cit., VI, 42-43, e in J. G. LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des codes français*, Paris 1827-1832, I, 329; questo testo è utilizzato già in M. A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Milano 1966, 124 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cisione dell'ultimo momento e sulla quale non tutti erano d'accordo (13), si abrogarono tutte le altre fonti, compreso il diritto romano, in nome della necessità di una legislazione che fosse ad un tempo unica e statale e « pour ne pas donner aux juges d'autre règle que le code » (14). Una decisione certamente giusta, questa, ma che scaturiva da un coacervo di esigenze cementate insieme da uno statalismo esasperato e a conclusione di una lotta annosa contro il potere dei giuristi e dei giudici, costretti da allora a una pedissequa esegesi del testo normativo (15).

In un contesto siffatto, a temperare la totale sottomissione del giudice e del giurista alla legge scritta non poteva bastare il discusso art. 4 che vietava il *deni de justice* e a difesa del quale Portalis aveva affermato che « il faut ... laisser alors au juge la faculté de suppléer à la loi par les lumières naturelles de la droiture et du bon sens » (16). Non bastava, sia perché l'art. 4 era strettamente legato all'art. 5 che vietava ai giudici « di pronunziare in via di disposizione generale », sia perché tutto induceva all'errore di credere — lo si fece notare già allora — « que toute la science du droit est renfermée dans le mince volume du code »: con la conseguenza che « le code civil ... a presque anéanti l'étude approfondie du droit » (17).

Una lotta, quindi, per garantire allo Stato tutto il potere, contro i ceti, contro i corpi intermedi, contro i privilegi dei giuristi e dei giudici: e non sarà un caso, allora, se la battaglia contro la codificazione potrà essere continuata da Savigny e da altri in nome della consuetudine, del *Volksgeist* e del *Juristenrecht* in una Germania legata all'*ancien régime* ben più della Francia borghese o dell'Austria liberal-conservatrice.

Con questa lunga tiritera, che muove dalla situazione del secondo settecento per approdare alle codificazioni ottocentesche, ho soltanto

(13) V. i verbali delle sedute 17 e 19 ventose anno XII (8 e 10 marzo 1804), in J. G. LOCRÉ, *La législation*, cit., I, 103 ss. e in *Recueil complet des discours prononcés lors de la présentation du Code civil par les divers orateurs du Conseil d'état et du Tribunat, et discussion particulière de ces deux corps avant la rédaction définitive de chaque projet de loi*, Paris 1838, II. *Discussion*, 740 ss.

(14) V. art. 7 L. 30 ventose anno XII (21 marzo 1804), poi art. 3 dell'editto di promulgazione del *Code Napoléon* per l'Italia, Monaco 16 genn. 1806, in *Codice di Napoleone il grande pel Regno d'Italia*, Milano 1806; per la redazione di questa legge, v. a no. 13. Le parole riportate nel testo sono di Maleville, in J. G. LOCRÉ, *La législation*, cit., I, 102 e in *Recueil*, cit., II, 740.

(15) Per la scuola dell'esegesi v. G. TARELLO, *La « scuola dell'esegesi » e la sua diffusione in Italia*, in *Scritti per il XL della morte di P. E. Bensa*, Milano 1969, 239-276 e gli spunti di M. A. CATTANEO, *Illuminismo*, cit., 142 ss.

(16) J. E. M. PORTALIS, *Exposé des motifs du titre préliminaire du Code civil, de la publication, des effets et de l'application des lois en général*, 4 ventose anno XI (23 febb. 1803), in P. A. FENET, *Recueil*, cit., VI, 359, in J. G. LOCRÉ, *La législation*, cit., I, 583 e in *Recueil*, cit., I. *Discours*, 29; lo utilizza anche M. A. CATTANEO, *Illuminismo*, cit., 127. Per la discussione dell'art. v. *Recueil*, cit., II, 9-11.

(17) J. G. LOCRÉ, *La législation*, cit., I, 118.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cercato di illustrare alcuni motivi che per me sono importanti e che nel libro di Tarello un po' ci sono e un po' non ci sono, che talvolta sono espressi con chiarezza — penso alla p. 48 e alle pp. 91-92 — e talaltra in modo sfumato, come alle pp. 35 ss., dove si parla dell'unificazione del soggetto giuridico come se si trattasse di un problema soprattutto tecnico, o alla p. 47, dove si mettono a nudo le molte complicazioni dei sistemi giuridici dell'*ancien régime* senza gridare a piena voce che esse rispecchiavano complicazioni e stratificazioni profonde della società del tempo. Non volevo, invece, proporre un mio 'modello' di storia della codificazione, sia perché non so se saprei farlo, sia perché credo ben poco alle proposte generali e ad esse preferisco di gran lunga i libri come questo, scritti per davvero, pur con le inevitabili domande che pongono e con le perplessità che possono sollevare.

E sta di fatto che, anche se qualche tono non è sempre del tutto appropriato, ancora una volta Tarello ha chiamato un po' tutti al 'tribunale della ragione', davanti al quale ciascuno deve rendere conto delle proprie convinzioni e dei propri pregiudizi.

UGO PETRONIO

Vorstudien zur Rechtshistorie, (a cura di Johannes-Michael SCHOLZ) (Ius Commune. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte. Sonderheft 6), Frankfurt a. M., Klostermann, 1977.

In uno dei molteplici saggi volti a fare il punto sullo stato (non sempre prospero) della storiografia giuridica italiana, Bruno Paradisi osservava che « non solo sembra essere scomparsa tra i motivi d'ispirazione ogni problematica dettata dalla partecipazione ai problemi politici del nostro tempo tra coloro che si occupano di storia del diritto medievale, ma anche ogni tentativo di applicare alla storia giuridica il metodo che ha fatto larga breccia in Francia ed in Italia con le opere del Bloch, del Febvre, del Braudel e degli altri autori che si raccolsero ed in parte si raccolgono ancora intorno alle « Annales ». Con ciò non si vuole né accettare senza critica quel metodo, né tanto meno ritenerlo senz'altro applicabile alla storia giuridica. Ma insomma va pur rilevato che i problemi che vi sono sollevati hanno una certa attinenza con quelli di cui la storia del diritto deve occuparsi; ed è abbastanza singolare che nessuno mostri di essersene accorto » (1). Dell'esigenza, avvertita da Paradisi, di colmare questo vuoto nell'ambito della riflessione metodologica della storia del diritto, dà una te-

(1) B. PARADISI, *Apologia della storia giuridica*, Bologna, 1973, p. 374.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stimonianza fondamentale il volume curato da Scholz per i *Sonderhefte* di « Ius Commune ».

Non è questa la sede per pronunciarsi sul problema della recezione delle proposte metodologiche delle « Annales » da parte della cultura storiografica italiana: se comunque è possibile registrare, e non da ieri, una qualche reazione della storiografia cosiddetta generale, salvo poi discutere l'intensità e il senso della revisione metodologica indotta dall'esempio della rivista francese (o addirittura denunciare, di quella revisione, il carattere eclettico e compromissorio, sulla falsariga di un saggio recente) (2), non sembra invece poter constatare una consistente risposta, da parte della storiografia giuridica, all'invito che Paradisi rivolgeva, con la consueta sensibilità culturale, non agli storici ' generali ' ma ai cosiddetti storici-giuristi.

La cosa è tanto più sorprendente quanto più alcune proposte degli storici delle « Annales », e in generale il loro atteggiamento verso la storiografia, colpivano nel vivo un modo largamente consolidato di concepire l'oggetto della storia giuridica, i suoi metodi, la sua consueta pratica di ricerca. Basta non dico soffermarsi sulle più sofisticate e analitiche procedure d'indagine e tematiche d'elezione della rivista francese, ma anche solo scorrere le opere, ormai fin troppo celebrate, di un Febvre, di un Bloch, di un Braudel, per intuire come già quel determinato modo di far storia, prima ancora dell'una o dell'altra dichiarazione programmatica, neghi in fatto l'*autosufficienza* della storiografia giuridica e sollevi il problema della sua *legittimazione* scientifica.

È appunto a questa opera di puntigliosa, informata, coraggiosa messa in questione della storia giuridica a partire dal cinquantennale lavoro storiografico del gruppo delle « Annales » che i saggi di Scholz e Peset (3), raccolti nel *Sonderheft* di « Ius Commune », sono dedicati. Il risultato immediato e generale della loro ricerca è quindi dimostrare, direi in ogni pagina, la impossibilità, per lo storico del diritto, di opporre un tacito *fin de non recevoir* alla ' provocazione ' dei Bloch e dei Braudel. Gli autori non mirano ad ottenere dal lettore addetto ai lavori storico-giuridici una pronta (e magari improvvisata) adesione alle proposte storiografiche delle « Annales », ma a renderlo criticamente avvertito del carattere ormai problematico dell'immagine tradizionale del proprio ' mestiere ' e dell'impossibilità di riproporne una (magari aggiornata) ' apologia '. Il contributo dei nostri autori, insomma, consiste, in prima istanza, in una ricca messe di informazioni

(2) M. Del Treppo, *La libertà della memoria*, in AA.VV., *Storiografia francese di ieri e di oggi*, Napoli, 1977, pp. VII ss.; sulla discussione provocata dal saggio di Del Treppo cfr. G. Mari, *Problemi metodologici della storiografia*, in « Critica marxista », XVI, 1978, pp. 141 ss.

(3) J.-M. Scholz, *Historische Rechtshistorie. Reflexionen anhand französischer Historik*, pp. 1 ss.; M. J. L. Peset, *Vicens Vives y la historiografia del derecho en España*, pp. 176 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sull'una o l'altra tematica o procedura ' annaliste ', prodotta attraverso l'analisi di tutta la rivista francese (come per Scholz) (4) o dell'opera di uno storico determinato (come per Peset); ma il risultato principale (pienamente raggiunto) a cui i nostri autori mirano è quello di preparare, attraverso Braudel o Vicens Vives, una autocritica della storiografia giuridica, e quindi di stimolare nuove proposte di lavoro, aprire nuovi spazi d'intervento storiografico.

Il terreno nel quale Scholz e Peset innescano l'ordigno deflagrante del ' modello francese ' è la tradizione storiografica (prevalentemente, ma non esclusivamente) tedesca, per Scholz, spagnola, per Peset, senza che però questa (necessaria) determinazione dell'oggetto della ricerca (la tradizione storiografica dell'uno o dell'altro paese) possa rendere in alcun modo più distaccato e ' contemplativo ' l'atteggiamento del lettore italiano: si tratta comunque (per l'intreccio delle diverse culture, per l'omogeneità dei metodi e delle tematiche) di noi stessi, delle difficoltà, delle aporie della nostra specifica tradizione storiografica.

Certo, il ' taglio ' dei contributi di Scholz e di Peset è diverso; nel primo caso, l'autore lavora in termini programmaticamente comparativi: da una parte, sulle « Annales », per esporne distesamente le origini culturali, i protagonisti, le vicende istituzionali, i contenuti; dall'altra parte, sull'impatto che sulla tradizione giuridica tedesca verrebbero ad avere siffatte proposte di lavoro. L'andamento del discorso, a questo punto, non è più solo ricostruttivo, descrittivo, ma francamente normativo: dal raffronto fra modello francese e tradizione tedesca dovrebbe scaturire una nuova immagine di storia del diritto, una sua nuova legittimazione teorica e pratica.

Peset, invece, lavora all'interno di una storia della storiografia spagnola e bada a mettere in evidenza quella tematica ' annaliste ' che trova, per così dire, dentro casa: è Vicens Vives che Peset ' usa ' come osservatorio dal quale studiare le reazioni (o la mancanza di reazioni) della storiografia spagnola. Il risultato generale e più interessante, comunque, non è diverso da quello conseguito da Scholz: il raffronto fra metodologie storiografiche diversissime, l'analisi critica della storiografia giuridica tradizionale, le proposte ' alternative ' o comunque innovative.

È impossibile, nel corso di una recensione, analizzare dall'interno i passaggi grazie ai quali Scholz e Peset conducono il lettore attraverso le « Annales », la storiografia giuridica tedesca e quella spagnola: sarà necessario limitarsi ad indicare quelle che mi sono sembrate le proposte più rilevanti.

---

(4) Da questo punto di vista, però, non mancano, nemmeno nel panorama editoriale italiano, strumenti informativi: cfr. *Problemi di metodo storico* (a cura di F. Braudel), Bari, 1973; AA.VV., *Storiografia francese di ieri e di oggi*, cit.; T. Stoianovich, *La scuola storica francese. Il paradigma delle « Annales »*, Milano, 1978.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

I temi che la lettura delle « Annales » offertaci da Scholz ci presenta sono quelli che il successo (anche italiano) della rivista francese ci ha ormai resi familiari: l'insofferenza delle rigide, formalistiche partizioni disciplinari, l'esigenza di una storiografia capace di rappresentare la totalità (una totalità, per così dire, aperta, non rigidamente predeterminata in un modello onniesplicativo), una concezione flessibile, articolata della temporalità (5), la disponibilità alla sperimentazione di metodi interdisciplinari di indagine e all'istituzionalizzazione del lavoro di gruppo. Il fatto che simili temi o atteggiamenti storiografici siano ormai (bene o male) orecchiati anche presso di noi, non toglie comunque niente alla ricchezza dell'analisi di Scholz: non solo perché la storia della avventura culturale delle « Annales » è condotta dall'interno, con ricchezza di informazioni e di richiami culturali, ma perché essa viene piegata, senza forzature, ma senza reticenze, ad un'utilizzazione teorico-strategica sul terreno della storia del diritto.

In questa prospettiva, la tendenziale identificazione ' annaliste ' fra storia e storia sociale, la preoccupazione di risolvere l'oggetto della ricerca storica nelle pratiche sociali svolgentesi in un determinato contesto ' geostorico ' (avvicinato senza preclusive aspettative ' teoriche ') diviene, per Scholz, una proposta direttamente normativa anche per la storia del diritto. La risoluzione (non la dissoluzione) della storia del diritto in storia sociale è usata non soltanto come strumento di critica della insufficiente storicizzazione del diritto nell'ambito della storiografia giuridica tradizionale, ma, in positivo, come indicazione di aperture problematiche nuove.

Certo, l'aspetto propositivo è ancora, in Scholz, largamente indeterminato: si tratta più di una rassegna di ' exempla ', di ricerche emblematiche, della segnalazione di una ' domanda ' storiografica emergente, che non ancora di una determinazione analitica delle caratteristiche dell'oggetto e dei metodi di una storiografia giuridica, per così dire, ' post-annaliste '.

L'*experimentum crucis* è, sempre di nuovo, la soluzione del problema della specificità dell'oggetto della storia del diritto. Ora, l'indicazione della storia sociale come orizzonte obbligato (anche) della storia giuridica è, innanzitutto, un eccellente punto di rilettura critica della storiografia giuridica tedesca (ma, come vedremo, anche spagnola e, come il lettore esperto subito intende, italiana). Nella rilettura proposta da Scholz, il massimo d'interesse è dato, a mio avviso, non tanto dalla distanza radicale, immediatamente percepibile, quasi scontata, fra la proposta ' annaliste ' e una storia puramente dogmatica, ' interna ', del diritto — una storia giuridica, cioè, francamente, impudicamente formalista; ma piuttosto dalla discussione che Scholz apre con la storiografia tedesca più consapevole e ' aggiornata ', da Kaser

(5) Cfr. M. CEDRONIO, *Profilo delle « Annales » attraverso le pagine delle ' Annales '*, in AA.VV., *Storiografia francese*, cit., pp. 1 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a Wieacker. Quest'ultimo, a giudizio di Scholz, non dichiara irrilevante, per l'indagine storico-giuridica, il contesto storico-sociale, ma, nel momento in cui ne afferma la pertinenza, la sua persistente convinzione dell'autonomia del diritto genera una serie di proposte metodologiche oscillanti, incapaci di spingere la storicizzazione del diritto fino al punto di spezzare l'involucro della sua presunta autonomia.

Ora, si condivida o no l'entusiasmo che Scholz dimostra per la soluzione (che ho convenuto per brevità di chiamare) ' annaliste ', mi sembra certo che il problema odierno della definizione dell'oggetto (o di *un* oggetto) della storia giuridica stia esattamente nei termini indicati da Scholz: si tenga presente, per l'Italia, la storia dogmatica teorizzata e praticata da Betti (ma non solo da questi); si tenga presente come negli anni Cinquanta Orestano, attraverso il concetto di esperienza giuridica ed un uso tendenzialmente operativo della concettualizzazione nell'esperienza storiografica abbia superato le aporie dello ' storicismo dogmatico ', ma insieme abbia ribadito la (relativa) autonomia della giurisprudenza; si ricordino infine gli inviti che Paradisi, a partire da una concezione idealistica ma non dottrinaria della storia, rivolgeva per una risoluzione della storia ' particolare ' nella storia come tale e si vedrà come anche in Italia il punto di arrivo di una lunga riflessione storiografica (6) consista nel problematizzare precisamente quel dilemma costitutivo della disciplina (la specificità dell'oggetto ' diritto ' e insieme la sua risolubilità in un complesso di pratiche sociali e ideologie) che Scholz affronta nella prospettiva ' annaliste '.

Oltre la problematizzazione di questa ' nuova ' aporia è evidentemente difficile (per Scholz come per chiunque) spingersi, non tanto verso l'una o l'altra determinata ricerca pionieristica quanto verso un programma metodologico analiticamente determinato. Non è quindi una teorizzazione compiuta dei nessi attraverso i quali risolvere la pratica e la teoria giuridica in una storia globale (ma non in una storia senza oggetto) che può chiedersi a Scholz, bensì una problematizzazione stringente delle aporie interne alla tradizione storico-giuridica consolidata.

D'altronde, non mancano in Scholz ipotesi progettuali, spunti di legittimazione di una futura storia del diritto, rinnovata dal lavoro interdisciplinare e dalla adozione di metodologie non convenzionali (dalla analisi quantitativa alla storia delle mentalità): dall'esigenza di una costante inquietudine metodologica (7) come condizione della vitalità della disciplina alla necessità della prevalenza del momento problematico sull'abitudine alle mere descrizioni condotte nell'alveo di ricerche dai confini già dati e scontati. L'esito finale di una storiografia così rinnovata è, per Scholz, l'innesto della storia del diritto sul

(6) Cfr. da ultimo A. MAZZACANE, *Problemi e correnti di storia del diritto*, in « Studi storici », 17, 1976, pp. 5 ss.

(7) J.-M. SCHOLZ, *Historische Rechtshistorie*, cit., p. 160.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

presente e quindi sulla prassi (8): la convinzione habermasiana del carattere condizionato della conoscenza, della sua radice pratico-ideologica diviene in Scholz un argomento a favore della utilizzabilità della conoscenza storica nella costruzione di una teoria sociale (e di una pratica?) critica ed emancipatoria.

È questo un caso in cui l'idea 'annaliste' del nesso fra presente e passato è liberamente fatta propria da Scholz e distratta verso esiti non necessariamente omogenei all'atteggiamento più ricorrente nella rivista francese, dove, mi sembra, il rapporto fra sollecitazione 'presente' al problema storiografico e disinteressato amore del passato è più ambiguo e sfuggente (9) — un caso, forse, sia detto *per incidens*, in cui la lettura che Scholz dà della storiografia francese tende più ad esaltarne la coerenza tematica che non le tensioni o oscillazioni interne. Il risultato è appunto l'esigenza di una storiografia giuridica la cui apertura interdisciplinare non valga soltanto come arricchimento metodologico nel momento della sua applicazione all'uno o all'altro oggetto del passato, ma la irrobustisca già nella fase della sua strumentazione teorica, per un verso innestandola sulle correnti sociologizzanti, antiformalistiche della scienza giuridica (delle quali Scholz dà opportunamente cenni perspicui) (10), per un altro verso considerandola un momento possibile di una 'kritische Sozialwissenschaft', di un progetto di conoscenza storico-sociale, dove le proposte della storiografia francese si coniugano originalmente con i ricordi della 'teoria critica' francofortese e habermasiana.

L'approccio di M. J. L. Peset al problema storiografico è diverso da quello scelto da Scholz quanto all'angolo visuale prescelto, ma è confluente nello schema valutativo e nelle ipotesi propositive. L'oggetto del saggio di Peset è la storia della storiografia giuridica spagnola dalle origini fino agli anni sessanta: lo scopo dell'autore però non è tanto quello di descrivere una successione continua di opere e di autori, per offrire il quadro complessivo della storiografia giuridica spagnola, quanto piuttosto quello di cogliere un momento di rottura, rappresentato da J. Vicens Vives: la piattaforma dalla quale osservare criticamente la tradizione storico-giuridica del proprio paese, che a Scholz era offerta dalle «Annales», per Peset è costituita dall'opera di Vicens Vives — e non a caso la 'nuova storiografia' di Vicens Vives è una storiografia 'annaliste', l'impostazione (e la riformulazione) in terra spagnola negli anni cinquanta, di convinzioni e pratiche di ricerca diffuse nella Francia di Bloch e di Febvre (11). Da qui i capisaldi del 'programma' di Vicens Vives: l'importanza del-

(8) *Ibidem*, pp. 167-68.
(9) Cfr. M. Del Treppo, *La libertà della memoria*, cit., pp. xlviii ss.
(10) J.-M. Scholz, *Historische Rechtshistorie*, cit., pp. 130 ss.
(11) M. J. L. Peset, *Vicens Vives*, cit., p. 205.
(12) *Ibidem*, p. 211.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'ambiente, la ricostruzione della interazione sociale fuori da schemi teorici presupposti e costrittivi, l'attenzione rivolta alla storia della mentalità dei gruppi sociali, all'ideologia quotidiana dell'uomo della strada più che alla *Weltanschauung* del filosofo (12), la disponibilità all'uso del metodo quantitativo (13).

L'importanza che Peset attribuisce all'opera di Vicens Vives non lo esime certo dal rilevare alcuni limiti, ideologici e metodologici, dell'opera di quest'ultimo; ma ciò che conta per il nostro autore è per un verso indicare in Vicens Vives un momento di rottura nella tradizione storiografica spagnola e, per un altro verso, rilevare la mancanza di qualsiasi atteggiamento recettivo (o anche solo reattivo) della tradizione storico-giuridica spagnola di fronte alla problematica 'annaliste' che, *via* Vicens Vives, non poteva non toccare sul vivo gli storici-giuristi spagnoli (14).

È così che, puntualmente, viene riaperto il discorso sulla specificità della storia del diritto, sulla pretesa autonomia della ragione giuridica. Significativa, in questa prospettiva, è l'opera di Garcia Gallo che Peset utilizza opportunamente come la testimonianza, fin troppo scoperta, di una storia del diritto arroccata su una posizione che potremmo dire, per intenderci, intransigentemente bettiana: l'ipotesi della specificità della storia giuridica diviene la convinzione del suo necessario assorbimento nella scienza (dogmatica) del diritto (15) o della sua chiusura in una storia delle istituzioni (16) concepite in senso strettamente normativistico. L'esito della lettura critica che, attraverso l'impatto di Vicens Vives con la cultura spagnola, Peset offre della tradizione storico-giuridica dominante, è, di nuovo, una messa in questione di una scelta metodologica 'giuridicista', isolazionista: la risoluzione della specificità della storia del diritto nella sua autonomia e autosufficienza; una risoluzione, non manca di osservare Peset, puramente difensive e non immune dal sospetto di una logica di mera sopravvivenza accademica (17).

Non è possibile seguire tutti i passaggi che conducono Peset al motivato rifiuto del positivismo giuridico come referente culturale di una storia giuridica condotta al modo di un Garcia Gallo. Basti osservare, riassuntivamente, come i saggi di Scholz e Peset, pur nelle diversità del taglio complessivo (e, s'intende, anche di alcuni giudizi particolari) si incontrino nelle principali scansioni logiche del loro argomentare: l'attenzione alla storiografia francese delle «Annales»; l'individuazione del problema della autonomia del diritto come *il*

(13) *Ibidem*, p. 216.
(14) *Ibidem*, pp. 233-34.
(15) *Ibidem*, pp. 236-37.
(16) *Ibidem*, pp. 239-40.
(17) *Ibidem*, p. 243.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

problema sul quale mettere a raffronto la tradizione storico-giuridica dominante e le immagini di una possibile, futura storia giuridica; la convinzione che la risoluzione della storia giuridica in storia sociale sia la risposta adeguata alla domanda di una soddisfacente legittimazione teorica della storia giuridica.

Se i saggi di Scholz e Peset seguono un itinerario sostanzialmente parallelo, il contributo di Arnaud ([18]), che conclude il volume, si muove in una prospettiva abbastanza differenziata dai saggi precedenti, ma insieme opportunamente complementare ad essi. La prima, felice caratteristica della proposta metodologica di Arnaud è quella di essere non la descrizione di itinerari euristici meramente possibili, con tutti i rischi connessi di astrattezza e inutilità operativa, ma la riflessione *ex post* sulle proprie pratiche di ricerca, la esplicitazione ulteriore dei postulati teorici di queste.

Naturalmente, il problema soggiacente al contributo di Arnaud è quello che attraversa tutte le pagine del volume curato da Scholz, il problema, in sostanza, di una riformulazione dell' ' oggetto ' (e quindi dei metodi) della storia giuridica, oltre l'aporetico contrasto fra irrinunciabilità del carattere *specifico* della dimensione giuridica e storicizzazione globale di questa. Le « Annales » e Vicens Vives indicano, per Scholz e Peset, la via regia per la loro risposta al problema della storicizzazione globale del diritto, suggerendo la risoluzione della storia giuridica in storia sociale. Restano però in ombra almeno due problemi: innanzitutto la determinazione analitica dei nessi fra due grandezze (di per sé troppo indeterminate) quali ' storia sociale ' e ' storia giuridica ', in secondo luogo, e conseguentemente, l'articolazione dell'oggetto possibile della storia giuridica in più livelli per ciascuno dei quali il problema della ' specificità ' *vs.* ' storicizzazione globale ' deve porsi diversamente (e imporre diverse metodologie di intervento).

Il primo contributo di chiarezza arrecato dal saggio di Arnaud sta proprio nel differenziare i possibili livelli di intervento: fra questi, il nostro autore si sceglie il livello (diciamo in senso larghissimo) giuridico-testuale, esplicita l'esigenza di un'analisi che decifri la struttura profonda del testo, la sua valenza ideologica, indica e discute le possibili procedure d'intervento. Parlare di struttura non è per Arnaud una (tardiva) concessione a quella che fu la moda strutturalista in anni passati: Arnaud è l'autore, come ben sanno gli storici-giuristi, di una lettura del *Code Napoleon* ([19]), dove la esplicitazione (e rigorosa formalizzazione) dei nessi strutturali interni al codice civile e la de-

---

([18]) A.-J. ARNAUD, *Une méthode d'analyse structurale en histoire du droit*, pp. 263 ss.

([19]) A.-J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, 1973.

([20]) A.-J. ARNAUD, *Une méthode d'analyse*, cit., pp. 302 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cifrazione delle ideologie (quindi, in definitiva, del carattere storico-sociale del codice stesso) stanno insieme in una operazione in cui lo ' strutturalismo ' non è una parola esornativa ma una analisi rigorosa e i risultati costituiscono, mi sembra, un *unicum* nell'ambito delle ricerche storico-giuridiche.

È a partire da questa ricca esperienza di indagine ' sul campo ' che Arnaud, anche nel saggio ospitato nel *Sonderheft* curato da Scholz, ripropone e arricchisce le sue prospettive metodologiche, offrendone insieme verifiche precise attraverso i risultati di ricerche pubblicate precedentemente, ma incorporate nel saggio che stiamo leggendo. Si tratta, in un caso, dell'' autopsia ' di un *corpus* di sentenze in materia matrimoniale della Corte di Appello di Aix-en-Provence ([20]), nell'altro caso della ricostruzione di una delle connotazioni ideologiche del sistema giuridico ad egemonia ' borghese ': il diritto come espressione di ' ordine ' e di ' pace ' ([21]). È evidente la diversità dei testi sui quali si esercitano le procedure di decifrazione impiegate da Arnaud: in un caso il *corpus* è chiuso e definito, e quindi sono elevate le possibilità di formalizzazione dei nessi strutturali interni; nel secondo caso, il problema metodologico principale, come Arnaud ben vede ([22]), è quello di stabilire, nelle intrecciatissime catene testuali che si accumulano come potenziali oggetti di decifrazione, quegli elementi tematici, quei richiami interni, quelle *coupures* che permettano di leggere come ' sistema ' un insieme impressionante, apparentemente eterogeneo, di testi.

In entrambi i casi, Arnaud ci offre, per così dire *in action*, al di là di possibili dissensi sull'uno o sull'altro particolare ricostruttivo, esempi convincenti di metodologie storiografiche ' alternative ' alla tradizione storico-giuridica più consolidata. Il suo saggio, in definitiva, si affianca perfettamente agli altri raccolti da Scholz nel *Sonderheft* di « Jus Commune », apparendo felicemente complementare ad essi: affrontando infatti, con originalità e rigore, i problemi della decifrazione delle ideologie e delle ' testualità ' giurisprudenziali — problemi eccentrici forse rispetto alla prospettiva più tipicamente ' annaliste ', ma non certo periferici nello spettro tematico di una storia del diritto (mi si passi l'espressione) *à part entière* — Arnaud contribuisce in modo determinante a fare del volume curato da Scholz non una impossibile ed inopportuna *summa* metodologica della storia del diritto, ma una serie di acute ed innovative proposte di lavoro.

PIETRO COSTA

([21]) *Ibidem*, pp. 288 ss.
([22]) *Ibidem*, pp. 285-288.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Wolfgang WIEGAND, *Studien zur Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit* (Münchener Universitätsschriften, Juristische Fakultät, Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, Band 27), Ebelsbach, Verlag Rolf Gremer, 1977, 187 pp.

Moderne juristische Systematik unterscheidet genau zwischen materiellem und prozessualem Recht und stellt beide Bereiche streng getrennt dar. Würde man aus einer solchen Sicht zu beschreiben versuchen, wie das Verhältnis von gemeinem und partikulärem Recht nach der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland von Lehre und Praxis beurteilt wurde, so läge es nahe, sich an Sätze zu halten, die dem Prozeßrecht weder angehören noch von ihm geprägt sind; denn das Trennungsdenken weist dem Prozeßrecht die Aufgabe zu, ein Verfahren zu regeln, in welchem die Beurteilung eines streitigen Rechtsverhältnisses auf Grund von Normen erfolgt, die schon vor und unabhängig von der Durchführung eines Prozesses als für das Rechtsverhältnis maßgebend feststehen, nicht aber die Aufgabe, die für die Beurteilung des Rechtsverhältnisses maßgebenden Normen erst zu bestimmen. Die Beantwortung der Frage, ob für die Beurteilung des Rechtsverhältnisses gemeines oder partikuläres Recht maßgebend, war, müßte das Trennungsdenken dem Satz entnehmen: « Ius speciale derogat iuri generali » bzw. seiner deutschrechtlichen Präzisierung: « Willkür bricht Stadtrecht, Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht Reichsrecht ». Es ist aber bekannt, daß so das wirkliche Verhältnis der verschiedenen Rechtsquellen zueinander nur unvollständig, nur in entstellender Einseitigkeit beschrieben werden kann.

Das hier zu besprechende Buch von Wiegand, eine Münchener Habilitationsschrift, hat sich zum Ziel gesetzt, den prozeßrechtlichen Gehalt der Rechtsquellenlehre der Rezeptionszeit darzustellen. Dies geschieht auf Grund der Auswertung der Legistik von Azo bis Philippus Decius und der Kanonistik bis Felinus Sandeus und sodann der deutschen, d.h. in Deutschland publizierten, überwiegend praxisorientierten Literatur des 16. und beginnenden 17. Jahrhunderts (S. 3). Aus der Darstellung Wiegands ergibt sich, daß die Kommentierung vor allem der nachfolgend genannten Stellen herangezogen werden muß, um die Rechtsquellenlehre so zu erfassen, wie sie durch die italienischen Juristen des Mittelalters ausgebildet und dann in Deutschland rezipiert wurde: D. 1, 1, 9; D. 1, 3, 32; D. 4, 1, 28; D. 11, 1, 13; D. 22, 3, 5; D. 22, 6, 2; D. 34, 2, 37; D. 42, 1, 32; C. 1, 14, 9; C. 1, 22, 2; C. 2, 20, 1; C. 2, 58, 2, 2; C. 4, 19, 23; C. 8, 52, 1 und 2; Dist. 19 c. 1; X 2, 19, 11; X 2, 22, 8; VI 1, 2, 1; VI 2, 9, 1 und. 2.

Wird die Suche nach dem anzuwendenden Recht unbefangen von einem prozeßrechtlichen Standpunkt aus unternommen, so ergeben sich folgende Fragen, deren Beantwortung durch die Juristen des späten Mittelalters und der Rezeptionszeit Wiegand im einzelnen nachzeichnet: Ist Recht dem Beweise überhaupt zugänglich, und inwieweit ist die

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Aufbürdung einer Beweislast auf den, der sein prozessuales Begehren auf eine Abweichung des partikulären vom gemeinen Recht stützt, der also die Nichtgeltung einer vom gemeinen Recht gewährten Erlaubnis oder Freistellung behauptet, mit dem Satz zu vereinbaren, daß Negationen nicht zu beweisen sind (Kap. II)? Muß der Prozeßgegner auf eine Rechtsbehauptung antworten (Kap. III)? Darf oder muß der Richter von den Parteien nicht angeführte Rechtsnormen von sich aus berücksichtigen? (Kap. IV - Damit hängt zusammen: Muß er sich wegen solcher Berücksichtigung (oder Nichtberücksichtigung) im Syndikatsprozeß verantworten?) Inwiefern kann, wenn Recht als unter Umständen beweisbedürftig und somit prozessual wie ein Faktum behandelt wird, dies für Gewohnheitsrecht und Statutarrecht Geltung haben (Kap. V)? Welches Recht ist schließlich nicht beweisbedürftig (Kap. VI)? Damit hängt zusammen die Bestimmung des Verhältnisses von Regel und Ausnahme im Hinblick auf gemeines und partikuläres Recht sowie angesichts der überragenden Bedeutung der Vermutungen für das Beweisrecht die Frage, welches Recht vermutet wird (S. 160 f.). Da die Vermutung für das gemeine Recht spricht, ist das durch den Satz « lex specialis derogat legi generali » scheinbar angedeutete Verhältnis in Wirklichkeit umzukehren: Aus prozessualen Gründen hat des gemeine Recht einen Vorrang. Deshalb heißt, sein prozessuales Begehren auf gemeines Recht stützen, « habere fundatam intentionem » (Kap. I).

Wiegands Arbeit kommt das Verdienst zu, für dieses an sich bekannte Resultat die genaue Fundierung in den Gedankengängen der maßgebenden Juristen aufgezeigt zu haben. Dem Leser wird es allerdings nicht ganz leicht gemacht, sich diese Gedankengänge zu erschließen. Der von Wiegand immer wieder und zu Recht betonten Komplexität der Zusammenhänge von Fragestellungen bzw. Argumenten korrespondiert seine Darstellungsweise, die die als Thema erwählte « Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit » nicht seziert, sondern nahezu unaufgegliedert, als Ganzes, unter je neuer Beleuchtung dem Leser vorstellt. Wer in den Quellen bewandert ist, weiß, daß eine im modernen Sinne systematische Darstellung dieses Themas gerade nicht quellengemäß wäre. Er wird dem Verzicht auf eine solche Systematik daher historische Genauigkeit zugute halten. Dennoch bleibt ein nicht voll befriedigtes Bedürfnis, den Rechtshistoriker als Vermittler zu sehen. Rechtshistorische Arbeit ist auch Übersetzungstätigkeit. M.E. wäre die Übersetzung der Quellen in die Schilderung einer Entwicklung, von den frühesten Erläuterungen der einschlägigen Texte ausgehend und die stufenweise Anreicherung der Argumentation durch spätere Juristengenerationen nachzeichnend, eingängiger gewesen als die von Wiegand gewählte Dartellung in konzentrischen Kreisen.

Eine Reihe von Einzelergebnissen der Untersuchung Wiegands verdienen besondere Hervorhebung: Es ist nicht nur partikuläres Recht

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(Gewohnheitsrecht und Statutarrecht), dessen Geltung als quaestio facti und demnach im Streitfall als beweisbedürftig angesehen wurde. Auch die Extravaganten, d.h. nicht in die autorisierten Sammlungen aufgenomme Bestimmungen, des gemeinen Rechts mußten von den Parteien allegiert und ihre Geltung bewiesen werden (S. 32 f., 150 ff.). Die Beweisbedürftigkeit eines Teiles des Rechts beruhte eben nicht auf fehlender Schriftlichkeit, sondern auf fehlender Gewißheit über die Geltung. Deshalb entfiel sie auch bei notorischem Gewohnheitsrecht. Allerdings wurde von den meisten Autoren die Allegationspflicht beim Gewohnheitsrecht uneingeschränkt festgehalten, so daß die Anwendung des Gewohnheitsrechts schlechthin der Parteiherrschaft unterlag (S. 101 ff.). Die Allegations- und Beweisbedürftigkeit des Statutarrechts schließlich wurde begrenzt durch die Pflicht des Richters zur Anwendung des in seinem Gerichtsbezirk geltenden Rechts (« statutum est ius commune in loco »); nur fremdes Statutarrecht braucht der Richter nicht zu kennen (S. 79 ff., 145 ff.). Diese Pflicht zur Kenntnis und Anwendung bezieht sich aber nur auf Recht, das im Sprengel des Richters generell gilt. Daraus folgt, daß im Instanzenzug der Umfang des auf ein streitiges Rechtsverhältnis ex officio und ohne förmlichen Beweis anzuwendenden Rechts nicht gleichbleibt, sondern abnimmt (S. 157 ff.)! Unterschiede, die die italienische Doktrin zwischen Gewohnheits- und Statutarrecht machte, wurden in Deutschland nicht rezipiert. Wenn die Reichskammergerichtsordnung von 1495, der zahlreiche partikuläre Kodifikationen gefolgt sind, die Richter verpflichtete, außer nach gemeinem Recht auch nach partikulären Normen, « die für sy pracht werden », zu richten, dann galt diese Allegationspflicht (hierum in erster Linie handelt es sich und erst mittelbar auch um eine Beweispflicht) für Land- und Stadtrechte sowie Statuten nicht weniger als für das Gewohnheitsrecht (Kap. VII).

Die herrschende Lehre von der prozessualen Behandlung des Gewohnheitsrechts war nicht gänzlich unangefochten: Petrus de Bellapertica verneinte die Allegationsbedürftigkeit nicht nur für die notorische, sondern für jede Gewohnheit und wollte informelle Weisen der Vergewisserung des Richters über ihm unbekanntes Gewohnheitsrecht zulassen (S. 105 ff.). Dies ist im Ergebnis der moderne Standpunkt, wie er z.B. dem § 293 der deutschen Zivilprozeßrechtsordnung zugrunde liegt. Damit dieser Standpunkt durchdringen konnte (was mit der Lehre Savignys und Puchtas vom Gewohnheitsrecht geschah, die alsbald von der gerichtlichen Praxis übernommen wurde — hierzu R. Scheuermann, Einflüsse der historischen Rechtsschule auf die oberstrichterliche gemeinrechtliche Zivilrechtspraxis, S. 85 ff., vgl. auch meine Besprechung in dieser Zeitschrift, Bd. 2, S. 769 ff.), mußte die prozeßrechtliche Qualifizierung des Gewohnheitsrechts als factum fallen gelassen werden. Einen ersten, aber folgenlosen Hinweis in dieser Richtung enthalten die Kommentare des Antonius de Butrio und des

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Dominicus de Sancto Geminiano zum Liber Sextus, in denen darauf aufmerksam gemacht wird, daß jeder Entstehungstatbestand einer Norm ein factum und insofern eine Differenzierung zwischen ius commune, Statut und Gewohnheitsrecht eigentlich fragwürdig ist (S. 139 ff.).

Die von Wiegand dargestellte Rechtsanwendungslehre war keine bloß akademische Angelegenheit, sondern war Inhalt der gerichtlichen Praxis. Das verbürgt schon der beträchtliche Anteil, den die Consilien-Literatur an den von Wiegand benutzten Quellen hat. Aber es war eine von gelehrten Juristen erdachte Praxis, den Bedürfnissen der gelehrten Rechtsprechung entsprungen und angemessen. Ob sie der rechtsuchenden Bevölkerung ebenfalls angemessen war? Die Frage weist über die gelehrte Jurisprudenz hinaus und bezieht die zeitgenössiche Gesellschaft ein; sie kann daher aus den von Wiegand ausgewerteten Quellen nicht beantwortet werden. Immerhin gibt seine Darstellung inzident einigen Aufschluß über das Auseinanderfallen von Recht, nach dem gelebt wurde, und Recht, nach dem gerichtet wurde. Ein Teil der Rezeptionsfeindschaft dürfte auf das Konto der Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit gehen.

GERHARD OTTE

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

SEGNALAZIONI

Due nuovi periodici storico-giuridici nell'area ispana/ispano-americana

Il 1976 è stato un anno fecondo per la pubblicistica periodica storico-giuridica dell'area ispana/ispano-americana. In quest'anno sorgono infatti due riviste, che crediamo opportuno segnalare al lettore dei ' Quaderni ', soprattutto al lettore italiano non sempre bene informato di quanto si produce in quell'area culturale; due riviste, cui vogliamo augurare una vita lunga e prospera.

La ' Revista de Historia del Derecho ' nasce in Spagna, nel clima fertile e vivo della Università di Granada. Ivi, già dal 1973, ad opera di un gruppo di colleghi consapevoli fra cui piace qui segnare il nome del nostro autorevole collaboratore José Manuel Perez Prendes, si era costituito lo ' Instituto de Historia del Derecho ', una struttura istituzionale tesa a una più puntuale organizzazione culturale del settore storico-giuridico e canonistico, e che fin dalla fondazione assumeva fra i suoi scopi primari proprio la pubblicazione di una rivista specializzata. Sotto la Direzione di Perez Prendes (ora passato alla ' Universidad Complutense ' di Madrid) vedono la luce, rispettivamente negli anni 1976 e 1977, i due numeri iniziali della ' Revista ', il primo contenente le ' Actas del Ier Coloquio internacional del Instituto ', il secondo — diviso in due tomi — realizzante un ' Volumen Homenaje al Profesor M. Torres Lopez '. Appare chiaro che la ' Revista ' non intende porsi nello stesso spazio autorevolmente occupato, da più di un cinquantennio, dal madrileno ' Anuario de Historia del Derecho Español ', ma — creatura degli anni '70 — cerca di avviare e coagulare una riflessione critica sui significati più riposti che il trascorrere e il decantarsi dei molti anni e delle molte discussioni dopo l'ultimo dopoguerra, le nuove aperture verso la dimensione della totalità, ivi compresa la dimensione ideologica, vengono a imprimere sul ' mestiere ' singolare e arduo di storico del diritto. È il senso del ' Coloquio ' voluto dallo ' Instituto ' granadino nel 1973 ed efficacemente sintetizzato da Perez Prendes nel suo prologo alle ' Actas ': « la necesidad de tomar contacto entre historiadores generales e historiadores del Derecho; de reflexionar conjuntamente sobre qué papel y significado corresponden a la Historia juridica dentro de unos planteamientos de Historia total; de meditar sobre cómo y hasta dónde esa Historia juridica se afectaba por la revisión de ideologias subyacentes en la tarea de investigación cientifica ». Le relazioni di Pierre Vilar su ' Histoire du Droit, Histoire totale ', di Hans Thieme su ' Wirtschaftsgeschichte und Rechtsgeschichte ', di Witold Kula su ' Histoire

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

du droit et Histoire économique ', nonché quella dello stesso Perez Prendes ' Notas para una epistemologia historico-juridica ', costituiscono, tra un folto apporto di relazioni particolari, il perno dell'intero volume, un volume — per più versi — degno di attenzione. Negli stessi tomi in onore di Manuel Torres Lopez, il problema metodologico è ricorrente fra i molti contributi grazie alla voce di Bartolomé Clavero, di Francisco Tomàs y Valiente, di Manuel Perez de Victoria Benavides; testimonio della sicura presa di coscienza della nuova storiografia giuridica spagnola e segno soprattutto della sua vitalità.

Di tutt'altro segno, ma di pari interesse, l'esperimento che nasce, sempre nel 1976, nell'area ispano-americana, in Cile, in seno alla ' Escuela de derecho ' della ' Universidad Catòlica de Valparaiso ': intendiamo riferirci alla ' Revista de estudios historico-juridicos ', promossa e diretta da Alejandro Guzman Brito, di cui — al momento in cui si scrivono queste note (ottobre 1978) — sono a noi pervenuti i due primi volumi. Nel silenzio — che speriamo provvisorio — della ' Revista chilena de Historia del Derecho ', la nuova ' Revista ' colma un vuoto e, nello stesso tempo, si segnala per un suo programma specifico. Anche in grazia della formazione del suo promotore e direttore Guzman Brito, un romanista aperto non solo alla storia della tradizione romanistica ma allo stesso diritto privato moderno nelle sue trame più tipiche, la ' Revista ', a fronte di un atteggiamento ormai consolidato nella storiografia giuridica cilena che mostrava l'attenzione dello storico quasi interamente assorbita da problemi del diritto indiano e del diritto costituzionale, vuole particolarmente insistere sulla storia del moderno diritto privato cileno e della grande Codificazione civilistica cilena, con la piena volontà di uscire dalla sola ristretta provincia della storia giuridica nazionale per inserirsi nel più ampio panorama del tessuto di rapporti fra cultura giuridica europea e nazionale cilena, questa apparentemente remota ed appartata ma sostanzialmente legata da ben precisi vincoli con quella. Accanto ai temi più propriamente romanistici (il periodico è diviso in due sezioni, l'una dedicata al ' Derecho romano ', l'altra alla ' Historia del Derecho ', cui — nel secondo numero — una terza si aggiunge per la ' Historia del pensamiento juridico ') si stagliano per il lettore dei ' Quaderni ' articoli di non poco interesse dovuti alla penna di Guzman Brito, di Huesbe Llanos, di Merello Arecco, di Williams Benavente.

P.G.

' Momenti del pensiero giuridico moderno '

Promossa e diretta da un civilista colto e sensibile come Pietro Rescigno nasce a Bologna, presso l'editore Forni, una iniziativa che si ha l'obbligo gradito di segnalare ai lettori dei ' Quaderni ': una

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Collana di volumi, che, come la sua intitolazione chiaramente denuncia (*Momenti del pensiero giuridico moderno* - Testi scelti a cura di Pietro Rescigno) vuole offrire uno specifico strumento culturale al giurista di oggi fortunatamente sempre più agguerrito di quella curiosità intellettuale, che è mancata a molti, troppi, opachi esegeti del nostro passato prossimo, ma che fu forza fondante e non già divertimento inutile dei più robusti giureconsulti del nostro passato remoto. Lo strumento che ci offre Rescigno è specifico, perché consiste nel ristampare anastaticamente opere significanti, ma, di fatto, irreperibili, e reimmetterle in una rinnovata circolazione con l'ausilio e il corredo di saggi introduttivi.

I primi due volumi sono già a nostra disposizione: *Delle viziose maniere del difender le cause nel foro*, di Giuseppe Aurelio Di Gennaro (1701-1761), opera pubblicata per la prima volta a Napoli l'anno 1744 e qui riproposta e introdotta da Raffaele Feola nella prima edizione veneta del 1748; *Il diritto di famiglia - Teoria generale* di Antonio Cicu, riproposto da Michele Sesta (che vi ha premesso una assai ampia introduzione) nella veste tipografica della classica ' Collezione di Opere Giuridiche ed Economiche ' dell'editore romano Athenaeum, in cui originariamente ebbe ad apparire, nel 1914.

Ricco di promesse, che speriamo presto realizzate, è il programma della Collana nell'immediato futuro; un terzo volume si annuncia in corso di stampa.

P.G.

' Il Sangue e la Terra '

Con questo titolo — che può apparire retorico a un frettoloso osservatore, ma che è, a nostro avviso, efficace ed azzeccato — Massimo Guidetti e Paul Henry Stahl aprono una trilogia sulle ' Comunità di villaggio e comunità familiari nell'Europa dell'800 ', che trova ospitalità nella felice e, per molti versi, coraggiosa Collana ' Già e non ancora ' di quell'operoso centro culturale milanese che è la ' Cooperativa Edizioni Jaca Book '.

La trilogia non è compiuta: dell'aprile 1977 è il primo ampio tomo (appunto ' Il sangue e la terra - Comunità di villaggio e comunità familiari nell'Europa dell'800 '); del novembre 1977 è il secondo (' Un'Italia sconosciuta - Comunità di villaggio e comunità familiari nell'Italia dell'800 '); se ne preannuncia il terzo per il 1979, con un titolo ancora imprecisato, ma con un contenuto dedicato a ' il dibattito teorico e storico svoltosi nell'800 sulle strutture comunitarie europee '.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Si tratta di un'ampia antologia, che tenta di porgere al lettore interessato — e interessato può essere il giurista come il sociologo, l'economista come lo storico e il geografo — un grosso materiale in tema di comunità di villaggio e di famiglia; materiale spesso inaccessibile, sia per essere redatto in lingue poco o punto note, sia per essere relegato in volumi, opuscoli, riviste, pubblicazioni ufficiali, risalenti ad epoca remota e comunque di estrema rarità.

Antologia che non esitiamo a qualificare utile e puntuale. È puntuale, perché si inserisce, oggi, in una intensa attenzione verso fenomeni di organizzazione socio-economica appartati e minoritari della nostra storia recente in Europa, ma sicuramente muniti d'una loro vitalità e sicuramente portatori d'un messaggio alternativo almeno su di un piano storico-culturale. Accanto al modo di organizzazione individualistico proprio del liberalismo classico, la gestione comunitaria della vita e della produzione ha un proprio spazio insospettato sia pure in una arcadia marginale o nei territori montani. Il monolito dell'affresco storico delineato dalla cultura ufficiale ottocentesca, se non si rompe, si incrina per mostrare un subalveo riposto, che non ha interrotto la sua continuità e l'ha, al contrario, portata innanzi contro il potere costituito e contro le sue basamenta intellettuali. In anni, come i nostri, in cui, anche ben oltre il debito, si fa avanti e prolifera una curiosità stucchevole per la sottostoria, un esasperato desiderio di conoscenza per l'episodico, il quotidiano, il materialmente e caducamente vissuto, un'antologia come questa ha almeno il merito della tempestività.

Ed è cosa utile, perché offre, in comoda silloge, una ridda di materiali comodamente tradotti in italiano. L'utilità si arresta però soprattutto a un terreno di seria divulgazione, proprio perché l'opera di Guidetti e Stahl *antologia* vuol essere, e troppo spesso ci porge frammenti di opere organiche, e spesso frammenti slegati, scelti secondo criterii discutibili, come avviene per la riduzione particolarmente grave cui viene sottoposto il contributo pregevole e complesso di Carlo De Stefani. L'esempio più macroscopico è tuttavia quello delle testimonianze di Massimo Kovalevski inserite nel primo volume: se si fa la meritoria fatica di tradurre dalla lingua d'origine saggi di Gešov e di Bobčev sulla *zadruga* bulgara o di Pič sul *rod* slovacco, perché non disseppellire dalle pubblicazioni e dalle riviste moscovite il notevole contributo di Kovalevski prima dell'esilio in Occidente invece di limitarsi a utilizzare tardivi saggi riassuntivi in inglese del sociologo russo? Chi scrive questa segnalazione, lavorando qualche tempo addietro sugli stessi problemi, dovette confessare, per propria ignoranza linguistica, che la sua interpretazione di Kovalevski era monca e provvisoria, giacché quella ignoranza gli aveva precluso l'accesso a una produzione in lingua russa, che Kovalevski stesso assumeva come nucleo fondamentale delle proprie indagini in materia, e nucleo originale e

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vivo, opacamente riflesso nelle sintesi offerte più tardi al lettore occidentale (1).

Ci rendiamo conto che la trilogia non è completata e che ogni giudizio può essere prematuro. La riserva or ora posta valga almeno da sollecitazione per Guidetti e Stahl a tentar d'ovviarvi nel terzo volume che ancora resta da stampare. Il volume si preannuncia, come sappiamo, dedicato a ' il dibattito teorico e storico svoltosi nell'800 sulle strutture comunitarie europee ', ma chi ha pratica della letteratura ottocentesca sulle comunità di villaggio sa benissimo che la dimensione descrittiva, la rilevazione dei dati, si mescola sempre con proposizioni teoriche e diagnosi pratica, ed è quindi assai relativa una distinzione su questa base.

Una riserva esplicita deve incentrarsi sulla eccessiva eterogeneità dei contributi. Si badi: non parliamo qui da giuristi — e giuristi miopi —, cui disturba di vedere affiancati saggi giuridici a saggi economici, etnologici e sociologici. A parte il fatto che né Guidetti né Stahl sono giuristi e che il loro interesse è prevalentemente socio-etnologico, il problema della comunità di villaggio ha una pluralità di dimensioni inscindibili l'una dall'altra. Quando più sopra si parlava di eterogeneità, si intendeva riferirsi innanzi tutto a una mescolanza discutibile di ottime cose ben meritevoli di essere riesumate con saggi che non metteva conto di ripubblicare e che da altri avrebbero potuto essere meglio sostituiti: tanto per restare nel campo a noi più familiare — quello storico-giuridico — appare opinabile la ripubblicazione, nel secondo volume, dei contributi teorico-pratici del Raffaglio, del Carretto, del Danielli, del Pupillo-Barresi scelti tra una sterminata letteratura della stessa indole con criteri che non ci sembrano propriamente qualitativi.

L'eterogeneità più grave concerne però i contenuti. Va da sé che l'oggetto ' comunità di villaggio e familiare ' sia tale da ricomprendervi una gamma svariatissima di situazioni organizzative diverse per struttura e funzione, oltre che da luogo a luogo e da tempo a tempo, e quindi un oggetto dotato di una estrema elasticità. Ma questa elasticità diventa forzata e quasi estrinseca, quando il fenomeno comunitario preso unitariamente in esame ricomprende, ai suoi estremi, indifferentemente, e la comunità di villaggio, e la famiglia colonica della mezzadria classica toscana. E qui non dovrebbe ribellarsi soltanto il giurista, che colloca il consorzio domestico della famiglia colonica — sia pure mediante la persona del mezzadro-capoccia — come parte di un contratto agrario a efficacia meramente obbligatoria, nel quale la proprietà del fondo resta riservata al concedente, ma dovrebbe sottrarvisi anche il sociologo per l'equivocità di accostare organismi strut-

(1) Cfr., p.e., quanto dice lo stesso Kovalevski nella prefazione al suo *Tableau des origines et de l'évolution de la famille et de la propriété*, Paris-Stockholm, 1890.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

turalmente e funzionalmente diversi nella stessa dinamica economico-sociale e per il rischio immancabile che corre di fondare dei denominatori comuni di troppo vistosa fragilità. Almeno un denominatore comune avrebbe dovuto, secondo noi, essere inabdicabile e invalicabile: quello di studiare strutture che offrono testimonianza di una gestione comunitaria della produzione con un vincolo di natura profonda (' reale ' direbbe il giurista) con la terra, evitando invece la commistione fra organismi che quella gestione compiutamente operano e quel vincolo affermano con altri che testimoniano soltanto forme associative nella organizzazione del lavoro agrario. Se poi ' comunità di villaggio ' e ' comunità familiare ' divengono dei contenitori formali, dei generi latissimi, a parte ogni valutazione sulla funzionalità interpretativa di tali schemi, allora si sarebbe dovuto ampliare l'inserimento dei tipi storici, includendovi un ricco fascio di organismi la cui esclusione, a questo livello, suona ingiustificata.

Malgrado queste riserve — talune delle quali potranno cadere alla pubblicazione del terzo volume — la iniziativa dell'editore milanese — ripetiamolo pure — è felice. Aggiungiamo che non è una iniziativa isolata: l'editore Jaca Book dimostra la propria sensibilità a ripercorrere i sentieri della cultura alternativa con la traduzione di vecchie opere, che il lettore italiano sicuramente ha da sempre sostanzialmente ignorato e su cui conviene invece che si rifletta un poco per la loro validità di testimonianza. Vogliamo, per ora, a chiusura di questa segnalazione fare un solo riferimento; ed è alla prima traduzione italiana degli ' Studien über die inneren Zustände, das Volksleben und insbesondere die ländlichen Einrichtungen Russlands ', che, dal 1847 al 1852, un singolare aristocratico cattolico tedesco, August von Haxthausen (1792-1866), pubblicò ad Hannover e a Berlino come relazione dei suoi viaggi e ricerche nell'Impero Russo (August von HAXTHAUSEN, *Viaggio nell'interno della Russia - 1843-1844*, Milano, Jaca Book, 1977, pp. 398).

Ci si potrà domandare quale interesse possa avere per uno storico del diritto la relazione di un viaggiatore ottocentesco e soprattutto quale connessione essa abbia con il tema centrale della nostra segnalazione. Rispondiamo: interesse e connessione specifici. Haxthausen non percorre le campagne russe per capriccio o per svago, ma, su invito dell'ambasciatore russo a Berlino e dietro finanziamento ufficiale della Casa Imperiale, per studiarvi quel pianeta Russia, che risaltava per la sua singolarità anche e soprattutto sul piano della organizzazione agraria.

Haxthausen — che si era dedicato fin dalla gioventù a raccogliere con altri intellettuali spezzoni del grande patrimonio del folclore e della letteratura popolare germanici, che aveva studiato diritto a Göttingen assorbendovi le lezioni più specifiche della Scuola Storica, che aveva già indagato la situazione fondiaria prussiana interessandosi alle or-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ganizzazioni comunitarie contadine dei territori orientali — ricerca in Russia a un livello di diffusione maggiore gli assetti fondiari della civiltà agraria slava, che dovevano aver funto da matrici per le a lui ben note e care *Gemeinden* rustiche della Pomerania. Il suo ' Viaggio ' all'interno dell'Impero zarista diventa per lo storico del diritto che si interessi al problema della proprietà collettiva nell'Ottocento una fonte primaria di documentazione, e ne è evidente il nesso con la antologia curata da Guidetti e Stahl: partecipano entrambi alla evocazione di un medesimo filone culturale.

L'unico rammarico, che possiamo esprimere per questa opportunissima traduzione, è che lo sforzo meritorio della Casa editrice non sia andato oltre il tradurre parzialmente la grossa ricerca haxthauseniana sulla base dell'antologia inglese curata da Starr nel 1972. Ma si tratta pur sempre della reimmissione in circolo di un personaggio e di un'opera a torto dimenticati.

P.G.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

A proposito di...

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

GIULIO CONTICELLI

ALLE RADICI DEL MODELLO MODERNO DI STATO E SOCIETÀ CIVILE NELLA CULTURA TEOLOGICO-GIURIDICA POSTUMANISTICA

(A proposito di Frank Bartholomew COSTELLO, *The Political Philosophy of Louis De Molina, S.J. 1535-1600*, Roma-Spokane 1974).

Per il giurista di oggi che voglia essere consapevole del terreno in cui affondano le radici degli strumenti del suo quotidiano lavoro di rappresentazione del vivere associato e dell'agire individuale, l'esplorazione si fa sempre molto più complessa, di quanto non ci tramandi l'insegnamento di una storiografia giuridica che spesso nei ' precedenti ' consolidava le dogmatiche certezze del presente. Al giurista oramai molte certezze fanno difetto e la ricerca, non solo del perchè della crisi della sua cultura, ma soprattutto del come operare in essa, lo sospinge verso aree storiche che potevano apparire sino ad ieri riservate alla esplorazione altrui.

Appare certamente un terreno particolare per la ricerca storico-giuridica quello costituito da quell'ampio lavoro di commento alla « Summa Theologiae » di San Tommaso, che teologi-giuristi domenicani, agostiniani e soprattutto gesuiti compirono nei secoli XVI e XVII, componendo non soltanto commentari, ma dando alle stampe anche dei distinti trattati ' De Legibus ' e ' De Justitia et Jure '. Della fecondità della ricerca su quell'intervento culturale all'inizio dell'età moderna per il giurista di oggi che cerchi scansioni meno scolastiche del processo di costituzione della cultura giuridica europea, è risultato un bilancio assai positivo nell'incontro di studio che a Firenze nel 1972 affrontò il profilo privatistico della Seconda Scolastica (1).

Un'imprescindibile condizione di controllo critico fu il presupposto perchè questi commentatori moderni della Scolastica tomista potessero apparire ' interni ' alla formazione delle certezze dell'individualismo

(1) *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno, Atti dell'Incontro di Studio di Firenze (16-19 ottobre 1972)*, a cura di P. GROSSI, Milano, 1973.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

possessivo dell'età moderna (2) e non semplici ecclesiastici rielaboratori delle dottrine di Tommaso. E quel controllo critico non solo fu operato rispetto all'ipotesi di una perenne modernità del pensiero di Tommaso che questi tardi scolastici avrebbero garantito con la realizzazione di un equilibrio tra intellettualismo e volontarismo nell'interpretazione del diritto naturale; ma più radicalmente si acquisirono come riferimenti essenziali i profondi mutamenti antropologici che il volontarismo francescano e il rinascimento umanistico avevano rappresentato per questi teologi-giuristi. Si arrivò icasticamente a sottolineare il tradimento che la Seconda Scolastica aveva compiuto della tradizione giuridica romanistica, che in Tommaso si era realizzata nell'autonomia dell'*jus* (3) rispetto alla legge morale cristiana.

I testi di questa 'altra' scuola di commentatori soprattutto nella loro rielaborazione della *quaestio De restitutione* di Tommaso ci hanno offerto significativi inizi di una comprensione moderna del diritto di proprietà, ma varie direzioni di ricerca si sono aperte e sono ancora da percorrere per un'analisi critica del loro pensiero giuridico e politico entro la formazione storica del diritto pubblico moderno.

Indubbiamente il *De Justitia et Jure* di Ludovico Molina può costituire un ricchissimo laboratorio per riproporre una lettura del pensiero politico e giuridico della Scolastica gesuitica del Rinascimento; ed è a questo teologo che è dedicata la ricerca di Frank Bartholomew Costello, *The Political Philosophy of Louis De Molina, S.J. (1535-1600)*, Roma-Spokane 1974, edito a cura dell'Istituto Storico della Compagnia di Gesù.

L'autore svolge una lettura delle *Disputationes* moliniane fornita di una quasi completa attrezzatura storiografica sulla Seconda Scolastica e va inoltre sottolineata l'attenzione con cui Costello ha confrontato il materiale del trattato *De Justitia et Jure*, di cui lo stesso Molina iniziò la pubblicazione a Cuenca nel 1593, con i testi inediti — e solo recentemente pubblicati — delle lezioni che il teologo di Evora aveva precedentemente esteso quale commento testuale alla *Summa* di Tommaso.

Dopo il tradizionale profilo biografico, lo storico gesuita ritiene di poter svolgere la sua ricerca sulla filosofia politica di Molina affrontando immediatamente il problema dell'origine della società civile.

Ritroviamo in Molina, entro la discussione sul sorgere della società politica (4), l'indicazione della prima formazione in cui l'uomo si trova

(2) V. in particolare P. GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, in *La Seconda Scolastica*, cit., pp. 117-222.

(3) V. M. VILLEY, *La promotion de la loi et du droit subjectif dans la Seconde Scolastique*, in *La Seconda Scolastica*, cit., pp. 52-71, e ID., *La formation de la pensée juridique moderne. Cours d'Histoire de la Philosophie du Droit, 1961-67*, Paris, 1968, *passim*.

(4) *De Origine Laicae Civilisque Potestatis. Disputat. 22*, in L. MOLINA, *De Justitia et Jure*, Moguntiae, 1659, Tract. II, t. I, col. 111 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a vivere, cioè la famiglia costituita dalla *societas coniugalis*, dalla *societas paterna* e dalla *societas herilis* (5). Il modello interpretativo che Molina sembra utilizzare è quello della tradizione aristotelico-tomista in cui la società politica è la fase terminale di uno sviluppo progressivo che inizia nella società familiare; la condizione originaria degli uomini non sarebbe caratterizzata dalla loro reciproca libertà ed uguaglianza ma in primo luogo dal loro inserimento organico nelle *societates* in rapporti di subordinazione. È l'esigenza di soddisfare ulteriormente una serie di bisogni sia materiali che spirituali che spingerebbe l'uomo ad una unione delle famiglie nella società politica (6).

Costello, mentre ritiene che vi sia piena corrispondenza di questi due fondamenti della società politica rappresentati dalla *indigentia* e dalla *socialitas* nella dottrina moliniana con la tradizione aristotelico-tomista, valuta necessario discutere come il terzo fondamento, l'*eventus peccati*, abbia ricevuto una errata interpretazione da J. N. Figgis e da O. Gierke. Costello, contrapponendo alcuni riferimenti testuali di Molina, s'impegna in una decisa opposizione alla lettura oramai risalente dello storico inglese e di quello tedesco, che avevano intravisto come in questo teologo gesuita il sorgere della società politica sia posto come conseguenza del peccato originale (7). La linea di lettura dello storico gesuita si svolge sottolineando come soltanto il carattere coercitivo del potere politico derivi dal peccato di Adamo, in considerazione della presenza anche *in statu innocentiae* della *potestas* politica.

(5) « Ex hac autem societate familiae communitas, societasve, ortum habuit inter homines. Porro perfecta familia, *autore Aristotele loco citato*, ex tribus personarum se mutuo respicientium complicationibus coalescit. Prima est, viri cum uxore. Secunda, parentum cum filiis. Tertia, dominorum cum servis, in familiae subsidium, et obsequia necessaria assumptis. Ex his vero tribus complicationibus, quibus perfecta familia constat, triplex potestas oritur in familia », MOLINA, *De Justitia et Jure*, Tract. II, Disp. 22, t. I, col. 111.

(6) « Secundo indiget etiam homo vita in plurium familiarum communitate, quoniam cum nascatur omnibus artibus, peritiaque rerum omnium vacuus, ac sine naturalibus instinctibus, quibus bruta ad nociva fugienda quaerendaque et conficienda necessaria, sunt praedita; sane nisi in multarum familiarum communitate versaretur neque artes addiscere, quibus ad paranda subsidia necessaria indiget (cum tamen longe plures illi essent addiscendae, eo, quod aliorum opera et industria uti non posset) neque naturalium supernaturaliumque rerum posset scientiam comparare », MOLINA, *De Justitia et Jure*, Tract. II, Disp. 22, t. I, col. 114. E prosegue: « Denique instrui imbuique non posset peritia et moribus quae ingenuum probumque virum decent, atque ita periret amicitia, ususquae multarum virtutum », *ibid.*

(7) « Cum vero hominum sensu post peccatum ad malum proni sint ab adolescentia, totque pravi effectus, quot experimur in illis ut plurimum dominentur profecto si ita extra politicam communitatem viverent, ut nulla esset *publica* superior potestas, quae sua potentia et autoritate eos coercere ac comprimere posset, omnia plena essent caedibus, seditionibus, rapinis, furtis, dolis, ac fraudibus, potentioribus opprimentibus minus potentes, longeque deterior esset conditio ac miseria generis humani quam sit hodie hominibus in Republicis distintis adunatis »: MOLINA, *De Justitia et Jure*, Tract. II, Disp. 22, t. I col. 114. (Il corsivo è nostro).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Questa analisi dei fondamenti della società politica nella dottrina moliniana, anche se può essere confortata da alcuni passaggi del testo, sfugge tuttavia le nuove consapevolezze che la riflessione del teologo rinascimentale sembra offrire e le racchiude entro lo schema della naturalità della società politica contro ogni 'laica' ipotesi di *pactum societatis*.

È nella direzione della più precisa identificazione del significato di questi fondamenti 'naturali' della società politica che va compiuta l'interpretazione del contributo moliniano, ed intendiamo riferirci ai profondi mutamenti che nei teologi della Seconda Scolastica subisce il significato di *natura-naturalis* sulla base dell'ipotesi che viene elaborata dell'*homo in puris naturalibus*.

Molina sposta l'analisi della giustificazione della società politica da una prospettiva storico-sociologica ad una prospettiva giusrazionalistica. Traspare anche dallo stesso impianto del trattato moliniano come l'esposizione della dottrina tradizionale della società familiare (8), che precederebbe la società politica, segua la definizione essenziale del potere politico compiuta preliminarmente nella *disputatio 21* « *Potestas quid sit, et de civili et ecclesiastica potestate* » (9).

L'accento di Molina cade consapevolmente sull'analisi giuridica del rapporto politico e ne definisce il concetto in forma assai puntuale (10): il potere politico « est facultas alicuius autoritatem et eminentiam super alios habentis ad eorum regimen et gubernationem » (11).

Se esaminiamo il contesto in cui viene formulato questo concetto di potere politico va osservato come lo si fondi antropologicamente non nella 'natura' umana ma sulla razionalità intrinseca dell'uomo: « Est ergo potestas de quo loquimur, in solis vigentibus intellectu et libero arbitrio ad alios regendos et gubernandos, atque adeo in solis hominibus inter res omnes corporeas » (12).

La distinzione che era stata operata tra ordine soprannaturale e ordine naturale nelle controversie teologiche del Cinquecento, aveva condotto i teologi gesuiti ad un approfondimento della struttura essenziale-razionale della natura umana che ci è rappresentata dalla compiuta ipotesi teologica dello stato di natura pura e dalla centralità della difesa del libero arbitrio nella costruzione della morale umana (13).

---

(8) « De Origine laicae civilisque potestatis. Disp. 22 », in MOLINA, *De Justitia et Jure*, Tract. II, t. I, col. 110 ss.

(9) MOLINA, *De Justitia et Jure*, Tract. II, Disp. 21, t. I, col. 105 ss.

(10) « Quia vero dominium jurisdictionis potestas quaedam est, ab explicatione potestatis erit nobis incipiendum », MOLINA, *De Justitia et Jure*, Tract. II, Disp. 21, t. I, col. 105.

(11) *Ibid.*

(12) *Ibid.*

(13) Sulla rilevanza di queste tematiche rispetto alla dottrina giuridica della Seconda Scolastica, cfr. recentemente F. TODESCAN, *Lex Natura Beatitudo. Il problema della legge nella Scolastica spagnola del sec. XVI*, Padova, 1973, p. 59 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Questo processo di ulteriore razionalizzazione dell'antropologia cristiana rispetto alla impostazione ancora agostiniana della « Summa » di Tommaso che viene così operata dai teologi-giuristi della Scolastica rinascimentale appartenenti alla Compagnia di Gesù, penetra e non può non diffondersi anche nella loro riflessione politica: è in questa antropologia del libero arbitrio (14) che si radica la comprensione della società politica, ponendo come liminare la situazione soggettiva del potere politico come *facultas*, rispetto all'indagine delle distinte formazioni sociali in cui storicamente si esercita.

Il passaggio da una prospettiva storica-concreta ad una astratta-giuridica centrata sulla *facultas* ci indica l'indubbio distacco di Molina, nella comprensione del problema del potere politico, non tanto dal testo di Tommaso ma dagli stessi commentatori della scuola di Salamanca quali Vitoria e Soto; in essi, infatti, permane intensa ancora una concezione organicistica della struttura della società politica che fa perno sull'*indigentia* e la *socialitas* dell'uomo. La naturalità della

---

(14) Nell'analisi della filosofia politica e giuridica di Molina costituisce indubbiamente una specifica esigenza l'approfondimento critico della sua antropologia: una conferma si può ritrovare nei risultati dei più recenti studi di A. QUERALT, *Libertad humana en Luis de Molina*, Granada, 1977, già apparsi nell'Archivo Teológico Granadino, 38 (1975), pp. 5-156; 39 (1976), pp. 5-100; 40 (1977), pp. 5-45. Questa ricerca condotta sui testi moliniani di carattere strettamente teologico come il « *Liberi arbitrii cum gratiae donis, divina praescientia, providentia, praedestinatione et reprobatione concordia* » (a. 1588), ci conduce ad esplorare nel pensiero di Molina i presupposti e le condizioni del libero agire dell'uomo nella conoscenza e nella volontà, la essenza della libertà e gli aspetti principali della realizzazione del libero arbitrio: Queralt compie acute riflessioni che rivelano i fondamenti critici dell'« ottimismo » morale di Molina. E possiamo confermare le nostre valutazioni sulle carenze metodologiche del saggio di Costello, concordando con il suggerimento che nelle conclusioni Queralt ha formulato: « La concepción que Molina tiene del actuar libre del hombre le impulsa a encontrar o a aceptar una « ciencia » divina especial — ciencia media — que conozca estos actos humanos y así Dios pueda armonizarlos con su absoluta soberanía sin menoscabo de la libertad del hombre. También es la libertad la base para todo su sistem jurídico » (*op. cit.*, pp. 238-239).

Inoltre un preciso contributo alla interpretazione del « giusnaturalismo » di Molina, o meglio della complessità che il problema della legge naturale assume nei teologi-giuristi della Seconda Scolastica che operano sulla base della compiuta scomposizione tra ordine naturale e ordine soprannaturale, è offerto per il giurista dall'osservazioni che Queralt sviluppa sul tema moliniano dell'obbligatorietà della legge naturale: « Si par una hipótesis, come hace Molina, se prescinde de ese « imperio » que proviene de la ley eterna divina comunicada a la creatura, podremos considerar el dinamismo obligante de la ley natural — autónoma — por así decir, en su misma estructura. Y bajo esta hipótesis, o como se ha dicho « bajo este doble absurdo supuesto », de que Dios no exista y que con todo la creatura racional tuviese la misma estructura que ahora tiene, se echa de ver claramente que pierde la ley natural *mucho* de su valor y fuerza; pero no se puede llegar a la conclusion de que lo pierda *todo* » (*op. cit.*, p. 270). Nel discorso filosofico-morale come in quello politico-giuridico, il punto di fuga della prospettiva di Molina è costituito oramai da una ipotesi che è fondata solo razionalmente.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

società politica in Molina esprime invece alcune tensioni razionalistiche di un *pactum societatis*, espresso — nell'analisi — dal distacco tra la famiglia che costituisce la diretta espressione dei bisogni dell'uomo, e la comunità politica, che, dopo il peccato di Adamo, si costituì con potere coercitivo sui membri: « Etenim statim ac genus humanum ab innocentiae statu per peccatum corruit, necessarium fuit dominium iurisdictionis cum vi quadam coercente introduci, quo homines in officio continerentur, propulsarentur et punirentur iniuriae paxque et tranquillitas inter eos servaretur » ([15]).

Non si può certamente interpretare nel testo moliniano una piena intuizione di uno stato naturale pre-politico cui abbia fatto seguito il ' contratto sociale ' in cui la legittimazione del potere sarebbe il consenso dei contraenti: si avrebbe la proiezione sullo assai complesso dettato del teologo di Evora di un modello laico giusnaturalistico; ma una proiezione altrettanto semplicizzante è compiuta da Costello che utilizzando il tradizionale schema della filosofia politica cattolica di Rommen ([16]), scinde il testo moliniano e soprattutto la robusta e nuova intelaiatura giuridica fondata sul concetto di *facultas* nella comprensione del potere politico.

Costello in primo luogo ha compiuto una rigida separazione tematica nella analisi della filosofia politica di Molina non approfondendo in linea orizzontale l'evoluzione storica della riflessione teologica moliniana e le elaborazioni ' apparentemente ' politiche e giuridiche. Una chiave di lettura che stratifica questi livelli del discorso, in particolare nei teologi-giuristi della Seconda Scolastica, quasi parallelizzando il teologico e il politico, da un lato ostacola una storicizzazione che entro la riflessione culturale di questi intellettuali voglia leggere le più complessive tensioni delle istituzioni e dei gruppi sociali, dall'altro si preclude una comprensione significativa di ciascun livello del discorso come è accaduto per la mancata attenzione al linguaggio giuridico del pensiero di Molina.

Infatti, il concetto di potere politico quale posizione dominativa, rispetto a cui il *bonum commune* tomistico costituisce oramai solo un riferimento esterno degli atti di esercizio, è approfondito nel *De Iustitia et Iure* attraverso il tema della *iurisdictio*.

Molina svolge consapevolmente la definizione di *iurisdictio* della Glossa e di Bartolo ([17]) per approfondirne il profilo eminentemente

---

([15]) MOLINA, *De Justitia et Jure*, Tract. I, Disp. 20, t. I, col. 99.

([16]) Nel lavoro di Costello è citato anche esplicitamente lo studio oramai classico di H. R. ROMMEN, *The State in Catholic Thought: A treatise in political philosophy*, St. Louis, 1945.

([17]) MOLINA, *De Justitia et Jure*, Tract. V, Disp. 2, t. IV, col. 1427. Sui mutamenti semantici che il concetto di *jurisdictio* presenta già in Bartolo, v. P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medioevale (1100-1433)*, Milano, 1969, p. 160 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pubblicistico ([18]): la *facultas* che sostanzia il potere si manifesta nella *lex*. La *iurisdictio* si esprime attraverso l'atto volontario del principe: « Imperium seu praeceptio a suprema ad id potestate permanenter lata ac promulgata, non uni aut alteri, sed omnibus aut simpliciter, aut ad quos id pro eorum conditione, loco, tempore, ac aliis circumstantiis servare spectat, et acceptata quando, ut vim habeat, acceptatione indiget » ([19]).

La legge ha quindi quale suo carattere essenziale la generalità dei destinatari, distinguendosi dal comando particolare, e insieme, come è stato osservato dal Todescan ([20]), viene ad essere assente in Molina ogni riferimento al *bonum commune* quale fine intrinseco della legge. Se si pensa alla complessità teologica e filosofica che contiene la magica espressione di *bonum commune*, e della quale anche la recente riflessione maritainiana si era resa consapevole nell'affrontare la tradizione tomista, si sarebbe dovuto imporre al lettore critico della filosofia politica del Molina un approfondimento che cogliesse i riflessi teologici e filosofici della diversa funzione dell'ideologia religiosa entro le contraddizioni della società moderna.

In Molina la *lex* quale manifestazione della *iurisdictio* non rinvia al valore finale del bene comune, perchè oramai la fonte di validità sta nel carattere « pubblico » di colui che esercita il potere: « iurisdictionem ... esse id a quo potestates publicae formaliter habent, quod sint publicae potestates » ([21]). Al valore ancora « teologico » della *iustitia legalis*, che è relegato quale cornice irrilevante della riflessione politica, è sostituito nel vivo del moderno discorso moliniano il valore giuridico della categoria di « pubblico ».

L'inflessione volontaristica e razionalistica del pensiero politico di Molina dà come esito questa pubblicizzazione della società politica penetrando entro il significato dei concetti di *iurisdictio* e di *lex*. Costello non offre sufficiente attenzione nell'economia del suo saggio ai mutamenti semantici che i concetti giuridici di Molina esprimono e relega nella parte finale del suo lavoro un appendice giuridica che quasi si contrappone ai capitoli iniziali di analisi della filosofia politica; l'insufficiente storicizzazione di questa filosofia politica è sottolineata inoltre dalla mancata riflessione che sul significato del potere

---

([18]) « Alij vero rectius dicunt, iurisdictionem dici a dictione iuris: dicere vero ius esse non solum sententiam pronuntiare et definire quid ius equitasque contineat sed etiam legibus ac praeceptis gubernare, iustitiam administrare, atque universim personam publicam in alios ut in sibi subditos potestatem habentem facere circa illos, quicquid pro potestate, qua sibi subduntur, efficere potest ». MOLINA, *De Justitia et Jure*, Tract. V, Disp. 2, t. IV, col. 1427.

([19]) MOLINA, *De Justitia et Jure*, Tract. V, Disp. 46, t. IV, col. 1698.

([20]) F. TODESCAN, *op. cit.*, p. 117 ss.

([21]) MOLINA, *De Justitia et Jure*, Tract. V, Disp. 2, t. IV, col. 1428.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

politico aveva avuto l'acquisita separazione tra diritto pubblico e diritto privato, che è intensamente presente nel testo moliniano (22).

Alla situazione dominativa del proprietario radicata in una antropologia individualistica (23) si ha una corrispondenza direttamente proporzionale in questa struttura pubblicistica del potere politico: certamente non possiamo ricercare nè ritrovare in Molina la completezza giuridica dell'intuizione bodiniana della sovranità, ma il discorso giuridico del teologo con la sua distinta bipartizione dell'esperienza giuridica ci indica come si stia compiendo un completo superamento della commistione feudale di potere politico e di proprietà.

Questa filosofia politica, pur non collocandosi entro il filone delle correnti assolutiste, appartiene intrinsecamente tuttavia alla ideologia dello Stato Assoluto, che rappresenta l'iniziale autonomia del politico dalle istanze economiche moderne: è una connessione che passa anche nel teologo gesuita attraverso questa lenta ma insistente ricostruzione pubblicistica del politico.

Emerge quindi come una corretta lettura della filosofia politica di Molina e dei teologi giuristi della Seconda Scolastica, che voglia superare oramai le insufficienti categorie storiografiche di « Riforma-Controriforma - Riforma Cattolica » non possa prescindere, quale strumento di comprensione adeguata all'oggetto, dalla ricerca dei significati che i concetti giuridici di *potestas-ius-iurisdictio-lex* assumono: oramai i nuovi rapporti tra Stato e società civile si stanno consolidando nella realtà europea.

I teologi-giuristi della Seconda Scolastica tracciano infatti attraverso le innovazioni del linguaggio giuridico con cui intessono il tradizionale ordito della teoria politica aristotelico-tomista, il profilo dello Stato quale rappresentante dell'interesse « generale ».

Strettamente organati in questa mutata rappresentazione dell'ordine civile, sono in Molina approfonditi gli elementi costitutivi della « sovranità » sia interna che esterna del potere politico: il trasferimento della *potestas* dalla comunità politica al soggetto che l'esercita, il limite rappresentato dal diritto di resistenza, le condizioni di legittimità dell'*jus ad bellum* e dell'*jus in bello*, costituiscono più le nervature giuridiche di un complesso disegno politico, che non la puntuale soluzione di singole questioni morali. E ne è prova l'esame della *quaestio* « *De bello* », che è ormai collocato in Molina non nella trattazione « *De charitate* » come suggerisce il modello della q. 40 della IIa IIae di Tommaso, ma entro lo studio delle cause di acquisto e di perdita del *dominium* (24). Costello compie sì un'ampia descrizione della dot-

(22) Nella stessa organizzazione delle *disputationes* era presente il criterio distintivo di *dominium iurisdictionis* / *dominium proprietatis* come è espresso nella premessa al *De tributis*, in *De Justitia et Jure*, Tract. III, t. III, col. 453.

(23) P. Grossi, *La proprietà*, cit., p. 145 ss.

(24) Molina, *De Justitia et Jure*, Tract. II, Disp. 98, t. I, col. 410 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

trina di Molina su questo tema, nei lunghi capitoli intitolati in modo accentuatamente apologetico « *Molina's Internationalism* » ([25]), ma vi è compiuta una ricostruzione delle singole ipotesi di guerra difensiva ed offensiva piuttosto che il loro inserimento in uno schema interpretativo che abbia significato anche per il giurista di oggi.

Alla mancata individuazione dei valori fondamentali nel discorso politico di questo giurista rinascimentale, che abbiamo già sottolineato rispetto al problema dell'origine della società politica, segue che anche il problema del rapporto tra il potere civile e il potere religioso, che costituisce uno dei temi su cui i giuristi-teologi della Seconda Scolastica hanno lungamente riflettuto, si riduca in Costello alla interpretazione incerta delle singole formule giuridiche, oscillando tra osservazioni circa il loro modellarsi sui precedenti medioevali ed una precomprensione dettata dalla esperienza giuridica del nostro secolo ([26]).

Il problema storiografico che Molina e gli altri scrittori politici della Scolastica rinascimentale ci pongono è confermato dalla impressionante resistenza ideologica che la loro formulazione della « *potestas indirecta in temporalibus* » mostra in una fortuna che giunge sino ai nostri manuali di diritto canonico ed ecclesiastico.

Costello diligentemente espone come Molina formuli la distinzione tra potere civile e potere spirituale, come neghi la dottrina del dominio temporale del pontefice e compia una formulazione precisa del potere indiretto del papa nell'ordine civile in coerenza con « il suo tempo » ([27]); ma irrisolti nello studio dello storico americano ancora rimangono il « perchè » ed il « come » della modernità di quella formula. Utile sarebbe stato in ogni caso se ci si fosse ricollegati almeno a quella tradizione storico-giuridica che ha lungamente ricercato gli antenati più remoti delle formule che davvero divengono i dogmi della cultura giuridica ([28]): dell'operazione di scavo filologico quegli sparsi reperti ci possono essere sempre di ausilio nella comprensione di alcuni particolari della costruzione giuridica moderna, benchè i fondamenti

---

([25]) F. B. COSTELLO, *op. cit.*, cap. VI e VII.

([26]) Così Costello conclude il capitolo medievalisticamente intitolato « *The Two Swords* »: « Molina's observations on Church-State relations leave much to be desidered, He vacillated between a rejection of the 'direct power' theory and an acceptance of John of Paris' view. Molina was apprehensive that the Church, though admittedly a perfect society, could hardly exist — in crises at least — without some means of direct temporal power. The concept of emergency powers for the ecclesiastical society played an essential role in the history of Germany's Weimar Republic ». (F. B. COSTELLO, *op. cit.*, p. 93).

([27]) « As the first Jesuits writing in the field, both Molina and Bellarmine in taking John of Paris' theory, modify it in a distinctive fashion to fit the conditions of the sixteenth century ». (F. B. COSTELLO, *op. cit.*, p. 88).

([28]) Cfr. l'ormai lontano F. GILLMANN, *Von wen stammen die Ausdrücke « potestas directa » und « potestas indirecta » papae in temporalia?*, in *Archiv für Katholisch Kirchenrecht*, 48 (1918), pp. 407-409.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

reali di questi dogmi si ritrovino nella loro più complessa funzionalità politica e sociale ([29]).

Come Costello non ha sottolineato che in Molina l'asse portante del discorso sul potere politico è spostato verso una soluzione razionalistica dell'origine della società politica affinchè la *pax* e la *tranquillitas* siano garantite, così la soluzione per comprendere nella rappresentazione di Molina le condizioni di mantenimento e di sviluppo di questo *ordo* giuridico di cui si ammanta il potere sociale moderno è assai più complessa che non la riproposizione pur rinnovata degli assunti della Scolastica tomista, come Costello sembrerebbe invece suggerirci.

L'attento teologo-giurista di Evora in corrispondenza con la nuova realtà europea degli stati nazionali, vede di fronte al principe — che è oramai il garante dell'« ordine pubblico », cioè della coesistenza di tutti —, un suddito che si qualifica per il fondamentale dovere di obbedienza civile, che potremmo definire costituzionale rispetto alla forma assolutistica del potere politico. Alla pluralità dei centri di potere civili e religiosi della società feudale, all'articolarsi ed intrecciarsi dei legami di fedeltà e di obbedienza che costituivano il reticolo costituzionale medioevale corrispondeva una complessa figura di cristiano-uomo-cittadino, la cui qualificazione giuridica scaturiva proprio dalla contemporanea appartenenza ad una pluralità di ordinamenti. Alla frantumazione finale dell'involucro della *Respublica Christiana* in conseguenza delle lotte religiose del Cinquecento, si dissolveva il principio di unità nell'ideologia religiosa e si sostituiva il nuovo principio fornito dall'ideologia politica che tende a costituirsi « scienza politica »: e pur entro un quadro costituito dalla tradizione religiosa Molina ne mostra piena consapevolezza nella sua dottrina dello Stato nella quale la *potestas Ecclesiae in temporalibus* oramai è un « altro » potere e non più un potere parallelo.

Nella dottrina di Molina questa priorità logica del potere politico emerge anche nell'esame della tradizionale tematica del gioco dei due poteri: l'iniziale adagio « Potestas duplex est. Laica videlicet et Ecclesiastica » ([30]), che potrebbe appartenere alla trattatistica dell'età di mezzo, è immediatamente assorbito entro le coerenti e significanti strutture della moderna antropologia moliniana. Il discorso di Molina, infatti, che Costello non si preoccupa neppure di trascrivere nel suo capitolo sui rapporti tra lo spirituale e il temporale, si svolge non secondo le immagini tradizionali delle supreme potestà dell'impero e del papato, ma assumendo il taglio antropologico in cui netta si compie la distinzione moderna tra politica e morale: e proprio in un con-

---

([29]) V. la consapevole analisi dal punto di vista canonistico del tema in P. BELLINI, *Prospettazione ideologica e realtà politica della « potestas ecclesiae in temporalibus »*, Ferrara, 1975.

([30]) MOLINA, *De Justitia et Jure*, Tract. II, Disp. 21, t. I, col. 106.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

testo così classico l'ipotesi di accento razionalistico dello *status in puris naturalibus* ci mostra il suo significato strutturale e non solo aggiuntivo nella filosofia politica moliniana: « Quo loco animadvertendum est, esto homo conditus non esset in finem supernaturalem per media supernaturalia comparandum, sed in solum finem naturalem, adhuc tamen distingui posset eiusmodi duplex potestas » (31).

L'ipotesi di questa condizione dell'uomo che avrebbe come destino un fine nell'ordine naturale, permette che si distinguano indipendentemente dalla rivelazione e dalla tradizione istituzionale cristiane, i due mondi del civile-politico e del morale-religioso: « Esto homo a Deo fuisset conditus in solum finem naturalem, adhuc homines agnoscerent esse unum primum principium summe bonum, a quo esse et caetera bona acceperunt et expectant, ac proinde dignum esse, cui famulatum et honorem exhibeant. Quare sicut congregati ad Rempublicam unam constituendam eligere sibi possent communem principem, qui eos in pace et justitia contineret, eosque defenderet et commune temporalem eorum bonum curaret: sic etiam eligere possent alium qui ad cultum, debitumque famulatum Deo exhibendum praeesset, quique in eo munere principe seculari esset superior » (32).

Risuona certamente in questo testo « moderno » l'esperienza del contatto con le altre culture extra-europee che la Compagnia di Gesù stava compiendo, come è confermato successivamente anche dal Molina (33), ma soprattutto ci viene manifestato il criterio ordinatore con cui si ricostruisce con il ricco materiale scritturistico, patristico e storico della canonistica medievale, la *potestas pape in temporalibus*.

Molina, ponendosi sulla linea dei commentatori moderni di Tommaso, quali Vitoria, Soto e dei contemporanei Bellarmino, De Lugo, Suarez formula la dottrina di un potere del papa nell'ordine temporale che ha soltanto un carattere incidentale, *quatenus spiritualia exigunt* (34): « Potestas spiritualis summi Pontificis ad finem supernaturalem, adjunctam quasi ex consequenti habet supremam et amplissimam potestatem jurisdictionis temporalis super omnes principes et reliquos, qui sunt de Ecclesia; praecise tamen quantum postulat finis supernaturalis, ad quem spiritualis potestas ordinatur » (35). Molina può anche far seguire l'esemplificazione degli atti di esercizio di quella giurisdizione papale, cioè quanto la canonistica medioevale aveva elaborato con *deponere reges, inter principes judicare de rebus temporalibus, leges infirmare,* ma la novità della formulazione nella Seconda Scola-

---

(31) *Ibidem.*

(32) *Ibidem.*

(33) « Hodie etiam apud Iaponenses et alios infideles, distincti sunt sacerdotes a principibus secularibus, sive ab eis pendeant, promoveantur, ac deponantur, sive non ». MOLINA, *De Justitia et Jure*, Tract. II, Disp. 21, t. I, col. 107.

(34) MOLINA, *De Justitia et Jure*, Tract. II, Disp. 29, t. I, col. 149.

(35) *Ibidem.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stica del problema della *potestas papae in temporalibus*, non va ricercata in questa più o meno ampia estensione ed intensità del potere giuridico del pontefice.

Il punto di vista infatti, con cui Molina insieme con gli altri giuristi domenicani e gesuiti della Seconda Scolastica elabora il problema del rapporto tra i due poteri è oramai completamente distinto rispetto all'esperienza unitaria del « civis-christifidelis » nell'ordinamento costituzionale medievale che si fondava sul principio dell'unità e della superiorità della chiesa, e sulla base del quale si componeva il conflitto tra obbedienza religiosa e obbedienza civile: il potere del pontefice, che appare chiaramente il capo di *una* comunità religiosa, presuppone esso stesso la struttura del potere del principe, che indipendentemente dalla confessione religiosa è garanzia dell'ordine politico e della pace tra cittadini strettamente vincolati dal dovere di obbedienza civile.

Molina come fa trasparire dall'accentuazione « pubblicistica » del potere politico la consapevolezza della neutralizzazione religiosa della politica statale ([36]), così utilizza le argomentazioni della canonistica sul potere del pontefice *in temporalibus*, con la coscienza della scissione tra politica e morale, tra suddito e uomo. La sua soluzione del potere indiretto non è un relitto dell'ordinamento medievale, ma è una proiezione verso le articolazioni della società moderna: con questa formulazione del potere indiretto, ancora nascosto sotto la formula giuridica della *potestas papae in temporalibus* si anticipa la rappresentazione del rapporto di influenza indiretta che la società civile, assorbendo l'*Ecclesia*, eserciterà sullo Stato assoluto sino alla rivoluzione borghese.

Come anche ha sottolineato la storiografia tedesca più recente che non è citata da Costello ([37]), con la formula moderna del carattere « indiretto » del potere del pontefice nel temporale, che è presente in Molina e negli altri giuristi della Seconda Scolastica, si elabora un raffinato strumento giuridico che sotto il dualismo temporale-spirituale copre il moderno dualismo di politica e morale, di Stato e società civile e ne costituisce il modello « archeologico ». La connessione della società civile allo Stato assoluto si opererà per due secoli, infatti, nell'indiretta influenza dell'appello morale al principe sino a quando l'esperienza illuminista sarà maturata nelle dottrine rousseauiane della riappropriazione dello Stato da parte della società.

([36]) Vedi le efficaci espressioni della *Disputatio* 19. « *Utrum existens extra charitatem dominii sit capax* »: « Praeterea incertum esset, quisnam esset legitimus dominus, cui parendum esset, et num leges et praecepta ab eo lata vim ullam haberent: quare periret regimen et administratio rerum publicarum, et consequenter pax, et tranquillitas hominum ». MOLINA, *De Justitia et Jure*, Tract. II, Disp. 19, t. I, col. 95.

([37]) V. le osservazioni acute di R. KOSELLECK, *Critica illuminista e crisi della società borghese*, trad. it., Bologna, 1972, in particolare p. 192 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Lo Stato assoluto, come Stato di transizione dalle forme feudali di dominazione politica alle rivoluzioni borghesi, implica la riduzione dell'uomo a suddito, la coscienza a giudizio privato irrilevante « pubblicamente », l'obbedienza a conformità e osservanza formale della legge, pur di garantire la *pax* e *tranquillitas*, di fronte al rischio permanente delle lotte religiose, cioè della guerra civile: l'autocoscienza borghese potrà svilupparsi non nella identificazione in questo monolito politico, ma nell'ampliare in nome dell'appello all'uomo, alla morale, la propria sfera d'influenza *indiretta* su di esso. In Molina, al di là dei suggerimenti di Costello che tenderebbero a rinchiuderlo entro l'universo simbolico medievale, nella sua rappresentazione dei processi di potere il centro gravitazionale è già costituito dalla « *publica potestas* » sia rispetto all'articolarsi dei poteri economici interni che agli altri poteri sociali ad essa esterni quale primariamente quello religioso: anche per questi teologi-giuristi della Seconda Scolastica si sta compiendo una rivoluzione copernicana.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MAURIZIO FIORAVANTI

UN FRAMMENTO DI STORIA DELLA CULTURA GIURIDICA DELL'OTTOCENTO TEDESCO

(A proposito del *Carteggio Jhering-Gerber (1849-1872)*, a cura di Mario G. Losano, Milano, Giuffrè, 1977).

' Affrontare un carteggio ' è il titolo dell'ultimo paragrafo del saggio introduttivo che Losano ha premesso alla ampia raccolta epistolare (1), ed è proprio questo il primo e più grave problema che deve porsi anche il recensore di questo singolare volume.

Superando, infatti, per quanto possibile, i limiti della mera descrizione della struttura esterna di questa opera (2), tentiamo di aiutare il lettore ad ' affrontare ' il carteggio, cioè a scoprire la sua intima funzionalità alla ricerca storica, alla comprensione della giurisprudenza tedesca dell'Ottocento. Ciò può avvenire, nel nostro caso, in più sensi.

Iniziamo, intanto, dalla dimensione che concerne le distinte individualità dei due giuristi, l'interpretazione delle loro opere.

Da questo punto di vista, il carteggio può senza dubbio costituire un utile strumento di ausilio per lo studioso delle due personalità. In primo luogo per la conoscenza del rapporto che Jhering e Gerber stabilirono con le vicende del loro tempo, del modo con il quale entrambi si collocarono con la ricerca scientifica nel contesto del processo storico.

Se è vero che questi delicati problemi interpretativi possono trovare nella testimonianza epistolare, intesa quale mezzo di analisi storiografica, soluzioni fragili e non sempre appaganti, è, però, altrettanto certo che spesso proprio un carteggio sviluppatosi, come il nostro, per un lungo arco di tempo, può rivelare ciò che nelle opere di un certo autore non è immediatamente percepibile.

---

(1) Mario G. Losano, *La teoria giuridica al bivio tra sistema e funzione*, pp. XVII-LXVII.

(2) Il volume, oltre al saggio introduttivo sopra ricordato, ed alle lettere scambiate tra Gerber ed Jhering, quasi trecento, comprese nello spazio temporale tra il 1849 ed il 1872, contiene un'accurata bibliografia delle opere dei due giuristi: per Jhering cfr. pp. 565-625, per Gerber cfr. pp. 697-718. Infine, E. Bonazzi ha curato il saggio bibliografico, intitolato *La fortuna di Jhering in Italia*, pp. 629-694, che costituisce un utilissimo punto di partenza per un saggio critico, che ponga a proprio oggetto il tema, assai importante, della recezione dell'opera di Jhering in Italia.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Noi crediamo che la costruzione scientifica di un certo giurista debba essere valutata, in sede storiografica, nella sua duplice dimensione obbiettiva di atto interpretativo di un certo contesto storico, e di prodotto di quel medesimo contesto, ma non di meno pensiamo che quella costruzione sia frutto di una specifica individualità, che in essa siano ben presenti le traccie della cultura e della biografia intellettuale del suo creatore.

Qui entra in gioco la funzione di un carteggio, come quello che stiamo esaminando. Esso ci insegna, in primo luogo, a cogliere le diversità tra i due uomini, a considerare fin da ora fuorvianti delle indagini sui due giuristi, che non tengano conto delle loro differenziate individualità.

Via via che si sfogliano le pagine del Carteggio, si vanno delineando i contorni di due distinte personalità, che traspaiono persino dallo stile delle lettere: da una parte quelle di Gerber, cordiali, ma anche fredde, limitate all'essenziale, a volte quasi frettolose, dall'altra quelle di Jhering, lunghissime, ricche di confidenze personali e scientifiche, spesso tormentate, piene di contraddizioni e di ripensamenti (3).

Le lettere di Gerber ci appaiono subito scritte da un uomo, che certo teneva al legame di amicizia con Jhering, ma che lo inseriva in un ampio quadro di relazioni sociali, di pluralità di ambiti entro i quali si svolgeva la sua azione, si maturava la sua opera di giurista. Si può dire, infatti, che le opere scientifiche di Gerber di maggior respiro, ed organicità, si collochino alla fine degli anni '40 (4), mentre, nel corso degli anni '50, durante i quali si sviluppa e si consolida l'amicizia con Jhering, abbiamo tutta una serie di articoli, che certamente non sono, presi nel loro complesso, meno importanti per la comprensione della sua opera, ma che, indubbiamente, sono frutto di un impegno quantitativamente minore, di una riflessione non meno profonda e puntuale, ma certamente applicata ad oggetti più delimitati (5).

Ciò è sicuramente spiegabile con il crescere degli impegni pubblici, e politici *lato sensu*, di Gerber. Chiamato nel 1851 a Tübingen (6), nel

---

(3) Anche Losano annota la diversità dei due uomini in questo senso: pp. LXIV-LXV.

(4) Ci limitiamo, per ora, ai soli contributi di diritto privato, e ci riferiamo al *Das wissenschaftliche Princip des gemeinen deutschen Privatrechts*, Jena, 1846, ed alla prima edizione del *System des deutschen Privatrechts*, in due parti, Jena, 1848-1849.

(5) Questi articoli, riferentesi a singoli istituti di diritto privato, si trovano raccolti nel volume *Gesammelte juristische Abhandlungen*, Jena, 1872.

(6) Come è noto, la chiamata di Gerber avvenne a danno di August Ludwig Reyscher, germanista, ed uomo politico liberale, caduto in disgrazia con il principe locale. Il suo significato fu, indubbiamente, politico, e tale dovette apparire anche ai contemporanei, come ha documentato l'accurata indagine di J. RÜCKERT, *August Ludwig Reyschers Leben und Rechtstheorie*, Berlin, 1974. Reyscher e Gerber erano entrati più volte in polemica, come osserva il curatore del nostro Carteggio, nel saggio introduttivo già cit., pp. XXIX-XXXII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1855 è già Cancelliere dell'Università, ed in quanto tale occupa *ex lege* un seggio nel Parlamento del Württemberg. Tra il 1857 ed il 1861 partecipa alla Conferenza di Norimberga, che dette forma al diritto commerciale tedesco. A testimonianza dell'influenza e della popolarità raggiunte da Gerber, il Sovrano del Württemberg gli propone, nel 1861, il Ministero dell'Istruzione, dal nostro giurista rifiutato per motivi contingenti, relativi alla politica confessionale del Governo, da lui disapprovata (7).

Fornendo queste notizie al lettore, non pensiamo di deviare dal nostro compito principale, ma crediamo, anzi, di aiutare la comprensione del rapporto esistente tra i nostri due giuristi. Risaliamo per un attimo a quanto dicevamo poco sopra sulle diversità tra Jhering e Gerber.

Se quest'ultimo rappresentava, come abbiamo visto, il giurista attivo a livello di teoria e di prassi, continuamente combattuto tra gli impegni della costruzione dogmatica, e quelli, non meno pressanti, della vita pubblica, Jhering, in contrapposto, esauriva la sua personalità nella ricerca scientifica. Gli anni '50 sono da lui dedicati esclusivamente alla stesura del suo *Geist des römischen Rechts* (8), che lo assorbe totalmente, lasciando spazio solo ai problemi dell'insegnamento, degli studenti, dei corsi universitari. Le sue lettere « riflettono la quieta esistenza di un benestante professore tedesco » (9), che, probabilmente, nel legame di amicizia con Gerber cercava di colmare la sua carenza di rapporti sociali, di trovare una dimensione operativa, uno sbocco ai tormenti di una ricerca scientifica troppo isolata.

Ecco, dunque, una prima indicazione scaturente dal Carteggio, che può essere orientativa dello studio dell'opera dei due giuristi. Non è certo irrilevante approfondire la biografia intellettuale dei due giuristi, sapere che il *Geist* di Jhering è stato scritto nella quiete della sua Università, dove gli echi degli eventi politici giungevano solo di rimbalzo, mentre, invece, tutta l'attività scientifica di Gerber si è modellata a contatto con il concreto sviluppo della società e delle istituzioni tedesche (10).

---

(7) Gerber disapprovava il favore del *Württemberg* per la Chiesa cattolica. È anche sulla spinta di questi fatti che si trasferì, nel 1863, in Sassonia, e precisamente a Lipsia, avendo ricevuto una chiamata a quella Università.

(8) *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, 1852. I volumi successivi della medesima prima edizione appaiono nel seguente ordine: vol. 2^1, 1854, vol. 2^2, 1858, vol 3^1, 1865. Il volume 3^2 non fu mai pubblicato.

(9) M. G. Losano, *La teoria giuridica al bivio tra sistema e funzione*, cit., p. LV. Proprio alle pp. LV-LXIV Losano delinea le personalità di Jhering e di Gerber, così come appaiono dalla lettura del Carteggio.

(10) Continuiamo a riferirci agli scritti di diritto privato degli anni '50, che già abbiamo citato alle note 4 e 5 lasciando per ora da parte il Gerber giuspubblicista.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Naturalmente, ciò non significa che sia proponibile un taglio netto in questo senso, che, tra l'altro, non ci farebbe più capire il significato del legame strettosi tra i due giuristi: quale interesse avrebbe mai potuto coltivare il ' politico ' Gerber per la fredda dogmatica di Jhering, e viceversa?

È vero, invece, che i tormenti di Jhering nascono tutti dalla necessità di fornire una scienza all'altezza dei tempi. La stesura della sua opera risultava difficoltosa proprio perché egli si rifiutava, quale romanista, di ripetere formule consolidate, ma, in più punti, ormai distanti dalle esigenze di una società in continuo mutamento. Così egli scrive a Gerber nel marzo 1853: « A proposito del *foenus nauticum* e della *lex Rhodia*, ho esaminato i contratti di assicurazione, l'assicurazione di nave in Germania, e con tale variazione ho reso alquanto più vivace anche per me lo sterile lavoro » (11), e, in altra lettera, valutando gli esiti delle ricerche germanistiche condotte proprio da Gerber, ed i risultati conseguiti, positivi per il chiarimento dei rapporti del presente, ma contraddicenti ai dogmi del diritto romano, commenta, quasi con senso di rassegnazione: « Così, un pezzo dopo l'altro, il romanismo si sgretola e cade via » (12).

Le differenze con Gerber, però, rimangono. Se è giusto affermare che Jhering non fu uomo poco sensibile nei confronti della realtà storico-sociale, nella quale si collocava il suo impegno scientifico, è tuttavia altrettanto certo che, fino al ripensamento metodologico che ebbe il suo primo avvio alla fine degli anni '50, egli continuò a tentare la soluzione di tutte le contraddizioni all'interno della dogmatica giuridica, e dei suoi tradizionali confini.

A questo proposito è illuminante l'atteggiamento di Jhering circa la possibilità di una dogmatica del diritto pubblico. Quando Gerber comunica all'amico la sua intenzione di occuparsi di diritto pubblico, così Jhering risponde: « Ella parla di un diritto costituzionale! Oh, mio ottimo amico, non vorrei; non è il momento ora di affrontare il diritto costituzionale e le forze migliori non riusciranno a fare nel campo della scienza altrettante cose buone e durature quante un solo cattivo ministro ne rovina. Si tenga al suo diritto privato, scriva una buona volta una monografia dogmatica ... Ella possiede un rilevante interesse dogmatico (fenomeno raro tra i germanisti), conosce il diritto

---

(11) Lettera del 12 marzo 1853, p. 51.

(12) Lettera del 12 febbraio 1854, p. 78. Il saggio di Gerber cui Jhering si riferisce è *Zur Lehre von den Lehns- und Familienfideikommiss- Schulden*, pubblicato in *Zeitschrift für Civilrecht und Process*, Neue Folge, XI, 1854, pp. 183-210, dove si trattava il problema delle *Lehnsschulden*, e quello, più generale, sotteso all'argomento specifico, della autonomia privata, che Gerber cercava in questi anni di ridurre nei confini e nelle forme del negozio giuridico, sottraendola alla sua dimensione di fonte di diritto. Non possiamo, ovviamente, soffermarci sul tema.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

romano ed è estremamente adatto a produrre qualcosa di solido nel campo della dogmatica » (13).

Mentre Gerber è già proiettato nel futuro, ed avverte la necessità di una trattazione dogmatico-giuridica dello Stato, per Jhering quest'ultimo è costituito ancora dal tradizionale quadro di riferimento storico-culturale delle costruzioni dei giuristi, che debbono essere essenzialmente di diritto privato. In questo senso l'età moderna, dalla rivoluzione francese in poi, con la sovranità del legislatore, è l'età dell'arbitrio, della minaccia continua, portata dall'alto, agli equilibri della società civile, e, con essi, alle certezze della scienza giuridica (14). I giuristi, in quanto con la loro opera spiegano, chiariscono, ed anche costruiscono, quegli equilibri, sono quanto meno tendenzialmente estranei, se non ostili, al potere politico, che, con la sua invadenza, pretende di sconvolgere in un giorno, con un solo atto, quello che la storia, e l'intelligenza giuridica, pazientemente hanno accumulato e sistematizzato. Per Jhering, come già per Savigny e per i Maestri della Scuola Storica, una scienza del diritto pubblico, una dogmatica giuspubblicistica, non sono proponibili.

Questa incomprensione jheringiana del desiderio di Gerber di rivolgersi al diritto pubblico è certamente assai significativa, e ci riporta a quanto sopra dicevamo circa la sostanziale diversità tra i due giuristi. L'autore del *Geist*, pur non rappresentando — come abbiamo visto — un romanismo estraniato dalle esigenze nascenti dal nuovo tessuto sociale (15), riproponeva nei fatti, nel momento in cui negava attendibilità scientifica ad un eventuale impegno dei giuristi a livello pubblicistico, il tradizionale primato della scienza di diritto privato, mostrando di credere ad un'indefinita crescita della società civile e, soprattutto, alla possibilità dei giuristi di accantonare il problema-base dell'Ottocento tedesco, ed europeo, quello della costruzione dello Stato liberale.

Non si tratta certo — diciamolo subito — di una posizione personale di Jhering, bensì di un atteggiamento comune alla scienza giuridica tedesca dei primi sessanta anni del secolo, a partire dalle note elaborazioni di Savigny: la Germania saprà trovare una sua via spe-

---

(13) Lettera del 6 aprile 1851, p. 12. Dal primo impegno di Gerber a livello di diritto pubblico scaturirà il volume *Über öffentliche Rechte*, Tübingen, 1852.

(14) « Quanto bramo un'epoca tranquilla, nella quale, come prima del 1848, si possa attendere con tutta l'anima alla scienza! », scrive Jhering a Gerber nella lettera del 21 gennaio 1851, p. 9.

(15) Gli anni '50 — sia detto per inciso — sono gli anni del più deciso avvio del processo di industrializzazione. Per un rapido sguardo d'assieme, cfr. W. FISCHER, *Das Verhältnis von Staat und Wirtschaft in Deutschland am Beginn der Industrialisierung*, e *Soziale Spannungen in den Frühstadien der Industrialisierung*, contenuti nella raccolta di contributi dello stesso Autore, intitolata *Wirtschaft und Gesellschaft im Zeitalter der Industrialisierung*, Göttingen, 1972, pp. 60-74 e 224-241 rispettivamente.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cifica, sfuggendo alle disastrose conseguenze della rivoluzione francese, al moderno primato della volontà legislativa, all'assurda pretesa di modificare dall'alto ciò che è oggettivamente dato per tradizione storica. Perseguendo questo ideale, Jhering, come la più larga parte dei giuristi tedeschi, si dedica esclusivamente al diritto privato, al chiarimento ed alla spiegazione dei rapporti giuridici tra i singoli individui, considerando il ' pubblico ' una sorta di peccato rivoluzionario, frutto della particolare situazione francese della fine del Settecento.

Al contrario, per Gerber il problema centrale era sempre più quello della volontà statuale, delle forme della sua manifestazione, del suo rapporto con l'ordine giuridico esistente. Il ' politico ' Gerber — e così torniamo alle differenze tra i due uomini, al loro diverso grado di sensibilità nei confronti della totalità del processo storico — aveva ben compreso che tali questioni si sarebbero poste inevitabilmente anche per la Germania, che i giuristi rischiavano di essere sempre più emarginati, se continuavano a limitare il loro lavoro alla dogmatica privatistica. Quale senso mai avrebbero avuto i loro sforzi di costruzione scientifica nell'ipotesi che si fosse affermato un potere politico invadente, capace di incidere nelle sfere dei privati, di sconvolgere con un suo atto gli equilibri già raggiunti, sui quali i giuristi medesimi avevano fondato le loro costruzioni? Si poteva continuare a lavorare scartando tranquillamente questa ipotesi? Era quello che facevano uomini come Jhering, ma che non poteva risultare soddisfacente per un Gerber, che viveva ben più a dentro delle vicende politiche del suo tempo.

Egli comprendeva benissimo che le soluzioni post-rivoluzionarie degli anni '50 erano provvisorie, conseguenti ad un compromesso tra il movimento liberale ed il vecchio apparato di potere, che costituiva, più che altro, una pace armata, preludente ad un nuovo, e decisivo, scontro. La formula dello Stato nazionale organico serviva solo a differire, ed a nascondere, i problemi, ma non a risolverli ([16]). Non era certo cullandosi nei miti del germanismo, della speciale, e specifica, capacità della storia tedesca di conciliare i contrasti, che si dava una risposta attendibile alle esigenze del presente e, soprattutto, ai pericoli del futuro. L'equilibrio si sarebbe presto rotto, ed allora sarebbe stata indifferibile la questione della sovranità, del rapporto tra la volontà statuale e l'ordine giuridico dato. Guardando al futuro, così come Gerber faceva, si comprendeva che non ci si poteva più limitare alla sistemazione dei rapporti privati, che la scienza giuridica doveva as-

([16]) In una lettera a Jhering del 27 settembre 1859 Gerber scrive: « Oggi è per noi il genetliaco del Re: predica, discorso, banchetto. Il vecchio sire compie settantotto anni. Da tempo il suo umore deve essere estremamente tetro. Come potrebbe essere diversamente? Tutto è stato vissuto a sazietà, tutto è passato. È nota l'inanità di ogni cosa. Nessuno vuole più credere a ciò che esiste presentemente e le vie per figurarsi il nuovo sono del tutto introvabili » (p. 280).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sumersi in prima persona il compito di dare una risposta al problema della dinamica tra Stato e società civile.

Come vediamo, è ben difficile mantenere il nostro discorso su questo Carteggio, e sulle sue possibili utilizzazioni, dentro i confini esclusivi della conoscenza delle due distinte storie culturali di Gerber e di Jhering. Se già è apprezzabile un risultato in questo senso, sarebbe, però, assai limitativo bloccare la nostra analisi a questo punto. Se la conoscenza dei due uomini, e del loro diverso grado di tensione nei confronti della società del tempo, è ciò che in primo luogo chiediamo a questo Carteggio, è altrettanto vero che esso può essere sfruttato in altra, e forse più proficua, direzione.

A noi sembra che la sua utilizzazione non possa esaurirsi nello sforzo di penetrare nella biografia intellettuale dei due giuristi, di conoscere le loro inclinazioni, le loro valutazioni del presente storico, nel momento nel quale ponevano in essere le loro opere, ma che essa debba estendersi, per cogliere il problema del rapporto tra i due studiosi, del suo significato nel contesto della cultura giuridica dell'Ottocento tedesco.

Da questa angolazione, a nostro avviso, prende estremo rilievo il fatto che Gerber ed Jhering, all'inizio del loro legame, si muovevano in due campi distinti, nei differenziati ambiti scientifici del diritto tedesco e del diritto romano. Ed, allora, si pone subito il problema: cosa chiedeva il germanista Gerber al diritto romano, e, viceversa, cosa chiedeva il romanista Jhering al diritto germanico? La questione non deve apparire oziosa, poiché, solo pochi anni prima, un'amicizia, e — come vedremo — addirittura un comune progetto scientifico, tra un germanista ed un romanista, sarebbero sembrati inconcepibili.

Ci riferiamo — è evidente — ai dibattiti degli anni '40, e, soprattutto, al volume di Georg von Beseler « Volksrecht und Juristenrecht » [17], che scatenò tutta una serie di polemiche all'interno della Scuola Storica [18]. Nell'opera di Beseler si illustrava compiutamente un punto di vista, che diverrà poi comune a tutto il movimento germanista degli anni successivi [19]. La recezione del diritto romano — questo il momento focale della discussione — è avvenuta facendo violenza sul diritto nazionale, attraverso un ristretto ceto di giuristi, che hanno occupato i posti di più alta responsabilità. Non vi era stata affatto un'assimilazione dei principii del diritto romano al tessuto nazionale — così come sosteneva Savigny — ma, al contrario, la recezione di quel diritto aveva aperto una spaccatura tra diritto ' colto '

[17] Leipzig, 1843.

[18] Per una breve rassegna degli interventi critici, cfr. J. SCHRÖDER, *Savignys Spezialistendogma un die ' soziologische ' Jurisprudenz*, in *Rechtstheorie*, Berlin, 1976/I, pp. 23 e ss. Alcune notizie sul volume di Beseler, e sulle reazioni che suscitò nei contemporanei, sono fornite anche da M. G. LOSANO, nel saggio introduttivo più volte citato, pp. XXI-XXII.

[19] Cfr. ancora il saggio introduttivo di Losano, cit., pp. XVIII-XXIX.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e 'volgare', tra norma scritta e consuetudine vissuta, e, ciò che più conta, tra ceto dei giuristi e diritto nazionale. La scienza giuridica, perciò, non poteva assumersi un compito meramente tecnico-dogmatico, perché così si sarebbe autocondannata ad approfondire il suo già esistente isolamento, ma doveva, invece, recuperare la conoscenza delle tradizioni giuridiche popolari, legandosi a tutto il movimento politico nazionale. Fu una proposta non solo teorizzata, ma anche praticata, da uomini come Beseler e Reyscher, che furono tra i protagonisti dell'Assemblea di Francoforte del 1848. Ciò che essi si attendevano sul piano specifico della scienza giuridica, era l'apertura di una profonda crisi delle tecniche e della dogmatica romanistica, e la ricerca delle nuove certezze nell'ambito della complessiva rinascita nazionale.

Come è noto, le cose andarono diversamente: non solo non accadde questo, ma, al contrario, la crisi si aprì in seno al germanismo, come parte della più ampia delusione del movimento liberale dopo il fallimento del '48. Mentre i varii Beseler e Reyscher, a Francoforte, discutevano della futura Costituzione, Gerber, estraneo al movimento politico in atto, dava alle stampe il suo *System* ([20]), dove si iniziava ad organizzare il complesso materiale storico germanistico adoperando la tecnica romanistica.

Ma, per Gerber, il diritto romano era qualcosa di più di una raffinata tecnica, della quale servirsi per mettere ordine nella caotica situazione del diritto nazionale. Quando giunge all'Università di Tübingen, e pronuncia la sua *Antrittsrede*, così delinea programmaticamente i compiti della scienza giuridica: « Die Natur des Rechts fordert noch eine andere Behandlung als die historische. Die geschichtliche Darstellung knünpft das Recht an seine erzeugende Momente in der Vergangenheit an, sie erzählt sein Entstehen und allmähliges Wachsen bis zur gegenwärtigen Erscheinung. Damit ist aber zunächst nur der eine Theil des Bedürfnisses, das Verständniss des Rechts, befriedigt. Das Recht ist aber nicht bloss eine Thatsache, die gewusst, es ist zugleich eine lebendige Macht, von der die Gegenwart beherrscht werden soll. Daher ist es nothwendig, dass die aus der Geschichte gewonnen Rechtsideen nun wiederum aus ihrer historischen Bindung gelöst und nicht bloss als folgenreiche Thatsache äusserlich erzählt und geschildert, sondern als lebendige Glieder eines in unserem eigenen Wollen und Empfinden begründeten Organismus erkannt werden. Diese Thätigkeit ist eine wesentliche produktive. Sie ist ein vollständiges Wiedererzeugen des Geschichtlichen für die unmittelbare Gegenwart » ([21]).

([20]) *System des deutschen Privatrechts*, Jena, 1848-1849.

([21]) *Zur Charakteristik der deutschen Rechtswissenschaft*, Tübingen, 1851. Noi citiamo dal volume *Gesammelte juristische Abhandlungen*, cit., dove il discorso di Gerber è ripreso come prima parte del saggio *Über deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft überhaupt*, pp. 1-35 (p. 11 per la frase da noi citata).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Qui è il nucleo essenziale della proposta di Gerber. Non si tratta di spezzare una lancia a favore del diritto romano in quanto tale, ma di lavorare 'romanisticamente' sul diritto nazionale, cioè di passare da una concezione del diritto quale ordine della collettività, dipendente dai suoi costumi e dalle sue tradizioni, ad una visione del diritto quale strumento d'intervento, quale 'potenza vitale' dominante il presente storico, e, corrispondentemente, dal primato della *Rechtsgeschichte* a quello della dogmatica, della costruzione del sistema dei rapporti di volontà, dalla scienza descrittiva alla scienza produttiva.

Mentre Beseler e Reyscher, ancora negli anni '50, si attardavano nella già invecchiata polemica tra diritto storico e diritto nazionale, Gerber sempre più disinvoltamente operava senza il bisogno di invocare l'autorità del diritto romano, sempre più chiaramente mostrando il vero contenuto del suo 'romanismo' (22), non costituito dalla pretesa di inquadrare tutto il tessuto giuridico nazionale nei principii romanistici, ma, bensì, dalla volontà di esprimerlo in forma giuridica, sistematica. Se a questo fine serviva il diritto romano, ben venisse il suo contributo, ma il risultato finale dell'opera del giurista non doveva essere definibile a priori come 'romanistico', ma semplicemente come 'giuridico'. Stesso discorso valeva per il versante 'germanistico' di Gerber, che non era affatto abbandonato, ma mantenuto in quanto 'giuridicamente' esprimibile. Del diritto nazionale era rifiutato ciò che era legato ad un passato medievale, nel quale esso era ancora « innig verbunden mit der Sitte »; quando esisteva « ein schwacher Formulirung des Rechts in abstracten Sätzen » (23).

Gerber, col suo 'romanismo', si considerava l'interprete dell'età nuova, caratterizzata dalla specificità e dall'autonomia del dato giuridico, dalla sua *Objektivierung*; la dogmatica è il compito del presente in quanto è il diritto stesso a porsi in concreto come pensabile in forme astratte: « Sobald das Recht eines Volkes biz zum Objektivierungsprozesse gelangt ist, bildet sich im Bewusstsein der Rechtskundigen ein System, d.h. ein Ganzes von ineinander greifenden und sich gegenseitig bestimmenden Sätzen » (24). Al livello specifico del diritto privato, è necessario giungere « zu einem System freier Möglichkeiten

(22) Nella Prefazione alla quinta edizione del suo *System*, Jena, 1855, Gerber affermava di lavorare in « piena indipendenza dal diritto romano », per « trasferire nell'ambito della costruzione giuridica la produzione giuridica tedesca, affermandone e preservandone le idee che le sono proprie » (p. XXVIII); brano citato secondo M. G. LOSANO, *La teoria giuridica al bivio tra sistema e funzione*, cit., p. XXXIII.

(23) *Über den Begriff der Autonomie*, in *Gesammelte juristische Abhandlungen*, cit., pp. 36-100, p. 39 (il saggio uscì per la prima volta nell'*Archiv für civilistiche Praxis*, 37, 1854, p. 35 e ss.). Il termine *Sitte* deve intendersi come 'costume', ossia come insieme di componenti etiche e sociali *lato sensu*, che condizionano il dato giuridico, che lo legano alla situazione particolare, togliendo al giurista la possibilità di pensarlo in 'abstracten Sätzen'.

(24) Id., p. 45.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

der individuellen Beherrschung der Dinge, welche meistentheils keine besonderen geschichtlichen und sozialen Verhältnisse, sondern nur die unmittelbare Kraft der Persönlichkeit zur Voraussetzung haben »: l'astrazione-base del diritto privato è quella della personalità individuale (25).

Non si critica la scienza privatistica in quanto ' germanista ', ma in quanto non sappia fornire « ein System von Rechtsinstituten, deren jedes in irgend einer Möglichkeit der menschlichen Willensrichtung seinen Grund hat », ma solamente « eine systematische Darstellung von Rechtszuständen welche zum grossen Theile dem Wechsel sozialer und politischer Krisen anheim fallen und daher unmöglich die Grundlage einer unabhängigen Wissenschaft sein können. Diese Wissenschaft des deutschen Privatrechts war daher nicht eigentlich ein Theil der juristischen costruirenden Dogmatik, sondern vielmehr ein Theil der nur schildernden und das Thatsächliche reproducirenden Geschichte » (26).

Riportiamo, ora, nell'ambito del rapporto con Jhering quanto abbiamo sopra esposto a proposito di Gerber. Possiamo concludere che sarebbe estremamente riduttivo interpretare la loro amicizia come esigenza di dialogo tra ' germanismo ' e ' romanismo '. Il momento centrale di tale rapporto non è dato dall'interscambio tra contenuto del diritto nazionale, e superiore forma e tecnica giuridica, tra sensibilità nei confronti della situazione storica esistente, e capacità sistematizzante della giurisprudenza. È questo solo il punto d'avvio, che determina la reciproca attrazione iniziale tra i due giuristi, ma poi il loro discorso comune si sviluppa su binari che prescindono totalmente dalle etichette del diritto germanico e del diritto romano.

Invano, in queste lettere degli anni '50, andremmo alla ricerca del ' romanismo ' di Gerber, o, viceversa, del ' germanismo ' di Jhering, poiché il problema centrale è ormai focalizzato al di là di quella già vecchia polemica, e consiste nella necessità di dare concrete risposte ad un mondo in trasformazione, che non ha trovato nel Codice, come altrove, il suo essenziale momento organizzante. È nel ruolo della scienza giuridica in questo specifico contesto storico, che deve essere ricercata la giusta chiave di lettura del rapporto Jhering-Gerber. È nel nesso teoria-prassi il punto focale: il legame tra i due giuristi è mosso dalla comune ambizione di ' scientificizzare ' la prassi, di fare della teoria la forza storica risolvente i problemi della dinamica sociale, in sostituzione del Codice. Sul rapporto tra Jhering e Gerber incombe la lezione di Savigny e della Pandettistica: è la giurisprudenza produttiva che li accomuna.

---

(25) *Zur Theorie der Reallasten*, in *Gesammelte juristische Abhandlungen*, cit., pp. 213-261, p. 215 (orig. in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 2, 1858, pp. 35 e ss.).

(26) *Über deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft überhaupt*, cit., p. 20.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il loro rapporto è cementato dal fatto che essi si sentivano le isolate avanguardie di questa tendenza metodologica all'interno delle rispettive discipline: il loro comune Maestro era, in questo senso, Puchta. Così scrive Jhering a Gerber nel marzo 1854: « La Tua ultima lettera è densa di contenuti e tocca in particolare un argomento, del quale entrambi ci siamo occupati nella scienza e intorno al quale ruota più o meno il nostro comune compito scientifico: la costruzione giuridica del diritto. Che il significato e la comprensione di ciò siano per molti versi ancora ristretti, è cosa che non può destare la nostra meraviglia, se riflettiamo a quanto giovane ancora è questa tendenza ... Poiché taluni romanisti sono su posizioni assai arretrate rispetto a Puchta, non pretendere che siano avanti i germanisti; piuttosto rallegraTi che Ti sia toccato in sorte di assumerTi, all'interno della Tua disciplina, un compito così invidiabile » (27). ' Romanisti ' e ' Germanisti ' sono nemici in egual misura di Gerber e di Jhering quando si attardano in logoranti dispute prive di senso, quando spendono le loro energie per ricerche storiche avulse dal presente, quando mostrano di non comprendere che la scienza giuridica è chiamata ad un compito di natura produttiva, ad elaborare le costruzioni che servano ad inquadrare la realtà sociale in movimento.

Lasciamo, ancora una volta, parlare il ' romanista ' Jhering: « Sarebbe forse cosa molto proficua per l'esposizione del diritto romano se noi romanisti allargassimo a poco a poco le nostre frontiere e accogliessimo alcune materie del diritto tedesco ... Un risultato ulteriore sarebbe la scoperta di un *tertium*, sotto il quale si potessero sussumere i concetti del diritto romano e di quello tedesco. Questo dobbiamo quanto prima cercare di propugnare nella nostra rivista » (28). Il *tertium* non è altro che il diritto da costruire, quello che può risultare solo dall'opera della giurisprudenza produttiva, quello del quale ha bisogno una Germania ancora priva di Codificazione, in preda ad uno sfrenato particolarismo giuridico. La ' rivista ' cui si riferisce Jhering porterà il titolo di « Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts » (29), ed in essa si realizzerà il comune ideale scientifico dei nostri due giuristi. Siamo nel cuore degli anni '50, è la stagione più felice della giurisprudenza produttiva.

In una lettera del gennaio 1856, Jhering (30) annunzia all'amico il piano del primo numero degli *Jahrbücher*, e si assume il compito di

(27) Lettera del 26 marzo 1854, p. 81.

(28) Lettera del 12 marzo 1853, p. 51.

(29) Il primo numero esce a Jena, nel 1857. A conferma di quanto sopra dicevamo a proposito della crescente irrilevanza, per i due giuristi, delle etichette di diritto romano e tedesco, è da ricordare che Gerber aveva proposto di intitolare la rivista semplicemente « Annuario per la dogmatica del diritto privato », affermando che, « per quanto concerne il titolo, non mi piacerebbe molto che vi apparisse la differenza tra romano e tedesco »: Lettera del 9 febbraio 1855, p. 111. Non è dato di rintracciare nel Carteggio il motivo per il quale la proposta di Gerber non fu accettata.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

introdurre la rivista con un articolo di taglio programmatico, con il seguente contenuto: « la vocazione creativa della scienza giuridica; la costruzione giuridica; quali sono i suoi compiti nel diritto romano e nel diritto tedesco?; trattazione ortodossa del diritto romano; vita apparente del diritto romano in talune parti; il diritto tedesco e la pretesa romanizzazione; la fusione in vera unità intima del diritto romano e tedesco » (31).

Non v'è dubbio che proprio questi sono i punti sui quali Gerber ed Jhering impiantarono la loro comune attività scientifica, con, al primo posto, la ' vocazione creativa ' della scienza giuridica.

Ciò non significa, però, che le specifiche storie culturali dei due giuristi si fossero di colpo identificate, eliminando ogni differenza. Anzi, è proprio di fronte alle concrete scadenze operative degli *Jahrbücher* che tali differenze riemergono. Esse — come abbiamo visto — non consistevano più nel ' romanismo ' dell'uno o nel ' germanismo ' dell'altro, ma, ad un livello diverso, in un differenziato modo d'intendere il compito ' creativo ' della scienza giuridica. Esso significava, per entrambi, in primo luogo, capacità della dogmatica di autoriprodursi dal proprio interno, fornendo risposte nuove a problemi nuovi, posti dal mutamento sociale in atto, ma diverse erano le sottolineature, che, in tale comune contesto, i due giuristi operavano.

Mentre per Jhering ciò che più importa è dimostrare la capacità del ragionamento dogmatico-giuridico di estendersi, per via puramente logica, a nuovi oggetti, la stessa operazione è vissuta da Gerber a livello maggiormente operativo, tutta dall'angolazione della sua funzionalità a fornire risposte alle esigenze del presente (32).

Questa diversa prospettiva si riflette nell'atteggiamento dei due giuristi di fronte agli *Jahrbücher*. Sfogliando la corrispondenza della fine degli anni '50, si ha la sensazione che la rivista sia molto più importante per Jhering che non per Gerber. Infatti, mentre il primo vi vede, nel senso più ampio, l'attuazione dei suoi ideali scientifici, il secondo la concepisce unicamente come il versante teorico della giurisprudenza produttiva, la quale, nel frattempo, era chiamata a dare concrete risposte a tutte una serie di esigenze, non solo attraverso le pagine di una rivista, ma dovunque si manifestasse il bisogno di chiarire rapporti, di unificarli in istituti.

Tra il 1857 ed il 1861, proprio nei primi anni di vita della rivista, Gerber partecipa, da protagonista, alla Conferenza di Norimberga, dove si tenta di definire un diritto commerciale tedesco, e così scrive ad

(30) Due giorni prima, il 5 gennaio, Gerber aveva sollecitato l'amico alla programmazione del primo numero della rivista, p. 146.

(31) Lettera del 7 gennaio 1856, pp. 147-148. L'articolo qui ricordato prenderà il titolo *Unsere Aufgabe*, in *Jahrbücher für die Dogmatik*, cit., I, 1857, pp. 1-52.

(32) Torna qui in primo piano quanto dicevamo nella prima parte di questa recensione, dedicata alle specifiche individualità dei due studiosi, a proposito della ' politicità ' della figura e dell'opera di Gerber.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Jhering nel marzo 1858, alla conclusione del primo anno di lavori: « Stimo altamente i benefici che ne verranno per i traffici, ma anche per il vantaggio per la scienza. Proprio in questo campo vi era bisogno di basi solide e nuove. La scienza oscillava tra una pedantesca riproduzione del diritto romano, e mirabili fantasie, che il germanista covava nel proprio studio con l'intenzione di essere molto concreto e di venire incontro a simulate necessità della vita: di queste pretese nessuno era più terrorizzato del commerciante stesso » (33). La scienza è, ancora una volta, al centro del discorso di Gerber, produttiva in quanto, superando vecchie e sterili posizioni ' romanistiche ' o ' germanistiche ', riesca a dare risposte soddisfacenti, in primo luogo proprio per il commerciante.

Nel frattempo, però, Gerber trascurava gli *Jahrbücher*, e Jhering se ne lamentava a più riprese: « bisogna che anche Tu Ti attacchi con zelo al carro, altrimenti non si muove. MettiTi dunque a lavorare su un qualsiasi soggetto che padroneggi in tutta la vastità della materia, in cui Tu abbia a disposizione un ricco materiale di fonti e che Tu possa sfruttare a fondo dal punto di vista dogmatico. Non voglio e non posso nasconderTi che anche il pubblico si aspetta questo da Te » (34). La risposta di Gerber è netta: i suoi impegni di Norimberga non possono essere posti in seconda linea, e, semmai, sono gli *Jahrbücher* che devono essere ridimensionati: « Cerchiamo di continuare a lavorare, dunque. Se mai non dovesse andar bene, rinunceremo » (35).

Non è qui il caso di insistere ulteriormente nell'analisi delle vicende della rivista (36), che non può rientrare, come tale, nell'oggetto di questa recensione; ci sembra più proficuo, invece, dopo aver sottolineato le difficoltà iniziali, spostare il nostro interesse alla metà degli anni '60, e, più specificamente, al momento nel quale il rapporto di collaborazione scientifica tra Gerber e Jhering entra in crisi, causando il disimpegno del primo dalla direzione della rivista. Sotto questo

---

(33) Lettera del 18 marzo 1858, p. 214.

(34) Lettera dell'8 febbraio 1857, p. 177. Nella stessa lettera Jhering parla del « talento giuridico » di Gerber, che potrebbe, e, a suo avviso, dovrebbe, produrre più di quanto fino ad allora fosse riuscito a fare, con singoli interventi di piccola portata. A giudizio di Jhering, manca una « monografia » nella carriera scientifica di Gerber (id., p. 178).

(35) Lettera a Jhering del 7 aprile 1857, p. 189. Nello stesso senso una lettera del 12 aprile, tutta piena di proposte organizzative per gli *Jahrbücher*, ma che si conclude esprimendo il desiderio che nuovi redattori vengano accettati nella rivista, al fine, evidentemente, di alleggerire il lavoro (p. 192). È da notare che, se Gerber doveva dedicare il suo tempo alla Conferenza di Norimberga, Jhering, pur protestando con l'amico, era lui medesimo assai spesso di poca utilità, a causa delle sue cicliche crisi depressive, frutto di un carattere assai fragile: cfr., ad esempio, la lettera del 14 aprile 1857, pp. 192-195.

(36) Ecco, comunque, un'altra possibile utilizzazione del Carteggio, soprattutto sotto il profilo della genesi dei singoli contributi, e quindi come ausilio alla comprensione del loro significato.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

profilo, i dissapori iniziali tra i due giuristi appariranno nella giusta luce.

È senza dubbio merito del curatore l'aver sottolineato, a questo proposito, il tema, del resto già noto, della crisi di Jhering, e del suo segno antiformalistico ed anticostruttivistico (37). Non vogliamo neppure toccare questo punto, già trattato da Losano, e rinviamo perciò alle sue osservazioni (38). Può essere, semmai, nostro compito integrare il panorama fornitoci dal curatore, ponendo l'accento sulla figura di Gerber, e sul suo tipo d'impegno scientifico nel medesimo periodo, a cavallo tra gli anni '50 e '60. Poiché, limitandoci al solo Jhering, non si riescono a capire due fatti. In primo luogo, perché sia Gerber, e non l'autore del *Geist*, ad abbandonare la rivista, fino a quel momento orientata secondo la metodologia costruttivistica. In secondo luogo, perché, inversamente, sia Jhering, e non Gerber, ad avvertire la necessità di un'apertura verso la fattualità sociale e storica, quando proprio tutto il Carteggio ci indica nel secondo, molto più che nel primo, l'uomo sensibile alla dimensione operativa della scienza giuridica, direttamente collegata alla risoluzione dei concreti problemi scaturenti dal seno della società civile.

È possibile che quel Gerber, che già abbiamo visto rimproverato dall'amico Jhering perché trascurava la 'teoria' degli *Jahrbücher*, a favore della 'prassi' della Conferenza di Norimberga, se ne vada rinunciando all'impegno scientifico di diritto privato proprio ora che anche il 'romanismo' di Jhering muove verso esiti maggiormente aderenti alle esigenze della società civile?

Una spiegazione che può essere data è quella del passaggio di Gerber all'attività politica, che, come è noto, per lo meno dal '71 in poi, lo impegnerà a tempo pieno (39). Ma ciò sarebbe estremamente riduttivo, poiché taglierebbe fuori dalla nostra analisi il Gerber giuspubblicista, che proprio nel '65, quindi nell'anno di pubblicazione del terzo volume del *Geist* di Jhering, con i suoi noti *Grundzüge* fornisce

---

(37) Lo stesso titolo del saggio introduttivo, *La teoria giuridica al bivio tra sistema e funzione*, dimostra come il curatore abbia analizzato il carteggio più dal punto di vista di Jhering che non di Gerber, dovendosi, infatti, intendere il ripensamento metodologico del primo come passaggio da una concezione logico-sistematica ad una funzionalistica, che studia il diritto direttamente nella dinamica sociale, nella capacità che esso possiede di fornire risposte alle crescenti esigenze di una società in movimento. Come è noto, la crisi maturò in Jhering dal secondo al terzo volume del *Geist*, cioè tra il 1858 ed il 1865, quando l'abbandono della metodologia costruttivistica diventa esplicito, preludendo per più versi al più tardo *Der Zweck im Recht*, due volumi, Leipzig, 1877-1883. Lo stesso Losano ha curato la traduzione in italiano di quest'ultima opera, col titolo *Lo scopo nel diritto*, Torino, 1972.

(38) *La teoria giuridica al bivio tra sistema e funzione*, cit., pp. XXXVIII-XLV.

(39) Dal 1871 è Ministro dell'educazione in Sassonia, dove riuscì a creare uno dei sistemi educativi più avanzati della sua epoca. Non ci risulta che il Gerber politico sia mai stato oggetto di una specifica indagine.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un testo di straordinaria importanza per lo sviluppo della futura scienza di diritto pubblico (40). In sintesi: tra il Gerber privatista ed il Gerber politico si pone il Gerber giuspubblicista.

Un'analisi dei *Grundzüge* sarebbe un fuor d'opera nel contesto di questa recensione, ma è importante sottolineare lo stesso, in questa sede, non tanto i contenuti dell'opera, quanto la scelta medesima di Gerber per il diritto pubblico. Analizzeremo brevemente questa scelta come passaggio dal primato assoluto della scienza di diritto privato alla elaborazione di una dogmatica giuspubblicistica, poiché questa è l'angolazione che ci sembra più inerente al rapporto di Gerber con Jhering (41).

Infatti, a nostro avviso, non si può parlare di un ripensamento metodologico dell'autore del *Geist*, e di una conseguente rottura del rapporto con Gerber, che proseguirebbe sulla vecchia via della scienza produttiva, poiché non ci sembra che si possa trascurare il salto, che quest'ultimo compie, nello stesso contesto storico, dal diritto privato al pubblico.

Si può, anzi, affermare — e questa è la nostra tesi — che Jhering e Gerber, così come avevano vissuto insieme, tra gli anni '40 e '50, il momento di più alto splendore della metodologia produttivistica nel campo del diritto privato, così, ora, vivono congiuntamente la crisi di quella metodologia, seppur per strade diverse.

Se è vero che Jhering, nel criticare la sopravvalutazione dell'elemento logico del diritto, la tendenza dei giuristi a considerare non giuridico ogni fenomeno della vita reale non direttamente comprensibile secondo i loro schemi, era sicuramente mosso dall'analisi della realtà sociale, in mutamento secondo tempi e ritmi crescenti (42), nondimeno è certo che Gerber giunse al diritto pubblico proprio grazie alla costante 'politicità' di tutta la sua opera precedente, alla speciale sensibilità che egli sempre ebbe per la totalità dell'evoluzione storico-sociale (43).

---

(40) Ricordiamo qui solo i due testi più importanti per lo studio della giuspubblicistica tedesca dell'Ottocento: W. WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milano, 1974 (tr. ital. a cura di P. L. Lucchini del volume *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, 1958), e P. v. OERTZEN, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*, Frankfurt am Main, 1974 (Riproduzione inalterata della *Dissertationsschrift* dell'Autore, scritta nel 1953).

(41) Mentre siamo costretti a tralasciare l'evoluzione interna al Gerber giuspubblicistica, dal già ricordato *Über öffentliche Rechte*, ai suoi più maturi *Grundzüge des eines Systems des deutschen Staatsrechts*, Leipzig, 1865.

(42) Si dovrebbe qui studiare il sistema di Jhering dal suo interno, per individuare le soluzioni che egli fornì, o tentò di fornire, a proposito di istituti come le lettere ipotecarie e i titoli al portatore, che erano ormai diffusi nella pratica commerciale, ma ignorati da una scienza giuridica, che, con categorie romanistiche, non li poteva comprendere. Accenna a questi problemi M. G. LOSANO, nel saggio introduttivo, cit., p. XLII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Se Jhering pone il problema della capacità dei giuristi di comprendere il nuovo tessuto sociale in via di formazione, Gerber pone quello, non meno importante, della relazione da stabilire tra le costruzioni scientifiche dei giuristi, e la crescente centralità del potere politico. In questo senso la loro riflessione continua ad essere comune, al di là degli esiti 'formalistici' della ricerca di Gerber, o di quelli 'antiformalistici' del lavoro di Jhering, poiché nasce per entrambi dalla crisi del precedente assetto della scienza giuridica.

Più specificamente, ciò che entra in crisi è la convinzione di poter giungere ad un diritto privato comune tedesco, in assenza di una Codificazione e di un potere politico unitario, tramite l'intelligenza critica e sistematica del giurista, il quale, di fronte alla caotica situazione del complesso dell'esperienza giuridica, ponendosi al di sopra del flusso dei molteplici avvenimenti sociali e politici, sa scoprire la *ratio* unificante, in sostanza procede, mediante la tecnica dogmatica, alla costruzione dell'istituto giuridico.

Se, da una parte, Jhering si accorge che questa linea conduceva, a lungo andare, ad un isolamento dei giuristi, ad una loro crescente incapacità di penetrare nel contenuto delle situazioni da regolare, Gerber tocca un altro punto, che concerne il peso specifico, nel complesso della società civile e dei suoi problemi, di quelle costruzioni dei giuristi, nel momento nel quale un potere politico centrale si fosse impadronito della capacità regolativa della dinamica sociale.

Se per Jhering la scienza giuridica si trovava al 'bivio tra sistema e funzione', per Gerber si trovava al bivio tra la sua antica capacità di dominare la totalità del processo sociale, risalente al diritto comune, e la possibilità di essere ridotta, in breve tempo, a mera esecutrice della volontà del potere politico, a mera tecnica delle forme della volontà statuale.

L'alternativa è netta, si gioca nello spazio di pochi anni, e Gerber ne è consapevole. La posta in palio è alta, e consiste nel vecchio primato della scienza giuridica, rinnovato dalle note tesi di Savigny nelle condizioni storiche specifiche della Germania della prima metà dell'Ottocento.

Gerber comprende lucidamente che limitare l'attività scientifica della giurisprudenza al diritto privato significa perdere progressivamente quel primato, a favore della crescente centralità del potere politico. Qui sta il senso della scelta gerberiana per il diritto pubblico, unica via possibile per la difesa del primato della scienza giuridica. In altre parole, quest'ultima, per riaffermare sé medesima in un mutato contesto storico, doveva estendere i suoi confini, mirando a definire giuridicamente, non più solo il tessuto dei rapporti interprivati,

([48]) Vedi quanto sopra abbiamo detto a proposito delle diverse personalità dei due studiosi, nonché del modo più diretto, ed operativo, di Gerber di intendere il ruolo produttivo della giurisprudenza.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ma anche la nascente dinamica tra Stato e società civile, tra potere politico e singolo cittadino, poiché solo così il giurista avrebbe potuto continuare ad essere partecipe della formulazione di un progetto collettivo, e non si sarebbe ridotto allo *status* di tecnico, alla pari di tante altre figure sociali.

In conclusione, tornando al nostro punto di vista specifico, la storia del rapporto tra Jhering e Gerber è, non solo storia della crisi della metodologia produttivistica sotto il profilo del pericolo del distacco del giurista dalle reali dinamiche sociali, ma anche, nel caso di Gerber, crisi dell'assetto tradizionale della scienza giuridica, del primato delle discipline privatistiche.

Seguiamo, ora, proprio Gerber in questo suo ripensamento, in questo radicale mutamento d'interesse scientifico (44).

Le sue lettere della fine degli anni '50 sono piene, non solo di riferimenti alla situazione politica, tutti carichi di amaro pessimismo, di consapevolezza della precarietà e dell'incertezza del presente, di sfiducia nell'avvenire (45), ma anche, e — ai nostri fini — soprattutto, di profondo scetticismo per ciò che riguarda la possibilità della scienza giuridica di esercitare quel ruolo produttivo ed unificante, a livello privatistico, che pur era stato al centro del suo *System* del '48, che era stato presente fino a quel momento in tutto il suo rapporto di amicizia, e di collaborazione scientifica, con Jhering. Ma lasciamo parlare lo stesso Gerber, in una sua lettera a Jhering del dicembre 1861: « Era opinione che il compito della scienza dovesse consistere nel trarre principii direttivi e punti di vista che potessero essere resi viventi e fornissero lo spunto per la costruzione, sopperendo così con la scienza all'esigenza unitaria che era mancata per la carenza di organi unitari di produzione. Con tutto ciò il ruolo secondario dovette essere attribuito alle differenze di dettaglio del diritto particolare, mentre il ruolo principale spettava all'elemento unitario. Orbene, bisogna che in futuro le cose vadano diversamente. Un diritto comune non c'è mai stato e non c'è neppure adesso. Sarebbe ingiustificato tendere a qualcosa di cui mancano le premesse » (46).

La lettera è molto indicativa, poiché testimonia della sfiducia di Gerber nei confronti di un ruolo produttivo della scienza giuridica già all'inizio degli anni '60. Così il futuro autore dei *Grundzüge* tira

(44) Come già abbiamo osservato, riteniamo in questo modo di integrare il punto di vista del curatore, che ci sembra vertere principalmente su Jhering, e sulle possibilità di utilizzare il Carteggio per lo studio della sua opera.

(45) Citiamo, a mo' d'esempio, le lettere del 19 giugno e del 16 ottobre 1859, rispettivamente a p. 267 e 281.

(46) Lettera dell'8 dicembre 1861, p. 357. Il 'trarre' iniziale si riferisce logicamente alla caotica situazione normativa esistente, come dice Gerber « ad una pletora sterminata di produzioni giuridiche, di cui quasi nessuna era pervenuta ad una costruzione compiuta » (id., p. 357). È questo il materiale sul quale si doveva svolgere l'azione unificante della scienza giuridica.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

le sue conclusioni in ordine ai compiti della scienza di diritto privato: « È chiaro che a questo punto non è più possibile parlare di costruzione e di libertà dell'attività giuridica: si tratta qui di un'attività meramente ricettizia, cioè puramente storicistica, che non perviene neppure alla rappresentazione di un *diritto*, ma che intende solo descrivere certe situazioni giuridiche » (47).

La funzione storica della scienza giuridica tedesca, consistente nel sostituirsi, mediante la dogmatica produttivistica, alla mancata opera di unificazione legislativa, così orgogliosamente affermata nella prima metà degli anni '50, è qui già ripensata in termini non solo critici, ma del tutto negativi. Questo ideale scientifico entra in crisi in Gerber nel volgere di un solo decennio, proprio perché egli si rende conto, con l'inizio degli anni '60, che anche in Germania lo Stato si avviava a divenire protagonista del processo di unificazione giuridica (48), riducendo progressivamente la *Rechtswissenschaft* ad un'attività ' meramente ricettizia ', di studio delle situazioni particolari al fine di preparare i materiali per l'intervento decisivo del legislatore.

È a questa sorte della scienza giuridica che Gerber si ribella, proponendo la via della scienza di diritto pubblico.

Nel marzo 1863, Gerber annunzia a Jhering la sua intenzione di rititarsi dagli *Jahrbücher*: « ho urgente necessità di abbandonare per qualche tempo il diritto privato. Le cose non vanno come dovrebbero: sento una mancanza di produttività che mi opprime ... Viceversa ora ho una vera brama di scrivere qualcosa di diritto costituzionale ... tralasciavo ciò che è una vera necessità nell'attuale fase del mio sviluppo intellettuale ... un volume di lavori di diritto costituzionale che può rappresentare un progresso di alcune miglia per questa disciplina trascurata » (49).

Noi conosciamo ormai la causa di quella improvvisa ' mancanza di produttività ': un uomo come Gerber non poteva più produrre in un campo che non riteneva più essenziale per le sorti della scienza giuridica, dopo aver compreso che esse si giocavano nella sua capacità d'apertura a livello di diritto pubblico, nel complesso della svolta storica che stava maturando.

Alla fine dello stesso 1863 il progetto è già cresciuto interiormente: la soluzione è da cercarsi « in un unico punto focale ... Voglio vedere se per questa strada arriverò ad un libro che possa valere come opera giuridica scientifica in un campo che attualmente è dominato, in parte da chiacchieroni come Bluntschli e Mohl, in parte da aridi descrittori come Zachariae. Se ci arriverò e quando? Questo non lo so. Ma ho

---

(47) Id., p. 358. Il corsivo è di Gerber.

(48) Sono gli anni decisivi per l'unificazione nazionale, quelli nei quali, attraverso le contrastate vicende del conflitto costituzionale Prussiano, la Prussia medesima si erge progressivamente a guida del processo unitario.

(49) Lettera del 16 marzo 1863, p. 421.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la sensazione di aver colto nel segno, quanto al mio modo di lavoro » (50).

È facile intuire che quel ' unico punto focale ' è il concetto di personalità giuridica dello Stato, intorno al quale Gerber, nel corso del 1864, costruisce tutto il sistema di diritto pubblico (51).

Alla fine delle sue fatiche, il prodotto che ne scaturisce è da Gerber sentito come il « nocciolo del mio pensiero e della mia vita » (52). La ' sua ' vita è anche quella della scienza giuridica tedesca che, orgogliosamente cresciuta sotto l'insegnamento di Savigny, ebbe la forza e la capacità, nel momento nel quale crollavano i presupposti per la creazione di un diritto privato comune tramite la propria opera costruttiva, di riproporre il proprio primato ad altro livello, tentando una definizione giuridica dello Stato.

Nei *Grundzüge* del '65 Gerber ripropone il ruolo centrale dell'intelligenza giuridica, estraendo dall'enorme materiale a disposizione dei principii unificanti che costituiscano, esposti in forma sistematica, una vera e propria *Costituzione* regolante l'attività statuale (53).

Tale costituzione non contiene dogmi di natura ' politica ', non risulta dall'incontro e dallo scontro tra le diverse componenti sociali, ma da un processo naturale di crescita organica, comprensibile solo con gli strumenti della scienza giuridica.

Se non si può più negare, come Savigny, la centralità del legislatore, il problema fondamentale diviene quello di definire giuridicamente il suo operato, e, ancor di più, i nessi e le tensioni tra la società civile e lo Stato.

La lezione di Gerber non rimane inascoltata, poiché, al di là dell'esaltazione labandiana della volontà statuale (54), si può affermare

---

(50) Lettera a Jhering del 15 novembre 1863, p. 440.

(51) La lettera a Jhering del 18 ottobre 1864 è scritta proprio nel momento più ' caldo ' di costruzione del sistema. Così Gerber, parlando in terza persona, descrive il suo stato d'animo: « D'un colpo si fa luce ... Vi si butta con passione, ghermendo la felicità di cui a lungo è stato privato ... Ad ogni istante deve ammonirsi che non può ora voler recuperare in una volta sola gli anni perduti, ma prendere tempo per lasciare maturare lentamente l'opera della sua vita » (pp. 453-454).

(52) Lettera a Jhering del 7 giugno 1865, p. 459.

(53) Come già abbiamo rilevato, in questa sede non possiamo che limitarci ad esprimere nostri giudizi di sintesi sul contenuto dell'opera gerberiana, non rientrando nel nostro compito un'analisi dettagliata in questo senso.

(54) W. WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, cit., pp. 175-178, sottolinea in modo particolare la funzionalità del diritto pubblico labandiano alla conservazione dei rapporti di potere esistenti. È da osservare, però, che la *Staatslehre* del secondo *Reich* non si esaurisce nelle tesi del capo-scuola Laband, come potrebbe mostrare un'analisi più ravvicinata, che mettesse in luce il contributo critico di giuristi come Gierke e Albert Hänel. Lo stesso nesso Gerber-Laband non ci pare di stretta continuità, come, invece, reputa, non solo Wilhelm, ma tutta la storiografia, che si è occupata di questo punto specifico. In questa sede non possiamo che lasciare meramente enunciati questi problemi, che, del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che la discussione sul *Reich* del '71 e sulle sue funzioni è saldamente in mano ai giuristi: la teoria politica del *Reich* è una teoria giuridica.

Si apre, in questo senso, un nuovo campo d'indagine, proprio a partire dalla crisi di Gerber, dalla rottura della sua collaborazione scientifica con Jhering, dal suo passaggio dal diritto privato al pubblico. La storia del rapporto tra i due giuristi non è solo storia della reazione antiformalistica di Jhering, ma anche della crisi del primato storico del diritto privato, attraverso l'opera di Gerber: si colloca anche in questo secondo senso alle origini dei problemi dell'odierna scienza giuridica.

---

resto, trascendono abbondantemente il rapporto Gerber-Jhering, e le tematiche ad esso attinenti.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

GIUSEPPE FRANCHI

LA CASSAZIONE SECONDO CALAMANDREI UNA RILETTURA

Il fascino dell'opera di Calamandrei sulla cassazione sta nell'ampia premessa storica che — se considerata con una qualche superficialità — appare eccessiva rispetto a un istituto abbastanza definito nei suoi contorni. È chiaro che l'ampiezza ricordata deriva dalla fede nella distinzione tra gravame e azione di impugnativa, e che la seconda non può intendersi senza ricordare la disapplicazione in diritto romano della sentenza affetta da un vizio tale da farla apparire come non esistente. Ma il tema della nullità è la ragione più esterna dello sviluppo del primo volume; ve n'è un'altra più centrale e se si vuole strutturale. Se il giudizio tra i contendenti è opera di un terzo, è difficile immaginare una possibilità di reazione contro di lui o la sua opera senza ammettere che il secondo giudice prevalga sul primo sì da togliere alla sua pronuncia l'idoneità a eliminare la contestazione tra le parti. Ma se contro il giudizio si può invocare un nuovo giudizio di altri il primo appare dar luogo a una decisione solo eventuale, e d'altra parte bisogna trovare una ragione perché la persona interpellata per seconda debba avere più autorità di quella interpellata per prima. Insomma la possibilità di accertamento della nullità della decisione in autonomo processo finisce col togliere al primo la sua funzione autenticamente decisoria. Ecco dunque che il rimedio alla decisione consistente nel ricorso a un superiore ha il vantaggio di far apparire la seconda decisione come più idonea della prima a creare incontestabilità, e quindi il rimedio *ad superiorem* non può non essere preferito, per ragioni tecniche, al rimedio *ad parem*. Ma l'idea di un giudice superiore ad altri pone il problema della ragione di questa maggiore fiducia accordatagli, e la soluzione non può essere che una: la prossimità al potere della comunità politica del giudice *ad quem*. Insomma un giudice è superiore a un altro in quanto è più vicino al potere politico e in qualche modo idoneo a mediare tra politica e diritto. Talvolta il giudice superiore è più vicino all'organo legislativo, in altri casi è più vicino o si identifica col massimo organo di governo, che in regime di separazione di poteri chiameremo esecutivo. A noi comunque importa la lezione dell'appello romano e longobardo e del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diritto dell'impero romano-germanico. Il maggior pregio sta dunque nel primo dei volumi de « La cassazione civile », che finisce col dimostrare come la cassazione francese sia, nell'ambito del fenomeno da Calamandrei descritto e qui ricordato, il fenomeno-limite. Certo non si può ridurre la cassazione della prima repubblica all'*intercessio* di un magistrato romano, ma è innegabile che la c.d. funzione negativa del tribunale di cassazione assomiglia molto ai più antichi strumenti costituzionali di conversione di conflitti politici in conflitti di poteri *secundum ius*.

La preistoria della cassazione mostra come i giudici superiori siano in numero minore, secondo un ovvio criterio di gerarchia e di centralismo territoriale. Ne deriva la necessità che essi non siano sommersi dal riesame delle controversie dei giudici inferiori. In breve, dato che i giudici superiori hanno una certa rilevanza politica, occorre che i giudizi dinanzi a loro siano politicamente più rilevanti della media dei giudizi di grado inferiore. Rilevanza politica significa interesse per un numero rilevante di sudditi o cittadini, il che avviene quando si debbono risolvere questioni di diritto. Esse sono proposizioni generali, le questioni di fatto no, oppure, se lo sono, basta la esperienza comune alla verifica della loro soluzione. Dunque anche i sistemi che ignorano il diritto francese tendono a restringere il riesame delle sentenze da parte dei giudici superiori alle sole questioni di diritto; anche i paesi a diritto fondamentalmente consuetudinario esercitano attraverso il meccanismo del precedente la nomofilachia, posto che per *nomos* s'intenda qualsiasi regola giuridica. Si può anzi dire che in questi Stati il tribunale supremo ha una funzione che si avvicina a quella legislativa, senza certamente identificarvisi. Ma si avvicina molto, dal momento che il precedente è eliminato da altro successivo o dalla legge successiva. Potremmo dunque dire che negli Stati a diritto consuetudinario il tribunale supremo ha funzione nomopoetica, mentre è nomofilattica negli Stati a diritto scritto e legislativo.

Dobbiamo anche dire che il peso pratico del tribunale supremo sta nella possibilità di porre comunque termine alla lite, con una sentenza che può essere di conferma o riforma. Solo così la lite non rischia una decisione di merito difforme dalle indicazioni dell'organo al vertice della giustizia, spesso lontano e il cui accesso ripetuto diventa molto oneroso.

Naturalmente se in regime di separazione dei poteri il tribunale supremo è una *longa manus* del legislativo la limitazione del suo intervento in senso negativo è inevitabile, non potendo il potere legislativo invadere la sfera del giudiziario. Ma la pronuncia meramente negativa porta con sé la possibilità della ribellione al tribunale supremo e il problema tecnico di rimediare ai conflitti tra giudice superiore ma con poteri dimidiati e giudice inferiore con poteri pieni. Se peraltro

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il tribunale supremo cessa di essere l'espressione di un potere diverso dal giudiziario la ragione di ridurre la sua decisione all'alternativa tra rigetto del ricorso e annullamento della sentenza del giudice di merito viene meno.

Calamandrei aveva visto con massima chiarezza questa evoluzione e la prospettiva della sostituzione del modello francese originario con la revisione germanica, che ne rappresentava secondo lui un aggiornamento tecnico. Egli cioè nel 1920 aveva fatto un passo che l'Italia di quasi sessant'anni dopo stenta a compiere, per non aver capito a fondo le condizioni del sistema francese della cassazione.

Calamandrei poi auspicava nel primo dopoguerra l'unificazione delle Corti di cassazione, e la sua parola è stata seguita. Non del tutto però, perchè se non esistono più le cassazioni periferiche e non sono potute sorgere quelle regionali, esistono pur sempre giudici di solo diritto al vertice di ordini giudicanti, che in qualche modo ripetono la funzione della Corte di cassazione. La commissione centrale tributaria è uno di questi organi, la cui esistenza permette di conservare la lentezza di giudizio del processo tributario e ha il difetto di proporre una giurisprudenza su piano nazionale non raramente in conflitto con la Corte di cassazione. Un fenomeno simile interessa la cassazione penale; il tribunale supremo militare è un giudice di puro diritto, contro il quale si può ricorrere in cassazione per violazione di legge, col risultato di ritardare per duplicazione di funzione la decisione irrevocabile. Nei casi indicati l'inconveniente è squisitamente tecnico, ma può accadere che esistano organi mediatori tra politica e diritto, che sottraggono o riducono la funzione corrispondente della Corte di cassazione.

Oggi la ricordata mediazione è propria della Corte costituzionale. Il diritto che il legislatore deve rispettare è quello che conta di più, con il risultato che alla Corte di cassazione sfuggono le decisioni di merito vincolate da una pronuncia della Corte costituzionale, non quand'essa dichiara l'illegittimità costituzionale di una legge (nel qual caso la legislazione negativa, com'è stata chiamata, rientra per alcuni aspetti nel fenomeno dell'*ius superveniens*), bensì quando, con sentenze interpretative di rigetto, è fonte di giurisprudenza non unificabile all'inferiore livello di un giudice ordinario, per quanto al vertice.

La giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee si impone poi, per il meccanismo delle pronunce interpretative, a ogni giudice interno che sollevi una questione di diritto comunitario; l'organo giudiziario delle comunità deve essere interpellato dalla stessa Corte di cassazione, cui evidentemente la soluzione di tali questioni sfugge.

La limitazione derivante dalla giurisdizione comunitaria non avrebbe particolare significato se si accedesse all'idea che il diritto comunitario prevale su quello interno (come spesso si dice senza dimostra-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione), perché in tal caso avremmo un duplicato della attività della Corte costituzionale prima menzionata. È invece importante se si pensa che il diritto comunitario è diritto interno, con valore — per quanto riguarda i regolamenti — di legge ordinaria; perciò la determinazione dei compiti tra Corte di giustizia e Corte di cassazione non è costituita dalla diversa posizione gerarchica delle norme ma dal fatto che in caso di interferenza tra comunità politiche ognuna mantiene il suo tribunale *superiorem non recognoscens*, limitatamente all'applicazione delle norme rispettive. Si deve perciò concludere che l'aggettivo « suprem a» apposto alla Corte di cassazione non corrisponde più a verità.

La concorrenza dal basso e dall'alto contribuisce potentemente a evidenziare la crisi di identità della Corte. Quali sono le sue caratteristiche residue, quali le malattie, quale l'auspicata evoluzione? A quasi tutti questi interrogativi Calamandrei rispose.

La Corte di cassazione resta il giudice sopra ogni altro (che non sia un organo costituzionale) della giurisdizione, intesa come somma di compiti affidati a un ordine di giudici. Passati ragionevolmente a un organo costituzionale i conflitti di attribuzione, quelli tra giudici ordinari e speciali o tra giudici speciali non possono non rimanere, anche perché la stessa giurisdizione interna finisce con avvicinarsi sempre di più a una sorte di competenza per materia. L'intensità di questa attività dovrebbe peraltro diminuire nel quadro di una riduzione drastica delle giurisdizioni speciali e di una ripartizione legislativa più netta tra la sfera del giudice ordinario e quella del giudice amministrativo.

Ma la Corte di cassazione, oltre che giudice dei limiti esterni dell'attività del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, è il giudice al vertice delle altre giurisdizioni speciali in tema di violazione di legge, e un più penetrante giudice, non solo per l'indicato motivo, degli organi della magistratura ordinaria. Mentre è comprensibile che l'àmbito dei compiti vari a seconda che la corte di cassazione operi come giudice al vertice del suo ordine di giudici o come giudice al vertice di ogni ordine di giudici, non è chiara la ragione attuale dell'esenzione dal controllo di legittimità interna delle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti. Ciò che era spiegabile quando si ammetteva che il Consiglio di Stato era un organo della pubblica amministrazione, investito anche di funzioni giurisdizionali, ed era più evidente che la Corte dei conti era la *longa manus* del legislativo, non ha più una spiegazione con l'abbandono di questi modi di prospettarsi quei rapporti e conflitti di giurisdizione in termini molto vicini ai conflitti di attribuzione. D'altro canto i tempi in cui la funzione giurisdizionale amministrativa debba essere affidata a un organo che eserciti solo la giurisdizione sono più che maturi, per una serie di considerazioni che è superfluo esporre. Di conseguenza la discriminazione tra giudici speciali migliori e peggiori, introdotto in via generale

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dalla costituzione, anche se preesistente senza un criterio ben preciso, merita di essere rivista, parificando l'ambito di riesame di tutte le decisioni di giudici speciali di vertice. Non dimentichiamo che la disciplina non sistematica dell'istituto è uno dei coefficienti del suo indebolimento e che le cosiddette ragioni storiche alla base di eccezioni al sistema non sono ragioni se non si traducono in una esigenza sistematica diversa da quella prevalente, ma anch'essa, si ripete, sistematica. È proprio Calamandrei, con la sua illuministica vocazione alla razionalizzazione del fenomeno studiato, che offre il suggerimento per una sua comprensione entro linee definite e armoniche.

La cassazione non può abbandonare la funzione di giudice della competenza che corrisponde a quella di giudice della giurisdizione. Dobbiamo però dire che in questo compito ha finora fallito, perché non ha saputo serbare i tempi assegnati dal legislatore al procedimento di regolamento di competenza e ha così favorito la presentazione di questioni del genere a fine defatigatorio. La recente proposta di eliminare il regolamento di competenza non avrebbe la virtù di eliminare le relative questioni, né si può ammettere che i criteri di competenza legali siano sottratti all'esame il più sollecito e diretto possibile del giudice di diritto. Calamandrei non apprezzava particolarmente le funzioni di controllo processuale della Corte di cassazione, ma la fissazione del giudice che deve procedere non è controllo del processo, bensì che vi sia un processo di merito, e attiene perciò più al funzionamento dell'ordinamento giudiziario come disponibilità pratica dei giudici per i cittadini che non alla disciplina del processo nei suoi momenti interni.

Quanto al controllo della sentenza e al suo modo di formazione, non vi è molto da dire in più di quanto Calamandrei potesse notare sotto il vigore del codice del '65 rammodernato con la disciplina del procedimento sommario. Possiamo dire con pieno rispetto dei suoi ulteriori contributi dopo il 1942 e di quelli di illustri studiosi che poco vi è da dire rispetto ai motivi di ricorso comuni, nella sostanza, ai due codici del rito civile. Non mancano peraltro zone da riconsiderare.

I vizi della motivazione sono una novità normativa che non sarebbe piaciuta al nostro autore nel 1920. Egli lottava contro la tendenza della Corte di cassazione, nel vigore dell'art. 517 n. 2 c.p.c. abrogato, ad ammettere un controllo sia pure indiretto sul fatto, che non corrispondeva alla sua funzione di unificazione della giurisprudenza. Ma già allora l'a. si mostrava quasi vinto, anche se non convinto, dalla pratica, che aveva preso a pretesto la legge nel punto in cui reprimeva l'omissione nel contenuto della sentenza della indicazione dei motivi in fatto o in diritto (il citato articolo rinviava al 361 n. 2, che a sua volta richiamava il 360 n. 6), per annullare le sentenze che i motivi enunciavano, ma non lasciavano intendere, o intendere secondo ragione. Nonostante l'accoglimento dell'indicazione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giurisprudenziale nel codice vigente e nella novella del '50, taluno progetta ora, per il Ministero della giustizia, l'eliminazione dell'art. 360 n. 5 c.p.c., e penso che Calamandrei a questo punto darebbe torto a chi si vuol porre contro il tempo.

Egli non solo era sensibilissimo alle ragioni di giustizia della tendenza giurisprudenziale volta a un più ampio controllo (si veda la nota 41 a pag. 352), ma fondava la sua opposizione principalmente sul fatto che spettasse in via principale alla Corte di cassazione fornire modelli di decisione, che solo la questione di diritto poteva consentire. Ma se, com'egli stesso riconobbe negli anni '50, l'indicata funzione esemplare della Corte è stata trasferita, in tutto o nella maggior parte, alla Corte costituzionale, residua il problema di assicurare utilità giuridica alla sua presenza nell'ordinamento, sia pure tenendo conto dell'esigenza che essa non sia paralizzata dalla quantità di ricorsi da decidere, che dipende anche dal numero dei motivi di ricorso ammessi dalla legge e dall'ampiezza di alcuni di essi. Per quanto riguarda l'ultimo aspetto considerato sarà meglio parlarne successivamente. A proposito invece dell'art. 360 n. 5 è da dire innanzi tutto che anche il controllo di completezza e di coerenza del ragionamento può avere funzione esemplare, e persino quello dell'aderenza della motivazione a massime d'esperienza, purché naturalmente la Corte di cassazione sia in grado a sua volta di ben motivare in proposito (l'affermazione può sembrare grave, ma non lo è proprio in relazione alle massime d'esperienza). In definitiva si tratta di valorizzare quelle condizioni di validità di ogni pensiero che non possono non imporsi al giudizio storico, come a qualsiasi altro. Da questo punto di vista il principio di non contraddizione, per esempio, è più generale di un qualsiasi principio giuridico. Certo in questo modo la Corte eserciterebbe una sorta di nomofilachia indiretta, evitando che ricostruzioni storiche del fatto, censurabili per il modo come sono presentate e non già perché concretamente difformi dalla realtà, diano luogo ad applicazioni di norme a fatti che non sono affermabili nel modo in cui sono stati affermati. Il controllo di logicità insomma è altrettanto generale del controllo di legittimità, fino al punto che si può in qualche modo contestare in egual misura la generalità dell'uno e dell'altro contemporaneamente (Calogero insegna, nella misura in cui provoca). È facile da questo punto di vista sostenere che la Corte di cassazione riacquisterebbe una sua funzione esclusiva, quella del controllo delle condizioni di validità della decisione in fatto (non della verità di fatto), accanto al controllo di legittimità che divide con la Corte costituzionale, e la Corte di giustizia delle Comunità europee, sia pure in settori diversi. Sarebbe come dire che la Corte di cassazione vigilerebbe in concreto sulla correttezza del ragionamento decisorio nel settore non suscettibile di mediazioni tra politica e diritto. Non si tratterebbe per ciò solamente di un aggiornamento della Corte come giudice di terzo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

grado con devoluzione limitata, bensì di una riconversione alle decisioni esemplari su un terreno diverso dalla nomofilachia diretta.

È a questo punto che, nell'ottica di Calamandrei, viene in considerazione il problema del controllo da parte della Corte di cassazione del diritto straniero richiamato. Qui non si tratta di stabilire se il diritto straniero viene nazionalizzato e perciò rientra nell'ambito della legge che non si vuole violata e si vuole bene interpretata, oppure se resta all'esterno dell'ordinamento, con un'irrilevante giuridicità o addirittura come fatto; si tratta piuttosto di vedere se per il diritto straniero esiste la preoccupazione nomofilattica e l'esigenza di unificare la giurisprudenza. La risposta non può essere che negativa dato che il diritto straniero non è creato dallo Stato e non è destinato a operare nello Stato italiano e d'altro canto l'unificazione della giurisprudenza ha poca importanza in quanto la singola legge straniera è un fatto molto contingente delle decisioni italiane, così come è contingente il fatto storico. Ecco dunque che Calamandrei avrebbe convenuto nei risultati con Satta, ma per una ragione meno pericolosa di quella addotta « in diritto » da quest'ultimo autore (il diritto straniero è fatto). Che poi la Corte di cassazione sia l'organo più adatto a controllare l'applicazione del diritto straniero è certamente da escludere. La Corte dunque può con sicurezza censurare solo l'applicazione delle norme italiane di diritto internazionale privato, dato che per la loro interpretazione e applicazione la funzione esemplare persiste comunque, mentre per il diritto straniero l'autorevolezza della interpretazione della Corte è inferiore a quella di un qualsiasi giudice di merito dello Stato che tale diritto ha prodotto. D'altro canto sottrarre alla Corte di cassazione il controllo dell'applicazione della legge straniera significa lasciare senza controllo i giudici di merito, che non vantano maggiori titoli di conoscenza e di esperienza. Ecco dunque un dilemma che esige un superamento, almeno fino a che il diritto uniforme non eliminerà il problema o si consentirà la rogatoria decisoria al giudice dell'ordinamento cui appartiene il diritto da applicare, naturalmente nei limiti del richiamo compiuto dalla legge italiana. È Calamandrei dunque, *in apicibus*, che ci mostra le difficoltà di un controllo *in iure* che egli avrebbe giudicato politicamente o più volentieri costituzionalmente irrilevante.

Un'altra preoccupazione di Calamandrei appare dalla sua opera: l'unità giurisprudenziale dell'unica Corte di cassazione. Vi è un cenno, sul finire del secondo volume, all'auspicabile riduzione a una sola sezione della cassazione civile, come in Francia. Tale preoccupazione ha ancor oggi ragione d'essere, se è vero che le sezioni si contraddicono a distanza di tempo brevissima e persino nel loro interno allorché operano collegi diversi. Una limitazione dell'inconveniente è data dalla rigorosa ripartizione dei ricorsi secondo l'oggetto delle questioni. Poiché peraltro non è consigliabile la trasmigrazione della causa da una Sezione a un'altra si comprende come certe questioni di diritto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

materiale generale e processuali possono essere affrontate da sezioni diverse. Per il resto un passo avanti è stato fatto costituendo per legge la Sezione del lavoro, e altri se ne farebbero se anche altri settori trovassero una sede fissata dalla legge e non dal potere organizzativo interno del Primo Presidente. È facile fin d'ora pensare a una sezione tributaria (previa eliminazione della Commissione tributaria centrale) e ad altre. Non è invece pensabile a una sola sezione civile, fino a che il numero dei ricorsi non diminuisce.

Calamandrei non aveva affrontato il problema generale di un tribunale supremo composito, al vertice di diversi ordini di giudici, che potesse mediare tra le giurisdizioni di ciascun ordine con decisioni a sezioni unite o assemblee plenarie, né può farsi a lui carico di non aver affrontato problemi di un futuro per nulla prossimo, se si pensa che ancor oggi i canali di raccordo delle diverse « giurisdizioni » sono minimi e solo per questioni appunto di giurisdizione. Ma è il suo sforzo sistematico che ci induce a configurare schemi di riorganizzazione della giustizia che in momenti particolarmente delicati non appaiono più utopie ma rimedi da discutere in attesa che riappaia la volontà — qui è proprio il caso di dire politica — di riorganizzazione dello Stato.

Calamandrei non ha ignorato ma non si è posto troppo direttamente il problema del carico degli affari della Corte. Innanzi tutto non esisteva allora il ricorso generalizzato, come ora in virtù dell'art. 111 della Costituzione. Questo ha costituito un atto di fede nella idoneità del tribunale al vertice di riparare alle deviazioni dei giudici inferiori, ma questa fede ha fatto dimenticare il costume italiano incline per povertà di ambiente e sfiducia nel giudice allo sfruttamento illimitato del rimedio. Non dovrebbero sussistere difficoltà politiche per l'esclusione del ricorso per cassazione relativamente alle cause minori, contro sentenze non definitive (da impugnarsi con le definitive), in caso di doppie conformi in relazione a un dato valore. Certo per sapere fino a che punto il carico della Corte sarebbe diminuito dovrebbero essere compiute indagini statistiche secondo le indicate caratteristiche dei ricorsi e dei precedenti processi, finora non sperimentate. Non si può invece pensare con Calamandrei che l'aumento del deposito per multa costituirebbe un valido deterrente, salvo che fosse conservato il deposito per cause interamente patrimoniali da pretesa non privilegiata (famiglia, lavoro, determinate assicurazioni e determinati illeciti).

Calamandrei opta per la minimizzazione del rinvio. Se la legge materiale è stata male applicata, la si applichi bene e subito, al momento della constatazione; se invece sono state violate norme processuali o probatorie, in una parola preparatorie della decisione, si rinvii perché l'omissione sia riparata con l'attività omessa. Naturalmente il vizio della ricostruzione storica del fatto può essere riparato dalla

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Corte di cassazione se non si lamenta la mancata acquisizione di fatti extraprocessuali. È da tempo che si insiste per questa semplificazione, ricordando gli ampi orizzonti aperti con la possibilità, introdotta dal codice di rito vigente, della correzione della motivazione della sentenza impugnata *giusta* (non è questa l'espressione del codice ma è questo il suo unico significato possibile). Il rinvio ha una ragion d'essere tecnica nella mancanza di strumenti del giudice rinviante (es. la possibilità di assumere prove) o nella restaurazione del diritto di difesa violato. La ragione politica del rinvio sta nel fatto che il giudice rinviante è investito di un diverso tipo di controversie o addirittura appartiene a un ordine diverso da quello del giudice *ad quem*. Ora se la Corte di cassazione censura la decisione in sé e non il difetto o l'inutilizzazione dell'attività precedente necessaria, può senza altro decidere al posto del giudice *a quo*.

La costruzione del ricorso per cassazione come azione di impugnativa, facilitata dall'indicazione del ricorso come impugnazione straordinaria e dall'imposizione del mandato speciale al difensore, non consentiva alcun temperamento all'esecutività della sentenza impugnata. La costruzione del ricorso come gravame limitato, risultante dalla nuova definizione legislativa del passaggio in giudicato, consentì al legislatore di ammettere la sospensione dell'esecuzione della sentenza impugnata in caso di grave e irreparabile danno. Se dunque la sentenza inappellabile ma investita di ricorso per cassazione può perdere la sua esecutività, in quanto non chiude il processo, viene meno sul piano sistematico la differenza di trattamento tra sentenza di primo grado e sentenza d'appello. Esse possono essere entrambe esecutive di diritto oppure entrambe a efficacia sospesa, con possibilità di inibitoria nel primo caso e di esecuzione provvisoria nel secondo per i casi di urgenza e grave pregiudizio. A queste due soluzioni uniformi si può contrapporre una terza, che attribuisca l'esecutività di diritto alla sola sentenza di conferma di una condanna in primo grado. Certo l'esasperante lunghezza dei processi italiani può consigliare l'esecutività di ogni sentenza di condanna e la rapidità dei processi l'esecutività della sola sentenza che li chiude, ma quel che importa è la possibilità di ravvisare nella norma singola l'attuazione di un disegno complessivo. Proprio Calamandrei, chiarendo le ragioni dell'esecutività di diritto delle sentenze di Corte d'appello in quanto eredi dei Parlamenti, originariamente giudici *en dernier ressort*, fissa i limiti del fondamento attuale delle particolarità del processo e rivela la necessità di rimeditarne la struttura, dato che è proprio la consapevolezza storica a consigliare l'aggiornamento dell'organizzazione e del funzionamento e a sconsigliare la conservazione immotivata di aspetti in altri tempi e solo in altri ambienti significativi.

La Cassazione civile è un libro giovane, volto al futuro dopo la lunga rincorsa nel passato, che libera l'autore dal pericolo dell'angustia

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

delle prospettive. Il *Leitmotiv* del rapporto tra politica e tutela giurisdizionale dei diritti, tra costituzione e funzione giursdizionale, ne è il pregio massimo.

Certo non è presente all'autore il problema dell'efficienza dell'organo, e cioè l'esigenza di una politica degli organi giursdizionali e la relativa tecnica operativa, per ottenere tempi e risultati ottimali. Ma anche oggi i nostri studi ignorano la tematica della preparazione e dei requisiti qualitativi dei magistrati, di quelli che lavorano nei tribunali al vertice o di coloro che sono a capo di organi giudiziari di vario livello, nonché la tematica degli strumenti per operare presto e bene: non solo dunque l'organica giudiziaria, ma anche la sua logistica. Ancor oggi il diritto come predicazione e contemplazione ci prende la mano e impedisce di trasformare il nostro compito nella progettazione e approntamento di tribunali migliori. Con questa malinconica confessione di difficoltà culturali il nostro pensiero va con ammirazione a questa sintesi di indagini e concretezza di proposte, che solo la duplice vocazione di giurista e di uomo politico di Calamandrei ha reso possibile in anni ormai così lontani.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAOLO GROSSI

OMAGGIO A EDOARDO RUFFINI

(Discorrendo di una singolare esperienza di studio e di due libri singolari)

È recente la pubblicazione di due volumi di Edoardo Ruffini: *Il principio maggioritario - Profilo storico*, Milano, Adelphi, 1976; *La ragione dei più - Ricerche sulla storia del principio maggioritario*, Bologna, Il Mulino, 1977. Ed è con schietta soddisfazione che vediamo questi due libri sul nostro tavolo di lavoro, arricchito — grazie ad essi — di un lungamente desiderato strumento di studio. Sia pertanto lode agli amici che hanno convinto l'Autore a rompere il proprio appartato silenzio, a raccogliere in comodo volume saggi difficilmente reperibili, a scrivervi — a mo' d'introduzione o di postilla — qualche pagina rivelatrice. Il libretto pubblicato da ' Adelphi ' (*Il principio maggioritario - Profilo storico*) è la ristampa del saggio di sintesi che, sul tema, Edoardo Ruffini affidò nel 1927 all'editore Bocca di Torino; il più ampio volume curato da ' Il Mulino ' è invece l'utilissima raccolta di contributi specifici, che quella sintesi precedettero e di cui costituirono la piattaforma documentaria (*Il principio maggioritario nella storia del diritto canonico*, pubbl. originariamente in *Archivio giuridico*, XCIII (1925); *Il principio maggioritario nelle elezioni di Re e Imperatori romano-germanici*, in *Atti della Regia Accademia delle Scienze di Torino*, LX (1924-25); *Conclave laico e Conclave ecclesiastico*, Torino, Bocca, 1926; *Le origini del Conclave papale*, in *Atti della Regia Accademia delle Scienze di Torino*, LXII (1927); *I sistemi di deliberazione collettiva nel medioevo italiano*, Torino, Bocca, 1927).

Due libri; quasi cinquecento pagine; un solo tema, un solo ambito di ricerca definito con precisione, che impegna il giovane storico del diritto torinese, per quattro intensi anni, dal 1924 al 1927. È raro trovare tanta fedeltà a un oggetto di studio, tanta continuità di attenzione. Si direbbe che Ruffini ha fretta di ricomporre una linea interpretativa, di collocare l'una dopo l'altra le tessere del suo mosaico, perché n'esca finalmente chiara e nitida una figura storica. Il tema sembra lasciare il terreno delle occasioni per saltare di piano, e divenire un programma.

La testimonianza di Edoardo Ruffini è, sotto questo profilo, incomparabile, affatto solitaria nella storiografia giuridica italiana ad

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

essa contemporanea: nulla v'è, nella sua ricerca, di quell'opportunismo accademico che provoca e condiziona la più gran parte degli itinerari intellettuali. Rigorosamente storiografica, solidamente documentata su un forte apparato di fonti, appoggiata al dominio ammirevole di una bibliografia a larghissimo raggio, l'opera di Ruffini dissoda con sicurezza un territorio rilevante nella ricostruzione storica del diritto e appartiene senza possibilità di dubbio alla tradizione della più severa conoscenza scientifica. Colui però che si accinge a valutarla non può non intuire che forse, per una corretta interpretazione, v'è una dimensione ulteriore di cui si ha necessità di tener conto; prima del dipanarsi della ricerca v'è, retrostante, una scelta etico-politica: quella del tema, grazie alla quale l'Autore sembra chiedere alla indagine storiografica un contributo chiarificatore soprattutto per la sua tormentata coscienza civile. Nel programma di Ruffini, fino a un attimo prima che la ricerca sulle fonti si snodi, la coscienza civile ha il sopravvento; e tornerà ad averlo per tutte le scelte a direzione univoca che lo storico del diritto prenderà in quegli anni, dando un significato alla ricorrenza monotona del tema, che a un affrettato osservatore potrebbe parere — ed è esattamente il contrario — una scelta di comodo, un espediente verso il risultato più facile.

Oggi che un lungo itinerario della vita dell'Autore appartiene già al nostro passato prossimo; oggi che possiamo guardare retrospettivamente questo itinerario con i fatti concreti di cui si è obbiettivamente intessuto; oggi che — insieme alle ristampe delle vecchie cose — abbiamo certe nuovissime postille e confessioni, la consonanza fra vita vissuta, ideali civili, ricerca scientifica ci appaiono appartenere a un solo unitario programma, reso compatto proprio dall'intimo vincolo di natura etica che lo percorre e lo fonda.

Perché, dunque, il principio maggioritario e la sua storia? Quale significato dovette assumere agli occhi del giovane e strobuo indagatore? Indubbiamente perché fino ad allora, se non sussisteva in proposito un vero e proprio vuoto storiografico, l'attenzione degli storici del diritto si era dimostrata generalmente scarna, e quasi nulla per quanto concerneva la situazione italiana. Il bilancio registrava poche voci di qualità, da quella risalente e maestosa di Otto von Gierke, a quelle di Esmein e di Hilling sulle elezioni canoniche, a quella di Konopczynski interamente incentrata sul fenomeno della unanimità delle assemblee polacche.

Ma tutto questo suona estrinseco e non appagante. Una dedizione così totale a un solo tema esige una sua collocazione più sicura all'interno della biografia intellettuale dell'Autore; e ha ragione Severino Caprioli, quando — nell'acuto, acre e sinuoso saggio che accompagna la ristampa de ' Il principio maggioritario ' — insiste sull'inserimento del libriccino nel clima culturale e politico della Torino 1926, sul suo accostamento al libello circa i ' Diritti di libertà ' che il padre, Fran-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cesco Ruffini, affidava quell'anno alla laboriosa officina di Piero Gobetti. Quel clima e quegli anni — fertili per le vicende del più consapevole liberalismo italiano — segnano tutti i contributi di Edoardo; tutti sono infatti interpretabili come il tentativo di superare lo sgomento per il mostro politico che già si profila nella penisola, affidando alla riposata civilissima voce d'un passato apparentemente conchiuso ma apertissimo verso il presente il compito chiaro di pronunciare un franco irrinunciabile invito alla maggior vigilanza, a un maggior affinamento della coscienza civile.

Oggi che abbiamo a nostra disposizione, da un lato, la postilla 1976 a ' Il principio maggioritario ', dall'altro (e soprattutto), la introduzione a ' La ragione dei più ', assurgenti per noi — l'una e l'altra — al rango d'una sorta d'interpretazione autentica, le motivazioni delle scelte ruffiniane si fanno straordinariamente limpide e nette: il problema più riposto è quello della liberazione del corpo politico da ogni valore estraneo alla sua specifica storia, la riconquista della sua ' laicità ', la sua strutturazione democratica fondata su una dialettica vitale e imprescindibile di consenso e dissenso.

Non dimentichiamo che il lavoro storiografico di Edoardo Ruffini prende l'avvio con un complesso articolo sul *Defensor pacis* di Marsilio da Padova pubblicato nel 1924 (ci riferiamo a E. RUFFINI AVONDO, *Il Defensor Pacis di Marsilio da Padova*, in *Rivista storica italiana*, N.S., II (1924)); un articolo ingiustamente dimenticato e che noi avremmo visto volentieri ristampato insieme agli altri saggi de ' La ragione dei più ', perché a quelli intimamente legato o, per dir meglio, di quelli sollecitazione e scaturigine prima.

È un avvio indicativo; è la prima tessera del mosaico che il giovane storico del diritto ha già fin da allora nei suoi propositi; il ' programma ', di cui più sopra parlavamo, è già qui potenzialmente ricompreso e, parzialmente, realizzato. Marsilio, che si scrolla faticosamente e contraddittoriamente di dosso il cumulo di molte concezioni medievali, che — anche a volerne deliberatamente evitare ogni apologia — « resta legato ad una grande battaglia per la libertà civile dello Stato, ad una strenua difesa di quel piano di civile convivenza umana ove la differenza delle fedi, i contrasti delle ideologie e delle credenze debbono cedere dinanzi alla sovranità della legge ' umana ' ed all'uguale diritto di tutti i cittadini » (1), è, più che un oggetto d'indagine, un simbolo con cui contrassegnare la propria cittadella intellettuale.

---

(1) Sono le parole con le quali Cesare Vasoli chiude la sua ricca introduzione alla traduzione italiana del *Defensor pacis*; introduzione, nella quale si pone l'obbiettivo di una maggior storicizzazione del personaggio e della sua opera contro troppe e troppo gravi deformazioni interpretative accumulatesi in un passato anche recente (cfr. MARSILIO DA PADOVA, *Il Difensore della Pace*, a cura di C. Vasoli, Torino, 1975², p. 78.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nel 1924, in Italia, non corre infatti soltanto il centenario della nascita del ' physicus ' patavino; è l'anno del successo elettorale che assicura, in un modo o in un altro, la maggioranza alla coalizione fascista; è l'anno dell'assassinio dell'on. Matteotti e della definitivamente acquisita visione tragica e repellente della violenza del regime in atto. Per Ruffini, la costruzione politica di Marsilio, con al centro la ' universitas civium ' e il suo interiore meccanismo deliberativo tante volte segnato nelle pagine del *Defensor* con la frase sibillina « civium universitas aut eius valentior pars », è molto poco una brillante occasione per esercitazioni esegetiche, bensì la sollecitazione a ripensare, di fronte alla allarmante contemplazione d'una eclissi delle libertà, il problema della scansione intima d'ogni umana convivenza, l'eterna dialettica fra qualità e quantità nei collegi, l'eterna tentazione a mutare la maggioranza in unanimità fittizia, la portata storica del puro principio di maggioranza.

La domanda fondamentale, alla cui risposta Ruffini dedicherà quasi tutta la propria attività indagatrice, è già posta, nell'articolo del 1924, di fronte alla ambivalenza della espressione marsiliana: « ma che significa, esattamente, *valentior pars?* Maggioranza numerica o maggioranza qualitativa? » (2). I futuri saggi, che ora abbiamo a portata di mano ne ' La ragione dei più ', trovano la loro origine formale in questa domanda, la loro origine sostanziale nei problemi gravi che Marsilio — invocato coscientemente a esorcizzare una realtà ripugnante — pone allo storico-giurista.

Si potrebbe credere, da quanto abbiam detto, che la molla etica muti questi saggi in libelli apologetici del principio maggioritario, che si arrivi a una razionalizzazione del principio o, peggio ancora, a una sua mitizzazione. Nulla di più arrischiato. Il motivo etico resta propulsore sotterraneo della attenzione dello studioso, ma al contatto della documentazione storica, che egli sente nella sua probità intellettuale quale limite invalicabile, immediatamente si depura.

Il principio maggioritario infatti non lascia mai per Ruffini il terreno del relativo. A lui tutti i tentativi di assolutizzazione compiuti più o meno soddisfacentemente da questo o quello studioso sembrano meritevoli di un bonario e signorile scetticismo; mentre vengono con diligenza enumerati nel testo, viene sempre insinuato il dubbio sulla loro fragilità. Il principio maggioritario « è semplicemente una formola giuridica » (3) sulla quale « più che la ragione deve rispondere la storia » (4), come scriveva cinquanta anni fa Ruffini, o « un espediente pratico », come ripete ancor più fermamente oggi nella interessante introduzione a ' La ragione dei più ' (5).

---

(2) RUFFINI AVONDO, *Il Defensor Pacis di Marsilio da Padova*, cit., p. 138.
(3) *Il principio maggioritario - Profilo storico*, p. 94.
(4) *Ibidem*, p. 104.
(5) *La ragione dei più*, p. 7.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ma se tutto è affidato alla empiria dei fatti mutevoli, se addirittura lo storico — di fronte a critiche serrate in favore di criterii rigorosamente qualitativi — ha il candore e l'umiltà di confessare: « io non saprei chi ha ragione » (6), perché indugiare tanto su questa regoletta discutibile della maggioranza? E ancora: quale ' valore ' essa comunque racchiude per aver catturato la attenzione d'un indagatore intelligente e sensibile educato al clima dell'aperto liberalismo torinese degli anni Venti? È Ruffini stesso che risponde in prima persona nella sua rilettura di questi anni, confermando l'eticità soggiacente al tema prescelto e al programma di studio. La postilla 1976 a ' Il principio maggioritario ' ha una chiusa eloquente: « si potrebbe concludere osservando che, mentre da un punto di vista formale, il principio maggioritario ha come suo opposto il principio dell'unanimità, da un punto di vista sostanziale, e su di un piano più profondo, il principio con esso incompatibile è quello dell'autorità » (7). Come è eloquente la convinzione espressa al centro della introduzione a ' La ragione dei più ': « In linea generale l'alternativa maggioritaria all'unanimità può dunque configurarsi come il superamento di un'intolleranza, come indice della raggiunta possibilità di coesistenza, in una stessa collettività, di opinioni e di interessi diversi, senza che si pervenga al conflitto, alla secessione o alla condanna » (8).

Qui si arresta la relativizzazione dello storico, qui sta il ' valore ' della formola, dell'espediente: quello di istituzionalizzare il dissenso, di rendere naturale e quasi essenziale alla vita del collegio la dialettica fra *maior pars* e *minor pars*, di tutelarla. Sì che, quando la maggioranza — in certe sue manifestazioni patologiche — diventa la « prepotente maggioranza », « espressione totalitaria del popolo che si incarna nel dittatore e ne offre il sostegno e la giustificazione »; quando essa si inclina in una « auspicata soppressione delle minoranze », ed è pertanto « ancora e sempre: l'intolleranza del dissenso » (9), è il suo volto essenziale a stravolgersi e ad assumere la forma tragica e grottesca delle realtà che contraddicono la intima natura loro propria. Una simile maggioranza è soltanto la maschera ipocrita d'un velato unanimismo.

Ruffini guarda in negativo al principio di maggioranza, ponendosi quasi dall'esterno, dalla parte delle minoranze; e il principio maggioritario gli appare quale garanzia fisiologica per uno spazio al più debole, al diverso. Gli appare fondamentalmente soprattutto come il superamento compiuto della intolleranza.

È l'interpretazione autentica che Edoardo Ruffini ci dà dei suoi lavori, del loro sorgere e concatenarsi, a cinquanta anni suonati dalla

(6) *Il principio maggioritario - Profilo storico*, p. 100.
(7) *Il principio maggioritario - Profilo storico*, p. 114.
(8) *La ragione dei più*, p. 15.
(9) *La ragione dei più*, p. 20.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

loro pubblicazione prima; ed è quasi un contributo autobiografico, anche se sommesso, di chi vide scatenarsi sulla propria vita personale familiare professionale la tempesta d'un'intolleranza ottusa; di chi la vide e di chi, in prima persona, volle pagare e pagò.

Fin qui abbiam tentato un collocamento di questi scritti all'interno della biografia intellettuale del loro Autore e abbiamo constatato come essi ci esprimano una singolare solidarietà fra uomo e ricercatore. Ne abbiamo anche tentato una sostanziale storicizzazione offrendone una datazione non estrinseca. Cerchiamo ora, brevemente, di operare una datazione di altra indole, esaminandoli nel divenire e nel consolidarsi della storiografia giuridica di quegli anni.

Anche sotto questo profilo la loro singolarità fa spicco. Il greve positivismo che aduggia gli storici del diritto attivi nel decennio fra il Venti e il Trenta è qui liberato in una più aperta cultura letteraria e filosofica. La lezione dell'idealismo, che invano cercheremmo nelle pagine di Ermini, di De Vergottini, di Bognetti, di Marongiu — per citare soltanto i coetanei —, circola nelle pagine del Nostro, che ci appare più consapevole del clima culturale che avrebbe, nel decennio successivo, dato il suo frutto più vistoso nella riflessione e nelle proposte di Francesco Calasso. Dice Paradisi ([10]) — e ha ragione — che, con Calasso, « la ' storia del diritto ' tentava così di identificarsi con la ' storia nel diritto ', in un modo che, nella dottrina italiana, è forse soltanto anticipato da Francesco Ruffini nel famoso suo studio sulla *Classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo de' Fieschi e in F. C. Savigny* (1898) ». Noi vorremmo estendere questo privilegio, e farne parte a Edoardo. Su di lui certamente la significativa testimonianza del padre dovette influire non poco, ma è un fatto che, nelle sue ricerche sul principio maggioritario, i limiti dell'imperante positivismo analitico si ampliano, se addirittura non si rarefanno.

Da qui lo sguardo sicuro alla scienza del diritto come coscienza riflessa d'un intero ordinamento, e, insieme, lo spazioso sguardo che, insoddisfatto di confini fatti di insensati crinali di montagne, arriva ad abbracciare — ben oltre le terre peninsulari — la civiltà giuridica medievale nella sua unitaria fornace europea, o che, al di là del pianeta medievale, si permette scorribande felici che penetrano fino alle nostre spalle per sorreggerle o per scrollarle da un sopore inaccettabile.

Torna qui alla luce il discorso fatto più sopra sulla consonanza fra coscienza scientifica e coscienza civile; ed emerge una lettura di Croce lungamente assorbita e messa in opera. Se si pensa che Ruffini scrive le sue cose tra il 1924 e il 1927, appena uscito dalla scuola di Federico Patetta, sorprende l'ariosità letteraria della pagina, il gusto della sintesi, la scintillante cultura di chi ha voluto pascersi a dovizia oltre il consueto orticciolo storico-giuridico. Certamente, fra i suoi

([10]) B. PARADISI, *Gli studi di storia del diritto italiano dal 1896 al 1946*, ora in *Apologia della storia giuridica*, Bologna, 1973, p. 169.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

coetanei, Edoardo Ruffini è il più colto degli storici del diritto italiano: dove cultura non è sinonimo di erudizione e di dottrina, ma è il segno d'un'intelligenza duttile e vigile e sommamente libera, incapace di chiusure, bisognosa di fondare criticamente il proprio 'mestiere' in architetture aperte che consentano un'osservazione arricchente sul piano delle altre scienze umane.

È in questa prospettiva — ben al di là dei condizionamenti che potrebbero troppo facilmente ipotizzarsi dalla incombente ombra paterna — che si motiva appieno l'approccio culturale con il diritto canonico e la teologia morale, studiati e indagati, l'uno e l'altra, non a mo' d'ausilio come strumenti necessari al medievista e quasi imposti alla sua preparazione di studioso, ma come oggetto primario e diretto di indagine, come dimensione da connettere vitalmente a quella di storico del diritto.

C'è solo un rammarico da esprimere: che questo promettente itinerario di ricerca non abbia avuto la possibilità di svolgersi compiutamente. Una cesura innaturale tronca, con il 1933, l'attività scientifica di Ruffini; una mano violenta, mortificante, costringe all'esilio, al silenzio. Quel silenzio che è durato fino a ieri e che contribuisce a rendere la figura del Nostro, con la sua opera tutta relegata in una zona remota della nostra storia culturale e civile, di più complessa percezione.

Possiamo, a questo punto, prevedere una probabile lamentela del lettore: si è parlato in queste righe più dell'uomo — e dell'inserimento dell'opera scientifica nella vita dell'uomo — che dei contenuti, dei risultati concreti dell'indagine storico-giuridica. Certo, avremmo potuto seguire, dietro la ricca analisi ruffiniana, i complessi rivoli storici dei sistemi di deliberazione collettiva, le resistenze le sollecitazioni le motivazioni profonde sottostanti alla tardiva emersione di un principio maggioritario come principio generalmente adottato nella vita dei collegii; avremmo anche potuto riprendere nostri consensi e dissensi sulla interpretazione ruffiniana della unanimità nell'ordinamento canonico, al di sotto della quale ci è sembrato e tuttora ci sembra di cogliere una certa incapacità a collocarsi *ex parte Ecclesiae* e, quindi, a nostro avviso, una incompiuta comprensione e storicizzazione di quella peculiare *unanimitas*.

Tutto questo appare però quale secondario elemento di identificazione per scritti ormai situati in una nicchia sicura della storiografia giuridica italiana e oggi soltanto ristampati così come si ristampa un prodotto culturale definitivamente acquisito; scritti che, malgrado certe troppo pessimistiche valutazioni, sono stati per cinquanta anni ben conosciuti e largamente utilizzati dagli addetti ai lavori, anche se certamente non hanno sortito, al di là di questi, il successo più ampio che meritavano presso storici, filosofi, politologi. D'altronde, lo stesso Ruffini, ristampando semplicemente i suoi lavori senza la-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sciarsi tentare dal rivederli alla luce delle molte cose scritte in proposito soprattutto dopo l'ultimo dopoguerra, sembra avere inteso riproporli, nella loro intatta compattezza, per un significato che esorbita la stessa validità delle conclusioni storico-giuridiche ivi contenute. Un significato, che potremmo chiamare di testimonianza.

Appunto come testimonianza li abbiam qui voluti con sincero compiacimento rileggere e soppesare, non dimenticando per un solo istante il nesso tra pagina finita e scrittore. È un modo non retorico di rendere omaggio a Edoardo Ruffini partendo non dalle conclamazioni artificiose, ma dalle cose. Chi ha scritto queste note nutre in sé ancora il disappunto di non aver potuto partecipare, a causa d'una improvvisa indisposizione, il 25 aprile 1976, a Perugia, a un incontro di riflessione sull'opera ruffiniana, al quale era stato invitato dalla cortesia di Severino Caprioli. Era appena uscita presso Adelphi la ristampa de ' Il Principio maggioritario ', ed era — quello — il primo tentativo di valutazione retrospettiva dell'opera di Ruffini. In forza di una viva partecipazione morale — anche se non fisica — alla riunione perugina, ci è piaciuto oggi scrivere quello che avremmo detto a Perugia, secondo una linea interpretativa che la successiva ristampa de ' La ragione dei più ' ha convalidato e reso ancor più consapevole. Valga soltanto quale motivato omaggio a uno studioso singolarissimo; valga come modesto contributo a una maggior circolazione di due libri, che meritano l'attenzione di un vasto pubblico di lettori.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

HANS SCHLOSSER

RATIONALITÄT, SYSTEMPERFEKTION UND SOZIALE REFORM DURCH KODIFIKATION?

(*Zu: Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, hrsg. von Helmut COING und Walter WILHELM, Frankfurt am Main: Klostermann, Studien zur Rechtswissenschaft des neunzehnten Jahrhunderts Band I 1974 (pp. X-296), Band II 1977 (pp. VII-231), Band III 1976 (pp. VII-415)).

Ziel eines von der Fritz-Thyssen-Stiftung getragenen Forschungsunternehmens ist es, « den leitenden Ideen und grundlegenden Institutionen des im 19. Jahrhundert entwickelten Privatrechts nachzugehen, gleichsam dem Instrumentarium der ' Zivilrechtsgesellschaft ', wie den Gegenbewegungen, die ihr erwachsen sind ». Die ersten Erträge dieses Arbeitskreises, dem Juristen, Historiker, insbesondere Rechts- und Wirtschaftshistoriker angehören, liegen nun in drei Bänden gesammelt vor. Das keineswegs stets harmonische Zusammenspiel von Rechtswissenschaft und Gesetzgebung bildet das anspruchsvolle Rahmenthema. Es ist offenkundig, daß im Brenn- und Schnittpunkt dieser beiden für die moderne Zivilrechtsentwicklung elementaren Gestaltungsfaktoren das Kristallisationszentrum für eine Vielzahl ideengeschichtlicher, dogmatischer, auf die Sozial-, Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung bezogener Grundlösungen und Fragen beschlossen ist. Sie methodisch korrekt aufzubereiten, aus dem vielschichtigen Kontext heraus zu interpretieren und die Ergebnisse gegebenenfalls auch für moderne, aktuelle Problemstellungen nutzbar zu machen, ist zentrales Anliegen der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte. Die vorliegende voluminöse Vortragssammlung demonstriert paradigmatisch die Effektivität einer polifaktoriellen Problemerörterung (1).

Die im Band I enthaltenen Beiträge lassen sich dem Leitthema « Selbstverständnis und Zielsetzung der zeitgenössischen Rechtswissenschaft » zuordnen. S. GAGNÉR fragt in seinem Aufsatz über die « Wissenschaft des gemeinen Rechts und der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis » nach dem wissenschaftstheoretischen Standort des Gesetzes-

(1) Richtungweisend hierfür etwa P. LANDAU, *Rechsgeschichte und Soziologie*, Vierteljahrschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte 61 (1974), S. 145 ff. auch mit Nachweisen zur rechtshistorischen Methodendiskussion.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

redaktors W. X. A. Kreittmayr und nach dem Einfluß dieser frühen Kodifikation auf die Zivilistik der Folgezeit. Er weist Konzeption und Systemgepräge des Zivilkodex von 1756 (CMBC) dem älteren Usus Modernus zu und kennzeichnet Kreittmayr « gewissermaßen als Nachzügler der Gemeinrechtswissenschaft einer früheren Epoche ». Im Lichte dieser Beurteilung müssen folgerichtig Nachwirkungen und « fortune » der Kreittmayrschen Leistung bescheiden bleiben. Das Gesetzeswerk entstammte einem juristischen Denkstil, der zu Ende des 18. Jahrhunderts allgemein bereits als überwunden galt. Nicht zuletzt auch deshalb mußten 1799 die kurfürstlichen Bemühungen, dem Rechtsunterricht an der Ingolstädter Juristenfakultät das Gesetzes- und Anmerkungswerk Kreittmayrs zugrunde zu legen, das als neue Gemeinrechtswissenschaft an die Stelle der Institutionen und Pandekten treten sollte, als gescheitert angesehen werden. Montgelas' abfällige Kritik an der Kodifikation hatte nur ausgesprochen, was allgemein bekannt war, und damit diese Entwicklung beschleunigt. Vor allem die Anmerkungsbände zum Codex, eine Art Kommentar und Gesetzesmaterialien zugleich, genügten nicht mehr den Anforderungen der zeitgenössischen positiven Rechtswissenschaft. Savigny hatte dieses Gesetz während seiner nur kurzen Landshuter Jahre (1808-1810) gar nicht erst zur Kenntnis genommen. Erfolglos verliefen 1814 auch die Versuche von Feuerbach, Aretin und Gönner, den CMBC umzuarbeiten. Erst auf einem bemerkenswert sonderbaren Umweg konnte die Kreittmayrsche Kodifikation die Aufmerksamkeit der gesamtdeutschen Zivilrechtswissenschaft auf sich ziehen. Mittermaier hatte die Diskussion der Frage der Gewinnung eines gemeinen deutschen Privatrechts, die seit Beyer in der Germanistik nie zur Ruhe gekommen war, eindringlich auf die Bedeutung der deutschen Partikularrechte gelenkt. Damit hat er an Grundgedanken angeknüpft, für die vor ihm bereits Selchow, der Pütter-Schüler Rudloff oder Tafinger, wenn auch ohne durchschlagende Resonanz, eingetreten waren (2). Mit dieser Aktualisierung der Partikularrechte wurden selbstredend nun auch große Teilgebiete des CMBC in das gesamtdeutsche Bewußtsein gerufen, wurde der CMBC zum Demonstrationsobjekt einer neuen Rechtsgewinnung, deren Ergebnisse gleichwertig neben das romanistische gemeine Recht treten sollten (3).

---

(2) Diese Debatte ist im übrigen bis heute nicht zur Ruhe gekommen, wenn auch die einst gehegten Erwartungen von einem gemeinen deutschen Privatrecht durch realistische Einsichten abgelöst wurden. Vgl. dazu neuerdings einerseits H. THIEME, *Über Zweck und Mittel der Germanischen Rechtsgeschichte*, Juristenzeitung 1975, S. 725 ff. und DERSELBE, *Le « droit commun germanique » du moyen-age fantaisie des professeurs du XIXe siècle ou réalité?*, Etudes historiques offertes à Jean Yver 1976, S. 663 ff., sowie andererseits die zeitgenössische glänzende Bestandsaufnahme von C. F. GERBER, *Das wissenschaftliche Princip des gemeinen deutschen Privatrechts* 1846, S. 15 ff.

(3) Vgl. F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967, S. 403 ff., insbesondere S. 405.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Das Utopische dieser mit hohem geistigen Aufwand betriebenen Arbeiten begann sich erst mit Gerbers begriffsjuristischer Rechtsgewinnungstheorie um die Mitte des 19. Jahrhunderts abzuzeichnen. So gesehen verwundert es nicht, daß selbst diese Nachwirkung des CMBC in der wissenschaftlichen Literatur wie auch in der Judikatur recht begrenzt blieb. Kreittmayrs Idee, im CMBC ein neues « systema juris privati universi » zu schaffen, entsprach zwar durchaus den Leitvorstellungen der zeitgenössischen Zivilistik. Die Privatrechtsentwicklung konnte die bayerische Kodifikation nachhaltig jedoch nicht mehr beeinflussen. Allerdings möchte ich gegen das ausgegebene Signalement Kreittmayrs als « Nachzügler » des Usus Modernus zu bedenken geben, daß damit nur eine Komponente dieses großen Juristen angesprochen ist. Die Kennzeichnung wird man so lange akzeptieren können, als nicht der tatsächliche originelle Anteil Kreittmayrs an echten Rechtsneuschöpfungen oder Rechtsfortbildungen — wenn auch aus den Quellen des gemeinen und dem Normenvorrat des partikularen Rechts — verläßlich feststeht. Davon ist die Forschung freilich noch weit entfernt, weil sie immer noch fast ausschließlich den dogmatischen oder rechtstheoretischen Abhängigkeiten der bayerischen Kodifikation nachgeht (4). — W. WAGNER untersucht in seinem Beitrag « Die Wissenschaft des gemeinen römischen Rechts und das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten » (ALR) Bedeutung und Anteil der Pandektistik am Zustandekommen des ALR sowie bei dessen lehrmäßiger und wissenschaftlicher Behandlung. Der Verfasser unterstreicht Savignys Verdienst um das Gesetz, das ein « Petrefakt des späten aufgeklärten Absolutismus » geblieben wäre, hätte dieser es nicht — wenn auch gegen eigene innere Widerstände — vor dieser Isolierung bewahrt. Savignys Ziel war es, durch wissenschaftliche, historisch-genetische Bearbeitung das ALR lebensfähig zu machen. Das Fehlen konstruktiv durchgreifender Grundbegriffe und Abstraktionen, beide unerläßliche Vorbedingungen echter Wissenschaftlichkeit, verletzten seinen « Systemwillen und sein wissenschaftliches Würdegefühl » (5). Indem er 1819-1820 die ersten Vorlesungen über das Gesetzeswerk überhaupt abhielt, und seit 1826 die Erhebung des ALR zum Prüfungsfach an allen preußischen Universitäten durchsetzte, gewann das Gesetz Anschluß an die geistigen Strömungen der Zeit. Nur folgerichtig erscheint es mithin, daß die preußische Judikatur die Anfangsphase einer Buchstabenjurisprudenz und diffusen Wissenschaftlichkeit erfolgreich erst überwinden konnte, nachdem die Pandektistik sich der Kodifikation angenommen hatte. Ihren Höhepunkt erreichte die preußische Zivilistik dann vor

(4) Zu der hier postulierten breiteren Fragestellung vgl. demnächst z. B. E. SPANGLER, *Die Irrtumslehren des CMBC*, sowie unter Berücksichtigung des Kreittmayrschen Kriminalkodex von 1751 R. HEYDENREUTER, *Studien zur Strafrechtspflege in Bayern*, beide juristische Dissertationen Augsburg.

(5) F. WIEACKER, *Notizen zur rechtshistorischen Hermeneutik* 1963, S. 5.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

allem durch Förster und Dernburg. Beide schufen in ihren monumentalen Systemwerken die Vorbedingungen für ein fruchtbares Zusammenwirken von Wissenschaft und Praxis, die ursprünglich eine tiefe Kluft getrennt hatte. — W. OGRIS unterscheidet in seinem Beitrag zur « Wissenschaft des gemeinen römischen Rechts und das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch » (ABGB) die bekannten zwei Phasen in der Auseinandersetzung der romanistisch orientierten Gemeinrechtswissenschaft mit dem ABGB. Im ersten auf die Inkraftsetzung folgenden und bis etwa 1850 währenden Zeitabschnitt dominiert das durchaus repräsentative Verdikt Savignys über das ABGB, dem im wesentlichen auch Wächter folgte. Die österreichische Rechtswissenschaft blieb in dieser Zeit auf dem Boden des Naturrechts und damit folgerichtig in den Bahnen der exegetischen Schule. Die entscheidende Wende vollzog sich nach 1852, d. h. nach der berühmten « Schmährede » des Unterrichtsministers Leo Graf Thun-Hohenstein auf das ABGB. Nunmehr erfolgte unter Führung Josef Ungers eine folgenreiche Hinwendung zur deutschen Pandektistik. Der Verfasser bewertet diese Eingliederung der österreichischen Zivilistik in die deutsche Pandektenwissenschaft « als eine Art Rezeptionsvorgang », der eine Verwissenschaftlichung des österreichischen Bürgerlichen Rechts nach sich zog. Er meint auch, daß diese Rezeption sich letztlich fruchtbar ausgewirkt habe. Dieser bemerkenswerte Befund wäre es wert gewesen, bis hin zu den Gegenwartsproblemen der österreichischen Zivilistik fortgeführt und an ihnen überprüft zu werden. — K. H. NEUMAYER beschäftigt sich in zwei Beiträgen mit der wissenschaftlichen Behandlung des kodifizierten französischen Zivilrechts, und zwar einmal während der ersten 70 Jahre der Geltung sowie zum andern nach der Rezeption des Code im Großherzogtum Baden und auf dem linken Rheinufer bis zum Beginn der Vorarbeiten zum BGB (1874). Er weist darauf hin, daß die von der deutschen grundsätzlich abweichende französische Rechtsmentalität die Verwirklichung des neuen Gesetzbuches in den beiden großen Geltungsbereichen ganz unterschiedlich beeinflußt hat. Demnach entsprach es vollkommen der tiefverwurzelt positivistisch-exegetischen französischen Grundhaltung, daß eine doktrinär-wissenschaftliche Bewältigung gegenüber dem deutschen Kulturgebiet erst relativ spät anhob. Entscheidende Anstöße und Signale zur wissenschaftlichen Beschäftigung mit dem Gesetz gaben in Frankreich die großen Fachzeitschriften (Thémis, Revue Foelix, Revue Wolowski und Revue historique) und schließlich auch die 1838 von den Straßburger Professoren Aubry und Rau besorgte französische Übersetzung des in pandektistischer Systematik und Denkhaltung verfaßten berühmten Handbuches des französischen Zivilrechts von Zachariä von Lingenthal. Dieses Werk bedeutete eine Herausforderung des culte du texte de la loi, rief einen Methodenstreit zwischen Exegetikern und Systematikern hervor und leitete eine fruchtbare Phase « dogmatischer

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Induktion » ein. Ganz anders hingegen verlief die Entwicklung im deutschen Geltungsgebiet des französischen Privatrechts. Seit seiner Inkraftsetzung war hier der Code Gegenstand eingehender wissenschaftlicher Behandlung. Im Gegensatz zu Frankreich, wo das römische Recht Rechtsgeschichte geworden war und der Code das Bürgerliche Recht schlechthin darstellte, blieb in den deutschen Provinzen von Anfang an die Subsidiarität des römischen Rechts unumstritten. Das französische Recht galt in der Praxis, das gemeine Recht blieb das von der Wissenschaft gepflegte Recht. Studiert wurde das badische Recht in der Systemgebung der deutschen Pandektistik. Dieser Dualismus erwies sich als außerordentlich fruchtbar. Den Wettstreit zwischen der französichen raison écrite und der Autorität des Zivilrechtssystems gewann schließlich doch die systematische Schulrichtung. Neben Zachariä waren an diesem Ausgang Dreyer und Thibaut maßgeblich beteiligt. — K. Luig versucht eine « Theorie der Gestaltung eines nationalen Privatrechtssystems aus römisch-deutschem Rechtsstoff » nachzukonstruieren, ein Programmpunkt der zeitgenössischen Rechtswissenschaft, der bislang auf dem Hintergrund des in Thibaut und Savigny geradezu personifizierten Kodifikationsstreites nur wenig Beachtung gefunden hat. Vorweg ist gegenüber der Grundfragestellung des Verfassers einzuwenden, daß es eine Theorie zu entsprechenden Bemühungen im strengen Sinne dieses Begriffes wohl kaum gegeben hatte. Was heute identifizierbar bleibt, sind allenfalls theorieähnliche Verschmelzungsversuche, die ihrem Entstehungsgrund nach aus der grundsätzlichen zeitgenössischen Diskussion um die Gewinnung eines gemeinen deutschen Privatrechts hervorgegangen waren. Der Verfasser verfolgt die genannten Überlegungen ausgehend von Conring, über Mevius, Schilter, Pütter und Nettelbladt, vermerkt erste praktische Versuche durch Hofacker und Dabelow, bescheinigt der Falckschen Lehre von der Doppelnatur des Rechts ihre Tauglichkeit für die Vereinigungsbestrebungen und schließt den Überblick mit Reyschers herrschend gewordener Konzeption von der Formbarkeit eines einheitlichen, aus verschiedenen « nationalcharakteristischen » Bestandteilen bestehenden Systems des gemeinen Rechts. Er kommt schließlich zu dem Befund, es sei allein auf der Ebene der Partikularrechtssystematisierungen gelungen, römische und deutsche Rechtssätze in einem geschlossenen System zusammenhängend darzustellen, wobei das römische Recht die Kristallisationskerne für diese tatsächliche Verschmelzung abgab. Ergänzend sei hierzu angemerkt, daß selbst auf der Ebene suprapartikularer Rechtsgermanistik noch Nachwirkungen eines derartigen römisch-deutschrechtlichen Konzertes festzustellen sind. Führende Germanisten vermeinten nämlich in einer besonders geglückten Form ebenfalls deutsches mit römischem Privatrecht verbinden zu können, wenn sie das als gemeindeutsches erkannte oder zumindest so ausgegebene Privatrecht in romanistischen System-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gefäßen zur Darstellung brachten. Das gilt insbesondere für Stobbe (6), aber auch noch nach 1900 für Gierke (7). — Ergänzend zu diesem Themenkomplex fragt K. KROESCHELL nach der « Zielsetzung und Arbeitsweise der Wissenschaft vom gemeinen deutschen Privatrecht ». Er faßt Bekanntes zusammen, wenn er feststellt, die Germanisten Eichhorn und Mittermaier hätten bei ihren Rechtsgewinnungsmodellen im wesentlichen auf Theoreme zurückgegriffen, die von der Germanistik des 18. Jahrhunderts bereits entwickelt worden waren (so etwa Pütter, Selchow oder Runde). Die entscheidende Wende sieht der Verfasser dann in der begriffsjuristischen Wendung des germanistischen Systematisierungsbestrebens, die durch Gerber veranlaßt und auch die Privatrechtssysteme der Germanisten der Folgezeit maßgeblich beherrschte. Da sich der Beitrag lediglich als Problemskizze versteht, findet man zu den Rechtsgewinnungstheorien der Germanisten aus der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts lediglich Andeutungen. Daß hier eine Forschungslücke besteht, stellt Kroeschells Beitrag eindringlich unter Beweis. — Den Band beschließt der Aufsatz « Die Wissenschaft des gemeinen deutschen Handelsrechts » von G. KÖBLER. Er entwickelt Selbstverständnis und Zielsetzungen im wesentlichen unmittelbar aus den historischen Etappen der Gesetzgebung. Die Arbeit ist als Dokumentation äußerst nützlich. Der rechtstheoretische Hintergrund namentlich bezogen auf Thöl, Endemann und Goldschmidt tritt demgegenüber etwas zurück (8).

Für den Band II haben die Herausgeber das Leitthema « Die rechtliche Verselbständigung der Austauschverhältnisse vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Entwicklung und Doktrin » gewählt. Den

(6) O. STOBBE, *Handbuch des deutschen Privatrechts* I, 2. Aufl. 1882, S. 62 f. (63): « die Darstellung des deutschen Privatrechts (hat) im wesentlichen die für das römische Recht hergebrachte Grundeintheilung zu befolgen » oder « — werden wir die Geschichte der Institute mit der Dogmatik des neueren Rechts ver binden — ».

(7) O. v. GIERKE, *Deutsches Privatrecht I* (1895), S. 107: « Jeder Versuch, das heutige deutsche Privatrecht nach einem auf die ursprünglichen nationalen Grundbegriffe gebauten Systeme darzustellen, muß notwendig mißlingen. — Somit muß bei der Darstellung des deutschen Privatrechts im Allgemeinen das übliche sogenannte Pandektensystem als Richtschnur dienen ». Änlich DERSELBE dann auch in HOLTZENDORFF-KOHLER, *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft* I, 7. Aufl. 1915, S. 175 f.. Zum Ergebnis — bezogen auf das Ordnungsgefüge des BGB — meint freilich R. LEONHARD, *Der Allgemeine Theil des Bürgerlichen Gesetzbuches in seinem Einflusse auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft* 1900, S. 63, es sei ein « Übelstand », da es der gemeinrechtlichen Wissenschaft nicht gelungen war, « die Pandektenlehre mit dem deutschen Privatrechte zu einer einheitlichen Lehre zu verschmelzen ».

(8) Zu diesen Fragen wird man weiterhin auf K. O. SCHERNER, *Anfänge einer deutschen Handelsrechtswissenschaft im 18. Jahrhundert*, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht 136 (1972), S. 465 ff. sowie DERSELBE, *Die Wissenschaft des Handelsrechts*, in H. COING, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* II 1 (1977), S. 797 ff. zurückgreifen müssen.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

wirtschaftsgeschichtlichen Hintergrund umreißen die Einleitungsreferate von H. POHL zur « Entwicklung der deutschen Volkswirtschaft (1830-1880) » sowie von W. TREUE über die « Expansion und Konzentration der deutschen Volkswirtschaft (1866/71-1914) ». Treue geht davon aus, ein Prozeß der Expansion kennzeichne die Entwicklung der deutschen Volkswirtschaft von 1830 bis 1870. Der Beitrag von Pohl belegt anschaulich diese Expansionsphase. Zollverein, einheitliche Wirtschaftsgesetzgebung (Wechselordnung, Gewerbeordnung), Verbesserung der Agrikulturtechnik (Liebig), Industrialisierung und Mechanisierung der bergbaulichen Urproduktion sind nur einige Stationen eines Weges, der geradlinig zu dem Wettbewerb um den Weltmarkt führte. Auf die Phase dieser Expansion folgte seit 1866/71 die der Konzentration. Sie äußerte sich in der Bildung von Verbänden in den Bereichen der Wirtschaft und des Handels, die wiederum auf die staatlichen Maßnahmen wachsend Einfluß nahmen. — Für diesen gesamtwirtschaftlich derart bestimmten Rahmen entwickelt H. J. TEUTEBERG « Die Doktrin des ökonomischen Liberalismus und ihre Gegner » am Beispiel der grundsätzlichen Behandlung des Arbeitsvertrages im « Verein für Socialpolitik » (1872-1905). Der Verein als geistiges Sammelbecken und Zentrum aller sozial-liberalen Reformkräfte und Motive hatte maßgebenden Einfluß auf die Gesetzgebung. So gesehen ist es berechtigt, hier von einer Nahtstelle zu sprechen, « wo sich die Entwicklung der Volkswirtschaft und ihrer Theorie mit der Kodifikation des Privatrechts begegneten ». Paradigmatisch erläutert der Verfasser diese Interdependenz am sich wandelnden Sozialmodell des Arbeitsvertrages im Sinne der klassischen liberalen Nationalökonomie. Ansätze einer Kritik am Warencharakter der Arbeit, an der Bestimmung des Arbeitsvertrages als Herrschaft über den Arbeiter sowie an den rein ökonomischen Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer datieren bereits aus den Anfängen des Liberalismus. Das Verdienst der im Verein zusammengeschlossenen « Kathedersozialisten » (9) war es, die Fortbildung des liberalen Arbeitsvertrages im sozialausgleichenden, schließlich kollektiven Sinne entscheidend gefördert zu haben. Bemerkenswert ist die Feststellung des Verfassers, die soziale Frage sei nicht allein unter dem Druck der sozialen Bewegung gelöst worden. Vielmehr habe die durch Schmoller, Brentano, Wagner und Gierke im Verein geführte Debatte ganz maßgeblich hierzu beigetragen. Dieser Gesichtspunkt war bislang noch nicht angemessen beachtet worden. — Die Reihe der eigentlich rechtsdogmatischen Themen eröffnen die Beiträge von H. KIEFNER über den « Abstrakten obligatorischen Vertrag in Praxis und Theorie des 19. Jahrhunderts » und von F. RANIERI zur « Lehre der abstrakten Übereignung in der deutschen Zivilrechts-

(9) Dazu vgl. die Beiträge in Quaderni Fiorentini 3/4 (1974/75), tomo I, insbesondere N. REICH S. 157 ff., P. CARONI S. 273 ff. und G. DILCHER S. 319 ff. zu dem Thema: Il « Socialismo giuridico ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

wissenschaft des 19. Jahrhunderts ». Kiefner zeigt, wie sich die Lehre vom abstrakten Schuldversprechen (§§ 780, 781 BGB) aus den Bedürfnissen der Praxis im Wege einer theoretischen Überhöhung durch die Wissenschaft (Bähr, Jhering) bis zum BGB hin entwickelt hat. Ihm ist zuzugeben, daß sie im System des BGB wenig sinnvoll ist. Dennoch wird man auch heute noch ein starkes praktisch-wirtschaftliches Interesse an einer Anerkennung bejahen müssen. Ranieri rekapituliert im wesentlichen die Lehre von der abstrakten Übereignung aus der Methodik und Systematik Savignys. — K. Luig beschäftigt sich mit dem pandektistischen Abstraktionsgrundsatz bezogen auf die Zession. Die Vorgeschichte der abstrakten Forderungsabtretung des BGB deckt sich nicht mit der der Übereignung. Die Lösung der causa von der Verfügung über die Forderung hatte erst die erste Kommission vorgenommen. Das zugrundeliegende theoretische Modell ist die Doppelnatur der Forderung, einmal als persönliche Rechtsbeziehung zwischen Gläubiger und Schuldner und zugleich als sachenrechtlich verfügbares, wirtschaftlich verwertbares Vermögensobjekt. Von zentraler Bedeutung bleibt dabei stets die Rechtsstellung des Schuldners, an dem die Auswechslung des Gläubigers praktisch vorbeiläuft. Die Grundlösungen des gemeinen Rechts vor 1800 und während des 19. Jahrhunderts bis hin zum BGB sind — auf einen groben Nenner gebracht — letztlich Versuche, die Interessen von Zedent und Zessionar einerseits sowie die Position des nicht mitwirkenden Schuldners andererseits sinnvoll aufeinander abzustimmen. Causa-Abhängigkeit und Abstraktheit der Zession belegen die Reichweite des juristischen Konstruktionspotentials. Der Verfasser zeigt, daß die Lösung des BGB weder deutschrechtlich, noch naturrechtlich oder durch das römische Recht beeinflußt wurde. Vielmehr hat man darin das Ergebnis einer sinnvollen Kombination von Schuldnerschutzvorschriften zu sehen. Der Beitrag zeigt überdies beispielhaft, in welchem methodischen wie dogmatischen Umfang moderne Problemlagen einer rechtshistorischen Überprüfung zugänglich gemacht werden können. — Im Mittelpunkt der Untersuchung von W. Müller-Freienfels steht die 1866 von Laband brillant präsentierte Lehre von der « Abstraktheit der Vollmachtserteilung », die auf breiter Quellenbasis aus den wissenschaftlichen und legislatorischen Grundvoraussetzungen des 19. Jahrhunderts heraus dargestellt wird. Der Verfasser weist darauf hin, daß Laband eigentlich zu Unrecht der Erfinderpreis zuerkannt wurde. In Wahrheit war in der wissenschaftlichen Literatur das Grundproblem schon lange vor ihm wiederholt behandelt worden. So hatten 1857 nämlich Jhering, Brinz und Goldschmidt für das Verhältnis Mandatar und Mandant den relativen Charakter der Innenbeziehungen herausgearbeitet und gegenüber dem absolut wirkenden Vertreterhandeln nach außen abgegrenzt. Damit war die Trennung zwischen Auftrag und Vollmacht als praktisches Problem der Stellvertretung bekannt. Hinzu kommt, daß

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ausländische Juristen, wie der Däne Ørstedt und der Niederländer Diephuis, beide 1835 voneinander unabhängig, zu einer klaren und begriffsscharfen Unterscheidung zwischen Auftrag und Vollmacht gekommen waren, mit der sie der Praxis solide Arbeitshilfen bereitstellen wollten. Labands Verdienst liegt letztlich in der einmaligen dogmatischen Vollendung und Überhöhung dieser Grundaussage des Vertretungsrechts. — In seinem Aufsatz « Begriff und Theorie der Verfügung » zeigt W. WILHELM, daß der Verfügungsbegriff, wie er dem BGB in einer Vielzahl von Normen zugrundegelegt ist, aus der pandektistischen « alienatio-Veräußerung » heraus im Wege einer inhaltlichen Erweiterung gewachsen war. Im Anschluß an Leonhard bemängelt der Verfasser zwar, die Redaktoren des BGB hätten keinerlei theoretisches Fundament der juristisch-technischen Umsetzung der Verfügung unterlegt, läßt aber offen, worin seiner Ansicht nach die Vorzüge oder Chancen einer solchen Theorie der Verfügung für das Systemgefüge des Gesetzes bestehen könnten. Mit einer bloßen interesseweckenden Andeutung erwünschter Präzisierungen und Konkretisierungen einer theorieverhafteten Verfügung in ihrer « rechtssystematischen und rechtspolitischen Funktion » ist die Frage hinlänglich noch nicht beantwortet. Selbst die Bezugnahme Wilhelms auf die 1905 von Rudolph Sohm publizierte Theorie der Verfügung im Rahmen einer allgemeinen Privatrechtstheorie vermag hier tatsächlich kaum weiterzuhelfen. Anders als Wilhelm meine ich, daß die gegen die Lehre Sohms vorgebrachten Einwendungen, wie dies Hedemann und Binder getan haben, bis heute überzeugend noch immer nicht ausgeräumt sind. So gesehen kann ich dann auch seine Vermutung nicht teilen, die fachlichen Zeitgenossen hätten Sohms Theorie in ihrer eigentlichen Bedeutung und möglicherweise entsprechenden Intention nicht vollauf erfaßt.

Mit Band III der Reihe werden Vorträge publiziert, die sich wiederum unter jeweils verschiedenen Blickwinkeln mit einem für die Bodenordnung zentralen Geschehen beschäftigen. Von Sohm stammt die treffende Bezeichnung des Gegenstandes mit « Mobilisierung des Immobiliarvermögens ». Die Vortragssammlung versucht diesen vielschichtigen Vorgang in dem weitgefaßten Untertitel « Rechtliche und wirtschaftliche Entwicklung des Grundeigentums und Grundkredits » einzufangen. Die spezifisch juristischen Beiträge beschränken sich auf die Nachzeichnung dieses Prozesses im Spiegel der preußischen, bayerischen, österreichischen und schweizerischen Gesetzgebung. — N. HABERMANN verfolgt einleitend die Phase der Grundentlastung und zeigt ihre Folgewirkungen bis hin zur Herstellung eines frei verfügbaren Grundeigentums am Beispiel der Gesetzgebung Preußens auf. Bauernbefreiung, Auflösung des Lehensverbandes und Beseitigung der Familienfideikommisse markieren wichtige Etappen auf diesem politisch wie sozial spannungsgeladenen Weg. Freilich sollte man auch

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

für einen Versuch einer Bewertung der Bauernbefreiung etwas mehr erwarten können, als den zurückhaltenden Hinweis des Verfassers auf die unerläßliche « Analyse des gesamtgesellschaftlichen Entwicklungsprozesses im 19. Jahrhundert ». — Der « Bayerischen Gesetzgebung zur Herstellung eines frei verfügbaren Grundeigentums » widmet sich M. STOLLEIS. Ausgehend von dem in Kreittmayrs CMBC von 1756 festgeschriebenen, aus der mittelalterlich-altbayerischen Rechtstradition überkommenen Komplex unterschiedlicher Abhängigkeiten verfolgt der Verfasser zunächst die Ziele der anläßlich des Regierungswechsels von 1799 in Angriff genommenen Reformen. Er stellt auf die Erfolge ab, die bei der Beseitigung der personalen Abhängigkeiten (Leibeigenschaft und Dienstzwang), der Bindungen des Grundeigentums (Retrakt- oder Vorkaufsrechte) sowie bei der Überführung patrimonialer Hoheitsrechte (Niedergerichtsbarkeit und Polizeihoheit) auf den Staat erzielt wurden ([10]). Aus der Fülle des Materials sei lediglich die bayerische Form der Leibeigenschaft herausgegriffen. Sie kennzeichnet der Verfasser selbst als « relativ milde ». Man wird aus der spezifisch bayerischen historischen Genese dieser Rechtsinstitution aus der Grundherrschaft (die bayerische Hofmark als Grundtypus) sagen müssen, daß sie praktisch seit langem nicht mehr bestand. Bereits seit dem 16. Jahrhundert reduzieren sich in Bayern in zunehmendem Maße die leibherrlichen Bindungen auf ausschließlich dingliche Restnachwirkungen ([11]). Die Verdinglichung der Leibherrlichkeit war hier weit mehr die Konsequenz der Tradition als tatsächlicher oder gar rechtlich gebotener und fixierter Abhängigkeiten. — Eine aus breiter Quellengrundlage schöpfende Darstellung des Eigentumsbegriffs bringt W. WIEGAND in seiner Abhandlung zur « Theoretischen Begründung der Bodenmobilisierung in der Rechtswissenschaft: der abstrakte Eigentumsbegriff ». Der Verfasser geht der Entstehungsgeschichte der Rechtsfigur des geteilten Eigentums von ihren Anfängen bis zu Thibauts 1801 erschienener Abhandlung « Über dominium directum und utile » nach, mit der dieses Institut und damit auch das mittelalterliche Eigentumsmodell seine Erledigung gefunden hat. Im Grunde war mit der positiven Aufnahme der neuen Lehre Thibauts von dem wahren, wirklichen und unteilbaren Eigentum, dessen Grundzüge man in den römischen Quellen vorgegeben glaubte, das künftige Eigentumsmodell theoretisch in seinen wesentlichen Strukturen bereits vorgezeichnet. Folgerichtig mündet die Diskussion auch in die perfekte Abstrahierung des Eigentumsbegriffs des BGB ein: losgelöst von den einzelnen aus

---

([10]) Zu den staatstheoretischen Voraussetzungen dieser Abhängigkeiten wäre nachzutragen E. W. BÖCKENFÖRDE, *Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit* 1973, S. 12 f.

([11]) Ähnliche Befunde außerhalb des bayerischen Raumes bei W. MÜLLER, *Entwicklung und Spätformen der Leibeigenschaft am Beispiel der Heiratsbeschränkungen*, Vorträge und Forschungen, Sonderband 14 (1974).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dem Eigentum fließenden Befugnissen und gekennzeichnet durch Eigenschaften, die auf den Inhalt abheben und in den verkürzten Schlagworten Absolutheit, Totalität, Abstraktheit und Formalität den Wesensgehalt zum Ausdruck bringen. Die seitdem niemals völlig verstummten Überlegungen zu einer Wiederbelebung des alten Begriffs vom geteilten Nutzeigentum hat gegenwärtig in der Bundesrepublik Deutschland rechtspolitisch wohl kaum eine Chance. Nachzutragen und zugleich aufschlußreich wäre freilich eine rechtsvergleichende Betrachtung dieser den klassischen Eigentumsbegriff aufweichenden Bestrebungen mit dem seit 1976 kodifizierten « Nutzeigentum » im Sinne der §§ 284 ff. des Zivilgesetzbuches der DDR auf der Grundlage der sozialistischen Gesellschafts- und Eigentumstheorie (12). — Die anschließenden Beiträge von H. WINKEL und F. H. HENNING stehen in einem inneren Zusammenhang. Winkel gibt einen gedrängten Abriß der « Theoretischen Begründung der Bodenmobilisierung in der Volkswirtschaftslehre ». Er hebt hervor, daß die frühen Kameralisten wie etwa Pufendorf, ausschließlich praktische Bodenpolitik betrieben haben. Dies gilt auch für die durch Joseph v. Sonnenfels repräsentierten völlig theoriefreien Peuplierungspolitiker. Eine Wende bahnte sich erst mit den Klassikern der Nationalökonomie an, wie Adam Smith, David Ricardo und James Mill. Die erste von ihnen entwickelte vollständige nationalökonomische Theorie der Bodenordnung löste nunmehr wirklich konstruktive Diskussionen auch in der deutschen Nationalökonomie in der Zeit des Hochliberalismus aus. Ungeachtet der Warnungen jener Vertreter, die man unter Verwendung des modernen Sprachgebrauchs als Repräsentanten der Sozialpflichtigkeit des Eigentums bezeichnen könnte, trug die liberalistische Idee von der unbegrenzten individuellen Freiheit und Mobilität des Grund und Bodens den Sieg davon. Vor diesem theoretischen Hintergrund, wie ihn das Referat von Winkel umreißt, beleuchtet die materialreiche Studie von Henning die « Entwicklung des Grundstücksverkehrs vom ausgehenden 18. Jahrhundert bis gegen Ende des 19. Jahrhnderts ». Der Verfasser beschränkt sein Thema allerdings auf die Analyse der wirtschaftlichen Vorgänge, untersucht die Mobilität zwischen dem Nutzungsberechtigten und stellt den Eigentumswechsel in den Mittelpunkt. — Vorwiegend den technisch-juristischen Gestaltungsformen geht demgegenüber der Rechtshistoriker G. KÖBLER in seinem Beitrag über die « Regelung des Eigentumserwerbs an Grundstücken in Preußen vom ALR zum BGB » nach. Die von ihm bevorzugte Analyse des Instrumentellen in der Gesetzgebung hat zur Folge, daß die Fülle der mitgeteilten Einzelheiten die eigentlichen Ursachen der notwendig gewordenen Veränderungen zu überdecken droht. Dieser Eindruck bleibt leider auch noch nach der um Wesentliches bemühten Schlußzusammenfassung. — Die

(12) Vgl. K. WESTEN (Hrsg.), *Das neue Zivilrecht der DDR nach dem Zivilgesetzbuch von 1975* (1977), S. 70 ff. insbesondere S. 83 ff.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

der Mobilisierung des Grundkredits vorbehaltene nachfolgende Themengruppe leitet der Beitrag von S. BUCHHOLZ ein. Er befaßt sich mit der Entstehung und Entwicklung der « abstrakten Hypothek » im ostelbischen Raum. Der Verfasser hebt hervor, daß es primär wirtschaftliche Bedürfnisse waren, die Mitte des 19. Jahrhunderts bemerkenswerterweise gerade die mecklenburgische Gesetzgebung zur Schaffung der modernen, causalosen, abstrakten « Grundschuld » veranlaßt hatten. Akzessorietät und Subjektivität des alten Hypothekenrechts standen der Verkehrsfähigkeit der Grundpfandrechte im Wege. Erst behutsame Rückgriffe auf das Rechtsinstitut des mittelalterlichen Rentenkaufs insbesondere in der Ausprägung des lübischen Rechts ermöglichten die Konzipierung einer umlauffähigen, wertpapierähnlichen, den gestiegenen Anlagebedürfnissen vollkommen entsprechenden neuen abstrakten Individualhypothek. In dieser Form als sogenanntes « Mecklenburger Dogma » trat sie neben die akzessorische Verkehrshypothek und fand schließlich als abstrakte, vom Schuldgrund unabhängige Grundschuld Aufnahme in das BGB. Hier nimmt sie gegenwärtig insbesondere in der Rechtsform der Sicherungsgrundschuld als fiduziarisches Sicherungsrecht die gleichen Aufgaben wahr, die im Bereich des Mobiliarrechts der extra legem durch die Rechtslehre entwickelten Sicherungsübereignung zufallen. — Die grundpfandrechtliche Thematik setzt M. STOLLEIS fort mit dem Beitrag zum « Bayerischen Hypothekengesetz von 1822 ». Dieses Gesetz löste eine verwirrende Vielfalt lokaler Hypothekenrechte ab, in denen sehr häufig traditionelle mittelalterliche Pfandrechtsfiguren aus dem städtischen wie ländlichen Bereich weiterlebten. Bayern begann gemessen etwa an Preußen (1722, 1750 und 1783) relativ spät mit der Regelung des Hypothekenwesens. Die Anstöße hierzu gab wiederum die seit 1799 in Amt befindliche Regierung Montgelas, die eine « Revolution von oben » betrieb. Dieses zeitliche Nachziehen Bayerns erwies sich für das Gesetz von Vorteil. Es ermöglichte nämlich den Redaktoren, voran Gönner, die Berücksichtigung des bislang vorliegenden Normen- und Erfahrungsmaterials. Das Ergebnis war ein modernes Gesetz, das man als eine pragmatische Kombination in- und ausländischer Gesetze und Materialien zum Hypothekenwesen bezeichnen kann. Dieser Qualität verdankt das bayerische Hypothekengesetz seine Bewährung während des 19. Jahrhunderts. Novellierungen wurden nicht notwendig. Der Verfasser weist jedoch auch auf ernsthafte Strukturschwächen hin, die den positiven Befund trüben. Sie bestanden hauptsächlich in technischen Umständlichkeiten, in der doch eingeschränkten Umlauffähigkeit des Hypothekenbriefs sowie in der begrenzten Publizitätswirkung des Hypothekenbuchs, vergleicht man es mit dem Grundbuch. Dennoch halte ich die Schlußbewertung des Verfassers für überspitzt, gerade die Strukturmängel des Gesetzes hätten ihm eine wirkliche Bewährungsprobe erspart. Man könnte nämlich ebensogut den legislatorischen Erfolg unter einem

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

weiteren Aspekt sehen. Vielleicht haben die Redaktoren weitsichtig der sich zu Beginn des 19. Jahrhunderts abzeichnenden wirtschaftlichen und kreditpolitischen Situation bereits hinreichend Rechnung getragen. Die wirtschaftliche Entwicklung hätte dann eben das Hypothekengesetz überhaupt nicht mehr fordern können. — Die nachfolgenden wirtschaftshistorischen Untersuchungen von F. W. HENNING und W. TREUE beschäftigen sich mit Problemen der Interdependenz von Verschuldung der Bodeneigentümer und Zunahme des Kreditbedarfs sowie mit der Funktion der Hypothekenbanken in der Industrialisierungsphase, die starke Grundstücksbewegungen und riesige Kapitalströme ausgelöst hat. Beide Aufsätze demonstrieren anschaulich die Notwendigkeit der Einbeziehung wirtschaftsstatistischer Faktoren und Aussagen. Sie sind unerläßliche Interpretationsmedien für Anlässe und Gestaltungsformen legislatorischer Reaktionen. — Besondere Beachtung verdient der Beitrag von H. HOFMEISTER zur « Entwicklung des Eigentumserwerbes an Grundstücken und des Grundkredits in Österreich unter besonderer Berücksichtigung des Einflusses der preußischen Gesetzgebung von 1782 ». Dem Verfasser ist es gelungen, im Wege einer rechtsvergleichend-dogmengeschichtlichen Analyse die Aktualität rechtshistorischer Lösungsalternativen und Argumentationsfiguren für die Gesetzgebung der Gegenwart sichtbar zu machen. Dieses Vorgehen gewährleistet ein hohes Maß an Wirklichkeitsbezogenheit und unterstreicht sinnfällig Wirkungsbreite und Gestaltungsmöglichkeiten künftiger Reformen. Der erste noch in das moderne Immobiliarrecht hineinwirkende Fragenkomplex, den der Verfasser behandelt, betrifft den Eintragungsgrundsatz. Eingang in das österreichische Recht fand dieses Prinzip über das böhmisch-mährische Landtafelwesen, das seinerseits auf eine bewährte Tradition zurückblicken kann. Die Konsequenzen dieser liegenschaftsrechtlichen Maxime prüft der Verfasser am sogenannten « Präventionsprinzip », einem Begriff, der im Falle des Doppelverkaufs eines Grundstücks zum Wettlauf der nur obligatorisch Berechtigten um die Erfüllung der Übereignung führt. Dieses für die Praxis letztlich auch als unseriös empfundene Ergebnis wurde während des gesamten 19. Jahrhunderts heftig diskutiert und wird auch heute noch von der Judikatur unterschiedlich gewertet und konkretisiert. Die Auseinandersetzung läuft stets auf eine eminent praktische Frage hinaus, nämlich ob dem Erstkäufer als (physischem) Naturalbesitzer gegenüber dem dolosen Zweitkäufer und Bucheigentümer eine « verabsolutierte » Rechtsposition zuerkannt werden kann und soll. Anfänglich tendierten Lehre und Judikatur zur Anerkennung eines Eigentumsrechts des Naturalbesitzers außerhalb des Grundbuchs. Zur Begründung dieser Lösung berief man sich auch auf die gemeinrechtliche Rechtsfigur des ius ad rem oder des dominium duplex. Dem Zweiterwerber blieb hierbei lediglich die Möglichkeit eines Eigentumserwerbs kraft seines guten Glaubens. Von dieser dem Eintragungsprinzip zu-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

widerlaufenden Auffassung, für die der Verfasser die Hinwendung zum rechtswissenschaftlichen Naturalismus sowie die stärkere Heranziehung ethischer Gesichtspunkte für Rechtsfragen verantwortlich macht, beginnen sich heute wieder Rechtsprechung und Doktrin deutlich zu distanzieren. Der zweite aktuelle Fragenkreis hat den dogmatischen Ansatz des österreichischen Rechts bei der Regelung des Gutglaubensschutzes im Falle der ursprünglichen, d. h. bereits bei Zustandekommen der Eintragung gegebenen Unrichtigkeit des Grundbuchs zum Gegenstand. Das positive Recht berücksichtigt die Schutzinteressen des Dritten, freilich unter Einbeziehung der Rechte des wahren Berechtigten. Konkret bedeutet dies, daß der gutgläubige Dritte erst dann wirksam erwirbt, wenn sich der wahre Berechtigte seiner gesetzlichen, zeitlich genau fixierten Klagemöglichkeit begeben, d. h. verschwiegen hat. Eine derartige Kombination von Gutglaubensschutz und Verschweigung steht im Gegensatz zur klaren und der Rechtssicherheit in jedem Falle zuträglicheren Lösung des geltenden deutschen Rechts. Angesichts dessen vermögen die Praktikabilitätsaspekte der österreichischen, als « vermittelnd » bezeichneten Auffassung, für die der Verfasser ganz allgemein de lege ferenda Modellhaftigkeit vindiziert, nicht zu überzeugen. Erneut aktuelle wirtschaftliche Folgen der gesetzlichen Rangmechanik bei Eigentümergrundpfandrechten für die nach modernem Recht nicht nachrückenden Gläubiger stehen im Mittelpunkt der schließlich letzten Fragestellung. Den vom Verfasser hier aufgezeigten und rechtsvergleichend aus den historischen Grundlagen herausgearbeiteten, in der Praxis freilich nicht befriedigenden dogmatischen Lösungen hat der deutsche Gesetzgeber inzwischen voll Rechnung getragen. Das Gesetz zur Änderung sachenrechtlicher, grundbuchrechtlicher und anderer Vorschriften vom 22.06.1977 ([13]) hat die Nachteile des Eigentümergrundpfandrechts für die nachstehenden, nicht nachrückenden Gläubiger gemildert. Danach hat der Inhaber eines Grundpfandrechts einen gesetzlichen — freilich vertraglich abdingbaren — Anspruch auf Löschung vor- und gleichrangiger Grundpfandrechte für den Fall der Vereinigung dieser Grundpfandrechte mit dem Eigentum in einer Person ([14]). Das neue Recht beinhaltet mithin im Ergebnis eine Rückkehr zum gemeinrechtlichen Nachrückungsgrundsatz. Es bewirkt eine Entlastung der Grundbuchämter, nachdem die Eintragung von Löschungsvormerkungen zugunsten der Grundpfandgläubiger zur Regel geworden war. — Den Themenkomplex des Grundkredites rundet schließlich der Beitrag von H. SCHULIN zur « Entwicklung des Grundpfandrechts in der Schweiz » ab. Ausgehend von den drei dem schweizerischen Zivilgesetzbuch bekannten Grundpfandrechten, Grundpfandverschreibung, Gült und Schuldbrief, stellt der Verfasser zunächst

([13]) Bundesgesetzblatt I, 998. Das Gesetz ist zum 01.01.1978 in Kraft getreten.

([14]) Vgl. die §§ 1179 n. F., 1179 a und b BGB.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

die Frage nach den Merkmalen und Unterschieden und geht den Gründen nach, die den Redaktor Eugen Huber bestimmt hatten, die rund 60 aus dem mittelalterlichen schweizerischen Recht erwachsenen Grundpfandrechte auf die verbliebenen drei zu reduzieren. Er weist nach, daß Tradition einerseits, aber auch moderne kredit- und bodenpolitische Leitvorstellungen eine beschränkende Vereinheitlichung nahegelegt hatten. Die Frage der Bewährung der Grundpfandrechte des ZGB beantwortet der Verfasser für Grundpfandverschreibung und Schuldbrief positiv. Er attestiert lediglich bezüglich der Gült dem Gesetzesredaktor eine Fehleinschätzung. Dieses Ergebnis ist der Grundpfandrechtsregelung des BGB, bezogen auf die Seite der Rechtstatsächlichkeit und -wirklichkeit, ähnlich. Auch hier hat entgegen den Intentionen des Gesetzgebers die abstrakte Grundschuld die akzessorische Hypothek, die Regelform des Gesetzes, im Wirtschaftsleben eindeutig überflügelt.

Aus der Vielzahl der Forschungsergebnisse des Arbeitskreises konnten hier nur einige herausgegriffen und kritisch vorgestellt werden. Daß bei der Auswahl des Berichtenswerten auch das subjektive Interesse des Rezensenten die Vorentscheidung beeinflußt hat, liegt in der Natur der Sache und ist legitim. Ungeachtet dessen dürfte jedoch selbst anhand dieser Anthologie das thematische Spektrum dieses Forschungsunternehmens in seinem Umfang und in seinen wichtigsten Erträgen deutlich geworden sein. Geringfügige Qualitätsunterschiede innerhalb der Reihe der Beiträge fallen dabei kaum ins Gewicht. In der Regel ist das unterschiedliche Niveau darauf zurückzuführen, daß entweder die Vortragsform mehr oder minder unverändert zum Druck kam, oder — was überwiegend der Fall ist — das Referat erst nach eingehender Bearbeitung publiziert wurde. Als Ganzes bildet die Reihe einen wichtigen Beitrag zur Erforschung der komplexen Grundlagen des 19. Jahrhunderts unter besonderer Berücksichtigung der Rechtswissenschaft im weitesten Sinne und ihrer Leistungen für die Rechts- und Gesellschaftsordnung des 20. Jahrhunderts. Als solche könnte sie durchaus beispielhaft sein. Nach dem Vorliegenden wird man den weiteren Ergebnissen dieses Arbeitskreises mit Interesse entgegensehen können.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Strumenti

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ALEJANDRO GUZMÁN

ENSAYO DE UNA BIBLIOGRAFÍA PARA LA HISTORIA DE LA CODIFICACIÓN CIVIL CHILENA

I. Introducción.

En el curso de nuestras investigaciones sobre la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república, hemos logrado reunir una apreciable cantidad de fichas, tanto relativas a la bibliografía pertinente cuanto a las fuentes, que nos complacemos en ofrecer a los estudiosos, no sin esperar de su parte la complementación de este ensayo en cuanto eventualmente se nos hubieran escapado algunos o varios registros.

La formación de una bibliografía sobre este asunto cuenta con instrumentos muy útiles. Por un lado se presentan las compilaciones de fuentes (p. ej., la de Enrique Cood, *Antecedentes:* vid. infra II, 9 y 10) o de trabajos (p. ej., los diversos volúmenes de las *Semanas de Bello en Caracas:* vid. infra 2: *Abrev.*) y por otro, las publicaciones bibliográfico-jurídicas, que si bien son generales, por lo mismo incluyen la bibliografía histórico-jurídica concerniente a la fijación civil, entendiendo que todo ello se ve completado con nuestra búsqueda personal.

Por la naturaleza del ensayo que sigue, ha quedado naturalmente excluída toda referencia a las obras dogmáticas sobre el *Código Civil,* en que éste aparece considerado no como un objeto histórico sino como un cuerpo vigente. También ha sido preciso realizar una drástica selección del material disponible, excluyendo una gran cantidad de artículos periodísticos y discursos de ocasión (p. ej., con motivo del centenario del *Código Civil* o de la muerte de Bello) que carecen de todo valor.

Todavía dentro de esta *Introducción,* registraremos, en primer lugar, las publicaciones bibliográficas que nos han sido útiles para enseguida consignar las abreviaturas usadas.

1. *Publicaciones bibliográficas.*

1) Briseño, Ramón, *Estadística bibliográfica de la literatura chilena,* [Tomo I]: Santiago de Chile. Imp. Chilena. 1862 (xii+una+546 págs.). Tomo II: Santiago de Chile. Imprenta Nacional. 1879 (xiii+506 págs.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Una edición facsimilar de ambos tomos es la realizada por la Biblioteca Nacional bajo los auspicios de la Comisión Nacional de Conmemoración del Centenario de la Muerte de Andrés Bello. Tomo I: Santiago de Chile. 1965. Tomo II: Santiago de Chile. 1965, a los que se agrega un Tomo III de *Adiciones y ampliaciones* por Raúl Silva Castro. Santiago de Chile. 1966 (xxx+533 págs.).

2) VALENZUELA y GUZMÁN, Eduardo, *Apéndice a los Anales de la Universidad. Indice alfabético y analítico de los trabajos publicados. 1843-1887.* Santiago de Chile. Imp. Nacional. 1890.

3) ECHEVERRÍA REYES, Aníbal, *Bibliografía de los códigos chilenos*, en *Revista Forense Chilena* 6 (1890) 4, p. 266-288.

4) AMUNÁTEGUI REYES, Miguel Luis, *Bibliografía del Código Civil chileno*, en *Revista Forense Chilena* 6 (1890) 5, p. 342-351.

5) ECHEVERRÍA REYES, Aníbal, *Ensayo de una biblioteca chilena de legislación y jurisprudencia*, por..., en *Anales de la Universidad de Chile* 79 (1891), p. 33-180.

6) [DÁVILA SILVA, Recaredo], *Bibliografía jurídica chilena. 1810-1913*, en *Revista de Bibliografía Chilena y Extranjera* (Biblioteca Nacional, Santiago de Chile, Imp. Universitaria) año II (1914) 1-2, p. 42-49.

7) ECHEVERRÍA REYES, Aníbal, *Bibliografía jurídica chilena. 1810-1913*, en *Revista de Bibliografía Chilena y Extranjera* año II (1914) 4, p. 150-153.

8) Anales de la Universidad de Chile. *Indice general.* 1843-1950. *Indice por autores.* Biblioteca Central de la Universidad de Chile. Centro de Información Bibliográfica, xx+283 págs.

9) MILLARES CARLO, Agustín, *Estudios bibliográficos. Don Andrés Bello. Ensayo bibliográfico*, en *Revista de Historia de América* 67-68 (1969), p. 211-331.

Este ultimo ensayo, que se extienda a toda la bibliografía sobre Bello y no solo a la jurídica, cubre anteriores intentos en el mismo sentido.

2. *Abreviaturas.*

AFCJS.	*Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* (Universidad de Chile, Santiago), 4 épocas.
AUCh.	*Anales de la Universidad de Chile* (Santiago).
BSDP.	*Boletín del Seminario de Derecho Público* (Univ. de Chile - Santiago).
Doc. parl.	*Documentos parlamentarios* (vid. infra III).
RDJCS.	*Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales* (Santiago).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

REHJ. *Revista de Estudios Histórico Jurídicos* (Valparaíso).

Sem. Bello IV *Cuarto Libro de la Semana de Bello en Caracas. 23 de noviembre-29 de noviembre de 1954.* (Ediciones del Ministerio de Educación. Dirección de Cultura y Bellas Artes. Caracas. 1955), 400 págs.

Sem. Bello V *Quinto Libro de la Semana de Bello en Caracas. 22 de noviembre-29 de noviembre de 1955.* (Ediciones del Ministerio de Educación. Dirección de Cultura y Bellas Artes. Caracas. 1957), 476 págs.

Sem. Bello VI *Sexto Libro de la Semana de Bello en Caracas. 22 de noviembre-29 de noviembre de 1956.* (Ediciones del Ministerio de Educación. Dirección de Cultura y Bellas Artes. Caracas. 1957), 476 págs.

II. Ediciones de fuentes.

En esta sección registramos las recopilaciones de fuentes y las fuente-no recopiladas pero editadas por separado. La ordenación es cronolós gica, de acuerdo con el año de edición, teniendo presente que las segundas ediciones y las reimpresiones se ven atraídas por la primera.

1) Vidaurre, Manuel de, Carta *Al Señor Ministro de Estado y de Relaciones Exteriores de Chile. Boston y septiembre 2º de 1828*, en Vidaurre, Manuel de, *Proyecto de un Código Penal* (Boston, H. Tupper, 1828), p. 4-5.

Si bien la carta guarda más relación con la fijación del derecho penal, es de modo indirecto concerniente a la del civil en cuanto su autor responde con ella al llamado que formulaba el proyecto presentado en 1828 al Congreso Constituyente de Chile por Francisco R. Vicuña, para la confección de un Código Civil y Criminal (vid. Cood-Feliú, infra 10, nº 11 y anexo 481, p. 32-32). Ella sirve de antecedente en la solución de algunos problemas presentados por dicho proyecto.

La citada carta viene reproducida en el artículo de Enrique Latorre, *Algunos otros antecedentes para la historia de la codificación nacional; proyecto de código penal para Chile*, en *Revista Forense Chilena* 13 (1899) 11-12, p. 644. Una reimpresión de dicho artículo (y, por lo tanto, de la carta) en *REHJ.* 3 (1978).

2) Mora, José Joaquín de, *Jurisprudencia. Preocupaciones forenses*, en *El Mercurio Chileno* núm. 15 del 15 de junio de 1829 (Santiago de Chile, Imprenta Republicana), p. 703-722.

Contiene: *Independencia del poder judicial. - Entusiasmo excesivo en favor del Derecho Romano, y su esclusión absoluta de los estudios legales. - Estilo forense. - Necesidad de códigos. - Enseñanza de la jurisprudencia.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Miguel L. AMUNÁTEGUI en su *Introducción* a las *Obras completas de don Andrés Bello* (Santiago de Chile 1888) vol. XII, p. vi+vii, publicó dos fragmentos de este artículo correspondientes al apartado *Necesidad de códigos*.

Para la atribución a Mora, uno de los redactores de *El Mercurio Chileno:* vid. M. L. AMUNÁTEGUI, loc. cit., p. vi.

El ejemplar que he visto se encuentra en la Sala Domingo Edwards Matte de la Biblioteca Central de la Univ. de Chile, *Colección de Periódicos*, Caja 16. Este artículo escapó a la recopilación de FELIÚ, *La prensa chilena y la codificación:* infra 28. Se proyecta una reimpresión en REHJ. 4 (1979).

3) EGAÑA, Juan, *Disertación sobre la urgente necesidad de formar el código civil y criminal de Chile y la organización judicial y fiscal* (Impreso en Santiago de Chile, después de 1828).

Este impreso y sus datos editoriales figuran así en el catálogo de los escritos de J. Egaña formado por Augustín Lizardi, que introduce la *Colección de algunos escritos políticos, morales, poéticos y filosóficos del Dr. Juan Egaña* (Londres, 1829 a 1830), p. xlvi y xlvii. No se conoce bajo la forma de un impreso independiente. Pero Raúl SILVA CASTRO, *Bibliografía de don Juan Egaña. 1768-1836* (Santiago de Chile, Imprenta Universitaria, 1949), p. 148, clasificando este escrito de Egaña bajo el nº 292, dice a su respecto: « Se lee en las columnas de *El Araucano*, núm. 35, de 14 de mayo de 1831 y termina en el núm. 36, de 21 del mismo mes. Es un largo estudio sobre la materia señalada en el título, pero también sobre otras conexas, que aparece dirigido por un colaborador al periódico. Termina diciendo: « Conozco que me he difundido demasiado; y que a título de lijeras observaciones quería introducirme a formar un código de organización judicial. Dispensen Uds., señores editores, porque hace mucho tiempo que no hablaba de cosas públicas, y la charlatanería me ha tomado de represa... ». Firman las letras N. A., que deliberadamente no hemos querido llamar iniciales porque nos parece que esconden el nombre de Juan Egaña. En todo caso, corresponde a la mención 132 del Catálogo de Lizardi: *Disertación sobre la urgente necesidad de formar el código civil y criminal de Chile y la organización judicial y fiscal:* impreso en Santiago de Chile ».

El artículo aparecido en *El Araucano*, al cual se refiere Silva Castro, lleva el siguiente título: *Reflexiones sobre el reglamento de administración de justicia.*

Considero correcta la atribución de este artículo a Egaña. Ella se ve corroborada por el hecho de que las letras N. A. con que aparece firmado, corresponden a las finales de (Jua)N. (Egañ)A. Pero a la identificación de dicho artículo con el citado por Lizardi podría objetarse que los títulos de ambos no son los mismos. Aun así, seguimos considerando exacta también la identificación. La disparidad de títulos no es obstáculo. Se tendrá presente que en relación con el escrito de Egaña, Lizardi (loc. cit., p. xlvi) se limita a decir: « E s t a m o s i n s t r u í d o s de que después del año 1828, entre otros escritos del señor Egaña, han corrido los siguientes... [p. xlvii] D i s e r t a c i ó n s o b r e la urgente necesidad de formar el código civil y criminal de Chile y la organización judicial y fiscal: impreso en Santiago de Chile ». Esta forma de expresarse insinúa que Lizardi no conocía el escrito sino por referencias (« estamos instruídos ») ni tampoco su verdadero título, por lo que se limitó a registrarlo por su contenido (« Disertación sobre »).

Podemos retener, pues, que el título consignado en el catálogo de Lizardi corresponde al artículo de Egaña aparecido en *El Araucano*, el cual artículo puede verse ahora en: Juan EGAÑA, *Escritos inéditos y dispersos*. Edición al cuidado de Raúl Silva Castro (Santiago de Chile, Imprenta Universitaria, 1949), p. 178-196 = *La prensa chilena y la codificación*. Introducción y recopilación de Guillermo Feliú Cruz (Santiago, 1966), p. 3-11 (infra 28).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

4) [ANÓNIMO], *Teoría de un sistema administrativo y económico para la República de Chile.* Santiago de Chile. Imprenta de la Independencia. 1834 (34 págs.+una hoja).

CONTIENE: *Cómo podría establecerse la moral en la República. Constitución política. Hacienda pública. Supresión de impuestos. Impuestos que deben existir y reformarse. Diezmos. Aduanas. Papel sellado. Contribución de fundos urbanos. Códigó penal. Código civil. Conclusión.*

Interesa a la historia de la fijación del derecho civil el párrafo rubricado *Código civil* (p. 30-34).

La solución del anonimato no es presentada por José Toribio MEDINA, *Diccionario de anónimos y seudónimos hispanoamericanos* (Buenos Aires 1925); Ricardo VICTORICA, *Errores y omisiones del diccionario de anónimos y seudónimos hispanoamericanos de José Toribio Medina* (Buenos Aires 1928); EL MISMO, *Nueva epanortosis al diccionario de anónimos y seudónimos hispanoamericanos de J. T. Medina* (Buenos Aires 1929), obras estas que, por otro lado, no mencionan al impreso en referencia. Mencionándolo Ramón BRISEÑO, *Estadística bibliográfica de la literatura chilena* (Santiago de Chile 1862) [vol. I], p. 328 y 383, tampoco, sin embargo, da la solución.

El ejemplar que he visto es el que se encuentra depositado en la Sala Domingo Edwards Matte de la Biblioteca Central de la Univ. de Chile con la clasificación 980-40.

Una reimpresión incompleta de este escrito en *Revista de Valparaíso* (Valparaíso, Imprenta del Comercio) tomo I (1842) nº 1, p. 22-27; nº 2, p. 47-54; nº 3, p. 90-102. Una nueva reimpresión en *REHJ.* 3 (1978).

5) IRARRAZABAL Alcalde, Ramón Luis, *Discurso pronunciado por D. ... a su incorporación solemne en la Universidad de Chile como miembro de la Facultad de Leyes i Ciencias Políticas, el día 14 de setiembre de 1845,* en *AUCh.* [2] (1845), p. 76-96.

El discurso versa sobre la codificación de las leyes civiles. Pronunciado cuando el proceso codificador en lo civil llevaba un alto grado de avance, reviste el interés de manifestar el pensamiento de uno de los miembros de la Comisión de Legislación del Congreso Nacional encargada de conducir dicho proceso, si bien el mismo Irarrázabal (p. 81) declara hacerce nada más que eco « *de las ideas de nuestro ilustre i dignísimo Rector* » (Bello). Se proyecta una reimpresión en *REHJ.* 4 (1979).

6) ERRAZURIZ, Federico, *Memoria leída a la Facultad de Leyes por D. ... el 2 de setiembre de 1846. Conveniencia i necesidad de la estabilidad de las leyes. Peligros de sus reformas. Detención i prudencia con que debe procederse a ellas cuando se consideren absolutamente necesarias,* en *AUCh.* [3] (1846), p. 217-231.

Se proyecta una reimpresión en *REHJ.* 4 (1979).

7) *Proyecto de Código Civil.* Santiago. Imprenta Nacional. Calle de Morandé, núm. 36. Octubre de 1855 (146 págs.) [contiene el Título preliminar y el lib. I]. *Proyecto de Código Civil.* Santiago. Imprenta Nacional. Calle de Morandé, núm. 36. Octubre de 1855 (147 a 247 págs.) [contiene el lib. II]. *Proyecto de Código Civil.* Santiago. Imprenta

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nacional. Calle de Morandé, núm. 36. Octubre de 1855 (249 a 375 págs.) [contiene el lib. III]. *Proyecto de Código Civil.* Santiago. Imprenta Nacional. Calle de Morandé, núm. 36. Noviembre de 1855 (377 a 669 + iv págs.) [contiene el lib. IV].

Se trata del llamado *Proyecto de 1855*. Sobre el texto del proyecto de código despachado por la Comisión Revisora (o sea, sobre el posteriormente llamado *Proyecto Inédito*), Bello practicó una nueva revisión que dió forma al proyecto definitivo editado en 1855 (de ahí su denominación) y presentado por el gobierno al Congreso Nacional para su aprobación.

No existe una edición autónoma de este proyecto y estamos obligados a recurrir a la original, pese a lo raro que hoy son sus ejemplares. No debe confundirse el *Proyecto de Código Civil de 1855* con el *Código Civil* editado oficialmente en 1856 (infra 27), porque, si bien el Congreso Nacional lo que aprobó fue precisamente el texto del *Proyecto de 1855*, Bello con posterioridad volvió a introducirle modificaciones (algunas de fondo) en cumplimiento del encargo que se le hizo de preparar una « *edición correcta y esmerada* » del código. Para las variantes entre el *Proyecto de 1855* y el *Código Civil:* vid. infra VI, 2 y 9. También la edición de Lira (infra 24) registra las variantes de este proyecto en relación con el *Código Civil.*

8) *Actas de la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil de 1853.*

Referencias a haber existido actas de dicha comisión se encuentran en [ALFONSO, Paulino], *Explicaciones de código civil destinadas a los estudiantes del ramo en la Universidad de Chile* (tomadas de las lecciones de José C. Fabres y Enrique Cood) (Santiago de Chile, Imprenta Cervantes, 1882) [vol. I], p. 10 n. 1: « *Hemos tenido la suerte de obtener las actas inéditas de algunas sesiones de la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil, llevadas por el señor Bello, i nos complacemos en ofrecerlas a nuestros lectores...* ». Se transcriben dichas actas en los siguientes lugares de las *Explicaciones* cit. ibid.: p. 10 n. 1; 17 n. 1; 22 n. 2; y 27 n. 1. Se alude a ellas en el vol. 2 (1884), p. 101 n. 1, sin transcribir ningún texto.

Cfr. vol. 1, p. 109 n. 1: « *Es sensible que la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil no tuviera presente la necesidad de llevar actas de sus sesiones, pues así nos ha privado de un medio precioso para llegar a conocer en muchos casos el verdadero espíritu de los preceptos legales* ».

9) *Antecedentes lejislativos y trabajos preparatorios del Código Civil de Chile recopilados por Enrique Cood, Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Chile.* Tomo primero. Santiago de Chile. Imprenta Victoria de H. Izquierdo i Ca. 21 M. Bandera 21 M. 1883 (xviii+252 págs.).

CONTIENE: [a] un *Prefacio* de carácter histórico; [b] una *Tabla de materias contenidas en este tomo;* [c] *Antecedentes* [primera parte]; [d] [Antecedentes] *Segunda parte: Proyecto de Código Civil de 1841-1845;* [e] [Antecedentes] *Segunda parte: Controversia entre don Miguel M. Güemes i el señor Bello con motivo de las observaciones que hizo el primero a varios artículos del Proyecto de Código Civil (Libro de la sucesión por causa de muerte) que se estaba publicando en El Araucano;* [f] [Antecedentes] *Segunda parte: Cuadro comparativo de las diferencias entre el Código Civil aprobado por el Congreso i el promulgado por el Ejecutivo;* [g] *Apéndice: Moción de don Francisco R. Vicuña (1828).*

Vid. para los materiales signados sub [a]: infra V, 40; y [f]: infra VI, 2. La pieza indicada en el *Apéndice* [sub g] pertenece a los materiales recogidos en [c]

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Antecedentes [primera parte]. Dichos *Antecedentes* son una recopilación de 66 (67 con la pieza del *Apéndice*) textos de carácter oficial (proyectos legislativos, decretos, leyes, oficios, informes de las comisiones legislativas, discursos presidenciales, memorias ministeriales, etc.) que guardan relación con el proceso de fijación civil.

El *Proyecto de Código Civil de 1841-1845* recogido en [d] [Antecedentes] *Segunda parte* es una transcripción de los textos que la Comisión de Legislación del Congreso Nacional, encargada de la codificación, publicó por partes en *El Araucano* entre dichos años, a saber: un *Título preliminar* (*El Araucano* nº 559 del 7 de mayo de 1841); un libro *De la sucesión por causa de muerte* (*El Araucano* nº 561 del 21 de mayo de 1841 al nº 626 del 19 de agosto de 1842); y un libro *De los contratos i obligaciones convencionales* (*El Araucano* nº 627 del 26 de agosto de 1842 al nº 800 del 19 de diciembre de 1845). Los principales defectos de esta edición de Cood son: (i) la omisión del número y fecha de *El Araucano* en que sucesivamente se fueron publicando los títulos del proyecto en el curso de los cuatro años que duró su publicación; (ii) la omisión de las notas signadas *a* al tít. II rubricado *De las obligaciones con cláusula penal* y *a* al tít. 12 rubricado *De la interpretación de los contratos*, que aclaran un problema concerniente a la numeración de los títulos 11 y 12 del proyecto publicado en *El Araucano*, que Cood publicó como 10 y 11; (iii) la numeración de los títulos con romanos frente a la forma arábiga del original. Otra edición de este proyecto: infra 16 y 17.

Sobre la *Controversia* entre Güemes y Bello: infra 12.

Otra edición de la obra aquí citada: infra 10.

10) *Antecedentes legislativos y trabajos preparatorios del Código Civil de Chile recopilados por Enrique Cood Profesor de Derecho civil de la Universidad de Chile, precedidos de una biografía por Miguel Luis Amunátegui Reyes, completados por Guillermo Feliú Cruz y Carlos Stuardo Ortiz.* Comisión Nacional Organizadora del Centenario del Código Civil. Santiago. 1958 (ix+124+cinco págs.).

CONTIENE: [a] *Prólogo* por G. Feliú y C. Stuardo; [b] Don *Enrique Cood* por Miguel L. Amunátegui; [c] un *Prefacio* de E. Cood; [d] *Antecedentes* con *Apéndice;* [e] un *Indice*.

Comoquiera que los *Antecedentes* de 1883 (supra 9) es una obra incompleta, se hizo necesaria esta otra que viene a ser una segunda edición aumentada de aquélla. En esta segunda edición, aparte del *Prólogo* de los recopiladores [a], se agrega una biografía de Enrique Cood [b]. Se suprime el texto del *Proyecto de 1841-1845* y de la *Controversia* entre Güemes y Bello. El texto que en la primera edición aparecía como *Apéndice* queda en ésta incorporado entre los demás antecedentes y entre ellos también quedó incluído el *Cuadro comparativo* aparecido en la primera edición.

La presente significó un aumento notable de textos recopilados, los que en total llegan a 205, manteniéndose el mismo criterio anterior en cuanto a la naturaleza de las piezas elegidas (si dejamos a un lado el *Cuadro comparativo*).

Sin embargo, hay que hacer notar que, aparte de algunas erratas menores, se deslizó la falla gravísima de omitir, a continuación de la pieza nº 62 (p. 50), la que en la primera edición lleva el nº 31, concerniente a las actas de sesiones de la Comisión de Legislación del Congreso Nacional entre el 11 de septiembre de 1840 y el 23 de agosto de 1841.

Por regla general, la transcripción de cada pieza conlleva la indicación de la sede original de publicación (en la gran mayoría de los casos las *Sesiones de los Cuerpos Legislativos de la República de Chile. 1811-1846* (Santiago, Imprenta Cervantes, 1887-1908, 36 vols.), el *Boletín de las Leyes* o los diferentes archivos en caso de no haber sido precedentemente editadas). Suelen omitirse, sin embar-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

go, referencias para algunas *Memorias* ministeriales y discurso presidenciales, lo que obliga a recurrir a *Documentos parlamentarios* (vid. *Abrev.* infra III.) donde se han editado íntegramente dichas memorias y discursos hasta los del año 1861.

Desgraciadamente, el grueso de la edición de esta obra fundamental parece haberse perdido. Hay escasos ejemplares en circulación. Adiciones a esta obra: infra III.

11) *Cuenta de Gastos de la Comisión de Legislación del Congreso Nacional,* que abarca el período 29 de septiembre de 1843-26 de agosto de 1845, aprobada por dicha Comisión el 26 de noviembre de este último año.

La cuenta fue editada por Enrique LATORRE en su recensión a Enrique COOD, *Antecedentes* (supra 9), en *La Lectura. Semanario familiar de literatura, ciencias, artes, viajes, conocimientos útiles, etc., etc.* año I (1883-1884) tomo I nº 47, p. 375-376.

12) *Obras completas de don Andrés Bello.* Edición hecha bajo la dirección del Consejo de Instrucción Pública en cumplimiento de la lei de 5 de setiembre de 1872. Volumen IX. *Opúsculos jurídicos.* Santiago de Chile. Impreso por Pedro G. Ramírez. 1885 (cxxii+508 págs.).

CONTIENE: [a] una *Introducción* de Miguel Luis Amunátegui (con importante cantidad de documentos insertados); [b] 43 piezas (algunas inéditas), la mayoría consistente en artículos de prensa publicados por Bello en *El Araucano* y otros periódicos; [c] un *Indice.*

En este volumen viene reeditada la *Controversia* entre Güemes y Bello (vid. supra 9 sub e), pero debe preferirse la edición de Cood, en cuanto cuida éste de indicar para cada artículo que conforma dicha *Controversia,* el número y la fecha de *El Araucano* en que aquellos iban apareciendo, datos estos omitidos por Amunátegui.

Solo parte de las piezas publicadas en este volumen interesa a la historia de la fijación del derecho civil. Otra porción de ellas concierne a la historia de la del procesal y penal y una tercera son meros estudios. Los artículos de prensa que atañen a la historia de la fijación civil fueron reeditados por FELIÚ, *Prensa* (vid. infra 28). Una reedición de este volumen: infra 13.

13) Andrés BELLO, *Obras Completas.* Tomo séptimo. *Opúsculos jurídicos.* Edición hecha bajo los auspicios de la Universidad de Chile. Editorial Nascimento (Santiago de Chile, 1932) (548 págs.).

Se trata de una reedición invariada de la edición de 1885 de los *Opúsculos jurídicos:* vid. supra 12.

14) *Observaciones del Dr. José Gabriel Ocampo al Proyecto Inédito de Código Civil y respuestas dadas a las mismas por D. Andrés Bello.*

El texto de esta pieza fue editado por Miguel Luis AMUNÁTEGUI REYES, dentro de su artículo *Don Andrés Bello y el Código Civil,* en *Revista Forense Chilena* 1 (1885) 1, p. 27-29; 2, p. 56-57; 3, p. 8789; 4, p. 117-120; 5, p. 175-179; 6, p. 243-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

249; 7, p. 292-303; 8, p. 370-377; 9, p. 435-438; 10, p. 509-512; 11, p. 571-576; 12, p. 630-635; 13, p. 674-683.2 (1886) 3, p. 169-174; 4, p. 247-253; 5, p. 316-319; 6, p. 362-374.2 (1887) 8, p. 504-508, 9, p. 565-576 y reproducido en su libro *Don Andrés Bello y el Código Civil* (Santiago de Chile, Imp. Cervantes, 1885), p. 25-127.

15) BELLO, Andrés, *Comentario* [notas] *a los primeros 76 artículos del Código Civil.*

El manuscrito de esta pieza se encuentra en la Sala Domingo Edwards Matte de la Biblioteca Central de la U. de Chile, clasificada por *Catálogos* (vid. infra IV) bajo el nº 16 y ha sido editado por Miguel L. AMUNÁTEGUI REYES, en su libro *Don Andrés Bello y el Código Civil* (Santiago de Chile, Imp. Cervantes, 1885), p. 137-144.

16) *Obras completas de don Andrés Bello.* Edición hecha bajo la dirección del Consejo de Instrucción Pública en cumplimiento de la lei de 5 de setiembre de 1872. Volumen XI. *Proyectos de Código Civil.* Santiago de Chile. Impreso por Pedro G. Ramírez. 1887 (xiii+622 págs.).

CONTIENE: [a] una *Introducción* de Miguel Luis Amunátegui; [b] una edición del *Proyecto de Código Civil de 1841-1845;* [c] una edición del *Proyecto de Código Civil de 1846-1847;* [d] un *Indice.*

Para [a] *Introducción:* vid. infra VI, 9.

La edición de los citados proyectos pertenece a Miguel Luis Amunátegui. Pero la del *Proyecto de 1841-1845,* al parecer, fue conducida por él sobre la base de la de Cood (vid. supra 8) y no de los textos originales publicados en *El Araucano.* En efecto, editando Cood dicho proyecto, insertó algunas notas aclaratorias, que para diferenciarlas de las notas pertenecientes al proyecto original, signó con asterisco. Amunátegui trae las mismas notas que en la edición de Cood figuran bajo asterisco, pero sustituye la llamada de asterisco por letras, esto es, usando el mismo sistema de llamada utilizado por el proyecto originalmente publicado en *El Araucano,* que hace incurrir en errores al lector. Además, Amunátegui varió la numeración del articulado del tit. 2º del libro *De los contratos y obligaciones convencionales,* que en el original (conservado por Cood) comienza con el 11 y llega hasta el 30, sustituída por Amunátegui por la numeración 1 a 20. La edición de Cood es, en consecuencia, superior a la de Amunátegui, pero a ambas debe preferirse la original de *El Araucano.*

La edición del *Proyecto de 1846-1847* está conducida sobra la base de los textos originales, a saber: la del libro *De la sucesión por causa de muerte* (que en el fondo es una segunda edición revisada del libro homónimo publicado en *El Araucano* entre 1841 y 1842) contenido en un cuaderno cuyos datos son: *Proyecto de Código Civil.* Santiago de Chile. Imprenta Chilena. Calle de Valdivia nº 21. Noviembre de 1846 (106 págs.); y la del libro *De los contratos y obligaciones convencionales* (también una segunda edición revisada del libro homónimo publicado en *El Araucano* entre 1842 y 1845) contenido en un cuaderno cuyos datos son: *Proyecto de Código Civil.* Santiago de Chile. Imprenta Chilena. Calle de Valdivia nº 21. Agosto de 1847 (255 págs.). Los ejemplares de estos dos cuadernos citados, que en su conjunto forman el *Proyecto de 1846-1847,* son hoy rarísimos, de modo que estamos obligados a recurrir a la edición de Amunátegui. No obstante, la edición de Lira del *Código Civil* (infra 24) registra las variantes de estos proyectos en relación con dicho código.

Una reimpresión del vol. XI aquí citado: infra 17.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

17) Andrés Bello, *Obras completas.* Tomo tercero. *Proyecto de Código Civil.* Primer tomo. Edición hecha bajo los auspicios de la Universidad de Chile. Editorial Nascimento. Santiago. 1932 (608 págs.).

Se trata de una reimpresión inalterada del volumen XI de las *Obras completas,* de 1887: vid. supra 16.

18) *Obras completas de don Andrés Bello.* Edición hecha bajo la dirección del Consejo de Instrucción Pública en cumplimiento de de la lei de 5 de setiembre de 1872. Volumen XII. *Proyecto de Código Civil (1853).* Santiago de Chile. Impreso por Pedro G. Ramírez. 1888 (xviii+644 págs.).

Contiene: [a] una *Introducción* (con importante cantidad de documentos insertados) de Miguel Luis Amunátegui Reyes; [b] una edición del *Proyecto de Código Civil de 1853;* [c] un *Indice.* Para [a] *Introducción:* vid. infra V, 10.

La edición pertenece a Miguel Luis Amunátegui y fue conducida sobre la base del texto original del proyecto, publicado por partes así: *Proyecto de Código Civil.* Santiago. Imprenta Chilena. Calle de San Carlos. Enero de 1853 (iv+200 págs.) [contiene el *Título preliminar* y el lib. I]. *Proyecto de Código Civil.* Santiago. Imprenta Chilena. Calle de San Carlos. Enero de 1853 (201 a 328 págs.) [contiene el lib. II]. *Proyecto de Código Civil.* Santiago. Imprenta Chilena. Calle de San Carlos. Marzo de 1853 (iv+329 a 492 págs.) [contiene el lib. III]. *Proyecto de Código Civil.* Santiago. Imprenta Chilena. Calle de San Carlos. Marzo de 1853 (iv+329 a 492 págs.) [contiene el lib. IV]. Lo raro de la edición original obliga a recurrir a la de Amunátegui. La de Lira del *Código Civil* (infra 24) registra las variantes de este proyecto en relación con dicho código.

Una reimpresión de este volumen: infra 19.

19) Andrés Bello, *Obras completas.* Tomo cuarto. *Proyecto de Código Civil.* Segundo tomo. Edición hecha bajo los auspicios de la Universidad de Chile. Editorial Nascimento (Santiago 1932) (636 págs.).

Se trata de una reimpresión invariada de la edición de 1888 del *Proyecto de Código Civil de 1853:* vid. supra 18.

20) *Obras completas de don Andrés Bello.* Edición hecha bajo la dirección del Consejo de Instrucción Pública en cumplimiento de la lei de 5 de setiembre de 1872. Volumen XIII. *Proyecto Inédito de Código Civil.* Santiago de Chile. Impreso por Pedro G. Ramírez. 1890 (xlii+630 págs.).

Contiene: [a] una *Introducción* (con inserción de documentos) de Miguel Luis Amunátegui Reyes; [b] una edición del llamado *Proyecto Inédito de Código Civil;* [c] un *Indice.*

Para [a] *Introducción:* vid. infra V, 11.

El *Proyecto de 1853* fue entregado al gobierno quien, por decreto del 26 de octubre de 1852, encargó su examen a una Comisión Revisora, en la que Bello actuó como secretario. Las enmiendas que dicha Comisión introdujo al citado proyecto fueron redactadas por Bello, manuscribiendo dicha redacción al márgen de los artículos reformados en algunos ejemplares del *Proyecto de 1853.* Dichos manuscritos fueron despues transcritos por amanuenses en otros varios

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ejemplares del mismo proyecto, que se entregaron a cada uno de los miembros de la Comisión Revisora. Amunátegui, quien llegó a poseer algunos de esos ejemplares manuscritos, editó las reformas bajo la denominación de *Proyecto Inédito de Código Civil*. Los manuscritos sobre los cuales condujo su edición se encuentran hoy en la Sala Domingo Edwards Matte de la Biblioteca Central de la Universidad de Chile, clasificados por *Catálogos* (infra IV) bajo los números 53, 54 y 55.

La edición de Lira del *Código Civil* (infra 24) registra las variantes de este proyecto en relación con dicho código.

Una reimpresión de este volumen: infra 21.

21) Andrés BELLO, *Obras completas*. Tomo quinto. *Proyecto de Código Civil*. Tercer tomo (Ultimo del proyecto de Código Civil). Edición hecha bajo los auspicios de la Universidad de Chile. Editorial Nascimento. Santiago de Chile. 1932 (630 págs.).

Se trata de una reimpresión invariada de la edición de 1890 del *Proyecto Inédito de Código Civil:* vid. supra 20.

22) *Primer Proyecto de Código Civil*, o sea, el *Proyecto no completo de un Código Civil para Chile escrito por el Sr. D. Mariano Egaña.*

EDICION: Luis MELO LECAROS, en *Boletin del Seminario de Derecho Público* (Univ. de Chile-Santiago) 2 (1933), p. 51-65; 3 (1934), p. 40-57; 4 (1934), p. 54-69; 5 (1935), p. 19-32; 6 (1935), p. 24-37; 8 (1936), p. 34-53; 13 (1940), p. 36-54.

Al morir Mariano Egaña en 1846, se encontró en su archivo un manuscrito cuya carátula rezaba: *Proyecto no completo* etc. En realidad dicho proyecto no fue compuesto por Egaña. Con toda seguridad, un *Indice* del libro I: *De las personas*, que lo encabeza, fue redactado por Ramón Luis Irarrázabal. Su *Título preliminar* y su libro *De la sucesión por causa de muerte* era una de las copias del proyecto de estos títulos, redactado por Bello y entregado por éste a la Comisión de Legislación del Congreso Nacional, de la que Egaña formaba parte. Verosimilmente, de su libro *De los contratos y obligaciones convencionales* haya que decir lo propio. El libro *De los bienes, y de su dominio, posesión, uso y goce*, si bien no alcanzó a ser formalmente presentado a discusión en el seno de la Comisión, también con verosimilitud fue compuesto por Bello y sirvió de base al libro II del *Proyecto de Código Civil de 1853*. Otro manuscrito sustancialmente idéntido de dicho libro perteneciente al proyecto atribuído a Egaña se encuentra en la Sala Domingo Edwards Matte de la Biblioteca Central de la Univ. de Chile, clasificado por *Catálogos* (infra IV) bajo el nº 28.

El manuscrito encontrado entre los papeles de Egaña está hoy perdido y de su contenido solo tenemos noticia a través de la antes citada edición de Melo.

El título de *Primer Proyecto* dado a este texto por nosotros (*REHJ*. 2 (1977), p. 113 n. 57), se debe a que no cabe dudar que él fue el anteproyecto parcial que sirvió a la Comisión para formar el *Proyecto de 1841-1845*.

Una reimpresión del texto de este proyecto, en prensa (Editorial Jurídica de Chile) en el volumen titulado *El Primer proyecto al Código Civil de Chile*.

La edición de Lira del *Código Civil* (infra 24) no registra las variantes de este proyecto.

23) PORTALES, Diego, Postdata a postdata del *día 6* en carta de *enero 5 de 1832* (Valparaíso, a *Antonio Garfias*, en *Epistolario de don Diego Portales 1821-1837*. Recopilación y notas de Ernesto de la Cruz, con

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un prólogo y nuevas cartas, algunas recopiladas y anotadas, por Guillermo Feliú Cruz (Santiago de Chile 1936) [vol. I], p. 379.

La postdata contiene un recado enviado por Portales a Mariano Egaña, solicitándole un escrito sobre la necesidad de reformar los códigos y expresa opiniones sobre la materia.

La edición de De la Cruz citada es la correcta. Anteriormente la carta había sido editada por Benjamín VICUÑA MACKENNA, *Introducción a la historia de los diez años de la administración Montt. Don Diego Portales (con mas de 500 documentos inéditos) por ...* (Valparaíso, Imprenta y Librería del Mercurio de Santos Tornero, 1863), Apéndice, Primera parte: Documento nº 5, I: Codificación, p. 323; EL MISMO, *Obras completas. Don Diego Portales* (Universidad de Chile 1937) vol. VI, Apéndice, Primera parte: Documento nº 5, I: Codificación, p. 657. Pero esta edición de Vicuña Mackenna es incorrecta, en cuanto funde la postdata que antes se ha descrito con el fragmento final de una postdata del día 6, a una carta del 5 de enero de 1832, dando esta última fecha a la postdata sobre codificación.

24) *Obras completas de Andrés Bello*, XII, *Código Civil de la República de Chile.* Introducción y notas de Pedro Lira Urquieta. Profesor de la Universidad de Chile y de la Católica de Santiago. Texto concordado con los distintos proyectos de Bello. Caracas. Venezuela. Ministerio de Educación. Comisión Editora de las Obras Completas de Andrés Bello. Biblioteca Nacional, I, 1954 (lxx+619 págs.); II, 1955 (1148 págs.).

Se trata de una edición del *Código Civil de la República de Chile* conducida sobre la base de primera edición oficial (Santiago de Chile, Imprenta Nacional, 1856, una+641 págs.) concordada con los sucesivos proyectos de código, con exclusión del *Primer Proyecto* (supra 22). Las variantes entre cada artículo del código y los de sus proyectos van registradas en notas. La comodidad de este edición es manifiesta para el estudio de la historia de los artículos del código por separado, pero su incomodidad también lo es, si se trata del estudio de conjunto de cada proyecto.

25) *Observaciones de la Corte de Apelaciones de Concepción al Proyecto de Código Civil de 1853* (28 de enero de 1854).

Vid. infra 27.

26) *Observaciones del Juez de Letras de Santiago D. José Antonio Argomedo Lira al Proyecto de Código Civil de 1853.*

Vid. infra 27.

27) *Observaciones del Juez de Letras de Valparaíso D. Jovino Novoa al Proyecto de Código Civil de 1853.*

El texto de las *Observaciones* citadas ibid. y supra 25 y 26 ha sido editado por Rafael MERY BERISSO, *El Código Civil de la República de Chile y los tribunales de justicia: un capítulo desconocido de la historia de su redacción*, en *AUCh.* 103 (1956), p. 43-134 = *Sem. Bello* VI, p. 329-526. Los manuscritos se encuentran en los archivos del Ministerio de Justicia; y aunque se conocía su existencia desde

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

el siglo pasado (COOD, *Antecedentes* (supra 9), p. xi, manifiesta su plan de publicarlos), de hecho nunca antes habían sido editados, escapando incluso a FELIÚ, *Prensa* (infra 28), quien, sin embargo, editó las *Observaciones de la Corte de Apelaciones de La Serena* (p. 107-135).

La edición de Mery se hace tomando como base cada artículo del proyecto observado, insertando a continuación las observaciones pertinentes. El editor trata de determinar la incidencia de las mismas en las modificaciones sufridas por dichos artículos en el seno de la Comisión Revisora.

28) Comisión Nacional de Conmemoración de la muerte de Andrés Bello (Ley 15.609). *La prensa chilena y la codificación 1822-1878.* Introducción y recopilación de Guillermo Feliú Cruz. Secretario de la Comisión, Profesor de Historia del Derecho Constitucional de Chile en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Obra auspiciada por dicha Facultad. *Antecedentes para la Historia del Código Civil de Chile.* Santiago. 1966 (xxvi+258+una págs.).

CONTIENE: [a] texto de la ley 15.609 (creadora de la Comisión destinada a preparar el programa nacional de conmemoración del centenario de la muerte de Andrés Bello; [b] *Indice de materias;* [c] *Introducción. Algo sobre Bello codificador,* por G. Feliú; [d] *La prensa y la codificación civil 1822-1878* con *Apéndices;* I: *Homenaje tributado por los Anales de la Universidad de Chile a la muerte de su rector don Andrés Bello en 1865;* II: *La prensa y el centenario del nacimiento de Andrés Bello. 1881.*

Como el título de la obra lo indica, ella recopila los artículos de prensa que, publicados entre 1822 y 1878, han guardado alguna relación con la codificación (fijación) del derecho civil. Las piezas incluídas en los Apéndices son extravagantes en relación con el tema central, lo que no implica, naturalmente, su inutilidad.

Algunas piezas recopiladas habían sido antes publicadas por M. L. AMUNÁTEGUI en BELLO, *Obras completas. Opúsculos jurídicos* (supra 12 y 13). Esta obra no circula a través de librerías y es expendida directamente por la Biblioteca Nacional de Chile.

Una adición a esta obra: supra 2. Para [c] *Introducción:* vid. infra V, 49.

29) BENTHAM, Jeremy, Carta a Bernardo O'Higgins, en *Historia* 12 (1974-1975), p. 376-381. Texto traducido del inglés por Patricio Estellé con una *Introducción,* p. 375.

Manuscrito conservado en la University College, Bentham Ms., Box 60, consistente en (¿el borrador de?) una carta, presumiblemente redactada, según el traductor, en mayo de 1821 o 1822. En ella, Bentham ofrece al gobierno chileno sus servicios para formar un « *Código de leyes* ». No consta que la carta haya sido despachada y de haberlo sido, que se haya recibido. Hace falta una edición del texto original en inglés.

III. ADICIONES DE TEXTOS.

En esta sección registramos una serie de fuentes fragmentarias editadas pero en impresos que son fuentes ellos mismos y cuyo registro ha escapado a la recopilación de fuentes conducida por COOD-FELIÚ,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Antecedentes (supra II, 9). En ella dichos textos encuentran su localización natural.

La abreviatura más usada es *Doc. parl.* que corresponde a *Documentos parlamentarios. Discursos de apertura en las sesiones del Congreso i Memorias ministeriales:* tomo I: *correspondientes a la administración Prieto* (Santiago, Imprenta del Ferrocarril, 1858); tomo II: *correspondientes al primer quinquenio de la administración Bulnes* (Santiago, Imp. del Ferrocarril 1858); tomo III: *correspondientes al segundo quinquenio de la administración Bulnes* (Santiago, Imp. del Ferrocarril 1858); tomo III: *en los dos primeros años del primer quinquenio de la administración Montt* (Santiago. Imp. del Ferrocarril, 1858); tomo V: *en los tres últimos años del primer quinquenio de la administración Montt* (Santiago, Imp. del Ferrocarril, 1859); tomo VI: *en los dos primeros años del segundo quinquenio de la administración Montt* (Santiago, Imp. del Ferricarril, 1859); tomo VII: *correspondientes al segundo quinquenio de la administración Montt* (Santiago, Imp. del Ferrocarril, 1859); tomo VIII: *correspondientes al segundo quinquenio de la administración Montt* (Santiago, Imp. del Ferrocarril, 1861); tomo IX: *correspondientes al segundo quinquenio de la administración Montt* (Santiago, Imp. del Ferrocarril, 1861).

1) [Fragmento del] *Discurso del Presidente de la República* [Joaquín Prieto] *a las cámaras lejislativas en la apertura del Congreso Nacional* [el 1º de junio] *de 1832,* en *Doc. parl.* I, p. 6 (*pero otra parte - que nos rijen*).

2) [Fragmento del] *Discurso del Presidente de la República* [Joaquín Prieto] *a las cámaras lejislativas en la apertura del Congreso Nacional* [el 1º de junio] *de 1833,* en *Doc. parl.* I, p. 14 (*terminadas felizmente - edades futuras*).

3) Cámara de Senadores. Sesión 1ª. Extraordinaria en 4 de octubre de 1833. Presidencia de don Federico Errázuriz. Sumario. Cuenta. Se da cuenta: ... *De un oficio en que S.E. el Presidente de la República convoca al Congreso a sesiones extraordinarias* (Anexo núm. 321), en *Sesiones de los Cuerpos legislativos* (Santiago, Imprenta Cervantes, 1901), vol. 21, p. 603. El anexo núm. 321, que contiene el oficio del Presidente de la Repüblica del 30 de septiembre de 1833, corre ibid., p. 604. Vid. *Sesiones* (Santiago 1902) vol. 22, p. 103, 107-108, que reproduce idénticos antecedentes concernientes a la Cámara de Diputados.

En el oficio presidencial del cual se trata, el Presidente Prieto incluye en la convocatoria al Congreso para sesiones extraordinarias, entre otros pendientes, « *el proyecto de ley sobre formación de códigos* ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

4) [Fragmento del] *Discurso del Presidente de la República* [Joaquín Prieto] *a las cámaras lejislativas en la apertura del Congreso Nacional* [el 1º de junio) *de 1834*, en *Doc. parl.* I, p. 20-21 (*no debo terminar - de la libertad i de la justicia*).

5) [Fragmento de la] *Memoria que el Ministro de Estado* [Joaquín Tocornal] *en el Departamento de Interior presenta al Congreso Nacional* [el 13 de octubre del] *año de 1834*, en *Doc. parl.* I, p. 75 (*entre ellas merece - que hoi rije*).

6) [Fragmento del] *Discurso del Presidente de la República* [Joaquín Prieto] *a las cámaras lejislativas en la apertura del Congreso Nacional* [el 1º de junio] *de 1836*, en *Doc. parl.* I, p. 28 (*la reforma - su aplicación*).

7) [Fragmento de la] *Memoria que el Ministro de Estado* [Diego Portales] *en el Departamento del Interior presenta al Congreso Nacional* [el 23 de agosto del] *año de 1836*, en *Doc. parl.* I, p. 93 (*estas son las principales - a las Cámaras*).

8) [Fragmento de la] *Memoria que el Ministro de Estado* [Manuel Montt] *en el Departamento de Justicia, Culto e Instrucción Pública presenta al Congreso Nacional* [el 28 de julio del] *año de 1841*, en *Doc. parl.* I, p. 225-226 (*la obra mas grande - nuestro anhelo*).

9) [Fragmento de la] *Exposición que el Presidente de la República Joaquín Prieto dirije a la nación chilena el 18 de setiembre de 1841, último de su administración*, en *Doc. parl.* I, p. 64 (*otra obra - grandes bienes*).

10) [Fragmento del] *Discurso que el Presidente de la República* [Manuel Bulnes] *dirije al Congreso Nacional en* [el 1º de junio de] *1844*, en *Doc. parl.* II, p. 216 (*en el departamento - leyes civiles*).

11) [Fragmento del] *Discurso del Presidente de la República* [Manuel Bulnes] *en la apertura de las cámaras lejislativas* [el 1º de junio] *de 1847*, en *Doc. parl.* III, p. 4 (*ni es menos - mui pronto*).

12) [Fragmento del] *Discurso del Presidente de la República* [Manuel Bulnes] *en la apertura de las cámaras lejislativas* [el 1º de junio] *de 1848*, en *Doc. parl.* III, p. 106 (*en el Departamento - del criminal*).

13) [Fragmento de la] *Esposición que el jeneral don Manuel Bulnes dirije a la nación chilena el 18 de setiembre de 1851*, en *Doc. parl.* III, p. 794 (*se ha promovido - el año próximo*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

14) [Fragmento de la] *Memoria que el Ministro de Estado* [Silvestre Ochagavía] *en el Departamento de Justicia, Culto e Instrucción Pública presenta al Congreso Nacional* [el 17 de julio del] *año de 1853*, en *Doc. parl.* IV, p. 311 (*la comisión - sus tareas*).

15) [Fragmento del] *Discurso del Presidente de la República* [Manuel Montt] *en la apertura del Congreso Nacional* [el 1º de junio] *de 1856*, en *Doc. parl.* V, p. 456 (*en conformidad - autenticos*).

16) [Fragmento de la] *Memoria que el Ministro de Estado* [Francisco J. Ovalle] *en el Departamento de Justicia, Culto e Instrucción Pública presenta al Congreso Nacional* [el 20 de agosto del] *año de 1856*, en *Doc. parl.* V, p. 545 (*para promulgar - del dominio*).

17) [Fragmento del] *Discurso del Presidente de la República* [Manuel Montt] *en la apertura del Congreso Nacional* [el 1º de junio] *de 1857*, en *Doc. parl.* VI, p. 8 (*el nuevo - reglamento*).

18) [Fragmento de la] *Memoria que el Ministro de Estado* [Waldo Silva] *en el Departamento de Justicia, Culto e Instrucción Pública presenta al Congreso Nacional* [el 31 de julio del] *año de 1857*, en *Doc. parl.* VI, p. 57 (*el código civil - de trabajos*).

19) [Fragmento del] *Discurso del Presidente de la República* [Manuel Montt] *en la apertura del Congreso Nacional* [el 1º de junio] *de 1858*, en *Doc. parl.* VI, p. 246 (*el corto espacio - esta materia*).

20) [Fragmento de la] *Memoria que el Ministro de Estado* [Rafael Sotomayor] *presentó al Congreso Nacional* [el 1º de agosto del] *año de 1858* en *Doc. parl.* VI, p. 309-310 (*la corte suprema - lejislatura oportunamente*).

21) [Fragmento del] *Discurso del Presidente de la República* [Manuel Montt] *en la apertura del Congreso Nacional* [el 1º de junio] *de 1859*, en *Doc. parl.* VII, p. 9 (*los tribunales - de los registros*).

22) [Fragmento de la] *Memoria que el Ministro de Estado* [Rafael Sotomayor] *en el Departamento de Justicia Culto e Instrucción Pública presenta al Congreso Nacional* [el 15 de junio del año] *de 1859*, en *Doc. parl.* VII, p. 106-107 (*por otra parte - registro conservatorio; los tribunales superiores - suficientemente idóneos*).

23) [Fragmento del] *Discurso del Presidente de la República* [Manuel Montt] *en la apertura del Congreso Nacional* [el 1º de junio] *de 1860*, en *Doc. parl.* VIII, p. 10 (*los informes - tengo presentado*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

24) [Fragmento de la] *Memoria que el Ministro de Estado* [Rafael Sotomayor] *en el Departamento de Justicia, Culto e Instrucción Pública presenta al Congreso Nacional* [el 3 de julio del] *año de 1860*, en *Doc. parl.* VIII, p. 70 (*durante las sesiones - verdadero sentido*).

IV. Fuentes inéditas.

En la Sala Domingo Edwards Matte de la Biblioteca Central de la Universidad de Chile (Santiago) se encuentra depositado un riquísimo fondo de papeles que en su día pertenecieron a Bello, entre los cuales existen muchos de carácter jurídico. Salvo algunas excepciones, ellos no han sido editados. Con la debida autorización, publicamos a continuación la parte pertinente del catálogo de dichos papeles cuyos datos son: *Catálogos de la Biblioteca Central de la Universidad de Chile*, nº 1, *Colección de manuscritos*, I, *Papeles de don Andrés Bello*. Prólogo por Alamiro de Avila Martel. Santiago de Chile. 1965. La parte que se publica va rubricada *Código Civil* y corresponde a las págs. 10-27. En los casos de piezas editadas, ello se indica y hemos preferido no eliminar su mención aquí (como tampoco la de aquellas piezas que no guarden relación con la historia de la fijación civil), para mantener la unidad del catálogo, al mismo tiempo que conservamos la numeración de las piezas que él les da, a fin de facilitar la consulta.

Código Civil.

15) Trabajos del Código Civil. Título Preliminar. Trabajo preparatorio para el Proyecto de 1853 que contiene todo el título preliminar.

Cuadernillo de 14 hojas de 310 × 210 escrito por un amanuense con correcciones de Bello. La hoja 7 tiene dos papeles agregados escritos de puño y letra de Bello.

16) Trabajos del Código Civil. Título preliminar. Trabajo sobre el Código promulgado. Notas y comentarios redactados por Bello al Título Preliminar y títulos I y parte del II del Libro Primero del Código promulgado.

Cuadernillo de 6 hojas de 305 × 210 mm. escritas por un amanuense con agregados de puño y letra de don Andrés Bello. Estas notas fueron publicadas por Amunátegui Reyes en: *Don Andrés Bello y el Código Civil*, p. 137-144.

17) Trabajos del Código Civil. Libro I. Trabajos preparatorios para Proyecto de 1853, texto de un proyecto de artículo sobre facultad del tutor para nombrar mandatario.

1 hoja de 157 × 215 mm. manuscrita por D. Andrés Bello.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

18) Trabajos del Código Civil. Libro I. Trabajos preparatorios para el Proyecto de 1853 que se refieren en forma incompleta a la presunción de muerte por desaparecimiento, al divorcio, a las relaciones de derecho entre padre e hijo, a las tutelas y curatelas y a las personas jurídicas. Parecen ser muy anteriores al Proyecto de 1853.

102 hojas, algunas de ellas rotas de diferentes tamaños. Parte de ellas están escritas por un amanuense y contienen correcciones de Bello. El resto enteramente escritas por don Andrés Bello.

19) Trabajos del Código Civil. Libro I. Trabajos preparatorios para el Proyecto de 1853, inmediatamente anteriores a éste, que tratan, generalmente en forma incompleta, de las personas, del principio y fin de la existencia, de la muerte civil, del matrimonio, de los esponsales, de las obligaciones y derechos de los cónyuges, de los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos, de la patria potestad, de la maternidad disputada, de la tutela y de la curaduría del menor.

54 hojas contando los papeles agregados, casi todas de 300 × 205 mm. escritas por un amanuense con correcciones de Bello.

20) Trabajos del Código Civil. Libro I. Trabajos preparatorios para el Proyecto de 1855. Artículos 87 a 97 del Proyecto de 1853.

Una hoja impresa correspondiente a las págs. 27 y 28 del citado proyecto con modificaciones manuscritas al margen, hechas por un miembro de la Comisión o un amanuense.

21) Trabajos del Código Civil. Libro I. Trabajos preparatorios para el Proyecto de 1853. Notas a los títulos I a VIII del Libro I publicadas en el proyecto mencionado.

16 hojas de 315 × 214 mm. escritas por un amanuense, con algunas indicaciones y modificaciones de puño y letra de don Andrés Bello.

22) Trabajos del Código Civil. Libro I. Trabajos preparatorios para el Proyecto de 1855. Apuntes de Bello para los trabajos en la Comisión Revisora del Proyecto de 1853 sobre artículos entre el 83 y el 299.

4 hojas de 220 × 163 mm. escritas por Bello.

23) Trabajos del Código Civil. Libro I. Trabajos preparatorios para el Proyecto de 1855. Apuntes de Bello sobre legitimación por subsecuente matrimonio, para defender en la Comisión la mantención del Art. que aparece con el número 203 en el Proyecto de 1855.

3 hojas de 325 × 220 escritas por Bello. (Publicadas por Amunátegui como Nota al artículo número 234 del *Proyecto Inédito*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

24) Trabajos del Código Civil. Libro I. Defensa de Andrés Bello del Art. número 104 del Código promulgado, cuya reforma fue solicitada por el Arzobispo de Santiago y los Obispos de La Serena y Concepción ante el Congreso en 1857.

4 hojas de 315 × 215 mm. escritas por Andrés Bello. (Publicado por Miguel Luis AMUNÁTEGUI REYES en: *Don Andrés Bello y el Código Civil,* pág. 100).

25) Trabajos del Código Civil. Libro I. Trabajos sobre el Código promulgado. Comentario de don Andrés Bello sobre los Arts. 146 y 161 del Código Civil en respuesta a un artículo aparecido en « El Mercurio » acerca de una contradicción entre ellos. Está fechado en Valparaíso el 6 de febrero de 1857.

3 hojas, una de 320 × 215 mm. y dos de 270 × 210 mm. La primera escrita por Bello, las otras por amanuense, con correcciones de Bello.

26) Trabajos del Código Civil. Libro I. Trabajos preparatorios para el Proyecto de 1853. Modificaciones a los Arts. 712 a 728 del Proyecto de 1847.

5 hojas impresas de 260 × 170 mm. correspondientes a las páginas 249 a 255 del citado Proyecto con correcciones al margen de puño y letra de don Andrés Bello. La página 251 tiene agregada una hoja escrita por Bello.

27) Trabajos del Código Civil. Libro II. Trabajos preparatorios para el Proyecto de 1853 que tratan en forma incompleta de la tradición, del derecho de usufructo, de los derechos de uso y habitación, de la reivindicación y de las acciones posesorias.

38 hojas contando los papeles agregados, la mayor parte de ellas de 330 × 220 mm. Algunas están escritas por un amanuense y corregidas por don Andrés Bello pero la mayor parte están escritas en su totalidad por el puño y letra de Bello.

28) Trabajos del Código Civil. Libro II. Trabajos preparatorios para el Proyecto de 1853 que tratan en forma incompleta de las cosas y de su dominio, uso y goce; del dominio, de los bienes nacionales, de la ocupación, de la accesión, de la posesión y de las servidumbres prediales.

18 hojas, contando los papeles agregados de 310 × 215 mm., escritas por un amanuense con correcciones y agregados de Bello; 6 hojas de 335 × 220 mm. escritas por Bello.

29) Trabajos del Código Civil. Libro II. Trabajos preparatorios para el Proyecto de 1855 sobre la tradición. Párrafos « De las otras especies de tradición ».

4 hojas de 300 × 210 mm. escritas por un amanuense. (Existe otra copia del mismo párrafo consistente en 2 hojas de 315 × 215 mm. escritas por un ama-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nuense con anotaciones marginales de Bello entre las páginas 258 y 259 del Nº 53, Vol. 2, Nº 1).

30) Trabajos del Código Civil. Libro II. Trabajos preparatorios para el Proyecto de 1855 que comprende los artículos 560 a 766 de dicho Proyecto. Algunas de las modificaciones anotadas parecen corresponder a las sugeridas por la Corte de La Serena.

9 hojas de distintos tamaños con papeles agregados, algunas escritas enteramente por don Andrés Bello y otras por un amanuense y corregidas por Bello.

31) Trabajos del Código Civil. Libro III. Observaciones de don Miguel M. Güemes al Libro de la Sucesión por causa de muerte del Proyecto de 1841.

27 hojas de 255 × 200 mm. escritas por el Sr. Güemes o por un amanuense, con algunas indicaciones de D. Andrés Bello. Fueron publicadas en «*El Araucano*» entre los años 1841 y 1843 y reproducidos por don Enrique Cood en *Antecedentes legislativos y trabajos preparatorios del Código Civil de Chile*, Tomo I, pp. 176 y ss. y en las *Obras Completas de don Andrés Bello*, Santiago de Chile, 1885, tomo 9, págs. 300 a 400.

32) Trabajos del Código Civil. Libro III. Comentarios de don Andrés Bello relativos a las reglas sobre la sucesión intestada del hijo o descendiente natural del Proyecto de 1841.

1 hoja de 320 × 217 escrita por D. Andrés Bello al dorse de la copia de un Decreto del Presidente Bulnes. Publicado por Amunátegui como Nota al artículo 1147 del *Proyecto Inédito*.

33) Trabajos del Código Civil. Libro III. Trabajos preparatorios para el Proyecto de 1853 sobre las asignaciones a día.

Una hoja (rota) de 160 × 215 mm. escrita por Bello.

34) Trabajos del Código Civil. Libro III. Trabajos preparatorios para el Proyecto de 1853. Apuntes sobre modificaciones y agregados al Art. 117 del Proyecto de 1846 sobre legados.

1 hojas de 315 × 217 mm. escrita por Bello. (La continuación de estas notas se encuentra en una hoja manuscrita por Bello agregada entre las págs. 34 y 35 del Proyecto de 1846: Nº 53, Vol. 3, Nº 2).

35) Trabajos del Código Civil. Libro III. Trabajos preparatorios para el Proyecto de 1855. Apuntes sobre comentarios y fuentes del artículo 1442 del Proyecto de 1853.

Una hoja de 323 × 215 mm. y un hoja de 160 × 217 mm. escritas por Bello y dos hojas de 265 × 206 mm. escritas por un amanuense.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

36) Trabajos del Código Civil. Libro III. Trabajos preparatorios para el Proyecto de 1855. Modificaciones a los Arts. 111 a 1452 del Proyecto de 1853.

Seis hojas impresas correspondientes a las pp. 329 a 340 de dicho Proyecto con anotaciones al margen hechas por un miembro de la Comisión o por un amanuense.

37) Trabajos del Código Civil. Libro III. Trabajos preparatorios para el Proyecto de 1855. Modificaciones al título X del Libro III del Proyecto de 1853 sobre partición de bienes.

4 hojas de 304 × 210 y dos papeles agregados escritos por un amanuense con correcciones de Bello.

38) Trabajos del Código Civil. Libro III. Trabajos preparatorios para el Proyecto de 1855. Apuntes de Bello sobre jurisprudencia en materia de sucesión de dos personas fallecidas en un mismo acontecimiento, materia que aparece en el artículo 958 del proyecto mencionado. (Los Proyectos de 1841 y 1846 contenían una disposición diferente y el Proyecto de 1853 no dispuso al respecto).

2 hojas de 218 × 155 mm. escritas por Bello. Publicado en el Proyecto Inédito como nota al artículo 1116 a.

39) Trabajos del Código Civil. Libro III. Trabajos preparatorios para el Proyecto de 1855. Modificaciones que comprenden algunos de los artículos entre el 1389 y el 1574 del Proyecto de 1853.

5 hojas de diferentes tamaños. Tres escritas por Bello y dos por un amanuense con correcciones de Bello.

40) Trabajos del Código Civil. Libro III. Trabajos preparatorios para el Proyecto de 1853. Comentarios sobre distinción entre la substitución fideicomisaria y la asignación de usufructo.

1 hoja de 240 × 220 mm. escrita por Bello.

41) Trabajos del Código Civil. Libro IV. Trabajos preparatorios para el Proyecto de 1847, título XLI sobre la rescisión a beneficio de los acreedores del insolvente.

2 hojas de 296 × 210 escritas por un amanuense con correcciones de Bello.

42) Trabajos del Código Civil. Libro IV. Trabajos preparatorios para el Proyecto de 1855 sobre nulidad absoluta. Art. 1682 del proyecto mencionado.

1 hojas de 330 × 220 mm. escrita por Bello. 2 hojas de 307 × 210 mm. copia del anterior, escritas por un amanuense.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

43) Trabajos del Código Civil. Libro IV. Trabajos preparatorios para el Proyecto de 1855, título de las obligaciones con cláusula penal, título XI del proyecto mencionado.

1 hoja de 330 × 220 mm. escrita por Bello.

44) Trabajos del Código Civil. Libro IV. Trabajos preparatorios para el Proyecto de 1855 sobre el título primero del libro mencionado.

1 hoja. 332 × 217 mm., manuscrita por Bello.

45) Trabajos del Código Civil. Libro IV. Trabajos preparatorios para el Proyecto de 1853. Notas relativas a los artículos 705 a 717 del Proyecto de 1847.

4 hojas de 320 × 210 mm., escritas por un amanuense.

46) Trabajos del Código Civil. Libro IV. Trabajos preparatorios para el Proyecto de 1855. Modificaciones a los artículos 1879 a 2086 del Proyecto de 1853 y título de la prueba de las obligaciones que no existía en dicho proyecto.

32 hojas impresas correspondientes a las págs. 565 a 628 del Proyecto de 1853 con el texto de los artículos modificados escritos al margen por un amanuense.

47) Trabajos del Código Civil. Libro IV. Observaciones de Bello al artículo 2067 del Proyecto de 1853 sobre la lesión enorme.

4 hojas de 325 × 220 mm., escritas por un amanuense con anotaciones de Bello. (Estas observaciones fueron publicadas por AMUNÁTEGUI REYES en: *Obras completas de don Andrés Bello*. Santiago de Chile, 1888, tomo 12, págs. XII-XVII), y en su biografía *Don Enrique Cood* que se puede ver hora en COOD, *Antecedentes legislativos y trabajos preparatorios del Código Civil* (2ª ed. por G. Feliú y C. Stuardo, Santiago, 1958, p. 5-6).

48) Trabajos del Código Civil. Libro IV. Trabajos preparatorios para el Proyecto de 1855. Modificaciones al Proyecto de 1853 sobre la sucesión en el censo, la prestación de servicios inmateriales, el mandato, el comodato y el depósito.

Cuadernillo de 4 hojas de 304 × 210 mm.; cuadernillo de 15 hojas de 320 × 217 mm., escritos por un amanuense con correcciones de Bello; una hoja de 317 × 220 mm., titulada « Artículos sub judice », escrita por un amanuense y una hoja de 278 × 210 mm., escrita por Bello.

49) Trabajos del Código Civil. Trabajos preparatorios para el Proyecto de 1855. Modificaciones al Proyecto de 1853 referentes al arrendamiento, al censo, a la sociedad, la prelación de créditos y la prescripción.

32 hojas de 305 × 212 mm., escritas por un amanuense y anotadas por Bello con algunos papeles agregados, unos con letra del amanuense y otros escritos por Bello.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

50) Trabajos del Código Civil. Libro IV. Trabajos preparatorios para el Proyecto de 1855 que se refieren en forma incompleta a la administración del mandato, efectos de la fianza, prenda, hipoteca, anticresis y prelación de créditos.

6 hojas de 330 × 215 mm., escritas por un amanuense con anotaciones y correcciones manuscritas por Bello.

51) Trabajos del Código Civil. Libro IV. Observaciones al Libro IV del Proyecto de 1853 hechas por la Corte de Apelaciones de La Serena al Ministro de Justicia y fechadas en esa ciudad el 22 de octubre de 1855. Abarcan los artículos 2200 al 2690.

20 hojas de 322 × 215 mm., escritas, probablemente, por un amanuense. (Estas observaciones fueron publicadas por FELIÚ CRUZ en: *La prensa chilena y la codificación*, Santiago, 1966, págs. 128-135).

52) Trabajos del Código Civil. Libro IV. Comentario sobre la rescisión por lesión enorme. Presumiblemente de la época del Proyecto de 1841.

2 hojas de 330 × 220 mm., rotas, escritas probablemente por un amanuense.
Este comentario pertenece a don Enrique Cood, y fue publicado por M. L. AMUNÁTEGUI REYES en su biografía *Don Enrique Cood*, reproducida en la 2ª ed. de *Antecedentes legislativos y trabajos preparatorios del Código Civil de Chile* por Guillermo Feliú Cruz y Carlos Stuardo, p. 4-5.

53) Proyectos del Código Civil. Cuatro volúmenes numerados del 1 al 4 con encuadernación uniforme, media posta roja. En los lomos dice: « Proyecto / de / Código Civil ».

Vol. 1:

1) Proyecto / de / Código Civil. / Santiago, Imprenta Chilena, Calle de San Carlos, / enero de 1853. iv + cuatro + 200 págs.
Libro I con notas manuscritas de Bello.

2) Proyecto / de / Código Civil. / Santiago, Imprenta Chilena, Calle San Carlos, / Enero de 1853. iv + cuatro + 200 págs.
Libro I con notas manuscritas de un amanuense y algunas correcciones de Bello.

Vol. 2:

1) Proyecto / de / Código Civil. / Santiago, Imprenta Chilena, Calle de San Carlos, / febrero de 1853. Cuatro + 201 a 328 + tres págs.
Libro II, con notas manuscritas por Bello.

2) Proyecto / de / Código Civil. / Santiago, Imprenta Chilena, Calle de San Carlos, / Febrero de 1853. Cuatro + 201 a 328 + tres págs.
Libro II con notas manuscritas por Bello.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Vol. 3:

1) Proyecto / de / Código Civil. / Santiago, Imprenta Chilena, Calle de San Carlos, Marzo de 1853, iv + 329 a 492 págs.
Libro III con notas escritas por un amanuense.

2) Proyecto / de / Código Civil. / Santiago de Chile, Imprenta Chilena, Calle de Valdivia Nº 21. / Noviembre de 1846. Cuatro + 106 + 1 pág.
Libro III con notas escritas por Bello y papeles agregados también escritos por Bello.

3) Proyecto / de / Código Civil. / Santiago, Imprenta Chilena, Calle de San Carlos, / marzo de 1853. iv + 329 a 492 págs.
Libro III, ejemplar incompleto; págs. 425 a 492 con notas manuscritas por Bello.

4) Proyecto / de / Código Civil. / Santiago. / Imprenta Chilena, Calle de San Carlos, / Marzo de 1853. iv + 329 a 492 págs.
Libro III, con notas manuscritas por Bello y algunos papeles intercalados.

Vol. 4:

1) Proyecto / de / Código Civil. / Santiago. / Imprenta Chilena, Calle de San Carlos, / Marzo de 1853. xi + una + 493 a 831 págs. + 1 pág.
Libro IV con notas manuscritas por Bello y otras por un amanuense; algunos papeles intercalados.

2) Proyecto / de / Código Civil. / Santiago, Imprenta Chilena, Calle de San Carlos, / Marzo de 1853. xi + una + 493 a 831 + una pág.
Libro IV con notas escritas por un amanuense.

54) Proyectos de Código Civil: En el lomo dice: « Bello / Proyecto / de / Código Civil ». Un volumen, media pasta café.

1) Proyecto / de / Código Civil. / Santiago, Imprenta Chilena, Calle de San Carlos, / Enero de 1853. iv + cuatro + 200 págs.
Libro I con notas escritas por un amanuense.

2) Proyecto / de / Código Civil. / Santiago, Imprenta Chilena, Calle de San Carlos, / febrero de 1853. Cuatro + 201 a 328 + dos págs.
Libro II.

3) Proyecto / de / Código Civil. / Santiago. / Imprenta Chilena, Calle de San Carlos, / Marzo de 1853. iv + 329 a 492 págs.
Libro III.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

4) Proyecto / de / Código Civil. / Santiago de Chile / Imprenta Chilena, Calle de Valdivia Nº 21. / Agosto de 1847. Seis + 255 + una pág.
Libro IV con notas manuscritas por Bello desde el título 37 adelante.

5) Proyecto / de / Código Civil. / Santiago de Chile, / Imprenta Chilena, Calle de Valdivia Nº 21. / Agosto de 1847. Seis + 255 + una pág.
Libro IV con notas manuscritas de Bello.

55) Proyectos de Código Civil. Un volumen. En el lomo dice: « Código Civil / Dr. O », encuadernado, media pasta roja.

1) Proyecto / de / Código Civil. / Santiago. / Imprenta Chilena, Calle de San Carlos. / Enero de 1853. iv + cuatro + 200 págs.
Libro I con notas manuscritas.

2) Proyecto / de / Código Civil. / Santiago. / Imprenta Chilena, Calle de San Carlos. / Febrero de 1853. Cuatro + 201 a 328 + dos págs.
Libro II con notas manuscritas.

3) Proyecto / de / Código Civil. / Santiago. / Imprenta Chilena, Calle de San Carlos, / Marzo de 1853. iv + 329 a 492 págs.
Libro III con notas manuscritas.

4) Proyecto / de / Código Civil. / Santiago. / Imprenta Chilena, Calle de San Carlos, Marzo de 1853. xi + una + 493 a 804 págs.
Libro IV con notas manuscritas.

56) Proyectos de Código Civil. Un volumen. En el lomo dice: « Código Civil », media pasta verde oscuro.

1) Proyecto / de / Código Civil. / Santiago. / Imprenta Chilena, Calle de San Carlos, / Enero de 1853. Seis + 200 págs.
Libro I con notas manuscritas.

2) Proyecto / de / Código Civil. / Santiago. / Imprenta Chilena, Calle de San Carlos, Febrero de 1853. Cuatro + 201 a 328 + tres págs.
Libro II con notas manuscritas.

3) Proyecto / de / Código Civil. / Santiago. / Imprenta Chilena, Calle de San Carlos, Marzo de 1853. ix + 329 a 492 págs.
Libro III con notas manuscritas.

4) Proyecto / de / Código Civil. / Santiago. / Imprenta Chilena, Calle de San Carlos, / Marzo de 1853. xi + una + 493 a 831 + una pág.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

57) Comentarios al Código Civil. Comentario sobre el artículo 9: retroactividad de la ley, leyes interpretativas y sus efectos, interpretación judicial y otras materias relacionadas con dicha disposición.

2 hojas de 330 × 220 mm., manuscritas por Bello.

58) Comentarios al Código Civil. Comentario interpretativo de las disposiciones contenidas en el párrafo del Testamento i primeramente del otorgado en Chile y sobre posesión de bienes vinculados, todo en relación al testamento otorgado por don Colin Mac-Kensie bajo el imperio del Código Civil.

10 hojas de 340 × 215 mm., escritas por un amanuense con anotaciones de Bello.
Publicado en: A. BELLO, *Obras Completas*, Santiago, 1885, tomo IX.

59) Comentarios al Código Civil. Artículo de Bello publicado con el título « Valor de un testamento otorgado antes de la Promulgación del Código Civil », que se refiere a los problemas planteados por el testamento otorgado por doña Juana María Pedro Bueno en 1855.

8 hojas de 325 × 220 mm., escritas por un amanuense, algunas corregidas por Bello.
Publicado en: *Obras Completas de don Andrés Bello*, Santiago, 1885, t. IX, págs. 475 a 485.

60) Comentarios al Código Civil. Efectos del cambio de legislación en materia de nulidad en favor de los incapaces introducido por el artículo 1686.

1 hoja de 220 × 140 mm., manuscrita por Bello.

61) Comentarios al Código Civil. Interpretación al artículo 1618 en carta contestación a una consulta publicada en « El Ferrocarril ».

1 hoja de 324 × 220 mm., manuscrita por Bello.
Publicada en: FELIÚ CRUZ, *La prensa chilena y la codificación*, Santiago, 1966, págs. 64-65.

62) Derecho Civil. Trabajos preparatorios para la publicación de los Proyectos de Código Civil en las Obras Completas de don Andrés Bello. Santiago, 1881-1893, tomos XI a XIII.

23 hojas de diferentes tamaños.

63) Derecho Civil. Texto del proyecto de ley sobre exvinculación de los mayorazgos presentado a la Cámera de Diputados el 30 de julio de 1845 por D. Antonio García Reyes. Fue modificado en el Senado.

4 hojas de 325 × 220 mm., escritas por un amanuense.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

64) Derecho Civil. Respuesta de Bello a una consulta de D. Rafael Larraín acerca de los problemas planteados en la sucesión testada de D. José Toribio Larraín sobre bienes vinculados en relación al posible efecto retroactivo del artículo 162 de la Constitución de 1833.

6 hojas escritas por Bello con notas y correcciones.

65) Derecho Civil. Apuntes sobre reglas de interpretación.

1 hoja de 320 × 220 mm., manuscritas por Bello.

66) Derecho Civil. Anotaciones sobre una ley francesa de 14 de julio de 1819 que derogó los artículos 726 y 912 del Código Civil Francés.

1 hoja de 125 × 205 mm., escrita por un amanuense.

67) Derecho Civil. Anotaciones comparativas entre el proyecto de ley publicado en « El Araucano » de 12 de octubre de 1832 sobre sucesión de los bienes de extranjeros fallecidos en Chile y la ley promulgada sobre la misma materia el 25 de julio de 1834.

2 hojas de 315 × 215 mm., escritas por un amanuense.

68) Derecho Civil. Notas sobre leyes de la Recopilación de Leyes de Indias que legislan sobre puertos marítimos. Presumiblemente son notas para el informe rendido por Bello en el Senado en el proyecto de ley sobre poblaciones en los puertos menores.

1 hoja de 430 × 320 mm., plegado en 4, escrita por Bello.
Publicado el Proyecto en las *Obras Completas de don Andrés Bello*, Santiago, 1885, t. IX, págs. XCVII a CIV.

69) Derecho Civil. Apuntes sobre sociedades civiles y comerciales y origen de la comercialidad de un acto.

2 hojas de 215 × 160 mm., y 2 hojas de 160 × 150 mm., escritas por Bello.

70) Derecho Civil. Notas sobre extinción de las obligaciones: solución y consignación.

4 hojas de 165 × 110 mm., escritas, presumiblemente, por un amanuense.

71) Derecho Civil. Escrito sobre destino de los derechos personales de la mujer que contrae matrimonio.

2 hojas de 325 × 220 mm., y 1 hoja de 220 × 160 mm., escritas por un amanuense.

72) Derecho Civil. Texto de una consulta presentada a don Andrés Bello por don Enrique Cood sobre los derechos hereditarios de los

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

parientes ingleses de un súbdito británico muerto intestado en Chile sobre sus bienes muebles e inmuebles existentes en territorio chileno.

6 hojas de diversos tamaños escritas por un amanuense.

73) Derecho Civil. Texto de un artículo de Bello publicado con el título: Una cuestión relativa al efecto retroactivo de las leyes, en respuesta a una memoria sobre la misma materia publicada por don Eugenio Vergara en los Anales de la Universidad de Chile y en la Revista de Ciencias y Letras en 1860.

29 hojas de diversos tamaños conteniendo tres ejemplares del texto del artículo citado escritas por amanuenses.

74) Derecho Civil. Oficio de la Corte Suprema conteniendo puntos sobre una posible interpretación de las « Leyes de Castilla y Partidas », sobre sucesión intestada en que concurren sólo hijos naturales, pasado en consulta a la Corte de Apelaciones con indicación especial de llamar al acuerdo a don Andrés Bello. Comunicación de la Corte de Apelaciones a Bello. Agosto de 1838.

2 hojas de 300 × 210 mm., y dos hojas de 312 × 215 mm. escritas por un amanuense.

La resolución del Ministerio de Justicia sobre la consulta mencionada y un artículo de Bello comentándola, están publicados en: *Obras Completas de don Andrés Bello*, Santiago, 1885, t. IX, págs. 243 a 262.

75) Derecho Civil. Artículo sobre la locación de servicios y el mandato publicado en *Los Lunes*, octubre 25 de 1882 y en las *Obras Completas de don Andrés Bello*, Santiago, 1885, T. IX, págs. 467 a 474.

6 hojas de 330 × 220 mm., manuscritas por Bello.

76) Derecho Civil. Ley sobre prelación de créditos de 25 de octubre de 1854. Trabajos preparatorios y textos del proyecto de dicha ley, modificatoria de la ley sobre la misma materia de 1845. La ley de 1854 sirvió de base para la parte correspondiente a esta materia del Código Civil.

38 hojas de diversos tamaños, algunas escritas por un amanuense y la mayor parte manuscritas por Bello.

77) Derecho de Minería. Apuntes para un comentario sobre un libro de M. Cotelle acerca del derecho de minas. Incompleto.

1 hojas de 330 × 215 mm., escrita por Bello (deteriorada).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

V. Artículos, memorias, discursos, monografías y libros.

En esta sección registramos el tipo de trabajos que se indica en el epígrafe, disponiéndolos según el orden alfabético que resulta de fijarse en el primer apellido de sus autores.

1) Agudo Freytes, Raúl, *El Centenario del Código Civil chileno de Andrés Bello*, en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal* (Caracas) 96 (1955), p. 75-87.

2) Alessandri Rodriguez, Arturo, *El Código Civil de Chile*, en *Información Jurídica* (Madrid) 150-157 (1955), p. 657.

3) Alterio Leponte, José Guillermo, *Andrés Bello civilista* (discurso) (Caracas, Tip. La Nación, 1956), 21 págs. = *Sem. Bello* V, p. 271-284.

Análisis de algunos aspectos ideológicos del código de Bello.

4) Amunátegui Aldunate, Miguel Luis, *El código civil*, en *Vida de don Andrés Bello* (Santiago de Chile, Impreso por Pedro G. Ramírez, 1882), p. 638-648 = *Sem. Bello* IV, p. 191-200.

5) Amunátegui Reyes, Miguel Luis, *Don Andrés Bello y el Código Civil* (Santiago de Chile, Imp. Cervantes, 1885), 144+una págs.

Contenido: infra 7 y 8 supra II, 15.

6) Amunátegui Reyes, Miguel Luis, *Introdución* a *Obras completas de don Andrés Bello*, vol. IX, *Opúsculos jurídicos* (Santiago de Chile, Impreso por Pedro G. Ramírez, 1885), p. v-cxxiii. Reimp.: Andrés Bello, *Obras completas*, tomo VII, *Opúsculos jurídicos* (Santiago de Chile, Nascimento, 1932), p. 7-106.

7) Amunátegui Reyes, Miguel Luis, *Don Andrés Bello y el Código Civil*, en *Revista Forense Chilena* 1 (1885) 1, p. 27-29; 2, p. 56-57; 3, p. 87-89; 4, p. 117-120; 5, p. 175-179; 6, p. 243-249; 7, p. 293-303; 8, p. 370-377; 9, p. 435-438; 10, p. 509-512; 11, p. 571-576; 12, p. 630-635; 13, p. 674-683.2 (1886) 3, p. 169-174; 4, p. 247-253; 5, p. 316-319; 6, p. 362-374.2 (1887) 8, p. 504-508; 9, p. 565-576 = *Don Andrés Bello y el Código Civil* (supra 5), p. 3-130.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

8) AMUNÁTEGUI REYES, Miguel Luis, *Las notas del Proyecto de Código Civil (A propósito de un artículo publicado en esta Revista)*, en *Revista Forense Chilena* 2 (1886) 7, p. 405-410 = *Don Andrés Bello y el Código Civil* (supra 5), p. 131-137.

9) AMUNÁTEGUI REYES, Miguel Luis, *Introducción* a *Obras completas de Don Andrés Bello*, vol. XI, *Proyectos de Código Civil* (Santiago de Chile, Impreso por Pedro G. Ramírez, 1887), p. v-xiii. Reimp.: Andrés Bello, *Obras completas*, tomo III, *Proyectos de Código Civil*, primer tomo (Santiago de Chile, Nascimento, 1932), p. 7-15).

Estudio muy general con algunos documentos insertados.

10) AMUNÁTEGUI REYES, Miguel Luis, *Introducción* a *Obras completas de don Andrés Bello*, vol. XII, *Proyecto de Código Civil* (1853) (Santiago de Chile, Impreso por Pedro G. Ramírez, 1888), p. v-xviii. Reimp.: Andrés Bello. *Obras completas*, tomo IV, *Proyecto de Código Civil*, segundo tomo (Santiago de Chile, Nascimento, 1932), p. 7-18.

Destaca este estudio por los documentos que inserta, concernientes al período precodificador. La mayoría de dichos documentos se encuentran en Cood-Feliú: supra II, 10.

11) AMUNÁTEGUI REYES, Miguel Luis, *Introducción* a *Obras completas de don Andrés Bello*, vol. XIII, *Proyecto Inédito de Código Civil* (Santiago de Chile, Impreso por Pedro G. Ramírez, 1890), p. v-xliii. Reimp.: Andrés Bello, *Obras completas*, tomo V, *Proyecto de Código Civil*, tercer tomo (Santiago de Chile, Nascimento, 1932), p. 7-39) = *Sem. Bello* IV, p. 201-227.

El estudio se centra en los antecedentes del proceso de codificación iniciado en 1840 y explica la naturaleza del *Proyecto Inédito*. Trae documentos insertados.

12) AMUNÁTEGUI REYES, Miguel Luis, *Importancia del tomo XIII de las Obras completas de Andrés Bello*, en *Nuevos estudios sobre don Andrés Bello* (Santiago de Chile, Imprenta, Litografía i Encuadernación Bercelona, 1902), p. 155-160.

Trata del *Proyecto Inédito de Código Civil:* vid. supra II, 20 y 21.

13) ARTEAGA BARROS, Luis, *Don Andrés Bello y el Código Civil chileno* (discurso) en *Sem. Bello* V, p. 403-415 (versión extractada).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

14) ALVAREZ SUÁREZ, Humberto, *Discurso en homenaje a don Andrés Bello pronunciado en el Senado de Chile el día 14 de diciembre de 1955 por ...*, en *Sem. Bello* VI, p. 125-137.

Contiene una síntesis histórica de la formación del código de Bello y un análisis de sus influencias.

15) AVILA MARTEL, Alamiro de, *Don Gabriel Ocampo y el Código Civil* (discurso), en *AFCJS.* 3ª ép. 2 (1955) 4, p. 196-198 = *Sem. Bello* VI, p. 164-167.

16) AVILA MARTEL, Alamiro de, *Ficha bibliográfica externa*, en *BSDP.* 14 (1940), p. 31-37.

Descripción de la sistemática del *Primer Proyecto* (supra II, 22). Una reimpresión en prensa en el volumes *El Primer Proyecto de Código Civil de Chile* (Editorial Jurídica de Chile).

17) AVILA MARTEL, Alamiro de, *Bello y el Derecho romano*, en *Estudios sobre la vida y obra de Andrés Bello* (Santiago de Chile, Ediciones de la Universidad de Chile, 1973), p. 79-97.

De este estudio interesan a la historia de la fijación civil las págs. 96-97, entendidas, naturalmente, en el contexto del artículo.

18) AZCÁRATE, Gumersindo de, *Juicio crítico sobre el Código Civil de la República de Chile.* Introducción a la edición del Código Civil de la Repüblica de Chile (Madrid, 1881) = *Sem. Bello* IV, p. 229-256 = *España honra a don Andrés Bello* (Presidencia de la Repüblica de Venezuela, Caracas, 1972), p. 93-114.

19) BALBIN DE UNQUERA, Antonio, *Historia de la codificación chilena*, en *Andrés Bello. Su época y sus obras* (Madrid, Imp. de los hijos de M. G. Hernández, 1910), cap. XVII, p. 189-201.

20) BALBIN DE UNQUERA, Antonio, *El código civil chileno*, en *Andrés Bello* (supra 19), cap. XVIII, p. 203-221.

21) BARROS ARANA, Diego, *Proyecto de codificación nacional*, en *Historia jeneral de Chile* (Santiago de Chile, Imp. Cervantes, 1902) vol. 16, parte novena, cap. XXXV, p. 65-71.

22) BARROS ARANA, Diego, *Primera publicación de algunos títulos del proyecto de código civil*, en *Un decenio de la historia de Chile* (Santiago de Chile, Imprenta y Encuadernación Universitaria, 1905) vol. 1, Preliminares, cap. V, p. 196-198.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

23) BARTOLISTA, Un, *¿Es Egaña coautor del Código Civil?*, en *BSDP.* 12 (1939), p. 106-108.

24) BASCUÑAN VALDÉS, Aníbal, *Notas sobre el Proyecto Egaña*, en *BSDP.* 20 (1951) 53-56, p. 73-77.

Trata del *Primer Proyecto de Código Civil:* supra II, 22.

25) BASCUÑAN VALDÉS, Aníbal, *Don Mariano Egaña y el Código Civil chileno*, en *AFCJS.* 3ª ép. 2 (1955) 4, p. 192-195 = *Sem. Bello* VI, p. 161-164.

26) BELMAR, Francisco Saturnino, *Código Civil chileno. Artículo de don José Joaquín de Mora*, en *AUCh.* 22 (1863), p. 344-354 = FELIÚ, G., *La prensa chilena y la codificación* (Santiago de Chile, 1966), p. 74-80.

27) BIANCHI V., Humberto, *Discurso de clausura por el doctor...* Presidente de la Corte Suprema de Chile, pronunciado el 22 de noviembre en la Universidad Central, en *Sem. Bello* V, p. 59-64.

28) BORJA, Luis F., *Prólogo* a *Estudios sobre el Código Civil chileno* (París, A. Roger y Chernoviz, 1901), vol. 1, p. v-xi = *Sem. Bello* IV, p. 279-284.

29) BORJAS SANCHEZ, José Antonio, *En torno a Bello, jurista y legislador*, en *Ciencia y Cultura* (Maracaibo) 5 (1957), p. 49-53 = *Sem. Bello* VI, p. 103-114.

30) BRICEÑO PEROZO, Mario, *Bello, jurisconsulto de primer orden*, en *Siempre Firmes* (Caracas) 11-12 (1959-1960) 70-71, p. 10-14.

31) BRICE, Angel Francisco, *Bello y el ejercicio abusivo del derecho*, en *Ciencia y Cultura* (Maracaibo) 1 (1956) 1, p. 17-26 = *Mapocho* (Santiago de Chile) tomo IV (1965) núm. 3 vol. 12, p. 100-106.

32) CABRICES, Fernando, *Breves apuntes sobre la obra jurídica de Andrés Bello* (Caracas, Tip. Lux, 1939), 23 págs.

33) CALDERA RODRÍGUEZ, Rafael, *Don Andrés Bello, codificador civil de Iberoamérica*, en *Andrés Bello* [2] (Buenos Aires 1946) = *Sem. Bello* IV, p. 391-398.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

34) CALDERA RODRIGUEZ, Rafael, *Cien años del Código Civil*, en *Elite* (Caracas) (1955) = *Sem. Bello* V, p. 419-423.

35) CAÑIZALES, Francisco, *Bello, legislador del continente* (discurso), en *Sem. Bello* V, p. 257-265.

Contiene un análisis de las influencias del Código de Bello y de su espíritu.

36) CASAS RINCÓN, César, *Discurso de orden pronunciado por ... en el acto celebrado en la Universidad de Los Andes para conmemorar el primer centenario de la presentación al honorable Congreso de Chile del Proyecto de Código Civil elaborado y redactado por don Andrés Bello* (Maracaibo, Tip. Sol, 1955), 24 págs. = *Sem. Bello* V, p. 123-145.

CONTIENE: El autor del código. - La circunstancia del momento jurídico como factor en el código de Bello. - Cómo respondió el código de Bello a las circunstancias expuestas. - Análisis de su contenido. - Las aportaciones fundamentales del código de Andrés Bello. - Influencia posterior del código de Andrés Bello. - El código de Andrés Bello y la legislación venezolana.

37) CASTILLO, Salvador, *Historia y crítica del derecho de reivindicación de los bienes muebles en juicio de concurso de acreedores* (memoria), en *AUCh.* 19 (1961), p. 303-318; 21 (1862), p. 107-108 = *El Código Civil ante la Universidad* (Santiago de Chile, Imp. Chilena, 1871) tomo I, p. 380-401 = *Memorias y discursos universitarios sobre el Código Civil chileno. Libro IV del código* (Santiago de Chile, Imp. de Los Debates, 1889) vol. 2, p. 477-491.

Es un estudio histórico del tema del título, hasta llegar al código de Bello.

38) CESTAU, Saul, *Personalidad de don Andrés Bello* (conferencia), en *AFCJS.* 4ª ép. 4 (1964-1965) 4, p. 47-56.

CONTIENE: Grandeza, gloria e inmortalidad. - Entre dos épocas y dos escuelas. - Períodos a distinguir.

39) CEVALLOS ARIZAGA, Benjamín, *Discurso de ... como delegado del Ecuador al homenaje rendido a Andrés Bello en la Universidad de Chile*, en *Revista Forense* (Quito) 5 (1959) = *Sem. Bello* VI, p. 203-218.

Se refiere en especial a la influencia del código de Bello en el Ecuador.

40) COOD, Enrique, *Prefacio* a su obra *Antecedentes lejislativos y trabajos preparatorios del Código Civil de Chile recopilados por ...* (Santiago de Chile, Imp. Victoria, 1883), vol. I [único], p. v-xi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Reimp. en la 2ª ed. completada por Guillermo Feliú Cruz y Carlos Stuardo (Comisión Nacional Organizadora del Centenario del Código Civil, Santiago de Chile, 1958), p. 25-30.

Trata brevemente de los antecedentes del código y de sus proyectos.

41) CUMMING, Alberto, *Don Andrés Bello y el derecho romano*, en *BSDP.* II (1942) 19-20, p. 17-23.

42) CURIEL, Nicolás A., *Bello y el código chileno*, en *Sem. Bello* V, p. 221-226.

43) CHUMACEIRO CHIARELLI, Fernando, *Bello y Viso, codificadores. Estudio comparado del Código Civil de Bello y el Proyecto de Julián Viso* (Maracaibo, Univ. de Zulia, Dirección de Cultura, 1959), 361 págs.

44) DAVILA IZQUIERDO, Oscar, *Un proyecto inédito de Código Civil* (discurso de incorporación), en *AFCJS.* 7 (1941) 25-28, p. 55-80 = *RDJCS.* 38 (1941) 3-4, p. 53-70.

Trata del *Primer Proyecto de Código Civil:* supra II, 22.

45) ELIZALDE, Rafael H., *Estudios sobre el código Civil chileno por Luis Felipe Borja. Juicio acerca de este obra*, en *RDJCS.* 10 (1913) 1, p. 1-12.

Vid. supra, 28.

46) ENCINA, Francisco, *El Código Civil*, en *Historia de Chile* (Santiago, Nascimento, 1949) vol. 13, p. 446-448.

47) ESCALA BARRIOS, Enrique, *Bello y el Código Civil chileno. Comentario acerca de la obra Don Andrés Bello, de Eugenio Orrego Vicuña*, en *AFCJS.* 1 (1935) 1-2, p. 97-110.

Vid. infra, 94.

48) EYZAGUIRRE, José María, *Andrés Bello y el sentido jurídico de la nación chilena*, en *Mapocho* (Santiago de Chile) tomo IV (1965) nüm. 3, vol. 12, p. 70-82.

49) FELIÚ CRUZ, Guillermo, *Algo sobre Bello codificador. Introducción* al volumen titulado *La prensa chilena y la codificación. 1822-1878* (Comisión Nacional de Conmemoración del Centenario de la muerte de Andrés Bello, Santiago de Chile, 1966), p. xvii-xxvi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

50) FUEYO LANERI, Fernando, *Homenaje al código centenario y una advertencia*, en *Atenea* (Concepción - Chile) 32 (1955) 365-366, p. 29-37 = *Sem. Bello* V, p. 299-306.

51) FUEYO LANERI, Fernando, *Reforma de nuestro Código Civil bajo la inspiración de Andrés Bello*, en *Mapocho* (Santiago de Chile) tomo IV (1965) núm. 3, vol. 12, p. 83-99 = *Revista de Derecho Español y Americano* (Madrid) 11 (1966) 11, p. 99-119.

52) GAMBOA CORREA, Jorge, *El código de Bello*, en su obra *Andrés Bello, internacionalista* (memoria) (Santiago de Chile, Del Pacífico, 1951) = *Sem. Bello* IV, p. 353-357.

53) GIRALDO ZULUAGA, Conrado, *Don Andrés Bello* (discurso), en *Sem. Bello* V, p. 333-339.

54) GOMEZ MENÉNDEZ, Ignacio, *La codificación con aplicación a Chile* (memoria), en *AUCh.* 28 (1866), p. 415-422 = Feliú, *La prensa chilena y la codificación* (Comisión Nacional de Conmemoración de la muerte de Andrés Bello, Santiago, 1966), p. 80-84.

55) GONZÁLEZ ECHENIQUE, Javier, *Notas sobre algunas definiciones legales de la ley*, en *Estudios en honor de Pedro Lira Urquieta* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, s.d.), p. 59-66.

Interesan especialmente las p. 63-66, concernientes a la historia del art. 1 del *Código Civil*.

56) GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república*, I, *La época de la fijación del derecho civil y sus divisiones*, en prensa en *Historia* (Santiago) 14 (1977).

57) GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república*, II, *Estudio sobre los antecedentes sistemáticos y terminológicos de la parte general relativa a los actos y declaraciones de voluntad del Código Civil de Chile y de sus proyectos*, en *REHJ.* 2 (1977), p. 101-130.

58) GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república*, III, *El Proyecto de Código Civil atribuido a don Mariano Egaña, los trabajos de la Comisión de Legislación del Congreso Nacional y los Proyectos de Código Civil de 1841-1845, 1846-1847 y 1853*, en prensa como *Estudio histórico-crítico* introductorio al volumen *El Primer Proyecto de Código Civil de Chile* (Editorial Jurídica de Chile).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

59) GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república*, IV, *Presupuestos para el estudio de las fuentes del Código Civil y de sus proyectos*, en preparación para *REHJ.* 4 (1979).

60) GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república*, V, *La época de elaboración de la segunda edición del proyecto de libro sobre sucesiones publicado entre 1841 y 1842*, en *REHJ.* 3 (1978).

61) GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república*, VI, *Sobre las fuentes del tít 1º del lib. 4º del código civil de Chile y de sus proyectos*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 1 (1977).

62) HAMILTON, Carlos, *Bello y el centenario del Código Civil chileno*, en *Cuadernos Americanos* (México) 16 (1957) 92 = *Sem. Bello* VI, p. 599-605.

63) HANISCH ESPÍNDOLA, Hugo, *El derecho romano en el pensamiento y la docencia de don Andrés Bello*, en *REHJ.* 3 (1978).

Todo el trabajo interesa en relación con la perspectiva romanística del autor del código chileno. Hay un capítulo titulado *Reminiscensias romanistas en los Proyectos de Código Civil.*

64) HELIE, Faustin, *Juicio acerca del Código Civil chileno*, en *AUCh.* 15 (1858), p. 224 bis-225 bis = Feliú, *La prensa chilena y la codificación* (supra 54), p. 73.

65) LAFERRIÈRE, Louis-Firmin Julien, *Juicio crítico que acerca del Código Civil chileno emite el hábil jurisconsulto francés ...*, en *AUCh.* 15 (1858), p. 224 bis = Feliú, *La prensa chilena y la codificación* (supra 54), p. 73.

66) LATORRE, Enrique C., *Reseña histórica de la formación del Código Civil*, publicada como introducción del volumen *Explicaciones del Código Civil destinadas a los estudiantes del ramo en la Universidad de Chile* (Santiago de Chile, Imprenta Cervantes, 1882) [vol. 1], p. v-lvi = *Sem. Bello* IV, p. 145-190.

67) LATORRE, Enrique, *Antecedentes legislativos y trabajos preparatorios del Código Civil de Chile* (recensión a Cood, *Antecedentes*, supra II, 9), en *La Lectura. Semanario familiar de literatura, ciencias, artes, viajes, conocimientos útiles, etc. etc.* año I (1883-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1884 (tomo I, nº 44, p. 349-350; nº 47, p. 373-376. Año II (1884-1885) tomo II, nº 78 (28 del tomo II), p. 225-227; nº 80 (30 del tomo II), p. 242-244; nº 82 (32 del tomo II), p. 256.

68) LATORRE, Enrique, *Algunos otros antecedentes para la historia de la codificación nacional; proyecto de código penal para Chile*, en *Revista Forense Chilena* 13 (1899) 11-12, p. 641-645.

Vid. supra II, 1. Parcialmente interesante a la historia de la fijación civil.

69) LETELIER, Valentín, *Proceso evolutivo de la codificación en Chile*, en *RDJCS*. 1 (1904) 10, p. 277-287.

70) LETELIER, Valentín, *El doctor Ocampo*, en *RDJCS* 5 (1908) 7, p. 177-196.

Interesantes datos y juicios sobre uno de los miembros de la Comisión Revisora del *Código Civil*.

71) LIRA ARGOMEDO, José Bernardo, *Codificación de nuestras leyes; trabajos del Código Civil*, en *AUCh.* 16 (1859), p. 377-391 = *Memorias y discurso universitarios sobre el Código Civil chileno* (libros I, II y III). Recopilación hecha por Enrique Latorre (Santiago, Imp. La Unión, 1888) [vol. 1], p. 9-22.

72) LIRA URQUIETA, Pedro, *La influencia de Bello y de su clasicismo en el Código Civil* (Santiago de Chile 1936) = EL MISMO, *Temas universitarios* (Santiago de Chile, Nascimento, 1945), p. 97-151 = *Sem. Bello* IV, p. 285-309.

73) LIRA URQUIETA, Pedro, *Los antecedentes históricos del título XXXIII del libro I del Código Civil*, en *RDJCS*. 41 (1944) 1-2, p. 23-40.

74) LIRA URQUIETA, Pedro, *El legislador*, en *Andrés Bello* (México-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1948), 3ª parte, cap. V, p. 182-190.

75) LIRA URQUIETA, Pedro, *Bello, jurista*, en *RDJCS*. 48 (1951) 9-10, p. 77-84.

76) LIRA URQUIETA, Pedro, *Introducción* a *Obras completas de Andrés Bello*, XII, *Código Civil de la República de Chile* (Caracas, Venezuela, Ministerio de Educación, Comisión Editoria de las Obras Completas de Andrés Bello, Biblioteca Nacional) I (1954), p. xiii-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lxii = *Juicio crítico*, en *El Código Civil chileno y su época* (infra 79), p. 7-40 = *Estudios sobre Andrés Bello*. Compilación y prólogo de Guillermo Feliü Cruz (Santiago de Chile. Fondo Andrés Bello, 1971) vol. 2, p. 147-175.

Estudio sobre los antecedentes, espíritu, principales instituciones y evolución del código de Bello.

77) LIRA URQUIETA, Pedro, *El Código Civil y su época*, en *AFCJS*. 3ª ép. 2 (1955) 4, p. 4-21 = *Sem. Bello* VI, p. 225-242.
Otra versión en: EL MISMO, *El Código Civil chileno y su época* (infra 79), p. 41-73.

78) LIRA URQUIETA, Pedro, *El Código Civil en su centenario*, en *Atenea* (Concepción) 32 (1955) 365-366, p. 17-28 = *Sem Bello* V, p. 289-298.

79) LIRA URQUIETA, Pedro, *El Código Civil chileno y su época* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1956), 105+3 págs.

CONTENIDO: supra 76 y 77 e infra 80 y 81.

80) LIRA URQUIETA, Pedro, *García Goyena y el Código Civil chileno*, en *El Código Civil chileno y su época* (supra 79), p. 75-98.

81) LIRA URQUIETA, Pedro, *Elogio de Bello*, en *El Código Civil chileno y su época* (supra 79), p. 99-105.

82) LIRA URQUIETA, Pedro, *Bello y el Código Civil*, en *Estudios sobre la vida y obra de Andrés Bello* (supra 17), p. 99-118.

83) MANRIQUE PACANIS, Gustavo, *Discurso de orden por el doctor ... presidente de la Corte Federal y de la Comisión Nacional del Centenario del Código de Bello*, en *Sem. Bello* V, p. 49-58.

Se refiere a la formación del Código de Bello y a los juicios a que dió lugar

84) MARÍN BALMACEDA, Raúl, *Discurso en homenaje de don Andrés Bello pronunciado por ... en el Senado de Chile el día 14 de diciembre de 1955*, en *Sem. Bello* VI, p. 137-142.

Algunas observaciones sobre la ideología del código.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

85) MAZZINO VALERY, Ramón, *Discurso de orden pronunciado por ... en la Universidad de Zulia con motivo del centenario del Código Civil*, en *Sem. Bello* V, p. 171-189.

CONTIENE: El derecho y la codificación. - Regulación vigente en Chile antes de la codificación. - Antecedentes legislativos. - Estructura jurídica del Código Civil. - Visión jurídica del jurisconsulto.

86) MELO LECAROS, Luis, *Proyecto no completo de Código Civil para Chile escrito por el señor Mariano Egaña. Breve explicación*, en *BSDP* 2 (1933), p. 51-52.

87) MERELLO ARECCO, Italo, *Una hipótesis en torno a la aceptación del poder para testar en los proyectos de Código Civil chileno*, en *REHJ.* 2 (1977), p. 131-141.

88) MERINO E., Manuel, *Reseña de la formación y establecimiento del Código Civil chileno* (memoria) (Santiago de Chile, Imprenta y Encuadernación El Globo, 1910), 28 págs.

89) MERY BERISSO, Rafael, *El Código Civil de la República de Chile y los Tribunales de Justicia. Un capítulo desconocido de la historia de su redacción*, en *AUCh.* 103 (1956), p. 43-134 = *Sem. Bello* VI, p. 329-526.

Vid. supra II, 25-27.

90) MORA, José Joaquín de, *Código Civil chileno*, en *AUCh.* 22 (1863), p. 344-354 = FELIÚ, *La prensa chilena y la codificación* (supra 54), p. 74-80.

Vid. infra, 108.

91) MORENO E., Rafael, *Proyecto de Código Civil de don Mariano Egaña*, en *BSDP.* 9 (1937), p. 30-33.

92) MORLA VICUÑA, Carlos, *Prefacio* al volumen *Códigos chilenos* (Leipzig, F. A. Brockhaus, s.d.), p. v-xix.

Breve historia de la codificación chilena.

93) OPASO, Bernardino, *El señor don Andrés Bello, considerado especialmente como jurisconsulto, publicista, diplomático, codificador, etc.*, en *AUCh.* 28 (1866), p. 435-454 = *Sem. Bello* IV, p. 257-258 = *Estudios sobre Andrés Bello* (supra 76) vol. 1, p. 115-127.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

94) ORREGO VICUÑA, Eugenio, *El legislador. Génesis del Código Civil chileno*, en *don Andrés Bello*, en *AUCh.* 93 (1935), p. 102-111 = (Santiago, Imp. Leblanc 1940, 3ª ed.), p. 138-151 *Sem. Bello* IV, p. 359-375.

95) PALMA, Alejo, *Hipoteca especial en Chile, su historia*, en *AUCh.* 28 (1966), p. 849-864 = *Memorias y discursos universitarios sobre el Código Civil. Libro IV del Código* (Santiago, Imp. de Los Debates, 1889) [vol. II], p. 413-426.

96) PEIRANO FACIO, Jorge, *El Código Civil de Bello y su influencia en los principales códigos latinoamericanos*, en *AFCJS.* 4ª ép. 4 (1964-1965) 4, p. 64-76.

97) PAVIDAL, Carlos, *Estudio comparativo del Código Civil chileno y del Código Civil peruano*, en *AUCh.* 34 (1870), p. 15-42.

98) PRATS GONZÁLES, Belisario, *Don Manuel Montt y el Código Civil chileno*, en *AFCJS.* 3ª ép. 2 (1955) 4, p. 183-188 = *Sem. Bello* VI, p. 151-155.

99) RAVEAU SOULES, Rafael, *Las raíces románicas de nuestros Código Civil*, en *BSDP.* 15 (1946) 33-36, p. 374-416.

100) RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *El Código Civil y la evolución del derecho de familia*, en *RDJCS.* 53 (1956) 1-2, p. 11-25.

101) RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Actualidad de Bello en el derecho privado*, en *RDJCS.* 62 (1965) 8, p. 181-186.

102) RISOLÍA, Marco Aurelio, *Andrés Bello y el Código Civil chileno* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1974), 64 págs.

103) ROSENDE SUBIABRE, Hugo, *Discurso en homenaje a don Andrés Bello pronunciado ante la Cámara de Diputados de Chile por ... el día de diciembre de 1955*, en *Sem. Bello* VI, p. 143-150.

Sobre el contenido y los principios del código.

104) SALINAS ARANEDA, Carlos, *Notas sobre los orígenes de la cuarta de mejora en nuestra legislación civil*, en *REHJ.* 2 (1977), p. 143-157.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

105) SALINAS ARANEDA, Carlos, *Notas en torno a las actas de los Proyectos de Código Civil chileno*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* I (1977).

106) SALVAT MONGUILLOT, Manuel, *El jurista y la codificación*, párr. 41 de su *Vida de Bello*, en *Estudios sobre la vida y obra de Andrés Bello* (supra 17), p. 65-66.

107) SALVAT MONGUILLOT, Manuel, *El código civil*, párr. 45 de su *Vida de Bello*, en *Estudios sobre la vida y obra de Andrés Bello* (supra 17), p. 71-72.

108) SILVA CASTRO, Raúl, *Bello, el Código Civil y la palinodia de Mora*, en *El Mercurio* (Santiago de Chile) del 6 de noviembre de 1955 = *Sem. Bello* V, p. 311-313.

Vid. supra, 90.

109) SILVA, Washington, *Lo literario en el Código Civil*, en *AUCh.* 103 (1956), p. 143-149 = *Sem. Bello* VI, p. 543-554.

110) SOTOMAYOR VALDÉS, Ramón, *Tentativas para un plan general de codificación*, en *Historia de Chile bajo el gobierno del jeneral D. Joaquín Prieto*[2] (Santiago de Chile 1900) 2, cap. XXV, p. 285-290.

111) SOTOMAYOR VALDES, Ramón, en *Historia de Chile bajo el gobierno del jeneral D. Joaquín Prieto* (Santiago de Chile, Imp., Enc. i Litog. Esmeralda, 1903) vol. 4, cap. VIII, p. 202-204.

Breves referencias a la historia externa de la codificación civil.

112) STUARDO ORTIZ, Carlos (y VILLALOBOS R., Sergio), *Génesis histórica del Código Civil de Chile (1811-1855). Los codificadores* (Santiago de Chile, Comisión Nacional Organizadora del Centanario del Código Civil, 1956), 89 pàgs.

113) TAPIA ARQUEROS, Hugo, *Don Andrés Bello y el Código Civil de Chile*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* año CXIV (1966) Tomo LII (220 de la colección), p. 259-268.

114) URIBE HERRERA, Armando, *Don Andrés Bello y el Código Civil*, en *AFCJS.* 3ª ép. 2 (1955) 4, p. 189-191 = *Sem. Bello* VI, p. 157-159.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

115) VALLADAO, Haroldo, *Don Andrés Bello, jurista de América* (discurso), en *Sem. Bello* IV, p. 377-389.

116) VARELA VARELA, Raúl, *Discurso en el acto de homenaje al Código Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Consejo General del Colegio de Abogados*, en *AFCJS.* 3ª ép. 2 (1955) 4, p. 204-409.

Análisis de algunos principios acogidos en el código.

117) VELASCO LETELIER, Eugenio, *El Código de Bello y sus modificaciones*, en *AFCJS.* 4ª ép. 4 (1964-1965) 4, p. 28-46.

118) VICUÑA, Carlos, *La lengua del Código Civil*, en *AFCJS.* 3ª ép. 2 (1955) 4, p. 48-100 = *Sem. Bello* VI, p. 271-321.

119) VILLALOBOS R., Sergio (y STUARDO ORTIZ, Carlos), *Génesis histórica del Código Civil de Chile (1811-1855). Los codificadores* (Santiago de Chile, Comisión Nacional Organizadora del Centenario del Código Civil, 1956), 89 págs.

Vid. supra, 112.

120) VIVANCO PATRI, Sergio, *Génesis del Código Civil*, en *AFCJS.* 3ª ép. 2 (1955) 4, p. 22-47 = *Sem. Bello* VI, p. 243-270.

121) ZENTENO BARROS, Julio, *Sobre la codificación de las leyes chilenas*, en *AUCh.* 139 (1916), p. 105-129.

VI. INSTRUMENTOS PARA EL ESTUDIO DEL « CÓDIGO CIVIL ».

1) AMUNÁTEGUI REYES, Miguel Luis, *Imperfecciones i erratas manifiestas de la edición auténtica del Código Civil chileno*, en *AUCh.* 81 (1892), p. 37-52; 87-100; 197-215; 399-413; 499-512; 777-791; 82 (1892-1893), p. 155-168; 403-413; 635-641; 785-789; 1057-1064; 1211-1215.84 (1893), p. 113-124; 321-330; 557-570; 752-738; 859-871; 1119-1138; 1893-1894.85 (1893-1894), p. 59-73; 213-229; 393-400; 579-598; 779-797. Una edición unitaria: *Imperfecciones i erratas manifiestas de la edición auténtica del Código Civil chileno* (Santiago de Chile, Imp. Cervantes, 1894), vol. 1 [único], 287 págs.

2) COOD, Enrique, *Cuadro comparativo de las diferencias entre el Código Civil aprobado por el Congreso de 1855 i la edición publicada como texto auténtico por el ejecutivo en virtud de la lei de 14*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de diciembre del mismo año, en su obra *Antecedentes lejislativos y trabajos preparatorios del Código Civil de Chile* (Santiago de Chile, Imp. Victoria, 1883), vol. I [único], p. 233-249. Reimp. en la segunda edición completada por Guillermo Feliú y Carlos Stuardo (Comisión Nacional Organizadora del Centenario del Código Civil, Santiago, 1958), p. 113-124.

3) ECHEVERRÍA REYES, Aníbal, *Indice alfabético de los códigos chilenos* (Santiago de Chile, Imp. Cervantes, 1895), p. 1-25 (índice del *Código Civil*).

4) ELIZALDE, Miguel, *Concordancia de los artículos del Código Civil chileno entre sí y con los artículos del código francés* (Santiago, Imp. de La Libertad, 1871), vi+584+setenta y dos págs.

5) FUEYO LANERI, Fernando, *Repertorio de voces y giros del Código Civil chileno* (Santiago, Edit. Revista de Derecho Privado, 1952), 3 vols.

Un completo vocabulario, que supera anteriores intentos.

6) GORMAZ, Manuel, *Indice del Código Civil puesto en orden alfabético por* ... (Santiago de Chile, Imp. Nacional, 1857), 155+tres págs. = VERA, Robustiano, *Código Civil de la República de Chile comentado y explicado por* ... (Santiago de Chile, Imp. Gutenberg, 1892) vol. 1, p. lv-cxciii.

7) LÓPEZ, Vitalicio, *Razón i fuente de la lei o concordancia del Código Civil con el proyecto de que se formó* (Santiago de Chile, Imp. del Ferrocarril, 1858), viii+302 págs.

8) LÓPEZ, Vitalicio, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* (Valparaíso, Imp. de El Mercurio, 1874), 695 págs.

9) MANDUJANO LÓPEZ, Jorge, *Estudio comparativo entre el Código Civil aprobado por el Congreso Nacional en 1855 y el Código promulgado en diciembre de ese año*, en *AFCJS*. 13 (1948-1949) 52-59, p. 105-134.

VII. LA EVOLUCIÓN DEL «CÓDIGO CIVIL».

1) ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *Reformas introducidas al Código Civil por la ley 7612*, en *RDJCS*. 40 (1943) 7-8, p. 105-122.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

2) ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *El Código Civil chileno y sus reformas*, en *RDJCS.* 45 (1948) 3-4, p. 37-67 = *Sem. Bello* IV, p. 311-351.

3) ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *Principales reformas introducidas al Código Civil por la ley 10.271 de 2 abril de 1952*, en *AFCJS.* 3ª ép. 1 (1952-1954) 1-3, p. 90-112 = *Sem. Bello* VI, p. 555-576.

4) ASSAEL, Morris M., *La reforma del Código Civil. Historia y antecedentes de la ley nº 10.271* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1952), 275 págs.

5) BIANCHI VALENZUELA, Humberto, *Algunas de las nuevas disposiciones del Código Civil en materia de filiación*, en *AFCJS.* 3ª ép. 2 (1955) 4, p. 107-126 = *Sem. Bello* VI, p. 185-202.

6) DAVILA SILVA, Ricardo, *Contribución a la reforma del Código Civil* (Santiago de Chile, Imp. de la Gaceta, 1897), 35 págs.

7) JIMÉNEZ, Nicolás, *Nuestra legislación civil y su reforma futura* (Concepción 1908).

8) LIRA ARGOMEDO, José Bernardo, *Breves consideraciones sobre la necesidad de la revisión del Código Civil*, en *AUCh.* 31 (1868), p. 437-473 = *El Código Civil ante la Universidad* (supra V, 37) vol. 1, p. 637-674 = *Memorias y discursos universitarios sobre el Código Civil chileno* (supra V, 37) [vol. 1], p. 23-50.

9) LIRA URQUIETA, Pedro, *El Código Civil y el nuevo derecho* (Santiago de Chile, Nascimento, 1944), 335 págs.

10) RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *El Código Civil y la evolución del derecho de familia*, en *RDJCS.* 53 (1956) 1-2, p. 11-25.

11) SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Evolución del Código Civil chileno* (Santiago de Chile, Nascimento, 1955), 564 págs.

12) VELASCO LETELIER, Eugenio, *El Código de Bello y sus modificaciones*, en *AFCJS.* 4ª ép. 4 (1964-1965) 4, p. 28-46.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Indice

pag.

PAOLO GROSSI, *Pagina introduttiva* 1

HANS GEORG GADAMER, *Emilio Betti und das idealistische Erbe* 5

FRANCO BIANCO, *Oggettività dell'interpretazione e dimensioni del comprendere - Un'analisi critica dell'ermeneutica di Emilio Betti* 13

ANTONIO DE GENNARO, *Emilio Betti: Dallo storicismo idealistico all'ermeneutica* 79

MARIO BRETONE, *Il paradosso di una polemica* 113

LUIGI MENGONI, *La polemica di Betti con Gadamer* 125

RUDOLF MALTER, *Die Rezeption der Hermeneutik Emilio Bettis in der deutschsprachigen Philosophie* 143

GIULIANO CRIFÒ, *Emilio Betti. Note per una ricerca* 165

ALDO SCHIAVONE, *« Il Nome » e « la Cosa ». Appunti sulla romanistica di Emilio Betti* 293

PIETRO COSTA, *Emilio Betti: dogmatica, politica, storiografia* 311

NATALINO IRTI, *Itinerari del negozio giuridico* 395

JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, *La renovación dogmatica del concepto de « causa » del negocio en Emilio Betti y su recepción en la doctrina española* . . . 421

LETTURE

R. AJELLO, *Arcana Juris. Diritto e politica nel Settecento italiano* (M. Sbriccoli) 455

F. CARPINTERO BENITEZ, *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno: Fernando Vazquez de Menchaca* (F. Todescan) 462

A. CAVANNA, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde* (M. Sbriccoli) 466

Geschichte der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz - Teil I: G. WESENER, *Römisches Recht und Naturrecht* (T. Mayer-Maly) 473

Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte (U. Santarelli) 474

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pag.

T. HONSELL, *Die Quotenteilung im Schadensersatzrecht. Historische und dogmatische Grundlagen der Lehre vom Mitverschulden* (K. Luig) 479

M. HORWITZ, *The Transformation of American Law, 1780-1860* (A. Aquarone) 484

D. KLIPPEL, *Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts* (M. Stolleis) 491

Rechtsgeschichte und quantitative Geschichte (A. Padoa Schioppa) . . . 495

G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna.* I. *Assolutismo e codificazione del diritto* (U. Petronio) 500

Vorstudien zur Rechtshistorie (P. Costa) 508

W. WIEGAND, *Studien zur Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit* (G. Otte) 517

Segnalazioni 521

A proposito di ...

GIULIO CONTICELLI, *Alle radici del modello moderno di Stato e società civile nella cultura teologico-giuridica postumanistica* (A proposito di F. B. COSTELLO, *The Political Philosophy of Louis de Molina*) 531

MAURIZIO FIORAVANTI, *Un frammento di storia della cultura giuridica dell'Ottocento tedesco* (A proposito del *Carteggio Jhering-Gerber 1849-1872*, a cura di Mario G. LOSANO) 545

GIUSEPPE FRANCHI, *La Cassazione secondo Calamandrei. Una rilettura* 565

PAOLO GROSSI, *Omaggio a Edoardo Ruffini* (Discorrendo di una singolare esperienza di studio e di due libri singolari) 575

HANS SCHLOSSER, *Rationalität, Systemperfektion und soziale Reform durch Kodification?* (Zu: *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*) 583

STRUMENTI

ALEJANDRO GUZMÁN, *Ensayo de una bibliografía para la historia de la codificación civil chilena* 601

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

I collaboratori del settimo « Quaderno »

Hans Georg GADAMER
Emerit. Professor der Philosophie - Universität Heidelberg

Franco BIANCO
Prof. Straordinario di Storia della filosofia moderna e contemporanea - Università di Roma

Antonio DE GENNARO
Prof. Incaricato stabilizzato di Filosofia della politica - Università di Bologna

Mario BRETONE
Prof. Ordinario di Storia del diritto romano - Università di Bari

Luigi MENGONI
Prof. Ordinario di Diritto civile - Università Cattolica di Milano

Rudolf MALTER
Ord. Professor der Philosophie - Universität Mainz

Giuliano CRIFÒ
Prof. Incaricato stabilizzato di Diritto romano - Università di Perugia

Aldo SCHIAVONE
Prof. Incaricato stabilizzato di Istituzioni di diritto romano - Università di Bari

Pietro COSTA
Prof. Straordinario di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

Natalino IRTI
Prof. Ordinario di Istituzioni di diritto privato - Università di Roma

Jose Luis DE LOS MOZOS
Catedràtico de Derecho civil - Universidad de Valladolid

Mario SBRICCOLI
Prof. Straordinario di Storia del diritto italiano - Università di Macerata

Franco TODESCAN
Prof. Incaricato stabilizzato di Filosofia del diritto - Università di Teramo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Theo MAYER-MALY

Ord. Professor für Österreichisches und Deutsches Privatrecht, für Handels- und Wechselrecht, für Römisches Recht - Universität Salzburg

Umberto SANTARELLI

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Modena

Klaus LUIG

Privatdozent an der Universität Frankfurt/Main - Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte - Frankfurt/Main

Alberto AQUARONE

Prof. Ordinario di Storia del risorgimento - Università di Roma

Michael STOLLEIS

Ord. Professor für Öffentliches Recht, Rechtsgeschichte und Kirchenrecht - Universität Frankfurt/Main

Antonio PADOA SCHIOPPA

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Pavia

Ugo PETRONIO

Prof. Straordinario di Storia del diritto italiano - Università di Pisa

Gerhard OTTE

Ord. Professor für Deutsche Rechtsgeschichte und Bürgerliches Recht - Universität Bielefeld

Giulio CONTICELLI

Ricercatore presso l'Istituto di Teoria e Storia del diritto - Università di Firenze

Maurizio FIORAVANTI

Ass. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

Giuseppe FRANCHI

Prof. Ordinario di Istituzioni di diritto privato - Università di Venezia

Paolo GROSSI

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

Hans SCHLOSSER

Ord. Professor für Deutsche Rechtsgeschichte, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit und Bürgerliches Recht - Universität Augsburg

Alejandro GUZMÀN

Profesor titular de Derecho romano - Universidad Catòlica de Valparaíso

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano