

# **QUADERNI FIORENTINI**

**per la storia del pensiero giuridico moderno**

**8**

(1979)



**giuffrè editore milano**

PAOLO GROSSI

## PAGINA INTRODUTTIVA

Nelle intenzioni del Redattore questo volume avrebbe dovuto, come i precedenti, mantenere un carattere rigorosamente monografico, ospitando gli 'Atti' di un 'seminario' internazionale di studio su Federico Carlo di Savigny già da tempo messo in cantiere, per il 1979, da parte del 'Centro fiorentino per la storia del pensiero giuridico moderno'. Ragioni organizzative hanno costretto il Centro a rinviare la data del 'seminario' — oggi definitivamente fissato per il 27 e il 28 ottobre 1980 —, spostando così all'anno successivo il 'Quaderno' savignyano.

È per questo che il presente volume ha vario contenuto; circostanza, tutto sommato, provvida, se si guarda alla ricchezza e qualità dei contributi che si pubblicano. Ci permettiamo di segnalarne due soli al lettore, e per specialissimi motivi: quello di Massimo Brutti e quello di Klaus Luig.

L'uno costituisce il primo tentativo di recupero storiografico dell'incisiva opera di Riccardo Orestano, condotto con affettuosa ma sempre vigile attenzione da chi gli è stato legato per vincoli profondi di scuola e gli è ora successore nella cattedra romana. Grosso è, a nostro avviso, il debito che la storiografia giuridica, sotto più di un profilo, ha contratto verso Orestano, ed è con ferma convinzione che abbiamo voluto questo saggio ed è con gioia sincera che lo ospitiamo nel 'Quaderno' 1979 quale tributo minimo al Maestro nell'occasione del suo settantesimo anno.

L'altro apporto è un'importante bibliografia savignyana, che il valente collega della Università di Passau ha redatto con intelligenza, acribia, generosità ammirevoli e della quale non sol-

tanto la Redazione ma tutti i lettori gli sono e gli saranno grati. In quest'anno idealmente dedicato a Savigny, costituisce una presenza significativa nell'economia del volume e un segno della nostra attenzione per la non dimenticabile riflessione del giuriconsulto di Francoforte.

*Modelli e dimensioni*





BARTOLOMÉ CLAVERO

## HISTORIA, CIENCIA, POLITICA DEL DERECHO

Transporter dans les siècles reculés toutes les idées du siècle où l'on vit, c'est des sources de l'erreur celle qui est la plus féconde. A ces gens qui veulent rendre modernes tous les siècles anciens, je dirai ce que les prêtres d'Égypte dirent à Solon: « O Athéniens! Vous n'êtes que des enfants ».

(MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 30, 14).

### I. *Servidumbre pretérita: historia de la historia del derecho.*

La historia del derecho, como todo, tiene historia; constatación banal, desde luego, pero no por ello tal vez menos acreedora de alguna consideración: en dicha fórmula pudiera encerrarse más sustancia de la que dejara sospechar su aparente banalidad. Pues no habrá de entenderse, con ella, que los elementos que hoy entran en la composición de una historia del derecho tengan su aparición, más o menos esporádica, más o menos constante, en diversos periodos o geografías históricos: la historia de dichos elementos no nos daría, por simple adición, una historia de la historia del derecho. Habrá de tratarse, en cambio, de que esta « ciencia » tenga, como tal, un principio de identificación histórica y unas circunstancias no menos determinadas históricamente de desenvolvimiento o de progresión: sólo la historia de la historia del derecho, como objeto integral — salve el matiz la perogrullada —, puede ser considerada tal historia; y sólo esta historia puede rendir cuenta de las determinaciones propias de dicha ciencia en sus diversas o, en su caso, encontradas configuraciones.

No pocas veces, para considerarse la formación de una historia del derecho, se ha perseguido la pista de algunos de sus elementos

actuales más sustantivos desde los mismos tiempos antiguos, desde, por ejemplo, un capítulo romano *de origine iuris*; pero cabría demandarse, ante estas operaciones genealógicas, si tales fueron realmente elementos de una historia del derecho, o si no es el caso de que surgieron y se desarrollaron como capítulos más bien de formación del propio derecho; de otorgarles hoy tal reconocimiento en la genealogía de la historia, no habría luego seguramente razón para detenerse a medio camino; de hecho, toda obra jurídica de un orden hoy periclitado podría ser igualmente un jalón de la historia del derecho: y cuántos autores en la historia, cuántos juristas, habrían escrito historia del derecho sin saberlo.

Siempre, de hecho, se podrán encontrar en la historia elementos — hoy — de una historia del derecho, pero elementos que no pertenecían — entonces — a tal especie, ni a especie alguna, de historia, sino que lo eran del propio orden jurídico, del derecho vigente sin más; no constituían propiamente capítulos de una historia, y hoy, por ello, se les comprenderá y analizará mejor en relación con la problemática jurídica sustantiva, y no con una problemática de tipo historiográfico, de su época; aparte ello, desde luego, del testimonio que puedan hoy efectivamente rendirnos en la construcción de una historia del derecho, pero, como decíamos, igual género de testimonio podrán deparar las obras jurídicas sin que por ello nos veamos obligados a convertirlas en obras, ya de por sí, histórico-jurídicas.

Y aquí, para mejor valorar lo que intentamos decir, convendría ya recordar una particularidad de los sistemas históricos, o, más directamente, la peculiaridad, frente a ellos, del sistema jurídico actual; recordar que, en la historia, el primer sistema cuyo establecimiento supone un momento constituyente que viene a fundarlo en el tiempo es el hoy vigente: al implantarse, con las primeras revoluciones iusliberales y constituciones y códigos consiguientes, pudo introducir una solución de continuidad convirtiendo en historia el pasado. El caso de los sistemas anteriores es precisamente el contrario: constituyen órdenes sociales basados más en autoridades de muy larga duración como la « costumbre » o la « jurisprudencia » que en la « ley », « constitución » o « código » de un poder político singularizado, razón por la que hubieron regularmente de precisar de un recurso sustantivo a la « historia » como elemento intrín-

seco de su propia vigencia, de la propia composición de su sistema normativo, de su propia « creación del derecho ». No es, por ello, extraño que pudieran fácilmente encontrarse, fuera de la historia del derecho, en un orden externo a su genealogía como tal, elementos que hoy la componen. Antes la historia era derecho como ahora — valga de nuevo la perogrullada — puede ser historia (1).

¿Quiere esto decir que la historia del derecho sólo surge o se identificada efectivamente a partir de la implantación del sistema jurídico contemporáneo? Sí y no; o no exactamente. Lo dicho es desde luego indicativo de que ha de existir algún tipo de relación sustantiva entre el mismo hecho histórico de la aparición del sistema jurídico contemporáneo y el fenómeno — digamos — científico de la sustanciación de la historia del derecho, pero esto no ha dejado de producirse bajo determinadas circunstancias culturales que han dificultado notablemente incluso la misma percepción y reconocimiento de tal especie de relación. Recordemos, a

---

(1) Este motivo de la « deshistorización » sustantiva del derecho contemporáneo también lo sitúa en el arranque de su reflexión Uwe WESEL, *Zur Methode der Rechtsgeschichte*, en *Kritische Justiz*, 1974, 4, ps. 337-368, mas concibiéndole en unos términos genéricos y dotándole de un sentido sustancialmente « ideológico » y de una significación, con todo, bien distinta. Y he de agradecer, desde este inicio, a Antonio MERCHANT, buen conocedor de debate histórico-jurídico en Alemania, sus acertadas indicaciones sobre el interés de éste y otros textos, asistiéndome además generosamente en mis deficiencias con el alemán; a él se debe ya — prepara otras publicaciones en este terreno —, y aparte el informe que luego se citará (nota 13), la traducción de Helmut COING, *Las tareas del historiador del derecho*, Sevilla 1977. También quiero aquí agradecer a FRANCISCO TOMAS Y VALIENTE, Mariano PESET y Johannes-Michael SCHOLZ sus observaciones a primeras versiones de estas páginas, que me ayudaron notablemente a aquilatarlas. Paolo GROSSI, posteriormente, me animó a anotarlas cuando, desbordado, había ya renunciado a ello. Y alguna advertencia debo hacer respecto a los criterios que finalmente he adoptado en esta anotación: me limito a notificar aportaciones españolas a la problemática del texto más sustantivas o más recientes, a consignar referencias a intervenciones foráneas particularmente presentes, por activa o por pasiva, en su orientación, y a remitirme a escritos propios donde, con posteriores referencias y debates que habrán de excusar la inmodestia de este último género de citas, mejor puedo apoyar determinadas consideraciones por operar o generarse en ellos las preocupaciones metodológicas del caso. Preocupaciones éstas y criterios aquéllos que no quiero descargar en otros con tales obligados agradecimientos: las posiciones aquí expuestas son, desde luego, de mi exclusiva responsabilidad.

tal efecto, sumariamente dichas circunstancias, tanto respecto al primer punto de la aparición del sistema jurídico contemporáneo, como respecto a aquel segundo que más propiamente ha de interesarnos de la identificación de una historia del derecho; recordar algo del primero con la exclusiva finalidad de poder pasar a la consideración del segundo.

Realmente, según es sabido, el sistema jurídico contemporáneo se hallaba ya bastante definido por obra de la doctrina en el momento de su implantación histórica efectiva con las revoluciones iusliberales; tras éstas, en el pasado de la historia, existía toda una larga empresa de elaboración de una doctrina jurídica en tal dirección. Y hemos de convenir, si no queremos extraviarnos en la correa sin fin y sin avance de los «precedentes», en que tal empresa tiene su arranque unos tres siglos antes de dichas revoluciones con el Humanismo renacentista: sólo entonces, y no en debates de la escolástica anterior, parece que justamente se detecta una contradicción teóricamente fundada del sistema de formación medieval, todavía entonces vigente, y que justamente se percibe, como base de dicha contradicción, una cierta acuñación y un cierto desarrollo de los motivos que, al cabo de dichos siglos y iusracionalismos mediante, informarán e integrarán el sistema jurídico contemporáneo <sup>(2)</sup>.

Pues bien, en esta misma corriente cultural donde se incubaba el sistema actual se perfila la historia del derecho, científica o críticamente fundada, como uno de los elementos fundamentales a su vez del propio debate jurídico en cuestión; una historia que ya no es, virtualmente, aquella «historia» subordinada en su propia entidad a los imperativos del establecimiento del sistema constituido, aquella «historia» que este orden postulaba al servicio no sólo de su propia legitimación sino también de la misma invención o determinación de las respectivas normas. Frente a esta historia verdaderamente ancilar de los derechos u órdenes tradicio-

---

<sup>(2)</sup> Para información de estos motivos puedo remitir a las consideraciones y referencias de B. CLAVERO, *La disputa del método en las postrimerías de una sociedad, 1789-1808*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* (A H D E en adelante), 48, 1978, ps. 307-334, y *La idea de código en la Ilustración jurídica*, a publicarse en *Historia. Instituciones. Documentos* (H I D en adelante), 6, 1979.

nales puede configurarse, con el Humanismo renacentista, la crítica histórica o la investigación historiográfica propiamente dichas (3).

El derecho de procedencia medieval representaba, como un elemento intrínseco de su propia posición o, más en concreto, de la posición respectiva de los diversos y heterogéneos poderes políticos en él existentes, su historia particular: frente a él, y frente a ésta, con las armas de una crítica positivamente fundada, puede situarse como tal — haciendo abstracción de individualidades — el Humanismo. Dicha historia corría, a su manera apologética y en buena parte legendaria, desde la Biblia, para su vertiente canónica más fundamental, y desde la Recopilación de Justiniano, para su vertiente — digamos — civil; y el Humanismo recancentista, frente a ella, frente a tal especie de historia jurídica que sienta las autoridades básicas del sistema constituido, aborda y en buena parte realiza la labor de hacer positivamente — crítica, documentalmente — la misma — diversa, desde luego — historia.

A partir de entonces, según bien se sabe, la historia del derecho, críticamente fundada, viene a ser un hecho: se plantea y se desarrolla, sobre buena base filológica, la « historia del derecho canó-

---

(3) Aunque Francisco de Espinosa, el autor de la primera mitad del siglo XVI que viene pasando por « primer historiador del derecho español », se sitúa en una perspectiva más elemental de muy relativa motivación humanista: se trata de un jurista que se preocupa de la historia de algunas fuentes a efectos de precisar su vigencia, haciendo con ello todavía directamente, según decimos, derecho, no historia del derecho; sobre su obra, como « primera historia del derecho español », sin subrayarse así este particular, se cuenta con diversos estudios desde Rafael UREÑA, *Observaciones acerca del desenvolvimiento de los estudios de Historia del Derecho español*, Madrid 1906, ps. 19-25 (que sigue siendo, pese al tiempo, la mejor exposición de conjunto del tema) hasta José Antonio ESCUDERO, *Francisco de Espinosa: Observaciones sobre las leyes de España; precisiones acerca de la más antigua Historia del Derecho español*, en *Historia del Derecho: historiografía y problemas*, Madrid 1973, ps. 121-145 (reúne el autor en este libro diversos trabajos « metodológicos » aparecidos entre 1965 y 1971, éste en AHDE, 41, 1971, ps. 33-55; según podremos comprobar, su interés, en conjunto, resulta bastante más informativo que reflexivo). Con menos éxito, se ha planteado operación análoga respecto a un cronista de la misma época que Espinosa: F. BONET RAMON, *Lorenzo Padilla, historiador del derecho castellano. Estudio de historiografía jurídica española*, Madrid 1932.

nico», la « historia del derecho civil » o, en general, no dejando también de sumarse la historia de los derechos más particulares, la historia del derecho en Europa. Es en conjunto una historia, frente a la más religiosa anterior, que aborda ya su tarea con los instrumentos y con la mentalidad pertinentes a una positiva investigación científica de tal índole, pero es también en su conjunto — seguimos sin valorar individualidades — una historia, frente a la más autónoma posterior, que comprende aún comúnmente su objetivo en el marco práctico de un debate jurídico sustantivo: se hace historia — positivamente historia, de ahí su significación — cuestionándose un determinado orden social, socavándose sus cimientos « históricos », ya para concebirse una diversa configuración — por lo común menos católica — del mismo orden, ya — lo que sería más raro en el Humanismo, pero más usual, luego, con la Ilustración — para concebirse un orden radicalmente diverso: y ello no dejará de pesar en la misma historia a los efectos de generar en su propio seno, en el interior de sus propias investigaciones positivas, sus propias leyendas.

Pongamos un caso entre los más, sino el que más, significativos: el derecho romano. Frente a la identificación con tal derecho histórico — y con sus títulos imperiales y católicos — del texto de la Recopilación de Justiniano en el que aún podía basarse el orden civil del momento, en el Humanismo puede demostrarse, en primer lugar, que dicho texto no es propiamente el que se produjo en dicha recopilación, sino versión más o menos corrupta de tiempos posteriores; en segundo lugar, que esta recopilación a su vez no debe considerarse justa expresión o síntesis final del derecho romano histórico dada, entre otras circunstancias, su pertenencia al Imperio Bizantino, para cuyas necesidades prácticas — y aquí el orden católico-imperial — fué confeccionada, y a cuya historia, por tanto, debiera remitirse; en tercer lugar, que, teniéndose en cuenta tanto la parte de derecho romano que había de conservarse en tal recopilación como el testimonio de otras fuentes, no sólo jurídicas, de la república y del primer imperio romano, cabía la reconstrucción de textos jurídicos perdidos de este derecho romano propiamente dicho, la consideración de su diverso orden político y civil ... Bien, así la historia, pero junto a ella, como decíamos, el debate jurídico.

Y no se conciba la cuestión en los términos de que la historia así desarrollada puede finalmente rendir sus servicios a unas determinadas ideas jurídicas de su tiempo: su relación, de hecho, es más intrínseca. El hecho fué que tales ideas informaron y conformaron, desde su misma raíz y en su propio desenvolvimiento, dicha investigación histórica. Se trataba de mostrar históricamente las pertenencias medievales de los textos « romanos » del orden imperante: al tiempo se trataba de representar la corrupción sustantiva de dicho orden en su derivación más fiel de sus orígenes medievales, de manifestarse su irracionalidad; se trataba de la corrupción y de la irracionalidad del texto al tiempo que de la corrupción y de la irracionalidad del derecho: y una cosa mediante la otra. Se trataba de mostrar históricamente la dependencia bizantina — ya no católica — de los textos justinianos propiamente dichos: al tiempo se trataba de abundar en la inhabilitación de un orden católico-imperial, destacándose, a éstos y otros efectos, mediante sobre todo la eliminación de « interpolaciones », aquellos pasajes susceptibles de ser mejor comprendidos en la propia razón jurídica. Se trataba de reconstruir históricamente el derecho romano más genuino: al tiempo se trataba, en la línea recién apuntada, de concebir en él un « derecho clásico » que pudiera ser expresión de una razón jurídica « natural », de un modelo definitivo que oponer al orden de procedencia medieval, desplazado así en su propio fundamento cultural « romano », en sus propias autoridades tanto civiles como — pues no dejó de cumplir aquí análoga función la historia humanista — canónicas (4).

---

(4) A todos estos efectos, sigue siendo a mi entender de primordial interés, pese al sustancial desarrollo ulterior de la investigación sobre el Humanismo, el tratamiento del tema por parte de Riccardo ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Turín 1963, y *Diritto e Storia nel pensiero giuridico del secolo XVI*, en *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Florencia 1966, ps. 389-415, especialmente. Y no conozco investigaciones interesantes a nuestro efecto para el caso español, aunque, de diversa forma, no haya dejado de apuntarse aquí el tema: así, por ejemplo, José Manuel PEREZ PRENDES, *Sobre los orígenes de la Historia del Derecho*, en *Arbor, Revista general de investigación y cultura*, 282, 1969, ps. 155-169, o Jesús LALINDE, *Apuntes sobre las « ideologías » en el derecho histórico español*, en *AHDE*, 45, 1975, ps. 123-157; y para la consideración más particularizada de algunos supuestos que no dejan de guardar interés para la histo-



De suyo, según queremos resaltar, la respectiva posición jurídica en el debate de la época estaba determinando, no sólo la propia aparición de una historia críticamente fundada, sino incluso, hipotecándola de raíz, esta misma fundación crítica de tal historia: los criterios de «razón» que imperaban, por ejemplo, en la depuración del texto justiniano no eran los de una razón histórica del orden de la antigüedad, sino los de la razón humanista del debate moderno; asimismo, los principios generales que habían de privar en la reconstrucción sistemática de un «derecho romano clásico» pertenecían a ésta, y no a aquella, razón.

Como es notorio, estas coordenadas del Humanismo no harán sino persistir y desarrollarse, con toda su complejidad, en los siglos inmediatos, en la línea de continuidad cultural de sus motivaciones científicas y jurídicas durante los siglos XVII y XVIII, alcanzándose en la Ilustración, con el despliegue de este conjunto de factores, un buen desarrollo de esta historia del derecho de implantación humanista. La investigación histórica vendrá a gozar de la máxima presencia en el debate jurídico de la Ilustración, un debate que, sustantivamente y toda vez que, en sus líneas generales, seguía vigente en el continente europeo el mismo sistema normativo de raíz medieval, sigue presentando las determinaciones confrontadas desde el Humanismo; tal vez la diferencia de intensidad entre uno y otro momento provenga de la misma profundidad de la crisis de dicho sistema ya en el siglo XVIII: todos, ahora, recurren de continuo a la historia, ya para defender sus posiciones más particulares, ya para representar los intereses más generales del orden vigente, ya para impugnar en particular aquellas posiciones o, ahora también, en general este orden.

En defensa de tales posiciones se recurre a la investigación histórica; la jurisdicción real la promueve para la invención de títulos donde fundar o acrecer sus pretensiones regalistas; las jurisdicciones señoriales, sobre todo las eclesiásticas, no dejan a su vez de hacer otro tanto en defensa de sus propios intereses, o de su re-

---

ria jurídica: Andrés de MARAÑICUA, *Historiografía de Vizcaya*, Bilbao 1971, ps. 70-165, y Julio CARO BAROJA, *Los vascos y la historia a través de Garibay*, San Sebastián 1972, ps. 159-253.

presentación conforme a ellos del sistema constituido frente a sus composiciones más regalistas; entre unos y otros, documentos pretéritos vuelven a la luz, se analizan con detenimiento, se discuten con crítica y técnica — paleografía, diplomática ... — que así se perfecciona ... y la investigación histórica — su filología — continúa progresando con tales motivaciones jurídicas <sup>(5)</sup>.

Y si se da esta historia del derecho que así se recluye en un debate que podemos calificar de interno al sistema entonces vigente, tampoco faltará, en línea igualmente de continuidad con las aportaciones humanistas, otra historia, aunque a veces confundida con la anterior, que adopta en sus principios una perspectiva que podemos calificar de exterior a dicho sistema: la decidida perspectiva de aquella « razón » humanista, de su « derecho natural », ya plenamente identificada y asumida. Ahora alcanza amplio desarrollo una historia del derecho, y una historia de instituciones determinadas, que, asumiendo los principios del « derecho natural » racionalista como consustanciales al hombre y a su sociedad, por ello vigentes en plenitud en los tiempos más clásicos de su historia, representa los principios e instituciones contrarias del orden de procedencia medieval como una especie de accidente histórico, siempre en situación de precariedad o en trance de superación, nunca constitutivos de una forma particular de organización del conjunto social. Y en todo ello, lógicamente, se consolidan representaciones humanistas como la ya señalada del « derecho romano clásico ».

La novedad en este punto de la cultura jurídica ilustrada, de este desarrollo del Humanismo moderno, no habrá propiamente de

---

<sup>(5)</sup> Entre nosotros resulta sumamente ilustrativa de toda esta coyuntura la investigación de Antonio MESTRE, *Historia, fueros y actitudes políticas. Mayans y la historiografía del siglo XVIII*, Valencia 1970. Para otras referencias de interés, igualmente en nuestro caso, R. UREÑA, *Observaciones*, cit., ps. 62-94; Manuel TORRES LOPEZ, *Lecciones de Historia del Derecho español*, Salamanca 1935, I, ps. 113-141; J. M. PEREZ PRENDES, *En torno a la más antigua historiografía jurídica española*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 35, 1959, ps. 135-146; Antonio GARCIA Y GARCIA, *Plan de una « Biblioteca canónica hispana » del siglo XVIII*, en *AHDE*, 43, 1973, ps. 445-465; M. PESET y M<sup>a</sup> Fernanda MANCERO, *Nicolás Antonio y la historiografía jurídica ilustrada*, en *Homnaje a Juan Reglá*, Valencia 1975, II, ps. 9-20.

radicarse en un uso jurídico de elementos históricos que, según decíamos, también se daba con anterioridad, sino en la forma como dichos elementos se van identificando en una historia del derecho de metodología — por la investigación positiva que ya requiere — diversa a la del propio derecho, pese a seguir rindiéndole servicio; una historia del derecho que apunta, pese a sus aun persistentes determinaciones jurídicas, hacia una virtual autonomía científica. Por el mismo grado de agudización del debate jurídico en esta última fase de vigencia de un sistema de raíz histórica y por la consolidación ya definitiva de una perspectiva historiográfica exterior a tal sistema, el tracto de autoridad doctrinal ya no puede suplantar a la historia; el principio de autoridad jurídica ya no puede confundirse con el de autoridad científica; la historia debe ser ya crítica, escrupulosamente documentada; sus fuentes, resistir la prueba filológica de la aplicación de todos los conocimientos — paleográficos, diplomáticos, o de cualquier carácter, referentes a ellas mismas o a su entorno — que puedan afectarle; todo ello preciso, no sólo para desarrollarse la propia historia, sino incluso, como decimos, para que el argumento histórico pueda ya tener valor en el debate jurídico.

El factor de referencia de una y otra historia del derecho desaparece con las revoluciones iusliberales: el Estado que en ellas se funda, por ejemplo, tendrá un título constituyente sin la dimensión histórica que imponía a las jurisdicciones anteriores aquel recurso sustantivo a la historia; o, más en general, el sistema jurídico ahora establecido presentará por regla general un carácter positivo y codificado, y un título legislativo, que puede perfectamente prescindir de la historia anterior como elemento intrínseco de su propio orden. Pero no se piense ante ello que, liberada así la historia del derecho de sus más sustantivas servidumbres jurídicas, ésta viene a autonomizarse ahora plenamente y a constituirse sin más en su identidad actual; por varias razones, no será esto exactamente lo que venga de inmediato a ocurrir.

Por una parte, y salvo casos de revoluciones más radicales o aceleradas como la francesa, ocurre que desde las revoluciones iusliberales que dan paso al sistema contemporáneo hasta el cumplimiento de una suficiente positivización de este sistema en el conjunto de los códigos, suelen transcurrir unas cuantas décadas;

y en ellas la historia del derecho ilustrada de razón humanista puede desplegar aun, y de forma bien acentuada en algunos casos, sus funciones jurídicas, ahora ya, no en un sentido — digamos — destructivo, sino en una dirección constructiva del nuevo orden: en la historia del derecho puede exponerse y desarrollarse — en sede tanto de « derecho romano » como de los diversos derechos nacionales, transfigurados éstos en su caso en un « derecho germánico » — el propio derecho que ahora se establece (6); y no nos interesa aquí tanto la constatable circunstancia de que estas posiciones historicistas coadyuvasen a dicho aplazamiento de la codificación con unas connotaciones políticas moderadoras de la dogmática liberal, como el hecho más general de que, en tales condiciones, la historia del derecho en función jurídica pudiera aun operar largamente tras las mismas revoluciones que acabaron con un sistema de dimensión histórica. La ubicación de esta historia del derecho en los planes de estudios universitarios — en las facultades de derecho y con tales objetivos jurídicos — podrá resultar bien expresiva de dicha circunstancia, aunque más podrían aun serlo sus manuales de la época (7). Incluso, como no ha dejado de consta-

---

(6) Lógicamente, ello se plantea con particular perseverancia en el caso de los derechos contemporáneos no codificados; véase, entre nosotros, J. A. ESCUDERO, *La Historiografía general del Derecho inglés*, en *Historia del Derecho*, cit., ps. 147-304 (= AHDE, 35, 1965, ps. 217-356); y para la formación de tales derechos en el mismo caso, de sustancial interés para este motivo de las relaciones entre historia y derecho, Christopher HILL, *Le origini intellettuali della Rivoluzione inglese*, Bologna 1976, ps. 195-371. Mas en general, de nuevo entre nosotros, informaba también de la reconsideración en tal sentido del tema de la « Escuela Histórica », aun con cierta imprecisión, el mismo ESCUDERO, *La problemática de la Escuela Histórica del Derecho*, en *Historia del Derecho*, cit., ps. 89-117 (= *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 1967, ps. 107-129); y para el caso español, ha planteado una más justa revisión del tema Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, *Joaquín Costa y el Derecho aragonés (Libertad civil, costumbre y codificación)*, Zaragoza 1978; posibilidad no considerada en su por otra parte muy documentado trabajo, de obligada consulta a todos otros efectos, por Juan José GIL CREMADES, *El reformismo español. Krausismo, escuela histórica, neotomismo*, Barcelona 1969.

(7) Véase aquí, para este tema que aun precisa y merece ulterior estudio, R. UREÑA, *Observaciones*, cit., ps. 99-144; Antonio ALVAREZ DE MORALES, *Génesis de la Universidad española contemporánea*, Madrid 1972, ps. 373-402, y José María de Antequera, *jurista e historiador del derecho*, en AHDE, 43, 1973, ps. 481-498; M. y J. Luis PESET, *La Universidad española, siglos XVIII y XIX. Despotismo*

tarse, la investigación historiográfica institucional del XIX que pudiera parecer menos comprometida con tales funciones, responde de hecho a sus coordenadas y determinaciones jurídicas, asumiendo y desarrollando por lo común en su labor histórica la «razón» — los conceptos fundamentales y el sistema — del derecho contemporáneo <sup>(8)</sup>.

Mas el pleno cumplimiento de la codificación del derecho en cada caso, de la positivización así del sistema jurídico, no producirá tampoco por sí solo la liberación o autonomía de la historia del derecho; la inercia de su propia historia, sobre todo la de esta fase que va de la revolución a la codificación, pesará contra dicha consecuencia. Los supuestos de tal autonomía, al menos, ciertamente quedan ya establecidos, y hacia ella no deja de apuntarse y avanzarse, a veces bajo el incentivo o el castigo de las críticas más bien elementales, por su notable incomprensión de las determinaciones de esta situación, que ahora los historiadores dirigen a la especialidad de la historia del derecho por su doctrinarismo. Durante las primeras décadas de nuestro siglo, los más consecuentes replanteamientos de nuestra materia ya se sitúan plenamente en un campo historiográfico autónomo del derecho: y aquí, con dicho estatuto «científico» de la historia del derecho reconocido, al situarse en su campo, por la «ciencia histórica» en general, parece culminar nuestra historia. Mas no será así.

Aparentemente, la cuestión se había solucionado: la historia del derecho, por fin, puede afirmarse netamente como historia y,

---

*ilustrado y revolución liberal*, Madrid 1974, ps. 679-706; Sylvia ROMEU, *Eduardo Pérez Pujol: vida y obra*, Valencia 1979. El verdadero desarrollo de la investigación histórico-jurídica fuera, en lo sustancial, del ámbito de las facultades de derecho, en la España del XIX, desde Martínez Marina a Hinojosa, no cuenta aquí tampoco con un buen estudio o exposición de conjunto; pobres referencias, pese a su volumen, en Manuel MORENO, *Historiografía romántica española. Introducción al estudio de la historia en el siglo XIX*, Sevilla 1979, particularmente ps. 445-455; para la consideración más autorizada de una figura central, Luis G. de VALDEAVELLANO, *Vida y obra de don Tomás Muñoz y Romero (1814-1867)*, ahora en *Seis semblanzas de historiadores españoles*, Sevilla 1978, ps. 9-71.

<sup>(8)</sup> Podemos recordar aquí el ya clásico estudio de Ernst-Wolfgang BOECKENFÖRDE, *La storiografia istituzionale tedesca nel secolo decimonono. Problematica e modelli dell'epoca*, Milán 1970.

en cuanto que historia, como ciencia. De hecho, la cuestión simplemente se desplazaba: la historia del derecho transfería su responsabilidad metodológica a una « historia general » de constitución nada evidente; a una historia cuyo problema de identificación científica, habiendo dependido de unas mismas servidumbres sociales, no había sido sustancialmente diverso al de esta especialidad jurídica; a una historia que además, al repudiar sin mayor análisis la problemática doctrinal de la historia del derecho, venía a impedirse a sí misma la consideración — y la liberación — de este lastre histórico, de este sustancial nudo metodológico. En el mejor de los casos, ahora, la historia, sin el peso de aquellas servidumbres sociales más inmediatas, podía ser un cajón de sastre donde toda otra ciencia cabía — por efecto comúnmente de la proyección al pasado de su constitución presente —, pero donde ninguna ciencia específica parecía perfilarse — la proyección de objetos actuales ya podía bloquear la misma posibilidad de ciencia histórica — más allá de su falaz entendimiento como tal de sus medios eruditos y críticos, de la falaz conversión en « ciencia histórica » de su propia filología. En el peor de los casos, ahora, la historia, por su lograda autonomía, podía reducirse a profesión cuyo fin igualmente quedaba en sus medios: la labor del gremio, que venía a crear a su propio estilo de « magisterios » nuevos tratos de doctrina o « autoridades », sería entonces, no menos falazmente, la « ciencia histórica ». En uno y otro caso, y en todas las situaciones intermedias, siempre, aunque ya más sutil, o también más arbitrariamente por su mismo carácter superfluo, la historia podía seguir asumiendo funciones de disciplina social, sobre todo en cuanto que subrepticamente, no habiendo de suyo superado aquel nudo metodológico de una historia del derecho, pudiera seguir adoptando representaciones propias de su tiempo: y aquí seguía pesando, en toda la historia y no sólo en su especialidad jurídica, tanto un « derecho natural » racionalista o liberista — o su correspondiente economía — como sus diversas versiones « nacionalistas », pese a que la simple investigación historiográfica positiva pudiera ya venir perfectamente desmontando muchas de sus presunciones; esta « historia » tardaría en prevalecer — aun no prevalece — sobre aquella « naturaleza »: la composición de

fondo, pese a todas las circunstancias, puede seguir siendo significativamente la que vimos en la Ilustración <sup>(9)</sup>.

En todo caso, liberada formalmente de sus funciones jurídicas, la historia de derecho que se identificaba en el campo historiográfico no podía entender resuelto su problema metodológico sino desentendiéndose de él al transferirlo a una « historia general »

---

<sup>(9)</sup> Por consignar una intervención en tal línea, aun con otras connotaciones teóricas y políticas, que, como el estudio recién citado de BOECKENFOERDE, también se vincula a las aportaciones de Otto BRUNNER, véase Karl BOSL, *Modelli di Società Medievale*, Milán 1979. Sintomáticamente, algunos planteamientos en análoga dirección han conducido a una confluencia entre la historia institucional y una materia antropológica que, desde su constitución (o desde Sumner Maine, sobre todo, para una temática histórico-jurídica), apunta a la consideración de racionalidades diversas a la europea contemporánea; véase, por ejemplo, programada, más que aquí emprendida, en el congreso de 1974 dirigido por Georges DUBY y Jacques LE GOFF, *Famille et parenté dans l'Occident médiéval*, Roma 1977, y, aun aquí con más atención a una sicología menos histórica, en la antología preparada por Agopik MANOUKIAN, *Famiglia e matrimonio nel capitalismo europeo*, Bologna 1974; y véase emprendido tal camino metodológico en diversa forma, respecto al mismo tema familiar que ya estaba bien presente en la aportación referida de BOSL y entrándose ahora en época más cercana, en el simposio de *Past and Present* dirigido por Jack GOODY, Joan THIRSK y E.P. THOMPSON, *Family and Inheritance. Rural Society in Western Europe, 1200-1800*, Cambridge, 1976, la interesante panorámica de Jean-Louis FLANDRIN, *Familles: parenté, maison, sexualité dans l'Ancien Société*, Paris 1976, o la más esmerada de Lawrence STONE, *The Family, Sex and Marriage in England, 1500-1800*, Londres 1977 (con su reflexión básica: el « individualismo afectivo », como ya resaltara antes C. B. MACPHERSON para el « individualismo posesivo », es una condición europea contemporánea); también, para momento anterior no menos interesante a nuestros efectos por otras razones — por comprenderse históricamente desde su raíz la tradición romanista en la que viene ahistóricamente proyectándose la racionalidad contemporánea —, la obra en curso de GENNARO FRANCIOSI, *Clan gentilizio e strutture monogamiche. Contributo alla storia della famiglia romana*, Nápoles 1978. Y respecto a la aludida significación de Sumner Maine, considerada respecto al tema tradicionalmente más transitado de la propiedad, Paolo GROSSI, ' *Un altro modo di possedere* '. *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria*, Milán 1977, ps. 43-78. Para esta misma temática en época moderna anterior, puedo remitir, por considerar en otra forma la misma posibilidad de racionalidades ajenas a la actual, a B. CLAVERO, *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla, 1369-1836*, Madrid 1974; para la cuestión contractual, asimismo, al debate que planteo en el trabajo citado en nota 34; y para la materia política, a las consideraciones y referencias del que cito a su vez en nota 29.

que presuntamente lo tomaba a su cargo: y en dicha irresponsabilidad podía seguir manifestándose la propia inconcecuencia de su afirmación historiográfica. En otro caso, esto es, caso de no aceptarse dicha transferencia por parte de los historiadores del derecho más capacitados para la investigación propiamente histórica, simplemente se pasaba a compartir la responsabilidad de la historia, su cuestionabilidad científica, concurriéndose a un debate que entonces tendía a rescatarla de su definición universitaria — con sus especialidades, con sus gremios ... — hacia objetivos más amplios de comprensión social.

Y en este último terreno — conviene aquí recordarlo para situarnos en el caso español antes de pasar a cuestiones ulteriores —, en este terreno de una historia del derecho situada responsablemente en el campo general de la historiografía, con verdadera capacidad de atracción de los mejores exponentes de esta profesión, vino a situarse la historia del derecho « español », tras Eduardo de Hinojosa, con el *Anuario de Historia del Derecho Español* (desde 1924) en su primer periodo (hasta la guerra civil de 1936): Díez Canseco, Sánchez Albornoz, Carande, Galo Sánchez, Ramos Lo-scertales, Ots Capdequí, Valdeavellano, Torres López, García Gallo, Lacarra ...; con esta empresa realmente frustrada con la guerra: su equipo no volvió mínimamente a reconstituirse, ni la « historia del derecho » volvería aquí a encontrarse en tan feliz coyuntura de animación de la mejor historiografía española <sup>(10)</sup>;

---

(10) Para diversos testimonios de este proceso de verdadera fundación, ya prácticamente en este siglo, de una historia del derecho en España y de su quiebra sustancial con la guerra civil de 1936, proceso sobre el que no contamos todavía con un estudio mínimamente distanciado y detenido, puede verse Ramón CARANDE, discurso de contestación a Luis García de Valdeavellano, *Sobre los burgos y los burgueses en la España medieval*, Madrid (Academia de la Historia) 1960, ps. 163-200; Claudio SANCHEZ ALBORNOZ, *En el centenario de Hinojosa*, en *Cuadernos de Historia de España*, 17, 1952, ps. 5-19; L. G. de VALDEAVELLANO, *La obra de don Ramón Menéndez Pidal y la Historia del Derecho*, en *Revista de Estudios Políticos*, 65; 1959, ps. 5-47, y *Seis semblanzas de historiadores*, cit., ps. 75-190; Alfonso GARCIA GALLO, *Hinojosa y su obra*, en Eduardo de Hinojosa, *Obras*, I, Madrid 1948, ps. XI-CXXIV; Rafael GIBERT, *Galo Sánchez, Medina de Rioseco*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 45, 1972, ps. 801-814; José María FONT RIUS, *Don Luis García de Valdeavellano y Arcimis*, en *Anuario de Estudios Medievales*, 7, 1970-1971, ps. 771-788.



muy al contrario, según podremos ver, la historia del derecho tenderá aquí, tras la guerra civil, a desvincularse de la misma historiografía: y ello bajo unos supuestos redefinitorios de la disciplina que serán de sumo interés para la problemática de estas páginas.

## 2. *Testimonio presente: de nuevo en el campo del derecho.*

Por todo lo dicho, no habrá de extrañar seguramente demasiado que el problema de la función jurídica de la historia del derecho vuelva significativamente a plantearse. Ello será así, pese a que los historiadores del derecho acomodados hoy en el campo de la historiografía no quieran otorgar significación al hecho: mas la tendrá. Y las propias determinaciones históricas de este aparente retorno a una definición jurídica de la historia del derecho no dejarán tampoco de tener interés: y un interés bien sustantivo.

Esta tendencia que ahora nos interesa vino a manifestarse, con cierta generalidad, a mediados de nuestro siglo, resultando fácilmente constatable que su nueva inclinación a la revalorización jurídica de la historia del derecho, según además no dejaba en casos de manifestarse, respondía a una motivación bien concreta, a un encuadramiento preciso: el de la reacción cultural frente a la barbarie nazi o fascista, el de la búsqueda de una forma de superar — recurriéndose tanto a la « historia » como a la « filosofía » del derecho — la base positiva — legislativa y dogmática — del Estado que había hecho posible tal barbarie, el del proyecto de un replanteamiento o revisión del sistema jurídico contemporáneo — de su principio de positividad — de forma que se impidiese tal especie de consecuencia <sup>(11)</sup>. Y no se trata de discutir

---

(11) Ofreció aquí información de tal corriente generalizada, sin cuestionarse entonces las determinaciones que aquí subrayamos, F. TOMAS Y VALIENTE, *La sucesión de quien muere sin parientes y sin disponer de sus bienes*, en AHDE, 36, 1966, ps. 190-254, en una introducción metodológica que venía a sumarse, entonces, a la versión de GARCIA GALLO que ahora veremos. En general, entre nosotros, se ha ocupado del tema Marcelino RODRIGUEZ MOLINERO, *Derecho Natural e Historia en el pensamiento europeo contemporáneo*, Madrid 1973, que, aunque bien documentado, tampoco analiza propiamente nuestras cuestiones.

ahora el posible concernimiento tanto de autores como de tópicos histórico-jurídicos en el orden fascista, ni de las posibles connotaciones de su ulterior continuidad, académica de unos o sustantiva de otros <sup>(12)</sup>; no se trata de esto, sino de una cuestión bastante más general y de apariencia precisamente contraria: del extrañamiento previo, respecto al propio orden jurídico sin más, de la historia del derecho en cuanto tal y del efecto cultural de la evidencia de este extrañamiento tras el fascismo.

Ahora puede realmente venirse a responsabilizar a la historia del derecho de su propia ausencia sustantiva en el debate jurídico anterior: su misma desaparición de este campo sería así una función jurídica que imputarle en aquel periodo de aparente dimisión de funciones de tal carácter. La historia del derecho parecía verse con todo condenada a permanecer en el campo del derecho y su política. Ciertamente, cabe poner en duda la virtualidad de su presencia reconocida en esta nueva fase de obligada revisión de los fundamentos del sistema contemporáneo, pero, en todo caso y en lo que aquí debe interesarnos, ello podía, no menos ciertamente, potenciarla en el sentido de comprometerla, si no quería quedarse en simples declaraciones de buena voluntad metodológica o política, en una tarea concreta: la tarea, significativamente descuidada por lo general hasta entonces, de la historificación de los supuestos del sistema actual, devolviéndose de forma efectiva, y no con simples negaciones, a la contingencia de la historia su pretensión de «naturaleza», comprendiéndolo y explicándolo, frente a la intemporalidad de su «derecho natural», dentro de sus propias coordenadas y determinaciones. Tarea que efectivamente se emprendió y en la que efectivamente comenzó a progresarse; así, por ejemplo, en el ámbito de una *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* conforme, particularmente, al decisivo impulso que le imprimiera Franz Wieacker en 1952 <sup>(13)</sup>.

---

<sup>(12)</sup> Para cuestión de responsabilidad sobre todo de la «germanística», aun sin ahorrársela tampoco a la «romanística», Roderich Wahsner, *Die deutsche Rechtsgeschichte und der Faschismus*, en *Kritische Justiz*, 1973, 2, ps. 172-181, número que reúne otros materiales de discusión de nuestra disciplina donde no faltan imputaciones aun menos ponderadas.

<sup>(13)</sup> Puede verse aquí A. MERCHANT, *La historia del derecho en Alemania*, en *AHDE*, 45, 1975, ps. 641-686, y F. TOMAS Y VALIENTE, *La historiografía jurídica*

Por razones cuya evidencia puede excusarnos de su consideración, la tendencia de afirmación jurídica de la historia del derecho tuvo en España una forma de recepción más bien desprovista de sus connotaciones políticas y de sus virtualidades culturales. En concreto, desde las páginas del *Anuario de Historia del Derecho Español* cuya publicación se había reanudado en 1941, tras una interrupción de seis años y bajo una orientación diversa a la de su primera época por su mismo carácter más jurídico desde un primer momento, Alfonso García Gallo levantará acta de la situación, difundiendo en este órgano un discurso conmemorativo de una efemérides de la disciplina (1952, centenario del nacimiento de Hinojosa) que parecía con todo entenderse como un verdadero manifiesto de especialidad o de escuela: de la que se presenta ahora como « Escuela de Hinojosa ». Conviene, tanto por su interés intrínseco como por su importancia ulterior, recordar aquí sus términos (14).

Constataba, en sustancia, García Gallo la afirmación científica de la historia del derecho en el campo de la historiografía que, siguiéndose los pasos de otros países, se había establecido en España ya en el primer tercio del siglo actual; y entendía que la orientación « dogmática » vino a producirse ahora como una reacción frente a ello, frente a la conversión de la historia del derecho en un capítulo de la historia general; orientación « dogmática » que, según prosigue su argumento, se dirigía a una imposible reconstrucción sistemática de la historia del derecho: « se había conseguido reducir el Derecho vigente a un sistema, y este sistema suponía la construcción lógica y estática del ordenamiento jurídico, en contraste con la dinámica aparición de las instituciones en el curso del tiempo, irreductible a todo encuadramiento lógico, que daba

---

en la *Europa continental, 1900-1975*, en HID, 5, 1978, ps. 431-467, que consigna tales momentos, con alusión ahora a las determinaciones políticas que señalábamos. La obra aludida de WIEACKER fue aquí traducida en su primera edición (*Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, Madrid 1957) aunque, como ahora veremos y aparte de que el título ya resultara desorientador en castellano, no se dieron entonces precisamente las condiciones para que resultara mínimamente fructífera respecto a una « historia del derecho español ».

(14) A. GARCÍA GALLO, *Historia, Derecho e Historia del Derecho*, en AHDE, 28, 1953, ps. 5-36.

su contenido a la historia », a una « historia » así concebida en unos términos ideográficos de difícil reconocimiento científico (15).

Y, tras ello, la situación general del momento la encuentra García Gallo caracterizada aun por la permanencia de una orientación historiográfica que privaría a la historia del derecho de cualquier interés positivo en la formación y en la profesión del jurista: hecho histórico, según sabemos, que viene así a imputársele a su propio efecto; pero el historiador no jurista — añade — igualmente « comienza hoy a desinteresarse » — « la historia general ... a desentenderse » — de la historia del derecho por su conceptualismo y tecnificación; así, en suma, se definiría una actual « crisis de la Historia del Derecho » (de toda la especialidad, no de determinadas orientaciones), frente a la que se quiere aquí plantear aquella vindicación jurídica, su concepción, no como « ciencia histórica », sino como « ciencia jurídica » (16).

« El conocer histórico — afirma García Gallo, entrando así en una disyuntiva que luego habremos de discutir — es tan sólo uno de los modos de conocimiento, que puede y debe emplear toda ciencia, sin convertirse por ello en Historia. En consecuencia — agrega —, el estudio histórico del Derecho debe ser enfocado desde la ciencia del Derecho; sólo en ella puede alcanzar pleno desarrollo ...; la Historia del Derecho debe independizarse de la Historia general ya que su finalidad y método son distintos, y volver a integrarse plenamente en el cuadro de las ciencias jurídicas »; el fundamento de dicha operación de « rescate », como se le califica, de dicho retorno al hogar, habría de radicar « en la diferencia que existe entre la historicidad del Derecho y la de los otros actos y fenómenos de la cultura » pues, según siempre García Gallo, en el primero se dan unos efectos específicos de continuidad, de permanencia y de resistencia a los cambios históricos: « en el Derecho ... lo pasado y lo presente son en buena parte una misma cosa »; « existe un núcleo permanente en todos los ordenamientos »; en ellos, a lo largo de la historia, « sólo lo accesorio es mudable », lo cual puede bien traducirse en su misma identificación

---

(15) A. GARCÍA GALLO, *Historia, Derecho*, cit., ps. 12-15.

(16) A. GARCÍA GALLO, *Historia, Derecho*, cit., ps. 19-21.

del objeto de nuestra historia en un « Derecho » singularizado — con mayúscula — en forma propia o no plural, y en su consecuente negativa a concebir « sistemas » históricos en el orden jurídico: no cabría más construcción que la del sistema contemporáneo — al que al fin y al cabo corresponde, en castellano, aquel uso ortográfico de « Derecho » como « derecho objetivo » — que competiría a una ciencia diversa a la historia. Este sistema bien determinado escapa a la historia mientras que dicho indeterminable « Derecho » se constituye en su objeto permanente: y como, según la concepción de García Gallo, la historia es « ciencia de lo individual, de lo que no se repite », el derecho no podría ser objeto propio de una ciencia histórica (17).

« Por esto — llegamos a su conclusión —, la Historia del Derecho sólo puede concebirse en su plenitud como ciencia desde el campo del Derecho. El enfoque histórico debe de constituir sólo uno de los modos de estudiar(lo) ...; la Historia del Derecho no sólo instruye al jurista proporcionándole datos, sino que lo forma, permitiéndole comprender por qué el Derecho actual es como es, y hasta qué punto podría ser de otra forma. Que este Derecho actual sea considerado aquí históricamente — precisa enseguida la idea en la forma que antes decíamos — en nada se opone a que por otro lado se estudie con criterio dogmático ». Y de hecho, justamente, la propuesta operativa en que ello viene a resolverse, definida como « método institucional » (se trataría de estructurar la historia jurídica en base, no a conceptos jurídicos actuales, sino a aquellos elementos supuestamente constantes: « la persistencia de las instituciones, e incluso a veces de su regulación — afirma a tal efecto —, es algo evidente »), si alguna virtud ha podido tener, no ha sido con toda evidencia la de incidir, como las corrientes nominalmente análogas de otras latitudes, en una problemática propiamente jurídica que pudiera interesar a la encrucijada actual del derecho. Ni — digamos para ser justos — realmente lo pretendía: ya proclamaba paladinamente que la historia del derecho es una « ciencia jurídica » independiente de la « dogmática », como viceversa; y que así, por dicha autoridad, haya podido

---

(17) A. GARCÍA GALLO, *Historia, Derecho*, cit., ps. 23-26.

consolidarse entre nosotros la tradicional vocación medievalista de la historia del derecho, haciéndose prácticamente desaparecer la Edad Moderna de la parte más general del programa de la asignatura, es una circunstancia que merece igualmente valorarse en una misma dirección: con ello se hace desaparecer, con toda la temática que transcurre del Humanismo a la Ilustración, la misma posibilidad de planteamiento de nuestra cuestión (18).

Y este punto de llegada de tal discurso puede importar para la misma comprensión de esta especie de recepción de una determinada tendencia por cuanto que puede suponer objetivamente, frente a su propia secuencia, el verdadero punto de partida de su razonamiento: sólo en función de este establecimiento de un llamado « método institucional » que caracteriza a la historia del derecho como una « ciencia jurídica » aceptándose explícitamente, frente a sus posibles implicaciones apuntadas incluso aquí en algún momento, la reproducción incuestionable, no subordinada al propio análisis histórico, de la doctrina del sistema actual, puede tal vez explicarse, en un autor informado, la representación pacífica de tal secuencia: la concepción de « la Historia » como « ciencia de lo individual », « irreductible » a la lógica, no tomando noticia de todo el debate contemporáneo sobre su más amplia comprensión; la concepción de « el Derecho » como objeto de « historicidad » tan peculiar que se define por la idea de « persistencia », ofreciendo sus razones en continuidades textuales o culturales disociadas de los respectivos « sistemas » normativos, concepto consecuentemente

---

(18) A. GARCIA GALLO, *Historia, Derecho*, cit., ps. 28-29. La desaparición práctica de la historia moderna, desde el Humanismo a la Ilustración, puede constatarse en la parte general de su *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid 1959-1960, que se presenta como expresión del nuevo « método institucional »: véase José MARTINEZ GIJON, *Ante una nueva exposición de conjunto de la Historia del Derecho español*, en AHDE, 32, 1962, ps. 581-594. Procedente igualmente de esta orientación y también consecuente con la evolución que ahora señalaremos, F. TOMAS Y VALIENTE podrá presentar algunos de los capítulos más generales de su *Derecho penal de la Monarquía Absoluta*, Madrid 1969, en la dirección de liberarnos de tal hipoteca (lo que podrá confirmarse en su *Manual de Historia del Derecho* de inmediata publicación). Y véase el prólogo sin prejuicios de M. PESET a A. PÉREZ MARTIN y J. M. SCHOLZ, *Legislación y Jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*, Valencia 1978, ps. VII-XX.

rechazado, en que pudieran revelar su sentido histórico distinto; o, sobre todo, su exposición del curso histórico de los « métodos » de la historia jurídica en la que, frente a la evidencia histórica, la dirección aquí llamada « dogmática » — aquella primigenia fase de vinculación entre doctrina e historia — aparece como reacción de menor entidad ante una supuesta dirección historiográfica anterior: su superación podrá así mejor simularse.

Todo ello (reducción episódica de la historia, exaltación dogmática del derecho y minimización histórica de la historiografía doctrinal) sólo parece en su conjunto ser explicable, según decimos, en cuanto que hubiera de resultar discursivamente preciso para la recepción de los motivos dominantes en este terreno en la cultura europea del momento — circunstancia que no deja de preterirse — con la privación efectiva de sus posibles corolarios políticos o metodológicos (imperativo de explicación o reducción a historia de la misma dogmática: cuestión de su estatuto « científico » en la ciencia de la historia jurídica que así podía conformarse). Frente a ello, nos encontramos aquí con unas concepciones ideográficas de la historia y estática, pese a sus protestas de historicidad del derecho, concepciones que vienen a desvincular ambos términos entre sí, y más aún con la imposibilidad que se sigue de concebirse otra « lógica » del derecho y de su historia que no sea la propia del sistema jurídico contemporáneo, intangible en su « dogmática » para su misma historia. Y tras ello, las adhesiones incondicionales que no faltaron — dado que esta tendencia ha podido llegar a imperar aquí convirtiéndose en signo de identidad escolástica de una especialidad que se había enajenado, tras la guerra civil, la estimación de la mejor historiografía <sup>(19)</sup> — poco

---

<sup>(19)</sup> Dicho extrañamiento fue importante, aun con salvedades de significación (véase nota 45), hipotecando seriamente el desarrollo de la especialidad en la Universidad española; sobre tales circunstancias, de sustancial interés, M. y J. L. PÉSET, *Vicens Vives y la historiografía del derecho en España*, en J. M. SCHOLZ (ed.), *Vorstudien zur Rechtshistorik*, Frankfurt a.M. 1977, ps. 176-262. En los últimos años no deja de notarse una inclinación a restablecerse relaciones con los medios históricos generales y de otras especialidades entre quienes proceden claramente de la tendencia « institucional »; así, puede constatarse, durante la última década, en la obra de investigación de TOMAS Y VALIENTE, que se ha traducido además en un revisionismo metodológico en tal sentido, o en la de J. A. ESCU-

han ayudado desde luego a clarificar las cosas; pero tampoco lo ha hecho un rechazo global que no parece apreciar la sustanciosa problemática que en este mismo planteamiento de la tendencia jurídica se contiene <sup>(20)</sup>.

Las respectivas posiciones de esta tendencia en Europa y en España — digamos para simplificar — distaban con todo sustantivamente. En la cultura europea la historia del derecho podría realmente haberse ya prefigurado — otro es desde luego el caso de su efectiva constitución y desarrollo en diversas escuelas, momentos o latitudes — como una ciencia de conocimiento del derecho; a ello podía haberse accedido tras la crítica y la historiografía humanistas e ilustradas, que establecieron su base positiva, y tras la revolución y la codificación liberales y — también, no se olvide — tras la crisis con el fascismo del sistema en ellas establecido, que pueden finalmente liberar a la historia del derecho de servidumbres sociales no dominadas o no subordinadas al propio conocimiento científico; la falta del último supuesto, sin el cual no podría propiamente emanciparse la historia del derecho — sometiéndolo a su propia función científica — del « derecho natural » racionalista — de la « razón » humanista, ilustrada y liberal — podía producir aquí incluso el anquilosamiento de los efectos más saludables de los anteriores, dificultando la previa afirmación, siempre necesaria, de la historia del derecho en el campo de la

---

DERO, pese a seguir este reafirmando los mismos pronunciamientos « institucionales », o también en el órgano de colaboración historiográfica que, desde su fundación en la Universidad de Sevilla (1974), bajo la rúbrica *Historia. Instituciones. Documentos*, codirige MARTINEZ GIJON, el cual además, según ya puede desprenderse de nuestras citas, viene últimamente animando el debate histórico-jurídico entre nosotros. Afectado por la misma situación aun no procediendo de la misma escuela, PEREZ PRENDES la ha combatido igualmente, promoviendo en su caso una *Revista de Historia del Derecho* de arranque historiográfico (véase nota 48) pese a la composición jurídica de su consejo.

<sup>(20)</sup> Así rechaza ahora el « método institucional » afirmándose en una posición puramente historiográfica F. TOMAS Y VALIENTE, *Historia del Derecho e Historia*, en AA.VV., *Once ensayos de Historia*, Madrid 1976, ps. 159-181. En sentido análogo, representando en su caso las posiciones clásicas del primer AHDE que intenta conectar con las de la actual historiografía más integradora, José Antonio RUBIO SACRISTAN, *La Historia del Derecho ayer y hoy*, en *Homenaje a Rubio Sacristán* (= *Moneda y Crédito*, 129), Madrid 1974, ps. 251-261.



historiografía, o incluso pudiéndose perder ahora parte de lo conseguido en este orden en un momento anterior <sup>(21)</sup>.

Y decíamos que, a estas alturas, la reafirmación historiográfica de la historia del derecho, si ciertamente contribuye a la recuperación de dichos logros en parte perdidos, no concurre desde luego al debate del problema metodológico específico de la historia del derecho; éste se ha situado de nuevo en el campo del derecho manifestando su necesidad — prueba del método donde la haya — para el propio conocimiento sustantivo de su objeto; y su cuestión — la cuestión metodológica de la historia del derecho — ha venido con todo a tocar directamente tanto al estatuto epistemológico de la « ciencia jurídica » como al objeto institucional de la historiografía general. Conviene, para mejor hacernos cargo de ello y no por reflejar alguna historia del debate, atender a las conclusiones de algunos otros autores que puedan conectar con cuanto venimos exponiendo.

Por ejemplo, o muy significadamente, Riccardo Orestano. Tras comprobar, en su propia consideración del Humanismo, cómo el mismo desenvolvimiento no pacífico de la problemática jurídica pudo conducir a la aparición, en su seno, de planteamientos propiamente historiográficos, este autor ha podido resaltar tal circunstancia como un paradigma a ser conservado, intentando ya definirlo con independencia de la coyuntura jurídica contemporánea. Según Orestano, en este sentido, entre la posición de « autonomía

---

(21) Resulta sumamente delicado personalizar en este punto por la razón de que aquí podemos encontrar entre nosotros precisamente a los mejores historiadores del derecho actuales en su sentido filológico básico: no sólo el caso referido de GARCIA GALLO, sino también, por ejemplo, el de Alvaro D'ORS (quien, en diversos escritos, viene empeñándose en negar la misma posibilidad del conocimiento histórico: la historia versaría siempre de *verba* o textos disponibles, y no de unos *facta* que serían inaccesibles; puede verse, por su expresividad en tal sentido, su prólogo a V. VAZQUEZ DE PRADA ed., *Historia económica y social de España*, I, Madrid 1973, ps. 1-12), o también el de Rafael GIBERT (para quien, en sentido análogo, la historia del derecho sólo puede — y debe — serlo de libros jurídicos; véase así, particularmente, su *Historia General del Derecho Español*, Granada 1968). Frente a la reposición historiográfica de la misma tendencia que señalábamos en la nota 19, esta otra posición representa aquí hoy la más decidida voluntad de afirmación jurídica de la historia del derecho en su alcance más enajenador del resto de las especialidades históricas.

de los estudios históricos del jurista respecto a las otras formas de actividad historiográfica » y « la disolución del estudio de la historia del derecho en la historia general », cabe una tercera alternativa en virtud de una especie de autonomía diversa a aquella que supuso la servidumbre doctrinal de la historia jurídica, especie de autonomía « que puede justificarse sólo si el conocimiento histórico del derecho la considera como un imperativo interno del desarrollo teórico y práctico de la misma *scientia iuris*, abandonando en consecuencia la contraposición tradicional entre conocimientos científico e histórico, lo que puede lograrse tan sólo a partir de una concepción íntegramente histórica del derecho y de su ciencia », pues, en otro caso y según sigue explicándonos el mismo Orestano, « la soldadura entre un conocimiento científico, entendido como conocimiento normativo, y un conocimiento histórico será meramente retórica: tan sólo una *abplumbatio*. Estaríamos entonces obligados a admitir que tienen toda la razón quienes propugnan y definen la disolución del estudio histórico del derecho en la historiografía general. *Alterum non datur* » (22).

Sumemos, al testimonio de un romanista como Orestano, el de un historiador del derecho en su sentido de especialidad académica: Bruno Paradisi. Sus manifestaciones de principio no dejarán de situarse en una dirección análoga, en la dirección de tal alternativa, proclamando sus presupuestos y objetivos. Valgan sus palabras: « la historia del derecho tiene por objeto el derecho o, mejor dicho, es rigurosamente la única comprensión del derecho no arbitraria, no ligada a un momento de su desarrollo considerado *sub specie aeternitatis* »; « la historiografía jurídica no puede ver (en los conceptos jurídicos) una lógica abstracta, válida en sí, sino una lógica que constituye ella misma un objeto histórico »; « ni fenomenología de la naturaleza ni producto técnico de una ciencia, el derecho es una creación de la historia »; « el problema, el verdadero problema de la historia del derecho, radica en la reducción del dogma a historia » ... (23).

(22) R. ORESTANO, *Diritto e Storia*, cit., ps. 414-415.

(23) Bruno PARADISI, *Apologia della Storia Giuridica*, Bologna 1973, ps. 218-220, 240-241 y 260; y, en general, a nuestros efectos, sus epígrafes *Le dogme et l'histoire vis-à-vis de la historiographie juridique* (1955), *Indirizzi e problemi della più*

O sumemos también — recorriendo especialidades no positivistas del derecho — el testimonio de un filósofo: Umberto Cerroni. Así se nos manifiesta: « en el núcleo de la problemática del derecho nos encontramos con un verdadero nudo teórico: el de la distinción establecida entre ciencia jurídica y filosofía del derecho, el de la coexistencia bien persistente de una investigación científica y una investigación filosófica sobre el derecho »; *quid iuris*, por una parte; *quid ius*, por otra; « el trabajo del científico que asume y sistematiza el derecho positivo », por una parte; « el trabajo del filósofo que define el concepto mismo de derecho y nos proporciona los criterios últimos de su valoración », por otra. « Si el conocimiento de la naturaleza no depende del filosofar, por cuanto que los objetos naturales son controlables y experimentables, este conocimiento puede ser ciencia y la filosofía no tiene aquí nada que hacer; pero en el campo del derecho la alternativa no se ha resuelto y cada una de las dos vertientes parecen conservar su validez: el derecho como conjunto de normas positivas coercibles resulta controlable y experimentable, pero la ciencia que lo estudia no puede acceder por él al concepto; la filosofía, en cuanto que nos ofrece el mismo concepto, hace pensable el objeto de la ciencia jurídica » (24).

« Parecen conservar su validez », pero — no dejará de puntualizar — « la legitimidad de una ciencia positiva del derecho junto a una filosofía del derecho parece todo menos sólida y consistente » pues, en su subordinación última a ésta, queda realmente degradada su supremacía práctica y en entredicho su presunto estatuto científico; « los filósofos siguen hallando materia de estudio en el derecho porque los juristas no logran ofrecer del mismo una explicación satisfactoria, y los juristas siguen reivindicando su propia competencia autónoma sobre el derecho sólo porque renuncian a la competencia sobre sus problemas más graves y espinosos »; y en las mutuas remisiones de estos problemas y de las cuestiones positivas de los unos a los otros formando un au-

---

recente storiografia italiana (1963), *Questioni fondamentali per una moderna storia del diritto* (1971) y el citado luego en nota 43.

(24) Umberto CERRONI, *Conoscenza scientifica e diritto*, ps. 73 y 77, en *Introduzione alla scienza sociale*, Roma 1976, ps. 73-134.

téntico círculo vicioso dentro de todas las variadas concepciones que aquí se dan, «el problema del derecho — subraya Cerroni — seguirá siendo el que parece ser aun en nuestros días: el problema de un objeto carente de ciencia» (25).

«Frente a las dos cuestiones (*quis ius, quid iuris*) — puede proseguir Cerroni conectando ya con nuestro tema — parece legítimo el planteamiento de una tercera de carácter previo: ¿resulta verdaderamente posible definir el derecho sin conocerse sus formas históricas particulares?»; y así viene a entrar en juego otra vía de acceso al derecho que parece determinar un tercer frente que también batallase por cuenta propia: «la ciencia jurídica estudiará la estructura sistemática actual del derecho sin referencia a su problemática histórica, la historia jurídica estudiará la sucesión cronológica de los sistemas sin referencia a la estructura y a la conformación lógica del derecho, mientras que la filosofía estudiará su concepto y axiología sin referencia a la problemática de la historicidad de las categorías jurídicas y de su composición sistemática», con todo lo cual «el conocimiento del derecho se descompone necesariamente en una teoría desconectada de la historia y en una historia desconectada de la teoría, hallando su culmen especulativo en una doctrina de la justicia (*quid ius*) y su degradación meramente técnica en una dogmática apologetica del sistema vigente (*quid iuris*)» (26).

Y pretende salvarse esta degradación — considera igualmente Cerroni —, no en una «integración metódica de la investigación» sobre el derecho, sino en una «coordinación de los resultados de las tres direcciones de investigación», prevaleciendo de hecho en el común de los casos un criterio positivo por el que las posibles aportaciones de la historia o de la filosofía tienden a ser suplantadas por la efectividad exclusiva «del sistema moderno como sistema pleno o desarrollado del derecho y, por consiguiente, como medida del derecho en general», cuando la tarea propia de «hacer progresar una obra de reconstrucción científica en este ámbito parece comportar una reorganización tipológica de la historia del derecho como sucesión causada de sistemas jurídicos y una

---

(25) U. CERRONI, *Conoscenza scientifica*, cit., ps. 78, 80 y 88.

(26) U. CERRONI, *Conoscenza scientifica*, cit., ps. 101, 103 y 106.

explicación histórica de las mismas categorías lógicas del derecho » (27); es decir, comporta una decidida, y sostenida a todos los efectos, sumisión como objeto del derecho actual, cuyo « concepto », cuyo « sistema », cuya « filosofía », cuya « razón » serán la materia — y no la lógica — de su ciencia histórica (28). De otra forma — directamente en sus plantemientos jurídicos, indirectamente en los historiográficos —, la miseria de la « ciencia jurídica » se seguiría perfectamente comunicando a la historia del derecho.

En palabras, todavía, del propio Cerroni: « el estudio histórico de las instituciones jurídicas y políticas no miraría más a la captación de una especie de dinámica ascendente hacia el mundo moderno », de aquella dinámica por la que el derecho y su doctrina actuales vienen a erigirse en la medida de todos los órdenes habidos y por haber — en la lógica exclusiva de toda historia —, sino que tal estudio histórico « se aplicaría a la investigación de la discontinuidad de las instituciones y de las categorías premodernas en cuanto que instituciones y categorías de un preciso sistema histórico diferenciado; y la indagación de la continuidad — añadirá justamente Cerroni — podrá constituirse en función de dicha investigación sobre la discontinuidad », integrando así el conocimiento de « los modos de transformación de los sistemas », de las respectivas revoluciones habidas en la historia, con especial atención, conforme a sus propias consideraciones anteriores, hacia aquella en que se funda nuestro mundo contemporáneo, su lógica y su derecho; hacia aquella revolución iusliberal que decíamos (29).

Y tocamos así nuevamente un tópico ciertamente clásico en la historia del derecho: continuidad o discontinuidad. ¿Puede considerarse pacífica la discontinuidad asegurada por Cerroni, tal discontinuidad evidentemente precisa para su mismo planteamiento metodológico? ¿No puede representar en cambio el derecho, al menos en la historia europea con su tracto, sobre todo, de « de-

(27) U. CERRONI, *Conoscenza scientifica*, cit., ps. 107 y 109.

(28) U. CERRONI, *Diritto e Storia*, ps. 42-47, en *La libertà dei moderni*, Bari 1968, ps. 36-61.

(29) U. CERRONI, *Diritto e Storia*, cit., p. 55. Y puedo remitirme, también para el debate historiográfico, a páginas propias: B. CLAVERO, *Política de un problema: la revolución burguesa*, en AA.VV., *Estudios sobre la revolución burguesa en España*, Madrid 1979, ps. 1-48.

recho romano », un continuo indiferente a otras discontinuidades, políticas, sociales o económicas?. Ya vimos cómo una posición que, cual la de García Gallo, respetaba en su dogmática el sistema jurídico actual, se pronunciaba precisamente por el tópico de la continuidad, subrayándolo hasta el extremo de paragonar los tiempos históricos del derecho y del lenguaje<sup>(80)</sup>; mientras que, ahora, esta otra posición de signo políticamente contrario representada por Cerroni, viene a suscribir el motivo opuesto de la discontinuidad, subordinando el tiempo del derecho al tiempo histórico general de los sistemas sociales; pero la demarcación de campos — conviene también advertirlo — no siempre se producirá conforme a tal precisión de coordenadas: baste recordar que hoy existen representaciones del tiempo histórico de implantación igualmente — como la de Cerroni — « marxista », y atendidas también en la historia del derecho, que destacan al derecho europeo como una instancia de temporalidad prácticamente autónoma respecto a otros tiempos sociales menos estables y de mayor correspondencia entre sí<sup>(81)</sup>; ¿resulta dicha supuesta particula-

(80) Tópico, como se sabe, de cierta difusión a tal efecto: véase aquí ahora en J. A. ESCUDERO, *En torno al objeto de la historia del derecho*, ps. 28-30, en *Historia del Derecho*, cit., ps. 14-65 (= *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 1969, ps. 391-432), siguiendo explícitamente a GARCÍA GALLO.

(81) Es, particularmente, el caso conocido de ALTHUSSER que en la especialidad acoge favorablemente, por ejemplo, Aldo SCHIAVONE, *Storiografia giuridica e apologia del diritto moderno*, en *Democrazia e Diritto*, 1973, 2, ps. 65-86, cuya posición continuista late también en las conclusiones de su *Nascita della Giurisprudenza*, Bari 1976. Con ulterior información, se debate en las aporías de la composición althusseriana Antonio M. HESPANHA, *O materialismo histórico na história do direito*, en *A história do direito na história social*, Lisboa 1978, ps. 9-69, introduciéndose precisamente a continuación en el estudio de los orígenes de la dogmática contemporánea. También debate aquí el valor para la historia del derecho de algunos de los tópicos que, en la tradición marxista, parecen apuntar a su devaluación y realmente denotan una laguna bien sustantiva Salustiano DE DIOS, *El derecho y la realidad social: reflexiones en torno a la historia de las instituciones*, en *HID*, 3, 1976, ps. 187-222. Me parece, con todo, que tienen un interés más limitado, fuera de la filología marxista, indagaciones sobre la legitimidad de la historia del derecho como la de Werner SELNOW, *Zum Problem der Rechtsgeschichte im System von Marx und Engels*, en *Marxistische Beiträge zur Rechtsgeschichte*, Berlin 1968, ps. 40-70, o la de Peter LANDAU, *Karl Marx und die Rechtsgeschichte*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 41, 1973, ps. 361-371, sobre su aportación más puntual.

ridad de un tiempo jurídico más persistente a tal punto una evidencia de hecho como para haberse llegado así incluso a comprender en la tendencia teórica que más alejada podía encontrarse de su aceptación?. Ello, ciertamente, habría de afectar de forma grave al curso de nuestro razonamiento.

Mas creo que, a nuestros actuales efectos, las mismas páginas anteriores, aunque sumarias, pueden excusarnos del argumento que ahora habría de desarrollarse más cumplidamente frente a tales ideas, bien arraigadas en la diversidad de sus manifestaciones, de continuidad: no nos encontramos, en ellas, tanto ante una propia evidencia de hecho como ante una especie de imperativo de derecho; el sistema jurídico actual se gestó modernamente en la representación ideológica de un « derecho natural » a proyectarse muy particularmente, por encima de la historia, en la cultura romanista más autorizada de la tradición jurídica europea, y a configurarse también muy especialmente en una « historia del derecho » que ahora se planteaba y desarrollaba en la misma función ideológica y jurídica, en el ámbito de la misma operación cultural; de todo ello, tal supuesta evidencia. La idea de continuidad en la historia del derecho viene a ser trasunto de la composición ahistórica del sistema contemporáneo que ya conocemos.

Y tal era la « historia » que justamente hubo de sufrir el rechazo de una historia general a la que había de repugnar que la misma no se plantease propiamente la temporalidad de su objeto o que, de ser enfrentada a la cuestión, tendiese siempre a resaltar una superficial fenomenología de la persistencia, a representar así explícitamente un objeto esencialmente atemporal <sup>(32)</sup>; bien que fuera otro el problema, según ya dijimos, de que no se supiese, desde fuera de la historia del derecho, desenvolver la cuestión más allá de la simple denuncia, a la que por lo común seguirá,

---

(32) Así se fundaba al menos el rechazo bien notorio de Marc BLOCH, *Introducción a la historia*, México 1952 (es la traducción de sus preciosos apuntes póstumos: *Apologie pour l'Histoire*), ps. 30-32, arrojando igualmente al niño con el agua sucia de la bañera, bien que con cierto escrúpulo o reserva expresa de su parte que en otros faltará. Y puede verse aquí, aun no valorando los mismos puntos, José María GARCIA MARIN, *Actitud metodológica e historia de las instituciones en Francia: una valoración de conjunto*, en HID, 4, 1977, ps. 49-107.

hasta hoy, la impugnación de la misma especialidad con pérdida de un objeto bien sustantivo para la ciencia histórica: entre una « historia del derecho » atemporal y una « historia general » incomprendible de tal objeto, el derecho puede mantenerse como un objeto sin historia, y su especialidad histórica, seguir representándose en los mismos términos ahistóricos generales que su « ciencia » jurídica actual. Pero ¿le queda realmente alguna ciencia al objeto que así pierde su historia?.

Seguramente sería injusto esperar la corrección o la superación de tal estado de cosas desde fuera de la historia del derecho, ya de una « historia general », ya de una « ciencia jurídica » positiva. Si de algo ha de servir científicamente una historia del derecho académica, una vez que por fortuna ha perdido sus funciones doctrinales, habrá de ser, ante todo, para introducirse en tales problemas que tocan a las mismas condiciones de su existencia y constitución, enfrentándose definitivamente con la historicidad de su objeto, con su historicidad, primeramente, en la forma como hoy se manifiesta, tal y como hoy se configura doctrinal e ideológicamente por encima de la misma historia. Lo cual viene a resultar una empresa metodológica que es, al tiempo, una empresa de historia sustantiva; una historia sustantiva del derecho: la historia, definitivamente, como ciencia — no como disciplina social —, y el derecho, íntegramente, como su objeto — no como su método —. En tal dirección apuntaban nuestros testimonios más actuales, más al tanto de las condiciones presentes de la misma problemática jurídica; y, en todo caso, con todo ello, la historia del derecho parece que no puede — y que no debe — librarse metodológicamente de esta problemática, que puede y debe permanecer en el campo del derecho.

### 3. *Perspectiva futura: el derecho como objeto de la historia.*

El abandono en manos ajenas del problema epistemológico de la historia del derecho, abandono que se produce en tendencias tanto historiográficas — a favor de la « historia general » — como institucionales — a favor de la « ciencia jurídica » — parece que viene con todo a entrañar la simple y llana renuncia a que dicho



problema pueda, no sólo resolverse, sino tan siquiera plantearse y desenvolverse de forma solvente. Ciertamente que los motivos críticos más interesantes para la constitución científica de la historia del derecho han podido en casos ser suscitados y debatidos fuera de su campo, pero ni siquiera en estos supuestos bastará, para la historia del derecho, con la simple recepción de sus eventuales logros: ésta le resultaría mínimamente fructífera, y aun esterilizante, si no activase a su vez, al hacerse cargo de tales cuestiones, su reconsideración conforme a su virtualmente superior competencia específica.

Por ejemplo, ya hemos recordado cómo desde una « historia general » (y entiéndase lógicamente en ella sus especialidades hoy más integradoras) viene justamente imputándosele a la historia del derecho su servidumbre social o, más en concreto, su miseria jurídica, mas esto, regularmente, con notable inconsciencia del grado en que todo ello afecta a toda historia, y con no menos notable incompreensión de las determinaciones propias de esta especie de hipoteca y, por lo tanto, de las condiciones precisas para su entera liquidación. Pues bien, parece que sólo desde la historia del derecho podría solventemente resolverse tal cuestión, en beneficio propio y en beneficio general de toda historia o ciencia social; suicida, cuando menos, sería para esta especialidad la asunción de tales justificadas críticas si no se aportara al tiempo la consideración y el análisis de aquellas determinaciones del problema y condiciones de su resolución; suicida puesto que, en otro caso, sólo cabría la consabida consecuencia de impugnación de la historia del derecho y pérdida de este objeto para la ciencia histórica <sup>(33)</sup>.

---

<sup>(33)</sup> Puede recordarse el significativo arranque de la ponencia de Arnaldo MOMIGLIANO en el primer congreso de la Sociedad Italiana de Historia del Derecho: « Imagino — quiero imaginar — que nos encontramos aquí para celebrar un importante acontecimiento histórico: el fin de la historia del derecho como rama autónoma de la investigación histórica » (*La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, cit., p. 21); pero, en el mismo congreso (p. 161), más merecedora a nuestros efectos de memoria ha de resultar la defensa de la especialidad por parte de Giovanni PUGLIESE frente, en concreto, a la posición ya referida de ORESTANO, representándose su autonomía como exigencia de doctrina y no concibiéndose para ella más posibilidad que la de proyección más o menos seleccionada de la dogmática contemporánea en la historia. Ante ello, la consecuencia de MOMIGLIA-

O también, por ejemplo, hemos visto que desde el campo del derecho — o de su filosofía — ha podido, no menos justamente, cuestionarse la historia del derecho tradicional por su misma constitución de especialidad jurídica, pero ahora perfilándose una vía de afirmación científica prácticamente en el mismo campo: su objetivo primario — jurídico e histórico, metodológico y sustantivo a un tiempo — habría de ser el de la concepción de los sistemas normativos pretéritos y el confinamiento consiguiente del sistema jurídico actual con miras todo ello, precisamente, a la superación definitiva de la servidumbre social y la miseria jurídica del orden hoy vigente y de su propia historia legendaria: superación de su lógica y su sistema, superación de su negación de la historia. Pues bien, no convendría tampoco dejar sin apuntar algunas salvedades en este punto, dado especialmente el usual estilo concluyente, o incluso precipitado o prematuramente resolutivo — por el que, de nuevo, la historia del derecho resultaría pese a todo superflua —, de la filosofía del caso: aquella concepción no resultaría realmente accesible, solventemente abordable, sino mediante la filología propia de la investigación histórica, mediante la lectura y el análisis puntual de las manifestaciones y testimonios del orden histórico en cuestión, mediante la asunción previa — digamos — de la miseria respectiva de cada sistema normativo; los textos históricos — o las llamadas « fuentes » —, bien depurados, críticamente analizados y sistemáticamente interpretados o leídos, depararán por sí solos más « lógica » que la usualmente presumida — precisamente, por lo común, desde algún grado todavía de apreciación « naturalista » del sistema actual — por los no historiadores, o rendida realmente por los mismos historiadores que, yendo directamente a los « hechos históricos », suelen por regla general prescindir de tal género de operaciones.

Ello podría no difícilmente constatarse, aunque no podamos aquí deternos en su ilustración <sup>(34)</sup>, respecto al caso más cercano

---

no puede quedar de nuevo tan justificada como seguir resultando, pese a todo, saludable.

<sup>(34)</sup> Puedo remitirme a un reciente trabajo donde persigo tal perspectiva respecto a algunas cuestiones que considero claves en el orden social de la Europa moderna, intentando estudiarlas sobre una lectura de los textos que vaya de la

del *ius commune* o doctrina del sistema normativo vigente en la Europa bajomedieval y moderna hasta las revoluciones iusliberales, doctrina por la cual puede realmente precisarse la entidad de las relaciones sociales de dicha época, progresándose en su análisis, con garantía frente a los anacronismos que suelen ser habituales, en perjuicio radical del propio conocimiento histórico o social, tanto en las propias exposiciones de los historiadores profesionales como en las construcciones de carácter más teórico del objeto histórico social. Así, mediante tal asistencia — digamos — teórica del propio orden social expreso de la época, la lógica de la historia del derecho, reconstruidas y atendidas las « lógicas » de los sistemas normativos históricos, no seguirá siendo, como puede fácilmente ocurrir entre los « filósofos » que mejor hayan captado en principio el tema, « prefilológica », especulativa o intuitiva, bastante precaria. Y así, tampoco tendría por qué resultar suicida para la historia del derecho, sino más bien todo lo contrario, la plena aceptación de las justificadas críticas procedentes, en este caso, del campo de la « filosofía ».

Dicho de otra forma o con referencia a otros conocidos índices de nuestra disciplina: no debería haber aquí distinción sustancial alguna entre una especie de *Dogmengeschichte* que hubiera de quedar situada en un terreno de historia cultural o « ciencia del espíritu » y una más institucional « historia del derecho » que pudiera mejor remitirse — aunque esto suela de otra parte negarse desde el campo de la anterior — a la perspectiva de una historia social más comprensiva o ciencia social sin más <sup>(35)</sup>; esta segunda

---

filología más elemental a la más compleja reconstrucción de sus categorías jurídicas: B. CLAVERO, *Interesse: traducción e incidencia de un concepto en la Castilla del siglo XVI*, a publicarse en AHDE, 49, 1979.

<sup>(35)</sup> Puede verse, por ejemplo, cómo refleja, con aparente resignación, esta distinción una introducción a la especialidad que viene a apuntar prácticamente, aun en términos diversos, en dirección análoga: Dieter SIMON, *Rechtsgeschichte*, en Axel GOERLITZ (ed.), *Handlexikon zur Rechtswissenschaft*, Munich 1974, II, ps. 314-318. Y hoy se cuenta entre nosotros con dos muy considerables intentos de conexión de ambos campos que, aunque no procedan del ámbito de especialidad de la historia del derecho — lo que ya puede ser sintomático — y aunque no podamos ahora entrar en su consideración, merecen quedar consignados; nos referimos a José Antonio MARAVALL, *Estado moderno y mentalidad social (Siglos XV a XVII)*,

— que, conforme habremos de decir, siendo ciencia social, habría de ser, dentro de ella, ciencia del derecho <sup>(86)</sup> — sólo podrá solventemente constituirse mediando de una forma bien efectiva aquella primera « historia de dogmas » jurídicos, aun entendiéndose lógicamente este término, no en su sentido estricto contemporáneo que, al menos en castellano, presenta hoy fuertes connotaciones peyorativas, sino en su sentido más amplio y más sustantivo de « pensamiento jurídico », « doctrina », « jurisprudencia », ... o como quiera calificarse a la representación de todo el conjunto — no sólo de sus tópicos más generales — y de cada una de las instituciones — no sólo de aquellas que mejor conecten con las análogas del sistema actual — del orden social vigente. En otro caso, de irse directamente a los « hechos histórico-jurídicos » para su análisis social sin dicho tipo de mediación teórica, de quererse construir así directamente una « historia social » del derecho o una historia del derecho como « ciencia social », sólo saldríamos de la historia doctrinaria tradicional para recaer en la hoy nada inusual historia institucional escasamente analítica o estudiosa de las propias instituciones jurídicas o, avanzándose un paso, saldríamos de aquella historia del derecho para disolverla ahora en alguna especie de « historia general » o de « historia social » donde tal objeto — « el derecho » — realmente se ha perdido para la ciencia histórica, con las consecuencias para ésta que ya hemos señalado.

---

Madrid 1972, y a Julio CARO BAROJA, *Las formas complejas de la vida religiosa (Religión, sociedad y carácter en la España de los siglos XVI y XVII)*, Madrid 1978, éste con unos intereses más antropológicos que, en parte, se acerca bastante más a nuestros presupuestos. De otro lado, la « historia de dogmas » más específicamente jurídica ha tenido entre nosotros particular acogida entre romanistas, pero sin logros dignos de mención a nuestros efectos. Y la manera cómo, por mi parte, entiendo la necesidad de una — sigamos diciendo — « historia de dogmas » para la historia social de derecho, valorando el momento jurídico en un grado muy diverso al de los anteriores, creo que puede ilustrarse en el trabajo que cito en la nota 34.

<sup>(86)</sup> D. SIMON, *Rechtsgeschichte*, cit., p. 315, vuelve a insistir: « Desde un principio debe dejarse bien sentado que la historia del derecho ha de concebirse metodológicamente como ciencia histórica y no como ciencia jurídica », con lo que, a mi entender, se sigue respondiendo a una disyuntiva inapropiada, como luego podremos considerar.

O dicho todavía de otra forma, con índices ahora exteriores a nuestra materia: ésta, la historia del derecho, podría y debería constituirse en la antropología de la historia europea. Expliquemos. La antropología, en sus términos más genéricos — haciendo abstracción de tendencias y de individualidades —, puede caracterizarse por un estudio funcional de sistemas institucionales con especial atención, a tal efecto, de las representaciones que ofrecen de sí mismos dichos sistemas <sup>(37)</sup>, persiguiéndose así su análisis mediante categorías que, por elaborarse — no simplemente tomarse — a partir de tales representaciones, permitan el conocimiento de su diversidad, impidiéndose con todo — o al menos precaviéndose — la proyección especular o el simple reconocimiento analógico del sistema propio del investigador. Y la antropología, en sus términos siempre más genéricos, se caracteriza al tiempo precisamente por su dedicación a « sistemas » ajenos al europeo, no en cuanto que sistema social contemporáneo, sino en cuanto que cultura histórica; de aquí que en esta historia, en la historia europea mejor documentada, no han venido por lo general a plantearse cuestiones « antropológicas » tan pertinentes como las referidas: análisis funcional de las instituciones y atención al efecto de sus propias representaciones; aquí, entonces, a este efecto, habría de entrar todo el testimonio histórico — orden y representación: historia institucional y *Dogmengeschichte* — del *ius commune* como medio imprescindible para la reconstrucción y estudio en su integridad del sistema europeo que históricamente ha precedido al actual sistema liberista y estatal; reconstrucción de la « antropología » de tal sociedad histórica europea: de la « teoría » precisa y ajustada a su « historia social » <sup>(38)</sup>.

<sup>(37)</sup> O, en todo caso, siempre las representaciones más cercanas al objeto: véase así, para capítulo tradicionalmente anexo a la « historia del derecho español », John V. MURRA, *Formaciones económicas y políticas del mundo andino*, Lima 1975; para otras partes más justificadamente tradicionales en el temario de una « historia del derecho español », también podrá hallarse alguna ilustración en los estudios de CARO BOROJA sobre múltiples temas, desde los pueblos primitivos hasta culturas rurales o de minorías en los siglos modernos, o, pero en menor medida, los de Marcelo VIGIL y Abilio BARBERO sobre la formación del feudalismo en los orígenes de « la Reconquista ».

<sup>(38)</sup> Frente a la antropología que mejor pueda caracterizarse por una real capacidad de análisis integrado de sistemas sociales ajenos al europeo actual,

Claro es que, aquí, se encuentra el investigador con una seria dificultad específica que, de otra parte, no nos es, a estas alturas, desconocida: para el antropólogo la diversidad es ya de por sí — digamos — una evidencia de partida, mientras que para el historiador del derecho la evidencia primaria viene a ser de signo contrario; éste se encuentra con que en su campo se produce mejor aquel mero reconocimiento especular: las categorías jurídicas contemporáneas se han formado desde una tradición cultural previa a las revoluciones liberales — al establecimiento efectivo del sistema liberista y estatal —, tradición que ha llegado a proyectarse en toda la historia europea distinguiéndola, como un todo, frente a otras tradiciones culturales sobre las que, justamente, se ha volcado aquella antropología indagadora de la diversidad. Nos encontramos en el mismo nudo metodológico del estudio de la « continuidad » en la « discontinuidad » o, más en concreto, de la historia sustantiva del derecho moderno — la continuidad de cierta doctrina y la discontinuidad de ciertas instituciones: o la discontinuidad de la primera previa a la de las segundas desde el supuesto de un sistema histórico doctrinal e institucionalmente diverso — cuya investigación, por todo ello, constituía un primordial imperativo — metodológico tanto como sustantivo — de la especialidad, de una especialidad que dejaría así de ser madre de prole unigénita, disciplina que no concebía otro sistema que el contemporáneo y que, pese a ello, no lo comprendía en su propia ciencia. Y, así, la historia del derecho puede ser ahora, a un tiempo,

---

parece hoy privar más entre los historiadores la imagen de una antropología que, atendiendo en diversa forma también fenómenos de mentalidad, puede representar de nuevo una historia episódica o « evenemencial » respecto a sectores sociales « subalternos » tradicionalmente desatendidos (véase así, por ejemplo, las actas del congreso de 1976 sobre *Fonti orali: Antropologia e Storia*, Milán 1978) o respecto a enteras sociedades ignoradas (véase así, por vía igualmente de ejemplo, I.M. LEWIS y otros, *Historia y antropología*, Barcelona 1972): ha de resultar obvio que nuestras indicaciones se sitúan en otra dirección pese a posibles connotaciones nominales. En todo caso, dada la misma problemática identidad de las actuales « ciencias sociales », podrían encontrarse en todas ellas (en la sociología como en la economía, en la geografía humana como en la demografía ...) planteamientos similares, pero creo que puede mejor perfilarse nuestra idea respecto a la antropología. Y véase lo que añadimos en notas 9 y 49.

la antropología — con todo su potencial teórico — la más necesaria, — con toda su documentación — la más factible y — con todos sus reflejos especulares — la más laboriosa y compleja.

O dicho aun de otra forma, en fin, más familiar quizá hoy al historiador, y ya muy sumariamente: puede — y debe — afirmarse que el derecho — el *ius commune* para nuestra historia bajomedieval y moderna — constituye la *longue durée* social que continuamente se le escapa a tanto investigador que combate la historia episódica con capítulos casi geológicos, a tanto escrutador del tiempo histórico ya habituado a saltar, sin dicha mediación, sobre el vacío entre estructuras y coyunturas <sup>(39)</sup>. Debe afirmarse dicha virtual aportación — « teoría » o « antropología » si se quiere — de la historia del derecho; debe afirmarse que la historia social, en su sentido más integrador — « total » si se prefiere —, no cabe sin la historia del derecho — sin la « ciencia jurídica » — que puede constituir su esqueleto o — si se quiere — su estructura.

O ateniéndonos de nuevo a nuestros propios términos: la historia del derecho como « ciencia social » no habrá de caber sin la historia del derecho como « ciencia jurídica » de la misma forma y en el mismo grado que la historia sin más no ha de caber sin la filología en su sentido más sustancial. Para la constitución científica de la historia del derecho no debiera de despreciarse — frente a filósofos, frente a historiadores — ninguno de los diversos estratos metodológicos aquí implicados. Una buena ilustración de lo que decimos pudiera ofrecer la misma secuencia de materias a las que se dedicaran los sucesivos congresos internacionales organizados, bajo la inspiración de Paradisi, por la *Società italiana di storia del Diritto*: en primer lugar (congreso de 1963), el problema de la

---

<sup>(39)</sup> Puede bastar su ilustración en el mejor de los casos actuales: Emmanuel LE ROY LADURIE, *Le territoire de l'historien*, París 1973-1978; con la salvedad que luego diremos (nota 49), puede apuntarse que la problemática propiamente jurídica, a un nivel — digamos — estructural, brilla por su inoperancia, con el efecto de animarse la actual tendencia (que puede remontarse, cuando menos, al mismo BRAUDEL) a destacarse duraciones no sociales, casi naturales, como nervio de la historia, y a seguir perdiendo con ello sus estructuras sociales, pese esto a toda la información y reflexión efectivamente sumada así a la historia, de lo cual, lógicamente, aquí no discutimos.

situación de la historia del derecho entre el conjunto de las ciencias o especialidades históricas cuyas servidumbres de todo tipo ha compartido y comparte <sup>(40)</sup>; en segundo lugar (congreso de 1967), el problema historiográfico fundamental de una servidumbre bien material: la de las fuentes, sobre todo la de los textos jurídicos de los que esta especialidad lógicamente ha de depender en lo esencial; el problema de aquella filología que ha de ser base de cualquier historia del derecho <sup>(41)</sup>; y, en tercer lugar (congreso de 1973), un problema que para muchos, incluidos a la luz de sus aportaciones buena parte de los mismos participantes en el congreso, ya deja de ser una cuestión metodológica para serlo exclusivamente sustantiva de la historia del derecho, pero que a mi entender viene a ser hoy el problema metodológico cardinal: el del tema de *La formazione storica del diritto moderno in Europa* <sup>(42)</sup>. Tras todo lo anteriormente dicho, podrá seguramente comprenderse la razón de que califique como cuestión metodológica un tema de carácter ya eminentemente sustantivo <sup>(43)</sup>.

Pues parece que sólo cabe una apropiada historia del derecho desde la previa historificación, y mediante forzosamente en ello la filología del caso, del derecho actual, desde la comprensión histórica de toda su ahistórica fenomenología: único expediente metodológico que puede realmente evitar que, ya por lo común subrepticamente, dicho derecho — su lógica y su sistema, sus categorías y sus presupuestos — informe toda la historia, la reduzca de nuevo a su imagen y semejanza, la convierta por enési-

---

<sup>(40)</sup> *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, cit. (nota 4).

<sup>(41)</sup> *La critica del testo*, Florencia 1971.

<sup>(42)</sup> Florencia 1977. Y en las autorizadas palabras de apertura de PARADISI ya se justificaba de forma análoga la secuencia de temas de estos congresos (cita en nota siguiente).

<sup>(43)</sup> De este último congreso podemos destacar, al menos, dos tipos de intervenciones que, con diversas connotaciones y aun perspectivas no en todo coincidentes, pueden situarse en análoga dirección: B. PARADISI, *Storia del diritto moderno e palingenesi della scienza giuridica*, I, ps. 1-11 (= *Apologia*, cit., ps. 519-530), y Dieter GRIMM, *Soziale, wirtschaftliche und politische Voraussetzungen der Vertragsfreiheit. Eine vergleichende Skizze*, III, ps. 1221-1248; de éste también, más directamente, *Rechtswissenschaft und Geschichte*, en D. GRIMM (ed.), *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften*, Munich 1976, II, ps. 9-34.



ma vez en su propia epifanía permanente (44). Sólo, con todo, desde la asunción en tal forma del derecho actual cabe, a mi entender, una legítima historia del derecho.

No se me oculta que esta especie de conclusión puede provocar equívocos con respecto a alguna de las posiciones más precavidas o más matizadas de la tradicional historia del derecho de implantación jurídica. Una lectura poco reflexiva (normal en aquellos historiadores para quienes toda « ciencia » histórica pueda reducirse a la publicidad ordenada de materiales inéditos, o en aquellos juristas para quienes toda « ciencia » del derecho pueda encerrarse en su función profesional mediadora entre norma y hecho) o una lectura más bien interesada (de esperar a su vez por parte de los historiadores del derecho que mejor se hayan acomodado en posiciones llanamente historiográficas) podrá fácilmente entender todo lo dicho como una simple reedición más o menos sofisticada de la historia doctrinal. Cuando aquí ya no se trata de construir jurídicamente la historia del derecho sino de desarrollar históricamente una ciencia de este objeto.

Aquí no se trata, en principio, de subordinar la historia al derecho, sino, perfectamente al contrario, de subordinar el derecho a la historia; aquí, la « lógica jurídica », de cualquier forma que se la conciba, ha de ser objeto — y no método — de la historia, no debiendo por ello asistir a su comprensión fuera del marco de sus propias determinaciones históricas; cuestión ésta de principio que, aunque hasta buen punto — tras la insistencia, por ejemplo, de Paradisi — ya evidente, conviene aun resaltar ante la no menos evidente persistencia de posiciones abiertamente contrarias incluso en casos bien significandos; así, entre nosotros, el representado por Jesús Lalinde (autor muy sensible justamente al tema por la propia capacidad de su trabajo: une las mejores investigaciones monográficas de historia de las instituciones a las exposiciones —

---

(44) Entre nosotros, recientemente ha reconsiderado esta clásica problemática J. A. ESCUDERO, *Derecho y tiempo: dogmática y dogmáticos*, en *Historia del Derecho*, cit., ps. 69-88 (= AHDE, 40, 1970, ps. 269-286), mas sin especial atención a sus manifestaciones más renovadoras. Por su parte, GARCÍA GALLO ha intentado confrontarse, reafirmando sustantivamente sus posiciones aun con menor énfasis, con alguna de ellas: *Cuestiones de historiografía jurídica*, I. *La justificación de la historia del derecho*, en AHDE, 44, 1974, ps. 741-752.

manualísticas ante todo — más doctrinarias de historia del derecho), pretendiendo decididamente que una determinada «lógica jurídica» — «paralógica» para mayor escrúpulo metodológico, pero también para mayor renuncia a una razón científica — hubiera de informar a toda la historia del derecho como medio de superar la «bifrontalidad» o concurrencia en su espacio vital de dos ciencias: la historia y el derecho <sup>(45)</sup>. ¿De dos ciencias, realmente? ¿O de una ciencia virtual y de su propio, virtual, objeto? ¿Es que resultan parangonables de alguna forma, comparables en términos homogéneos de alternativa epistemológica, la potencialidad científica de la historia y la actualidad normativa del derecho?.

Parece que una diferencia bien sustancial puede separarnos de otras posiciones con las que se comparte en principio la consideración jurídica de la historia del derecho, diferencia que viene precisamente a derivar de la desigual valoración de la misma «ciencia jurídica» subyacente en cada caso, del respeto político o científico que tal «ciencia», en su constitución actual, haya realmente de merecer. Recordemos, a estos efectos, el caso de García Gallo: éste respetaba al máximo la reproducción positiva de la dogmática jurídica, negando la misma posibilidad de constitución del derecho y su doctrina actual en objeto propio de la ciencia

---

<sup>(45)</sup> J. LALINDE, *Hacia una historia paralógica del derecho*, en HID, 4, 1977, ps. 317-353; y sobre su manualística — la única actualmente completa de «historia del derecho español» —, J. MARTINEZ GIJON, «Iniciación histórica al derecho español» y «Derecho histórico español». *Dos exposiciones de conjunto del profesor Jesús Lalinde*, en AHDE, 45, 1975, ps. 628-640. En antinomias análogas a la de LALINDE, expresadas sobre todo en la idea de «bifrontalismo» constitutivo de la historia del derecho, se han movido anteriormente otros autores españoles que también se encuentran entre los mejores investigadores de la materia y los mejor relacionados con otros medios historiográficos, especialmente L. G. de VALDEAVELLANO (véase en la introducción de su *Curso de historia de las instituciones española*, Madrid 1968) y José María FONT RIUS (así en su voz *Derecho histórico*, en la *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, VII, Barcelona 1950). Parece por ende, frente a lo que pudiera antojarse a primera vista, que estas ideas de composición híbrida de la historia del derecho han sido aquí características, más que de unos juristas-historiadores que así devaluasen la historia, de estos verdaderos historiadores que de tal forma procuran hacerse cargo desde un inicio de la complejidad y especificidad del objeto jurídico, de las cualidades de este objeto que suelen perderse en las posiciones puramente historiográficas.

histórica (46). O señalemos también el caso, diverso en buena e importante parte mas no en todo, de Wieacker: éste, en una situación política bien distinta que ya de por sí promovía o precisaba otros planteamientos, no manifestaba en grado análogo reverencia ante el sistema jurídico actual, concurriendo además decisivamente a la tarea de su historificación o de relativización de su dogmática, mas luego, mediante expedientes especulativos que no son ahora del caso, el mismo autor negaba a su vez la posibilidad factible por su misma obra de subordinación práctica de la « ciencia jurídica » positiva a esta virtual ciencia histórica del derecho (47). Y aquellas posiciones « bifrontalistas », concibiendo una especie de híbrido entre historia y derecho, no se sitúan sustancialmente en otro punto: la « ciencia jurídica » — ciencia, aun con sus peculiaridades, como la historia: en grado ambas más o menos relativo según los autores — ha de ser, como tal, intangible para el historiador, y ello aun en el caso de que pueda constituirse en objeto de su propia tarea científica o de investigación; esto es, la « ciencia jurídica » para el historiador, para un investigador que tiene en la amplitud de su campo posibilidades reales de explicación social, habría de ser política — ya que no ahora científicamente — intangible. El derecho, como objeto integral, vuelve a escapársele a la historia.

---

(46) Aparte las expresiones del propio GARCIA GALLO ya citadas, resultan muy expresivos en este terreno entre nosotros los planteamientos ya en parte también referidos de Alvaro D'Ors, por su decidida negación, tanto de una ciencia histórica (véase nota 21), como también ulteriormente (y GIBERT no dejará sintomáticamente también de seguirle en este terreno) de una ciencia social del derecho, el cual expresamente — y con ciertos rasgos atávicos suplementarios en su caso — se hace depender de la doctrina: véanse, entre otras, sus páginas reunidas en *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, Roma 1973.

(47) Véase considerado este punto, a la luz de los diversos escritos metodológicos de WIEACKER, por U. WESEL, *Zur Methode*, cit., ps. 340-355; pero, frente a radicalismo reductores para los que todo ello sería « idealismo », « historia del derecho burguesa » o términos análogos, del mismo modo que antes valorábamos la diferencia de los respectivos puntos de partida, tampoco debe despreciarse la de los resultados: en un caso se da el presupuesto ineludible a todos los efectos de la historificación de la dogmática que en el otro (nota anterior) falta; y en éste, en todo caso, puede seguirse aquilatando y des arrollando la filología que es presupuesto aun anterior de la historia.

Puede en conjunto decirse que la consideración reverencial, más o menos acentuada, más o menos confesada, de la doctrina vigente como « ciencia jurídica », unida por lo común significativamente entre historiadores del derecho a la duda metódica, en cambio, sobre el potencial científico de la historia, viene indefectiblemente estorbando la progresión — por no decir su mismo planteamiento en términos no mixtificados — del tema metodológico en nuestro ámbito. El derecho, o su doctrina, sigue pacíficamente presentándose como « ciencia » en el grado en que otros órdenes de investigación social mejor fundados lo ignoran como tal, en el mismo grado en que la ciencia social se muestra ya indiferente al debate por entenderlo suficientemente sentenciado contra dicha pretensión; y la especialidad jurídica de la historia, más abierta obligadamente a este ámbito científico más general, sigue con ello acomplejándose como un apéndice de ilustración del derecho sin claras perspectivas de reconocimiento científico en el mismo grado en el que, asumiendo las demarcaciones académicas actuales, comparte la suficiencia del derecho y de sus facultades: y tal historia, ciertamente y por mucho que intente disimularlo en algunas de las manifestaciones de su definición jurídica, seguirá mereciendo el mismo extrañamiento científico que la « ciencia » o doctrina del derecho. El aislamiento de esta especialidad histórica es el mismo aislamiento del derecho: ambos comparten tanto sus determinaciones metodológicas como sus connotaciones políticas.

Parece que el destino científico de la historia del derecho es el mismo destino del derecho; su cuestión metodológica se identifica, y esto porque, si no domina a su objeto reduciéndolo a sus justos límites históricos o sociales, comprendiéndolo en ellos, resulta siempre dominada por él: por su doctrina y por su ideología; siempre, pese a las ilusiones de las tendencias historiográficas que, en el campo de la historia del derecho, creen conjurar el peligro con sólo ignorarlo, o, en el campo de las especialidades históricas, pretenden que una ciencia — ilusiones de una « historia total » — puede constituirse sin la investigación de la estructura de su objeto: y para qué hablar ahora de la inopia de los historiadores que, repitiendo tópicos de « historia social » o de « marxismo » aquejados de una crónica incomprensión del objeto jurídico, siguen desahuciando sin más a la « historia del derecho » como espe-

cialidad consustancialmente doctrinaria, prejuicio que hoy pesa en la profesión histórica aunque a menudo más bien elegantemente disimulado <sup>(48)</sup>.

La problemática constitutiva de una historia y de una ciencia del derecho coincide en la misma identidad última de su objeto de investigación que requiere identidad de método: no caben dos ciencias sobre un mismo objeto, por mucho que la actual organización universitaria, con sus « filosofías », « sociologías », « historias », etc., se empeñe — nada inocentemente, desde luego — en desarrollarse bajo diverso principio. En cuanto que una pretendida « ciencia del derecho » no aplique a su momento las exigencias críticas de la mejor historia — o de la mejor sociología, si se quiere <sup>(49)</sup> —, exigencias tales como la de suficiencia, depuración y

<sup>(48)</sup> Véase, por ejemplo, coincidiendo el par de motivaciones aludidas, el caso de Pierre VILAR, *Histoire du droit, histoire totale*, en *Revista de Historia del Derecho*, I, 1976, ps. 15-49; lugar donde se recogen las actas de un congreso celebrado en 1973 con perspectivas análogas al reseñado en nota 40, mas con una curiosa peculiaridad: se invitó a tratar de historia del derecho a historiadores generales o de otras especialidades convocándose como audiencia a los especialistas (salvo un par de excepciones: Hans THIEME como homenajeado, y PEREZ PRENDES como anfitrión); no siendo con todo ello de extrañar que, desde diversas posiciones, el conjunto de estas actas vengan a ilustrar, no tanto la perseguida confluencia de ciencia histórica e historia jurídica, como cierta resignación o complejo de los historiadores del derecho a la situación contraria: a la incomprensión de su objeto por otras especialidades y a la consiguiente mutilación de la historia — ciencia — social, infactible sin la mediación de la historia — ciencia — del derecho.

<sup>(49)</sup> Véase, muy particularmente, Giovanni TARELLO, *La sociologia nella giurisprudenza*, en Renato TREVES (ed.), *La sociologia del diritto: un dibattito*, Milán 1974, ps. 40-51; más detenida, pero menos críticamente, P. LANDAU, *Rechtsgeschichte und Soziologie*, en *Vierteljahrsschrift für Sozial und Wirtschaftsgeschichte*, 61, 1974, ps. 145-164. Aunque, como ya dije, me parece más fecundo el posible intercambio de la historia del derecho con la antropología, dado — dentro de la inconveniencia de diferenciar como distintas « ciencias » estos diversos estilos de abordaje de un mismo objeto social dividido por razones perfectamente aleatorias — que en su campo — en el campo de la antropología — se ha conformado mejor que en el de la sociología — de una sociología tradicionalmente escindida entre el empirismo y la especulación — una orgánica relación entre dato y teoría, y una consiguiente mayor atención a los elementos institucional y de mentalidad. Pero convendría igualmente advertir que, hoy por hoy, la antropología, con su ensimismamiento aun imperante en primitivismos de sociedades sustancialmente ágrafas o pésimamente documentables, colabora a su vez — sobre todo por su capacidad de

contraste de datos, la de radicación de los mismos en los conjuntos, sistemas o estructuras correspondientes, la del análisis de su significación a partir y más allá de su propio testimonio, etc., etc., dicha « ciencia » podrá, por supuesto, ser doctrina de una determinada disciplina social, pero no, en caso alguno, conocimiento propiamente científico del orden social en cuestión. Se nos dirá, seguramente, que el objetivo de la « ciencia jurídica » es aquella disciplina, y no éste conocimiento: aquí, ciertamente, el equívoco, un equívoco, desde luego, tampoco nada inocente, sobre el que convendrá detenerse.

En la perspectiva que se nos venía abriendo, en lo que concierne a la configuración de una ciencia del derecho, podría ciertamente llegarse, conforme a las premisas expuestas, a la definición de una historia del derecho que fuera, ya por sí misma, ciencia de todos los sistemas normativos u órdenes compulsivos que se

atracción de investigadores más sensibles para con ajenas racionalidades — en el enrarecimiento o en el vacío de la historia más cercana que aquí se precisaría; deplorar esta circunstancia sin abrir al tiempo un horizonte análogo — hacia el pasado tanto como hacia el futuro — respecto a la historia europea, según viene ocurriendo en casos bien significados y autorizados como el de Pierre VILAR, parece un mero diagnóstico por síntomas, escasamente etiológico y difícilmente operable; el caso es que la historia con mejores títulos expansiva sigue siendo, pese a todo, más iuxtapositiva que integradora, sigue fagocitando objetos a costa, para ella, de sus ciencias específicas: su expansión es imperialista, imponiendo como « paradigma », de la misma forma que la sociología usual, la « antropología » de la sociedad europea contemporánea: véase Gérard MAIRET, *Les discours et l'historique. Essai sur la représentation historique du temps*, Paris 1974. Mas la mejor historiografía se enfrenta en cierto — relativo — modo con el tema: véase, por ejemplo, J. LE GOFF, *Pour un autre Moyen Age. Temps, travail et culture en Occident*, Paris 1978, particularmente — pero no sólo — ps. 335-348 (= *Mélanges Braudel*, II, *Méthodologie de l'Histoire et des Sciences Humaines*, Toulouse 1973, ps. 223-243); en un movimiento inverso de la antropología a la historia europea: Louis DUMONT, *Homo aequalis. Genèse et épanouissement de l'idéologie économique*, Paris 1977; lo cual puede conducir a una cierta — incierta — revalorización del objeto de la historia del derecho: véase el ejemplo de LE ROY LADURIE, *Le territoire*, cit., I, ps. 222-251 (= *Annales E. S.C.*, 1972, ps. 825-846). Y no deje, con todo, de atenderse la concienzuda e inteligente recapitulación de J. M. SCHOLZ, *Historische Rechtshistorie. Reflexionen anhand französischer Historik*, en J. M. SCHOLZ (ed.), *Vorstudien*, cit., ps. 1-175, que además concluye, por vía diversa (Jürgen HABERMAS finalmente), en un terreno análogo al nuestro.

han sucedido a lo largo de la historia <sup>(50)</sup>, pero ciencia a la que igualmente podría accederse desde otras especialidades jurídicas no confinadas en la dogmática, tanto, en su caso, desde la filosofía o desde la sociología — aunque, desde luego, cada una habría de vencer sus propias dificultades —, como también — con sus propios impedimentos de partida — desde las ramas positivas que consigan así abrir su horizonte: las iniciativas interdisciplinarias en tal sentido — sentido que no parece en cambio latir en empresas anteriores que pudieran analogárseles — de los *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* (desde 1972), o de los *Materiali per una storia della cultura giuridica* (desde 1971), así parecen hoy ciertamente confirmarlo; o aun mejor, como parece ser el objetivo de estas mismas empresas animadas, respectivamente, por el historiador Paolo Grossi y por el filósofo Giovanni Tarello <sup>(51)</sup>, la fundación de esta ciencia del derecho propiamente

---

<sup>(50)</sup> Dejemos que algunos romanistas nos recuerden cosas bien pertinentes al efecto; frente a la complicidad de la propia especialidad en la liquidación de la historia del derecho, G. FRANCIOSI, *Clan gentilizio*, cit., p. 14: « Se puede innovar, ya porque se ha dejado de creer en lo que se estudia y se enseña, ya porque se cree demasiado en ello; en el primer caso, se pone en discusión el objeto mismo de la investigación y de la enseñanza; en el segundo, el método »; y acerca de esta perspectiva de afirmación de la historia — ciencia — del derecho, R. ORESTANO, *Introduzione*, cit., ps. 365-366: « No tendrá, entonces, sentido hablar de estudio histórico del derecho como de algo distinto al estudio del derecho; o aun más: el derecho presente, afectado por una misma historicidad que el pasado, deberá ser considerado en la historia pues es historia y nada más que historia », lo cual ciertamente constituye tan sólo — o ya — « un proceso en acto en la cultura jurídica de nuestro tiempo: mientras que el mismo no se desarrolle, persistirán en la actividad concreta de la ciencia dos órdenes en parte distintos, el fundamento de cuya distinción, y no su existencia, es lo que negamos ».

<sup>(51)</sup> Debiendo destacarse muy especialmente a mi entender la figura de dichos promotores por cuanto que en ambos casos se da la circunstancia de que, aun de diverso modo, en parte por la misma diferencia de las especialidades de partida, con estas empresas pueden venir a germinar y desarrollarse colectivamente motivos y aportaciones de su respectiva obra personal, ya de por sí significada en esta dirección; y, a nuestros efectos, resulta particularmente de interés el discurso de P. GROSSI a lo largo de sus sumarias pero sustanciosas notas de introducción a las sucesivas entregas de estos *Quaderni*. Aun alienándose sustancialmente en otra dirección como ya sabemos y no caracterizando bien, a mi entender, la novedad de ésta, ya ha subrayado aquí la importancia de estos mismos órganos F. TOMAS Y VALIENTE, *La historiografía jurídica*, cit., ps. 461-462.

dicha habrá de comprometer justamente a la generalidad de las especialidades jurídicas — positivas y no positivas — en el grado o en la composición real que haya de resultar de su respectiva asunción de un compromiso del género, compromiso que podrá llevarlas a desbordar su propia demarcación para, en su caso, hacerse cargo también de las materias refractarias a la empresa, o para, en todo caso, poder integrar orgánicamente — y no por simple yuxtaposición de conclusiones — los logros de las especialidades realmente colaboradoras: un reparto académico de papeles previo no serviría de nada; no hay aquí « tareas » que encomendar y con la que justificar a cada especialidad; tanto la historia del derecho como otra especialidad jurídica podrían constituirse en impulsores de la empresa, de la misma forma que tanto una como otra especialidad, en sus respectivas definiciones académicas, podrían realmente estar ausentes de ella: sus investigadores tendrían la palabra.

En cualquier caso, como espacio vital de una historia del derecho parece que se precisa hoy más — digamos — una « ciencia jurídica integral » que alguna especie de « historia total » <sup>(52)</sup>. Bajo diversas concepciones, podría seguirse condenando a la historia del derecho a ser tan sólo, o un pobre elemento de ilustración de la doctrina jurídica, o un capítulo de la historiografía desde luego más sustantivo pero aun sin razones fundamentadas para afirmarse o constituirse como una especialidad autónoma; de una u otra forma, la académica historia del derecho no podrá escapar, ni de aquella servidumbre social de la misma historia general de la que sólo parecía que pudiera adquirirse conciencia, y por tanto comenzar a liberarse, mediante una verdadera ciencia histó-

---

(52) Ultimamente, se ha significado sobre todo entre nosotros por la posición contraria, requiriendo la comprensión de la historia del derecho en una « historia total », J. M. PEREZ PRENDES, aun de forma un tanto atípica por la persistencia de unas inclinaciones filosófico-jurídicas que pueden salvaguardar cierta entidad de la materia jurídica, guardándole de enterrar el derecho en el *territoire de l'historien* (puede verse la amplia parte metodológica de su *Curso de Historia del Derecho español*, Madrid 1973). Convendrá asimismo recordarse que PEREZ PRENDES es quen más ha destacado entre nosotros, junto tal vez a Alfonso OTERO, por enfrentarse sustantivamente en el mismo terreno de la investigación con imperativos de no proyección en la historia de categorías jurídicas contemporáneas.



rica del derecho, ni tampoco podrá escapar de la miseria epistemológica de la doctrina jurídica: la historia y la doctrina jurídicas, acomodadas en las funciones gremiales de sus facultades universitarias, podrán cerrarse a la evidencia de que ambas contribuyen a la simulación de una « ciencia » cuya técnica — cuya práctica, cuya política — realmente escapa a su dominio — escapando previamente a su comprensión y a su explicación —, pero ello no las liberará de su propia responsabilidad social; mas bien al contrario: ellas cometen tal fraude social en su doble alcance científico — impidiéndose, con su simulación, que ni siquiera se perciba tal falta de ciencia — y político — ofreciendo su coartada a una política del derecho que puede así sustraerse tanto a la inteligencia de los profesionales como a la voluntad de los políticos —. La responsabilidad que pudo imputársele a la historia del derecho, por su ausencia sustancial, en el momento jurídico fascista, podría seguramente también reconocerse, pese a todo, en momento posterior: y no resultarían hoy políticamente inocentes ni la afirmación exclusivamente historiográfica de la historia del derecho ni su posición en un campo jurídico respetuoso de la presente « ciencia jurídica ».

Pero, se nos dirá, si antes se hablaba, para otras concepciones de la especialidad, de su disolución en el ámbito de una historiografía general, ¿no se produce ahora, de forma análoga, su desaparición en el seno de una ciencia del derecho? Ciertamente, en parte ello es así, pero la historia del derecho no deja por ello de conservar una sustantiva identidad: un objeto propio cuyo conocimiento podrá luego tanto proseguirse como aplicarse en otra fase presente de la ciencia jurídica, con todas sus especialidades, que ya no le correspondería. Hablamos de una historia del derecho como empresa de investigación de los diversos órdenes sociales habidos en la historia, de los distintos órdenes expresos compulsivos conforme a los cuales ha podido constituirse la sociedad; tales órdenes — su conocimiento — serían el objeto específico — « derecho » — de tal historia, y ello — conviene advertirlo, pues es importante para la misma viabilidad de tal empresa — sin mayor especificación inicial. Frente a los repetidos intentos de definir o delimitar de antemano — en el consabido capítulo « metodológico » previo — para todos los sistemas históricos el objeto especí-

fico — « derecho » — de la historia jurídica, conviene según decimos insistir en que tal tipo de fijación — así, per ejemplo, su distinción a tales efectos de « la religión » <sup>(53)</sup> — ya hipoteca seriamente la propia empresa: tal género de problemática habrá de plantearse — como cuestión sustantiva — específicamente para cada sistema histórico, constituyendo además uno de los capítulos esenciales para el estudio de su constitución. Podríamos, en suma, decir: cuestión sustantiva resulta el tema metodológico del objeto de la historia del derecho como cuestión metodológica resultaba el tema sustantivo de la historia del derecho contemporáneo, de la formación histórica de un sistema jurídico autónomo, de un derecho definido autónomamente. De hecho, no hay aquí más metodología que la ciencia sustantiva, y ésta, para el derecho, en gran parte ha de ser aportada por la historia: es su objeto.

Cuando anteriormente comprendíamos en el campo de la filología, para la historia del derecho, el estudio de la « ciencia jurí-

---

(53) Priva sobre todo, como es notorio y más particularmente suele exponerse en tratados de « derecho comparado » que comparten con la más convencional « historia del derecho » su « nacionalismo » de partida, una distinción de nuestro sistema histórico con respecto a otros « sistemas jurídicos » — islámico, judío, etc. — en este punto de « la religión », que en éstos alcanzaría un peso inexistente en aquél; pero ¿no se proyecta con ello en la historia europea la definición autónoma del sistema jurídico que sólo se anuncia con el Humanismo, sólo se desarrolla teóricamente con la Ilustración y sólo se impone efectivamente con las revoluciones ulteriores? ¿No viene esta peculiaridad cierta de la historia europea empañando el conocimiento de su historia anterior? ¿No alcanza en el sistema histórico del *ius commune* en concreto, vigente hasta dicho momento postilustrado al fin y al cabo bien reciente, la religión y sus textos una presencia equiparable a la de otras tradiciones culturales? Recuérdese así cómo puede venir subrayando justamente tal presencia Walter ULLMANN (véase, por ejemplo, en su manual *Law and Politics in the Middle Ages*, Nueva Yor, 1975), lo que podría extenderse a los siglos modernos de vigencia del *ius commune* aunque resulte entonces menos evidente por el mismo desenvolvimiento de la mentalidad actual desde el Humanismo. Y lo que podría también decirse de otra distinción tan arraigada en la sociedad postilustrada como la de « derecho » y « economía »: tras, por ejemplo, la obra en tal dirección de Karl POLANYI (y su *The Great Transformation* data de 1944), obra que significativamente se hace notar más entre antropólogos que entre historiadores (se piense sobre todo en el caso de Maurice GODELIER), la presencia o la operatividad de tal distinción debiera igualmente haberse ya recludo en el sistema histórico que la creó y al que corresponde.

dica » de la época, el análisis de la « disciplina social » expresa del sistema en cuestión — la lectura propiamente jurídica de las fuentes correspondientes —, no estábamos apuntado en otra dirección: y esto que suele entenderse ya como historia del derecho cumplida — así, comúnmente, en el ámbito aludido de la *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* — no habría de ser, según decimos, sino su filología, como tal instrumental e imprescindible, pero sólo tal. Ello, para afirmarse a su vez justamente como ciencia, habría, entonces, de comprenderse en un objetivo ulterior de análisis y explicación de los distintos órdenes sociales compulsivos; consideración de dichos órdenes en su integridad — así, no proyectándose en modo alguno lo que hoy encerramos específicamente en el término de derecho, cuestionándose las mismas formas de definición y producción del respectivo orden: la « creación del derecho » más allá, en su caso, del derecho —, y consideración de dichos órdenes conforme al conjunto de sus determinaciones históricas — así, no presumiéndose una causación lineal que igualmente legitimaría toda autonomía y toda continuidad: cuestionándose éstas desde el conocimiento sustantivo de las instituciones sociales —. Este abordaje del objeto de la historia del derecho ha de producir el conocimiento sustantivo que resuelva nuestras cuestiones metodológicas: es la vía sustantiva que la metodología parece realmente precisar. En otro caso, por la vía usual de los capítulos « metodológicos » previos a la historia sustantiva, más o menos subrepticamente, ya vienen comúnmente a sentarse una serie de prejuicios — definición en algún grado autónoma del derecho, continuidad en alguna forma de sus principales instituciones o, incluso, normas ... — que definen, realmente, un objeto ficticio o, al menos, un espacio nebuloso en el que difícilmente podrán abordarse sus cuestiones más fundamentales: aquellas cuestiones por las que precisamente a partir de la historia podría constituirse una verdadera ciencia del derecho.

Habíamos entrado en esta serie de consideraciones para poder enfrentarnos finalmente con lo que calificábamos de seguro equívoco entre la ciencia del derecho de que aquí se trata y la actuación generalmente reconocida, o al menos identificada, como « ciencia jurídica », cuya función práctica, cuya profesión, podrá ciertamente sentirse bastante alejada de toda la problemática que aquí

se considera: podría, desde ella, decirse que el planteamiento de aquella ciencia justamente habrá de comprometer a las especialidades no positivas de derecho, pero que no tiene mucho que ver con sus propias misiones o tareas; aquella ciencia, según esto, habría de moverse en un campo que sustantivamente no se interferiría con el correspondiente a esta «ciencia jurídica», la cual se seguiría mostrando insustituible: la ambición epistemológica de otra ciencia más adecuada a su propio término sería encomiable, pero la miseria epistemológica de la doctrina, si con ello acaba por aceptarse, no podría ser en caso alguno redimida. El cuadro no es hoy insólito: la doctrina rebaja al mínimo sus pretensiones científicas al tiempo que reafirma al máximo sus pretensiones prácticas.

Mas tal división de campos sólo puede seguir derivando de aquel equívoco, defenderse desde él. La mejor técnica — la mejor práctica, la mejor política — es la que se vincula a una ciencia en su sentido estricto, la que asiste a su progreso y entrafia su aplicación; siendo factible tal ciencia, toda técnica que quiera divorciarse no puede sino entrar o permanecer en el terreno del oscurantismo o de la manipulación. Aquella «ciencia jurídica» que era técnica de definición y de integración de conceptos e institutos jurídicos, pericia en el manejo de los elementos dispositivos, doctrinales e institucionales de un sistema vigente de ordenación social compulsiva, entra lícitamente en la perspectiva de esta ciencia jurídica que es empresa de conocimiento social dotada de los elementos adecuados para la consecución virtual de su objetividad, empresa de conocimiento del conjunto de determinaciones materiales o sociales del sistema en cuanto tal y en todo su desenvolvimiento dispositivo, doctrinal e institucional.

Y entre esta ciencia del derecho y aquella «ciencia jurídica» mediará, en su misma vertiente técnica o de operatividad social, una diferencia nada despreciable, bien ilustrativa de sus respectivas entidades e implicaciones. En el mismo conocimiento al que podrá accederse por la ciencia estricta ha de caber fundarse, no sólo dicha técnica o pericia dentro de los límites propios del sistema en cuestión, sino también una práctica ulterior que, superándolos, pueda afectar al mismo sistema en su raiz, modificarlo en su sustancia, práctica ésta última que, según resulta fácilmente

constatable, sólo puede entrar, en su caso, en el horizonte de aquella « ciencia jurídica » violentando, por la voluntad de la decisión política, sus propios presupuestos, sin la garantía de previsión política fundada que en la otra forma sería más propiamente accesible. Esta « ciencia jurídica », si quiere ser coherente, estará condenada a no trascender las limitaciones o las coordenadas del sistema vigente; el horizonte de su superación podrá perfilarse, en cambio, en aquella ciencia del derecho. Sólo el conocimiento científico de las determinaciones de diverso orden del sistema puede acceder garantizadamente a la consideración y a la práctica de su superación política; esta ciencia — historia — del derecho habría de considerarse indispensable, frente a tantos planteamientos más intuitivos habidos desde el « socialismo jurídico » hasta el « uso alternativo del derecho », para una revolución — digamos — civilizada <sup>(54)</sup>.

La historia sería, con todo, ciencia, y la ciencia, técnica: política del derecho, ya subordinada a un orden de conocimiento social, en la línea de relación exactamente contraria a la imperante, antes ya referida, entre una « historia » y una « ciencia » del derecho, por una parte, y una política, de otra, que rige realmente, de forma no reconocida y no fácilmente reconocible, su constitución y su

---

<sup>(54)</sup> Con un planteamiento crítico de la tradición marxista de matriz engelsiana (en la que estaba ciertamente presente la antropología: pero recluyéndose también en sus primitivismos las cuestiones que propiamente habrían de considerarse en la historia moderna), planteamiento que no siempre mantiene este autor, muy justamente lo apuntaba CERRONI en su intervención en el congreso de 1972 sobre *L'uso alternativo del diritto* (Bari 1973, I, ps. 1-12; o en *Introduzione*, cit., ps. 116-125, como añadido ahora a una versión anterior del referido capítulo *Conoscenza scientifica e diritto*); en perspectiva análoga, entre otros, Luigi BERLINGUER, *Considerazioni su storiografia e diritto*, en *Studi Storici*, 15, 1974, ps. 3-56, perspectiva ésta que luego — convendrá añadir — suele sustanciarse en la forma invertida que subordina la ciencia — historia — a la política: juristas positivos de la misma tendencia abordan hoy así, viciadamente, la historia del derecho, no sin cierta displicencia hacia las exigencias filológicas de la historiografía profesional. Y permítaseme finalmente el recuerdo de un historiador del derecho que, en la tendencia del « socialismo jurídico », supo prefigurar y en alguna parte enfrentarse a este complejo de cuestiones, del cual, por estas razones, recientemente me he ocupado: B. CLAVERO, « Estudio preliminar » a Giuseppe SALVIOLI, *El derecho civil y el proletariado*, Sevilla 1979, ps. 9-44.

desarrollo. No nos detendremos ya, después de todo lo dicho, en desglosar la apreciación del alcance — digamos — político de tal inversión de relaciones; simplemente, y ya para finalizar, insistiremos en lo que toca exclusivamente a la historia del derecho como especialidad.

A tal historia, como decimos, le cabe concurrir a la constitución de una ciencia del derecho acreedora realmente de tal denominación, o también, de abarcar la totalidad de su objeto, le cabe erigirse por sí misma, no desde luego por simples declaraciones de intenciones metodológicas más o menos individuales sino por la efectiva dirección de sus intereses e investigaciones con el suficiente peso colectivo, en tal ciencia del derecho, ciencia dotada realmente de los medios filológicos para acceder al conocimiento de todas las determinaciones de los métodos y formas de establecimiento y reproducción del orden social expreso compulsivo, de sus sucesivos sistemas históricos, el presente incluido de forma ineludible: tanto sustantiva como metodológicamente. Una historia del derecho que, en otro sentido y con todas las variantes del caso, se enajene, como un « frente » entre otros de acceso a su objeto — a un derecho de estructura así no determinada ni analizada para ella —, de tales perspectivas, aceptando de tal modo a todos los efectos su — en gran parte residual — más común demarcación académica, puede ciertamente condenarse, no sólo a ser un simulacro o un sucedáneo de « ciencia », cualidad que al fin y al cabo compartiría con otras materias universitarias sin mayor peligro para su subsistencia dadas sus formas gremiales de reproducción, sino también, tras haber perdido, tan irremisible como afortunadamente, la función práctica de su anterior vinculación a la doctrina y según la preocupación que desde entonces no deja de arrastrarse, a ser una disciplina que puede, con toda justicia, estimarse académicamente superflua, tanto para la historiografía sustantiva como para la ciencia jurídica positiva, pese esto a su sostenido empeño de brindar « trabajos » a la primera y « experiencias » a la segunda que ni la una ni la otra saben realmente cómo aprovechar.

Pero — experiencias y trabajos perdidos — todo ello, en definitiva, podría interesar tan sólo a la suerte — vitalidad, esclerosis o extinción — de un determinado gremio, no forzosamente a

una problemática de ciencia del derecho que, según señalábamos, podría abordarse desde otras especialidades y que, en todo caso, habrá forzosamente de plantearse en nuevos momentos de crisis del sistema contemporáneo, aunque entonces seguramente con una urgencia y con una precariedad que de otra forma pudiera haberse salvado. Ateniéndonos a nuestras cuestiones: para la historia jurídica, o se progresa hacia dicha historia del derecho, consecuentemente con su propia historia, o no habrá realmente razones fundadas para el mantenimiento de una especialidad del género; para la facultad jurídica, en fin, o se progresa hacia dicha ciencia del derecho, con la concurrencia o con la ausencia de la historia como especialidad, o sólo existirá una «ciencia jurídica» que seguirá siendo una técnica de manipulación social no sometida a su propio dominio y de velamiento ideológico de las determinaciones sociales de su objeto. *Alterum non datur*, que diría Orestano.

*La dimensione giuridica*





JESÚS LALINDE ABADIA

## UNA IDEOLOGIA PARA UN SISTEMA

(La simbiosis histórica entre el iusnaturalismo castellano  
y la Monarquía Universal)

I. *La conveniente revision axiologica del iusnaturalismo castellano*: 1. Las posturas de los tratadistas. — 2. La postura ligemente crítica. — 3. La postura aséptica. — 4. La posición justificativa. — 5. La postura apologética. — II. *La simbiosis historica entre el iusnaturalismo castellano como ideologia y el decisionismo como sistema, tesis de una postura critica*: 6. La ideología. — 7. El sistema. — 8. La simbiosis entre ideología y sistema. — 9. El conservadurismo. — 10. El levitismo. — 11. El belicismo. — III. *La «lex gratiae», el «pactum subiectionis» y la «exemptio imperii», como fundamentos ideologicos de la monarquía universal*: 12. La concepción graciosa de la ley. — 13. El pacto de sumisión política. — 14. La exención del Imperio. — IV. *La correlacion entre el confesionalismo y la condicion represiva del poder*: 15. El confesionalismo. — 16. La organización familiar. — 17. La represión penal. — V. *La acentuacion de la discriminacion social por el confesionalismo represivo*: 18. La esclavitud. — 19. La religión y la raza. — 20. Los indios. — VI. *La ambigüedad del concepto de «derecho de gentes» como recurso retorico justificativo de la esclavitud y de la propiedad privada*: 21. El derecho natural. — 22. El derecho positivo. — 23. El derecho de gentes. — 24. La esclavitud. — 25. La propiedad privada. — VII. *El expansionismo autoritario y confesional como maximo exponente simbiotico*: 26. El nacionalismo castellano. — 27. La propagación de la fé. — 28. El intervencionismo. — 29. La conquista de las Indias. — 30. El derecho internacional.

### I. - LA CONVENIENTE REVISION AXIOLÓGICA DEL IUSNATURALISMO CASTELLANO.

#### I. *Las posturas de los tratadistas.*

Algo que tiene que sorprender al estudioso de las ideas filosóficas sobre el Derecho es la cantidad ingente de libros, tesis doctorales y artículos de revista publicados sobre la llamada

*escolástica tardía, segunda escolástica, escolástica española o iusnaturalismo castellano* (1). Tratar de recoger la bibliografía es empeño difícil e, incluso, lo es el tratar de orientar historiográficamente (2). Algunas obras estudian la escuela, en general, mientras las más estudian figuras individuales, en especial, Vitoria o Suárez. Unas veces lo que atrae es el aspecto filosófico, pero predomina la atracción por el aspecto internacionalista, sin que tampoco deje de atenderse al aspecto penal y aún, aunque en menor medida, el Derecho privado. La historiografía sobre el iusnaturalismo castellano puede constituir una especialización dentro de la historia de las ideas jurídicas, y aunque está integrado mayoritariamente por autores españoles, no faltan tampoco los norteamericanos, franceses, ingleses o alemanes.

La referida dedicación intensiva, sin temor en los autores por copiarse unos de otros, hace sospechar sobre la condición «ideológica» de parte de esa historiografía. Es posible que, en gran medida, lo que se persiga es imponer la doctrina de la escuela, a través de la continua insistencia sobre sus puntos de vista, y esto ha podido observarse en la postguerra española. Por ello, es preciso renovar los estudios, despojándolos de esa carga ideológica que, incluso, ha podido arrastrar a aquellos otros estudiosos más impulsados por móviles puramente científicos, como destacar matices inéditos o sintetizar mejor el pensamiento general, que, sin embargo, no hayan podido resistir la impetuosa corriente movida en un sólo sentido. La referida renovación es la que he intentado yo iniciar algunos años en estos mismos *Cuadernos* (3) e intento continuar en el presente trabajo, conectando la escuela

---

(1) «Tardía» es empleado en Alemania y «Segunda» se emplea en Italia. «Española» es lo usual entre nosotros, pero yo he preferido precisar más con el calificativo de «castellana», como explico en *Anotaciones historicistas al iusprivatismo de la Segunda Escolástica*, en *La Secunda Scolastica nella formazione del Diritto Privato Moderno*, Milano, Dott. A. Giuffrè Ed., 1973, 303-375. A este trabajo tendré que referirme con frecuencia.

(2) Lo he intentado en *Iniciación histórica al Derecho español*, Ed. Ariel, 2ª ed., Barcelona, 1978, paragr. 283.

(3) Es el trabajo cit. en nota 1. Fue una comunicación leída en la reunión celebrada entre los días 16 y 19 de octubre de 1972 en la Universidad de Florencia.

con su tiempo, es decir, estudiándola históricamente, que no es describirla genéticamente, sino mostrar su vinculación con los intereses humanos concretos de su tiempo, destacando, sobre todo, la falta de fundamento en gran parte de la apreciación de que ha sido objeto después. No me mueve otro interés que el de contribuir a una valoración más serena de la escuela, dificultada por el referido *bombardeo* intelectual al que hemos sido sometidos, y sin que ello represente el reconocimiento de la superioridad de las escuelas contrarias, que estimo necesitan de análisis similares.

Las posturas de aquella parte de los tratadistas que se va a utilizar seguidamente, y que no es sino eso, una parte, oscilan entre la ligeramente crítica y la apologética, pasando por la aséptica y la justificativa, echándose en falta la postura crítica, que es la que se intentará en este trabajo. La postura crítica conduce a una revisión axiológica del iusnaturalismo castellano de la que está muy necesitado, pues resulta excesivo el número de sofismas y apreciaciones sin fundamentación rigurosa que se ha tejido en torno a él, pretendiendo presentarlo rodeado de todas las virtudes y desprovisto de cualquier flaqueza, así como desconectado de los intereses materiales de su época, lo que como se verá, dista mucho de la realidad.

## 2. La postura ligeramente crítica.

Una postura ligeramente crítica es la representada por R. LABROUSSE en un buen libro (4), en el que se muestra agudo en la interpretación, aunque no decidido a llegar a las últimas consecuencias, y trabajando casi exclusivamente sobre Suárez, y, sólo en menor medida, sobre Vitoria. Como flaquezas generales en la escuela detecta el *pragmatismo*, sobre el que insiste (5) y califica de *defecto* (6), así como en la vaguedad del sistema ético-jurídico (7).

---

(4) R. LABROUSSE, *La doble herencia política de España*. Ed. Bosch., Barcelona (1942). Puede influir la nacionalidad del autor, como ya se hizo notar respecto a Villey, y que, naturalmente, no disminuye su valor.

(5) *Op. cit.*, pag. 60 y ss.

(6) *Id., id.*, pag. 65, nota 86, donde se dice: «... este defecto de la política de los escolásticos lo compartirá toda la doctrina que por un afán de respetar

Ambas imputaciones son graves para una escuela que parte de bases dogmáticas y teológicas, pues éstas sólo son congruentes con la claridad y la firmeza, y el *pragma* sólo lo es con la desconfianza en el *dogma*. Ambas imputaciones son ciertas, pues una característica destacada de la escuela es la utilización de categorías ambiguas para no oponerse frontalmente a instituciones en pugna con la religión revelada <sup>(8)</sup>. El suarismo lo considera LABROUSSE poco humanista, si bien incurriendo él mismo en contradicciones <sup>(9)</sup> y halla en él un parentesco con el racionalismo jacobino, al corresponderles una estructura social totalitaria <sup>(10)</sup>, significando un retroceso respecto a Vitoria, cuando para contener al Príncipe en la guerra justa se limita a *la caridad debida hacia la Iglesia*, en tanto el último, además de preocuparse por la seguridad de la cristiandad, se preocupó también por la del mundo general <sup>(11)</sup>. Al autor citado no se le escapan las correlaciones entre la escuela y el sistema político, a través de la acomodación del derecho natural de la primera a las instituciones básicas del segundo <sup>(12)</sup>, como tampoco el que la famosa doctrina del tira-

---

los hechos y de admitir los tanteos empíricos, se contente con sentar principios extremadamente generales y flexibles».

<sup>(7)</sup> *Op. cit.*, pag. 90: «Es que en este terreno (el de la cruzada), como en los demás, el sistema ético-jurídico de los escolásticos sigue siendo una construcción abstracta; se encastilla en los principios y se olvida de indicar la estructura, aun sumaria, de las instituciones que podrían darle cuerpo».

<sup>(8)</sup> Lo expuse en la indicada reunión de Florencia, y constituye el apartado VI del presente trabajo.

<sup>(9)</sup> LABROUSSE, *op. cit.*, pag. 95: «construcción inacabada, lógica, sí, pero rígida, seductora para el moralista y hasta para el hombre de Estado, pero sofocante para el simple hombre». Parece que hay contradicción entre «inacabado» y «lógico», y tampoco la «rigidez» parece acomodarse al pragmatismo.

<sup>(10)</sup> *Op. cit.*, pags. 17-18. Un «escollo antiguo» o «escollo liberal» llama a los trabajos del siglo pasado por escritores políticos como Cánovas del Castillo y Paul Janet, que juzgaron con arreglo a los principios del liberalismo burgués. El autor opina que descuidaron el aspecto que anunciaba en un período, al menos, de la Revolución francesa la venida de la ciudad totalitaria, y por eso cargaron al absolutismo y al espíritu monárquico ideas unidas a él, pero que maduraban una república cerrada y homogénea, más vieja y más moderna que la sociedad del antiguo régimen.

<sup>(11)</sup> *Op. cit.*, pag. 93.

<sup>(12)</sup> *Op. cit.*, pag. 66: «Vese sin gran dificultad que con tales proposiciones

nicidio no era en ella un arma real contra el despotismo, y menos si éste era el de los monarcas de su tiempo <sup>(13)</sup>.

Al lado de estas consideraciones de conjunto, en LABROUSSE se encuentran consideraciones críticas sobre aspectos particulares de la escuela, tal como el de la consideración de la guerra como un medio judicial <sup>(14)</sup>, o el de la discriminación religiosa <sup>(15)</sup>. Todo ello indica que el autor considera la escuela como pragmática, ambigua, concorde con el sistema político de su tiempo y discriminadora, al mismo tiempo que su evolución, concorde también con el sistema político de su tiempo, lo es en dirección totalitaria, representándolo el paso de Vitoria a Suárez. Sin embargo, esta síntesis final no se encuentra en LABROUSSE, quien parece temeroso de elaborarla, y con ello la crítica pierde en vigor y transcendencia, transfiriéndose al lector la enorme carga de hacerlo.

### 3. *La postura aséptica.*

Un grupo de filósofos y de historiadores se limitan a exponer las características de la escuela, sin apreciación alguna axiológica o estimativa. Asombra en ellos la frialdad, sobre todo, cuando no escriben bajo la presión del poder político. Sólo su confesionalismo, católico o simplemente cristiano, y, en todo caso, la presión social, puede explicar el por qué de estas actitudes. El

---

es cosa fácil conciliar con el Derecho natural toda clase de sociedad y especialmente la sociedad jerárquica de la antigua España ».

<sup>(13)</sup> *Op. cit.*, pag. 79. Respecto a la resistencia a la tiranía dice que la garantía es « extremadamente teórica » y que « los teólogos, empero, se ingenian buscando argumentos que impongan la obediencia ».

<sup>(14)</sup> *Op. cit.*, pag. 89: « La guerra-juicio puede servir de pretexto para las interpretaciones singulares; abre el camino a una corriente de ideas, en el término de la cual hay peligro de que se encuentre la guerra-cruzada ».

<sup>(15)</sup> *Op. cit.*, pag. 111: « Observemos de paso, de que modo la consideración religiosa altera o limita aquí el objetivismo de Vitoria. En Suárez ... se agrava con el abandono del principio de justicia en favor del principio de la caridad ... ». Se refiere a que Vitoria declara ilícito en la guerra perjudicar personas eclesiásticas, la esclavitud de cristianos, o el asesinato sistemático de soldados, cosas que declara lícitas tratándose de infieles, siendo el mejor remedio acabar con todos los que puedan tomar las armas contra los que considera como suyos.

iusfilósofo español y discípulo de ORTEGA Y GASSET, LUIS RECASENS SICHES, trata de justificarse por realizar una crítica que él califica de *puramente inmanente* o *lógicointerna* <sup>(16)</sup>. Esa búsqueda de justificación denuncia su estado de conciencia, sin que, por otra parte, convenza a nadie, pues no se comprende por qué la *crítica transcendente* se ha de reservar a las obras sistemáticas y hurtarla a las históricas, ni por qué es peligrosa en éstas, pues lo que será realmente peligroso es considerar éstas como registros indiferentes de todos los posibles horrores y errores humanos. El alemán SODER ya previene contra el que una *lectura superficial* de su obra sobre Suárez pueda parecer que el trabajo es meramente narrativo <sup>(17)</sup>, pero no hace nada por desvanecer esa impresión, máxime cuando reconoce que Suárez sigue la teoría tradicional sobre la esclavitud, y hasta el que la esclavitud era el fundamento del derecho colonial español <sup>(18)</sup>, y, sin embargo, no parece que a ello otorgue otro significado que el de un simple hecho, que no precisa de ninguna consideración valorativa. RECASENS, que considera el derecho de resistencia frente al tirano como una idea fecunda de los autores católicos, que es descujada por el luteranismo <sup>(19)</sup>, lo que traspasa los límites de la crítica inmanente, no se molesta en analizar si ese derecho se opuso alguna vez a los Austrias o por qué estos monarcas no eran considerados tiranos.

Un caso especial lo constituye el de los *lascasistas* o *lascasianos*, partidarios de la postura del P. Bartolomé de las Casas y, generalmente, cristianos, cuya defensa no les lleva a atacar a la es-

---

<sup>(16)</sup> RECASENS SICHES, *La Filosofía del Derecho de Francisco Suárez*, Madrid, 1927, págs. 2-3: « La única crítica que el Autor se atreve a hacer es la puramente inmanente o lógicointerna ... En cambio por principio de honestidad mental me abstengo de toda crítica transcendente, de gran valor ... en una obra sistemática, pero de peligrosas consecuencias en un trabajo de índole histórica ».

<sup>(17)</sup> JOSEF SODER, *Francisco Suárez und das Völkerrecht*, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main, 1973, Introducción, pag. 12: « ... una lectura superficial puede dar la impresión de que el trabajo esencialmente se queda en el referir ».

<sup>(18)</sup> *Op. cit.*, págs. 122-123. Además, Soder no tiene en cuenta la literatura secundaria de Suárez, como es la de los « Dictámenes ».

<sup>(19)</sup> RECASENS, *op. cit.*, pag. 155.

cuela, lo que, por otra parte, es congruente, pues tampoco su defendido fue un adversario, pese a cierta heterodoxia. MENENDEZ PIDAL no lo entendió así, es decir, no admitió la compatibilidad entre el credo de las Casas y la acción colonizadora española realizada de acuerdo con la escuela, aunque hubiera discrepancias accidentales, y resolvió el problema en los últimos años de su actividad científica atacando al citado dominico, aunque le absolviera de toda mala intención <sup>(20)</sup>, incurriendo con ello en la indignación del P. VENANCIO CARRO, buen conocedor de las figuras de la escuela, Domingo de Soto, principalmente, y para quien los teólogo-juristas componentes de aquélla han sido los mejores defensores de los Derechos y deberes del Hombre, incluyendo entre éstos la *verdadera y legítima libertad de conciencia* <sup>(21)</sup>, frase que subrayo porque es significativa de que el concepto de libertad de conciencia del autor es muy específico y, desde luego, diverso del que todo el mundo occidental admite desde el siglo pasado. Un lascasiano, que coincide con V. CARRO en los ataques a MENENDEZ PIDAL, y se muestra de acuerdo con el francés BATAILLON es Angel LOSADA, quien destaca que Las Casas, *adelantándose a nuestro tiempo, se sitúa en un plano supranacional y expone una doctrina avanzadísima defensora de los derechos del hombre, sin distinción de nacionalidad* <sup>(22)</sup>. Tampoco el lascasista norteamericano HANKE se plantea problemas valorativos de la

---

<sup>(20)</sup> RAMÓN MENÉNDEZ PIDAL, *El Padre Las Casas. Su doble personalidad*, Espasa Calpe, S. A., Madrid, 1963, pag. 293. Se dice: «Las Casas no falseaba intencionada y conscientemente los hechos o los documentos ...». En pags. 263-264 se destaca que el franciscano Toribio Motolinía experimentó fuerte sobresalto cuando en 1555 llegaron los libros de Las Casas, pues para aquél la guerra podía ser necesaria a fin de la predicación, así como la conquista era beneficiosa para los indios. Para Menéndez Pidal (pag. 131), «Vitoria, al fundar el derecho internacional moderno, nos trae a la realidad humana, anteponiendo a todos los otros títulos de dominio, el título de los intereses terrenos», en tanto que «Las Casas con su utópico ideal repudia el superior ideal cristiano, ... no es un perspicaz, es un ciego».

<sup>(21)</sup> VENANCIO CARRO, *Carta abierta a D. R. Menéndez Pidal. Anotaciones a su conferencia sobre Las Casas*, Madrid, 30-XI, 1962, pag. 15.

<sup>(22)</sup> ANGEL LOSADA, *Fray Bartolomé des Las Casas a la luz de la moderna crítica histórica*, Edit. Tecnos, Madrid (1970), pag. 17.



escuela <sup>(23)</sup>, ni incluso el propio BATAILLON, pese a que éste presente a Las Casas, no como una figura aislada, sino como el jefe de una minoría inquieta <sup>(24)</sup>, contrario, por tanto, a una mayoría cuyo pensamiento habría de valorarse. La gran controversia entre Las Casas y Sepúlveda es expuesta, por regla general, en forma aséptica <sup>(25)</sup>, siendo en todo caso el segundo el que representa el papel del « malo », sin que se preste atención al ejercido por la escuela en esa famosa disputa.

#### 4. *La posición justificativa.*

La posición ligeramente crítica y, sobre todo, la posición aséptica, ya son posturas justificativas, en cuanto eluden la posición crítica plena o simplemente crítica, pero hay una posición intermedia entre éstas y la apologética que se caracteriza por su deseo de disculpar o justificar la escuela, lo que implica conciencia de sus flaquezas, pero necesidad de minimizar su importancia a causa de la filación claramente confesional de sus estudiosos.

En este apartado hay que citar al más famoso, quizá, de todos los iushistoriadores, Eduardo de HINOJOSA, y a un internacionalista, ya fallecido, Roque BARCIA TRELLES. HINOJOSA es posiblemente, y como dice DIFERNAN, el punto de partida de la masa de trabajos que nos ha invadido después, pero curiosamente el gran maestro granadino trabaja sobre la escuela movido por un interés muy material, como es el de ganar un concurso <sup>(26)</sup>, y tiene que realizar grandes equilibrios. Con su honestidad cien-

---

<sup>(23)</sup> Vid. LEWIS HANKE, *All mankind is one*, Northern Illinois University Press (1974).

<sup>(24)</sup> MARCEL BATAILLON et ANDRÉ SAINT-LU, *Las Casas et la défense des indiens*, présenté par ..., Collection Archives, 1971: « Le progrès des études lascasiennes ... montre de mieux en mieux que Las Casas ne fut pas un isolé, mais un chef de file d'une minorité très agissante ... » (pag. 48).

<sup>(25)</sup> MARIO GÓNGORA, *El Estado en el Derecho indiano (1492-1570)*, Santiago de Chile, 1951, refleja esta atmósfera cuando se limita a decir que la gran controversia ha sido críticamente estudiada en sus fases principales por investigadores de la Historia del Derecho.

<sup>(26)</sup> Vid. EDUARDO DE HINOJOSA, *Influencia que tuvieron en el Derecho público de su patria y singularmente en el Derecho penal los filósofos y teólogos españoles anteriores a nuestro siglo*, Obras, tomo I, Madrid, 1948, pags. 25-151.

tífica, alguna vez pone el dedo en la llaga, pero luego parece arrepentirse, pues si acude al concurso no debe minimizar la escuela, ya que aquél tiene por objeto una exaltación de la influencia ejercida por los filósofos y teólogos antiguos, no habiendo entonces más remedio que exaltar a los del siglo XVI que, ciertamente, son los más brillantes. El gran problema para HINOJOSA es que, según ese concurso, la influencia debe detectarse especialmente en el Derecho penal, uno de los campos menos aptos para destacar a los teólogos, que no hicieron nada para humanizarlo, sino antes bien lo endurecieron en el campo de la delincuencia política y religiosa. Tampoco debe dejarse de tener en cuenta la filiación política y religiosa de HINOJOSA, conservador y católico, circunstancias que le han beneficiado en la consideración de la crítica española, frente a un ALTAMIRA, por ejemplo, y sin que ello signifique discutirle su valor científico, reconocido por hombres de ideología diferente.

La vaguedad de la escuela, que después hemos visto denunciada por LABROUSSE, es destacada ya por HINOJOSA <sup>(27)</sup>, quien, además, tiene que reconocer que la escuela no ha introducido ninguna institución nueva en el Derecho penal y procesal. Sin embargo, compensa esto, concediéndoles el haber contribuido a consolidar y arraigar las procedentes del Derecho romano y canónico <sup>(28)</sup>, tarea ciertamente poco brillante, al menos, en el Derecho penal, pues sabido es que el Derecho romano no brilló en esta materia al nivel del Derecho civil y por otra parte, no precisaba de ninguna ayuda especial para consolidarse. El trabajo de HINOJOSA es uno de los peores dentro de su obra general, demostrativo de que el gran historiador de las instituciones no estaba llamado a la historia de las ideas, aparte de que su nombre y su prestigio ha sido utilizado, podríamos decir que hasta dolosamente, por la gran masa de autores que le han invocado para

---

<sup>(27)</sup> *Op. cit.*, pag. 92: « La insuficiencia, unas veces, y otras la vaguedad de que adolecen ... ».

<sup>(28)</sup> *Op. cit.*, pag. 137: « En resolución, la influencia de los teólogos españoles en el Derecho penal y procesal me parece haber consistido más bien que en introducir y acreditar instituciones nuevas, de lo cual no podría encontrarse quizá ni un solo ejemplo, en haber contribuido a consolidar y arraigar las procedentes del Derecho romano y canónico ... ».

repetir sin compasión la idea de una gran influencia de los teólogos españoles en el Derecho penal, cuando el propio invocado no había sido capaz de encontrar esa influencia.

BARCIA TRELLES critica en diversas ocasiones, sobre todo, a Suárez, que es al que estudia fundamentalmente. Le sorprende que éste pueda predicar la ayuda a los infieles que quieren convertirse al cristianismo frente a la voluntad de su Príncipe, y lo hace con rigor de pensamiento, pues considera que la predicación de una religión o es conforme al derecho natural, y entonces tiene que ser igual para todos, o no lo es si se trata de privilegio de una confesión determinada <sup>(29)</sup>. No le convence el que si Suarez considera inadmisibile la acción moralmente mala para llegar al bien, no aplique este principio al mal que es consecuencia de una pena <sup>(30)</sup>, ni considera que el teólogo sale bien librado de la objeción que se le hace de que no debe arrancarse la mala hierba porque puede destruirse la buena <sup>(31)</sup>. También se muestra en desacuerdo con él cuando defiende que la guerra emprendida voluntariamente, sin causa legítima, no constituye injusticia respecto a los combatientes <sup>(32)</sup>. Parece que estas consideraciones y otras varias más debían conducir a conclusiones negativas sobre la escuela, pero no es así. Si Suárez defiende el empleo de todos los medios adecuados en la guerra, BARCIA reconoce que es un criterio amoral, semejante al de Maquiavelo, pero que no puede atribuírsele tal propósito, pese a que los términos en que se expresa son peligrosos por su vaguedad <sup>(33)</sup>.

---

<sup>(29)</sup> CAMILO BARCIA TRELLES, *Francisco Suárez*, Universidad de Valladolid, 1934, pag. 131: «... nos brinda una consideración que tiene mucho de sorprendente ... parece que ... se aleja del terreno del derecho, para dejarse influir por consideraciones de orden religioso, ya que si el predicar una religión es ... conforme al derecho natural, debe serlo por igual para todos, y si sólo es privilegio de una confesión determinada, no puede decirse que tal actividad es de derecho natural».

<sup>(30)</sup> *Op. cit.*, pag. 153: «Distinción demasiado sutil para ser convincente ... ni puede explicarse como aplicar penas a inocentes ...».

<sup>(31)</sup> *Op. cit.*, pag. 154: «A nuestro entender no responde Suárez victoriosamente ...».

<sup>(32)</sup> *Op. cit.*, pag. 156: «Es difícil de explicar este criterio defendido por Suárez ...».

<sup>(33)</sup> *Op. cit.*, pag. 153: «Así expuesto ... pudiera deducirse que Suárez de-

Esto supone que Maquiavelo alberga la perversa intención manifestada en lo que dice, mientras que en Suárez sucede lo contrario, es decir, que tiene buena intención aunque su pluma escriba barbaridades. Si Vitoria habla de guerra ofensiva y defensiva, así como de invasor, lo que no deja lugar a dudas sobre lo que quiere decir, BARCIA estima, sin embargo, que no debe referirse a la guerra sino a la legítima defensa <sup>(34)</sup>, con lo cual se comprenderá que la escuela puede defender los mayores horrores, ya que sus intérpretes se encargarán de que no sean tenidos en cuenta, y sólo permanezcan sus aciertos, lo que, naturalmente, no sucederá a la hora de juzgar las escuelas contrarias. El que la guerra no sea un simple hecho, sino una *realización cruenta del derecho*, no es que le parezca disculpable, sino *pensamiento generoso que enaltece a los teólogo - internacionalistas españoles* <sup>(35)</sup>, aplicando la disculpa a toda la concepción de Suárez en el derecho internacional, por considerarla legado del pasado <sup>(36)</sup>. En posición ideológica, BARCIA llega a decir que Suárez, como sus predecesores, reprobó las guerras imperialistas, pese a pertenecer a una gran potencia <sup>(37)</sup>, lo que significa que para el internacionalista asturiano la conquista de las Indias no tuvo carácter imperialista. Cuando en relación a la entronización de los reyes españoles en Indias encuentra que hay incongruencia en Suárez, opta por no abordar el tema <sup>(38)</sup>. En el colmo de una actitud justificativa

---

fiende un criterio amoral, como ... Maquiavelo ... No sería justo atribuir a Suárez tal propósito ... aun cuando lo expone en términos peligrosos por su vaguedad ... ».

<sup>(34)</sup> BARCIA, *Francisco de Vitoria, fundador del Derecho Internacional*, Valladolid, 1928, pag. 143: « Realmente Vitoria, aun cuando ... emplea la denominación de guerra ofensiva y defensiva, y ... habla del invasor, todo la cual parece indicar que ... alude directamente a la guerra específicamente considerada; sin embargo cabe suponer que nos encontramos frente a un problema de legítima defensa individual ... Tal vez pesó más en la tesis vitoriana la etimología del vocablo que su significación ».

<sup>(35)</sup> BARCIA, *Francisco Suárez ...*, pag. 146.

<sup>(36)</sup> *Op. cit.*, pag. 103: « Sería tarea fácil realizar la crítica de esta concepción suariana, pero ... pecaría de inadecuada, ya que ese derecho « intra gentes » ... constituía un legado del pasado ... ».

<sup>(37)</sup> *Op. cit.*, pag. 120: « ... reprueba abiertamente las guerras imperialistas, no obstante su calidad de ciudadano del imperio más extenso que conoció la historia ».

<sup>(38)</sup> *Op. cit.*, pag. 124: « Tal vez un examen comparativo de este pensamiento,

pese a comprender la falta de fundamento, BARCIA llega a manifestar que sea cual sea la solución que los teólogos den al problema de la justicia de la guerra, en el fondo había una sana y constructiva inquietud democrática en ellos <sup>(39)</sup>. Esta posición llega a grados de increíble ingenuidad, como cuando tras ensalzar como *doctrina de la solidaridad humana* la defendida por Vitoria sobre el derecho de comunicación de los pueblos, que incluye la guerra justa, BARCIA destaca que para Vitoria era tan lícita la emigración de los indios hacia Europa, como la de los europeos hacia Indias <sup>(40)</sup>, pues el teólogo sabía que aquéllos sólo podían venir en situación de esclavos o de ejemplares de zoológico.

En resumen, un LABROUSSE, que es el que se muestra más crítico, encuentra que las soluciones de la escuela, entre las que se encontraba la esclavitud, *reservan la total libertad del hombre* <sup>(41)</sup>; HINOJOSA, que no descubre ninguna innovación de la escuela en el Derecho penal y procesal, destaca su influencia por haber consolidado lo que ya estaba más que consolidado, y BARCIA, que detecta horrores y barbaridades en el Derecho internacional de la escuela, la considera, sin embargo, como democrática, generosa y plena de buenas intenciones. No falta sino añadir que hay también quien se empeña en apreciar su contribución al derecho internacional privado, pese a la rotunda negativa de CARRERAS ARTAU <sup>(42)</sup>, y la siempre postura tibia de BARCIA <sup>(43)</sup>.

---

con los expuestos por el Maestro al analizar el origen de la potestad civil, nos llevase a destacar algunas incompatibilidades existentes entre las propias teorías del autor; mas tal examen no es este el momento de realizarlo ... ».

<sup>(39)</sup> *Op. cit.*, pag. 142: « ... en los teólogos pesa ... el problema de la justicia de la guerra ... sea cual fuere la solución que den al problema ... Es que hay un fondo de sana y constructiva inquietud democrática en el pensamiento de los teólogos-internacionalistas españoles del siglo XVI ».

<sup>(40)</sup> BARCIA, *Francisco de Vitoria ...*, pag. 90.

<sup>(41)</sup> LABROUSSE, *op. cit.*, pag. 66. En pag. 59, al reconocer el residuo de autonomía que Suárez confiere al poder real dice: « Pero, ¿hay que creer que tal concepción sea exclusivamente suareciana? Está, sobre todo, conforme con el espíritu de una época en la que los soberanos sabían muy bien sacar partido de su gobierno, para satisfacciones de orden privado ».

<sup>(42)</sup> Vid. BARCIA, *Francisco Suárez ...*, pag. 160.

<sup>(43)</sup> BARCIA, *op. cit.*, pags. 159 y ss., donde al referirse al estatutarismo dice de Suárez que « ... estudia ocasionalmente » y que lo que Bartolo analiza como problema fundamental, Suárez lo estudia de manera episódica.

Esta postura justificativa es compartida por otros autores, que no son congruentes al eludir una conclusión negativa cuando han detectado errores. Es el caso de Laureano CASTAN, obispo, que alaba un proyecto de arbitraje del Beato de Avila, cuando reconoce que no contiene número de letrados, nacionalidad o clase de sanciones, y que tiene *algunos puntos oscuros o imprecisos* <sup>(44)</sup>, o el de Juan MANZANO, que tras exponer muy bien la controversia entre Sepúlveda y Las Casas, califica de *prudente y tranquilizador consejo de algunos teólogos* <sup>(45)</sup>, lo que no fue sino el medio indirecto de alcanzar lo defendido frontal y directamente por Sepúlveda. Con razón MIAJA DE LA MUELA ha destacado que aquél no hizo nada distinto de lo que había hecho Vitoria <sup>(46)</sup>, visión aguda de quien, sin embargo, no sabe reaccionar plenamente, sobre todo, en su obra de juventud, aún cuando en él se observe inquietud, especialmente, cuando al concluir un libro sobre Vazquez de Menchaca muestra su decepción en cuanto a la originalidad de aquél, y tiene que refugiarse entonces en la figura de Vitoria.

##### 5. La postura apologética.

La postura apologética desborda todos los límites de la prudencia, sólo encuentra virtudes, se manifiesta con profundo maniqueísmo y desprecia todo equilibrio o ponderación, así como el empleo del razonamiento riguroso para apoyar sus aseveraciones, y ello aunque procede normalmente de personas dotadas de gran erudición, extremo, por otra parte, que la hace aún más peligrosa.

---

<sup>(44)</sup> LAUREANO CASTÁN LACOMA, *Un proyecto español de Tribunal Internacional de Arbitraje obligatorio en el siglo XVI, formulado por el Maestro Avila*, Tarragona, 1957, y en especial, pag. 147. En pag. 127 dice: «Y no hace falta, en verdad, ser un lince para ver ya desde el primer momento la densidad de la doctrina, la audacia de la propuesta ...».

<sup>(45)</sup> JUAN MANZANO MANZANO, *La incorporación de las Indias a la Corona de Castilla*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1948, pag. 129.

<sup>(46)</sup> ADOLFO MIAJA DE LA MUELA, *Internacionalistas españoles del siglo XVI. Fernando Vazquez de Menchaca*, Valladolid, 1932, pag. 44: «... trata el canónigo de Córdoba (Ginés de Sepúlveda) de justificar el derecho de los españoles al dominio de los territorios recién descubiertos, cosa no distinta de la que había hecho Francisco de Vitoria».

Dentro de esta postura, desempeña un papel importante el norteamericano BROWN SCOTT, típico ejemplo de axiología maniquea, pero cuya distinción no recae entre indios y españoles, sino entre españoles laicos y españoles religiosos, de forma que todos los defectos se acumulan en los conquistadores, mientras los frailes son depositarios de todas las virtudes (47), lo que sorprende, pues aunque no sea justo responsabilizar a los segundos de todos los desmanes de los primeros, hay que convenir en que, dado el poder de la religión, su oposición no debió lo fuerte que podía haber sido si se hubieran propuesto firmemente no permitirlos, y no se puede negar que los conquistadores combatieron con el apoyo espiritual, cuando menos de los religiosos. Sin embargo, BROWN SCOTT, que trabaja a fines de la segunda década y principios de la tercera, ha halagado el patriotismo español, sobre todo, al presentar a los escolásticos españoles como los creadores del Derecho internacional, y los españoles se han apoyado en BROWN siempre que han podido, pensando que no se les podía tachar de ofuscados cuando el que pensaba así no era español, ni siquiera hispanoamericano. La influencia del norteamericano ha sido muy fuerte en los internacionalistas españoles, especialmente, en el ya citado BARCIA. Como todos, ha buscado también el apoyo en HINOJOSA (48). Para él, el espíritu de Suárez es benévolo y caritativo (49), pese a que defiende la guerra total, y expone sin comentario el que según Vitoria sea lícito matar indistintamente en el combate y *cuanto antes, mientras haya peligro* (50), considerando una gran cosa el que el dominico diga que no siempre es lícito matar a todos los culpables (51) o mostrándose encantado porque el mismo Vitoria declara no lícito matar los niños y las mujeres, ni a los *inofensivos agricultores de país*

---

(47) JAMES BROWN SCOTT, *El origen español del Derecho Internacional moderno*, Universidad de Valladolid, 1928, pag. 76. Frente a un sector dominado por la aventura, « el segundo sector, compuesto por hombres buenos y leales a la Iglesia Católica ... ».

(48) *Op. cit.*, pag. 71.

(49) *Op. cit.*, pag. 190: « Ese tratado demuestra lo ... benévolo y caritativo del espíritu de Suárez ».

(50) *Op. cit.*, pag. 117.

(51) *Id., id.*, pag. 118.

*de cristianos y de los ciudadanos civiles y pacíficos*, pues ello le parece que supone salvar deductivamente a una clase entera de combatientes <sup>(52)</sup>, sin parar mientes en que se refiere sólo a los países cristianos. Al mismo autor norteamericano le parece generoso el que Vitoria prefiera que se deje crecer la cizaña antes que arrancarla con el trigo, pero silenciando que el mismo dominico ha declarado lícito bombardear una fortaleza en al cual se sabe que contiene gente inocente. BROWN es también el que alaba a Vitoria por templar la rigidez de la ley, cuando declara iniquidad el entregar al saqueo una ciudad *sin gran necesidad, principalmente si es ciudad de cristianos* <sup>(53)</sup>, que es la máxima protesta que se realiza contra el saco de Roma, y en la que, como se observa, siempre se discrimina entre cristianos y no cristianos. Finalmente, es BROWN también el que alaba la esclavitud de mujeres y niños, aún cuando sea porque es sustituto de la muerte <sup>(54)</sup>.

A un gran erudito, como fue Adolfo BONILLA SAN MARTIN, le admira lo que califica de atrevimiento de la escuela al disertar sobre las facultades de la potestad civil <sup>(55)</sup>, y es éste uno de los tópicos apologéticos, en el que incurrió también BARCIA <sup>(56)</sup> y el propio MIAJA DE LA MUELA <sup>(57)</sup>, aunque creo el observador imparcial no experimentará gran admiración por el atrevimiento de un fraile que escribe en una sociedad de frailes o del de un catedrático que diserta amparado en su libertad de cátedra y, sobre todo, en la protección real. Directores espirituales de los Reyes y afectos a la Iglesia, la principal fuerza social de la época, no

---

<sup>(52)</sup> ID., *id.*, pag. 114.

<sup>(53)</sup> ID., *id.*, pag. 120.

<sup>(54)</sup> ID., *id.*, pag. 116.

<sup>(55)</sup> ADOLFO BONILLA SAN MARTIN, *Prologo*, de 1916, reunido en *Relecciones teológicas*, de Francisco de Vitoria, versión de Jaime Turrubiano Ripoll, Buenos Aires, 1946, pag. 23.

<sup>(56)</sup> BARCIA, *op. cit.*, pag. 11: «... la objetividad ... y la valentía con que defienden sus opiniones aquellos teólogos y juristas, desligados de toda preocupación terrena ...».

<sup>(57)</sup> MIAJA, *op. cit.*, pag. 5: «He aquí otra característica del pensamiento internacional del siglo XVI: la objetividad con que escriben y la valentía con que defienden sus opiniones aquellos teólogos y juristas».



se concibe que pueda calificarse de atrevimiento lo que dicen, máxime cuando no incurren en heterodoxia, ni religiosa, ni política, sino que contribuyen al fortalecimiento de la Monarquía y de la Iglesia.

Otro apologista es el publicista Eloy BULLON, quien al ingresar en la Academia de Ciencias Morales y Políticas en 1935, manifiesta no escribir un libro apologético, sino un ensayo jurídico <sup>(58)</sup>, lo que no es cierto, pues se dedica a escoger párrafos aislados de los teólogos, con la debilidad que ofrece el método al no estudiar los textos dentro de un conjunto. Lo único que puede justificarle es que el discurso se pronuncia en un momento de pasiones encendidas, como es el año anterior a la guerra civil, y su propio apasionamiento se deja ver cuando habla de la gran confusión de las ideas políticas en su tiempo y del intento de muchos por desterrar de la vida de los pueblos los ideales de la libertad, ideales de la libertad que para Eloy BULLON parecían no ser atacados en la España de los Austrias, caracterizada, sin embargo por la intransigencia política y religiosa <sup>(59)</sup>.

Otro panegirista de la escuela fué el iusfilósofo valenciano J. CORTS Y GRAU, cuyo libro es una exposición neutra de los clásicos, pero seguida del ensalzamiento del pensamiento cristiano o católico y de una violenta diatriba contra los demás filosofos <sup>(60)</sup>. Es de destacar que estos autores pretenden ser *objetivos*, lo que creen conseguir al proceder a una descripción de las ideas ex-

---

<sup>(58)</sup> ELOY BULLÓN, *El concepto de la soberanía en la Escuela jurídica española del siglo XVI*, Madrid, Victoriano Suárez, 1936, pag. 151: «No escribo un libro apologético, sino un ensayo jurídico».

<sup>(59)</sup> *Op. cit.*, pag. 19: «Una de las notas más salientes ... es el espíritu de noble independencia y ardorosa libertad, que constantemente la anima». En pag. 512 dice: «Tan lejos llevaron su animadversión contra todo el despotismo ...». En pag. 186, y sobre Covarrubias escribe: «Era unir a la enseñanza el ejemplo en cuanto a la deliberación sobre los asuntos públicos, y al respeto del Trono a los derechos de los pueblos», siendo Covarrubias partidario de Ginés de Sepúlveda. En pags. 144-145 aún le parece excesiva la lucha de Vitoria contra los aduladores del poder pontificio: «pero en esta calificación se le desmandó algo la pluma al egregio catedrático de Salamanca».

<sup>(60)</sup> JOSÉ CORTS GRAU, *Los juristas clásicos españoles*, Editora Nacional, Madrid, 1958.

puestas por los clásicos, pero la objetividad queda en entredicho cuando, como en el caso citado del que fuera Rector de la Universidad de Valencia, se pasa después a alabarlos sistemáticamente y a denostar también sistemáticamente a los contrarios, o cuando se da por descontado que la simple descripción ha de despertar forzoamente la admiración de los lectores. Así, el P. BELTRAN DE HEREDIA, cuya obra es notable en el aspecto erudito, no duda, por ejemplo, en atacar a los eclesiásticos que se atreven a dudar de que Domingo Bañez obtuviera bien sus oposiciones <sup>(61)</sup>, defendiendo el derecho a hacer la guerra a los infieles por el celo de la fe, aunque no lo fuera por afán de dominio o de riquezas <sup>(62)</sup>.

Otro autor *objetivo* es Luciano PEREÑA, cuya introducción a la obra de Fray Luis de León es buena históricamente, pero que puede permanecer impasible ante la justificación de la esclavitud por aquél <sup>(63)</sup>, o defender la intervención de los pueblos más civilizados para contener la ambición y restablecer la dignidad humana <sup>(64)</sup>, considerando la intervención en América como una *guerra defensiva* <sup>(65)</sup>, cuando realmente es difícil admitir que los indios americanos hubieran puesto en peligro en el siglo XVI a una España que desconocían hasta el punto de no poder ni imaginársela, y que ésta, para defenderse de la ambición de un Moctezuma o de un Atahualpa, hubiera realizado nada menos que la proeza de descubrir un continente nuevo, para llevar a él la *guerra defensiva*. PEREÑA cree también que Fray Luis de León ha de-

<sup>(61)</sup> VICENTE BELTRÁN DE HEREDIA, *Vindicando la memoria del Maestro fray Domingo Báñez*, Ciencia Tomista, XL, Salamanca, 1929, págs. 312-322.

<sup>(62)</sup> ID., *El padre Matías de Paz, O. P. y su tratado «De dominio regium Hispaniae super Indos»*, Ciencia Tomista, XL, Salamanca, 1929 (págs. 173-190), pag. 181.

<sup>(63)</sup> FRAY LUIS DE LEÓN, *De legibus*, Corpus Hispanorum de Pace, C.S.I.C., Madrid, 1963. Edición por Luciano Pereña.

<sup>(64)</sup> LUCIANO PEREÑA VICENTE, *Crisis del colonialismo y la escuela Francisco de Vitoria*, Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria. Colonización española en América, vol. XIII, Madrid, 1960-61 (11-28), pag. 22: «La intervención de los pueblos más civilizados se imponía entonces, como la forma práctica de contener y restablecer la dignidad humana».

<sup>(65)</sup> ID., *id.*, pag. 25: «La guerra de intervención debía ser necesaria para restablecer la justicia en América. Esencialmente era una guerra defensiva ...».

mostrado el origen *democrático* de la Monarquía española <sup>(66)</sup>, algo difícil en verdad de demostrar como se expondrá posteriormente.

Luciano PEREÑA ha colaborado con E. ELORDUY, quien, a su vez, ha elogiado la actitud clericalista de Suárez <sup>(67)</sup>. Ambos consideran al teólogo granadino un demócrata <sup>(68)</sup>, pero al que han utilizado abusivamente los demócratas <sup>(69)</sup>. Con ello se da la circunstancia curiosa de que se aplique a Suárez un término que él nunca pretendió ostentar y que, por el contrario, se le niegue a los que lo han consagrado, lo que se completa cuando los dos autores citados, comparando a Manegold, del siglo XI, y a Suárez, del siglo XVI, desdeñan al primero porque en él la colación del poder a través de la autoridad divina, lo es mediante pacto estrictamente jurídico, en tanto en Suárez va unido a un pacto social, actitud sospechosa pues en Manegold hay posibilidad en los súbditos de deponer, es decir, lo que desde los griegos se ha conocido como democracia, lo que no sucede, naturalmente, en Suárez, a parte de resolver el problema con una frase sin fundamento, como es la de que los juristas antiguos desconocían el dinamismo social de la voluntad del pueblo <sup>(70)</sup>, pues ello significaría tanto

<sup>(66)</sup> PEREÑA, *Fray Luis ...*, XLVI: « Históricamente la realeza tiene un origen democrático. Fray Luis de León lo ha demostrado con el ejemplo de la monarquía española ».

<sup>(67)</sup> E. ELORDUY y L. PEREÑA realizan la introducción y edición crítica de la obra de FRANCISCO SUÁREZ, *Defensio fidei III. I. Principatus politicus o la soberanía popular*, CHP. vol. II, C.S.I.C., Madrid, 1965. Se dice que Suárez hace lo posible por elevar la discusión al horizonte doctrinal y que es forzado a asumir el oficio de apologeta « siempre incómodo por justa y santa la causa que se defiende, pero especialmente desagradable al refutar una crítica antieclesiástica ».

<sup>(68)</sup> ELORDUY-PEREÑA, *op. cit.*, XXII, dicen ser mérito de Suárez el « haber vislumbrado la fuerza social del pueblo, como creador de vinculaciones prepolíticas y prejurídicas ... ». En pag. XXI dicen que, quizá, fue el primero en sorprender el despertar del pueblo inglés al levantar Jacobo I el cadalso de su hijo.

<sup>(69)</sup> En *op. cit.*, XXIX se dice que el Tercer Estado en una manobra hábil e insidiosa toma una actitud contraria « a los principios democráticos de Suárez » y que en la Revolución francesa y en la independencia de la América española « las ideas democráticas » de Suárez son utilizadas como favorables al pueblo y contrarias a la nobleza, lo que se basa en interpretación partidista y facciosa.

<sup>(70)</sup> *Op. cit.*, pags. CLXXXI y CLXXXIII.

como negar la sabiduría política griega, romana y medieval, lo que ciertamente es excesivo. A ambos autores corresponde también la sorprendente atribución a Suárez de un conocimiento de las vicisitudes históricas de la organización social primitiva en la Península <sup>(71)</sup> o de los fueros <sup>(72)</sup>, pues es la primera revelación de un Suárez historiador, ya que siempre se le había considerado como teólogo, jurista, moralista o cualquier otra cosa menos historiador, y en cuanto a su ciencia sobre los fueros parece proceder en cuanto a Castilla, de Gregorio López y algunos otros comentaristas, y en cuanto a Aragón no sabe nada. Está claro que no hay por qué exigirle a Suárez que sea un forista, pero lo que es absurdo es que porque dedique unas líneas vulgares a los fueros se le destaque como una muestra de su ciencia.

Bonifacio DIFERNAN es un agustino, que escribe un libro sobre el concepto de Derecho y Justicia en los clásicos españoles, y cuyo objetivo principal es el de destacar el papel de los agustinos, el cual, por otra parte, no parece tener demasiada importancia <sup>(73)</sup>. Para DIFERNAN, a partir de Eduardo de Hinojosa, *la tradición va acariciando nuestro orgullo nacional* y, refiriéndose a la época de la postguerra dice que *es halagadora la orientación que en nuestra patria se está dando a los estudios de investigación jurídica* <sup>(74)</sup>. Se trata de una orientación patriótica, tan frecuente en nuestro país como fuera de él, y a través del cual los adeptos del iusnaturalismo castellano han conseguido arrastrar a personas que no hubieran experimentado la menor inclinación si se hubiera tratado de una escuela extranjera. Son personas que reaccionan diciendo: debo amar todo lo español, el escolasticismo en este caso es español, luego debo amar ese escolasticismo. En todo caso, si no están conformes con su orientación, lo exaltan cuando

---

<sup>(71)</sup> *Op. cit.*, pag. xxiv.

<sup>(72)</sup> *Op. cit.*, pag. xxv, nota 14.

<sup>(73)</sup> BONIFACIO DIFERNAN, *El concepto de derecho y justicia en los clásicos españoles del siglo XVI (Estudio especial de los clásicos agustinos)*. El Escorial, s.f. El autor ataca al jesuita Larequi y a Rommen por ver en Suárez el expositor revolucionario en el derecho de gentes, y sigue a Ferreiro López en que hay una pequeña fluctuación en Suárez. Difernán reivindica la figura del agustino Salón.

<sup>(74)</sup> *Op. cit.*, pag. 13.

menos en cuanto a sus valores científicos y a sus repercusiones, porque de esa forma contribuyen a hacer patria. De esta forma, el español se siente vinculado en muchas ocasiones a la escuela, y no, por su contenido, sino por su representatividad, siendo posible que ese sentimiento haya larvado importantes movimientos filosóficos posteriores. Ese sentimiento es alentado por los que, como R. Díaz-Alejo, simbolizan en Castilla un equilibrio entre revolución y tradición <sup>(75)</sup>, afirmación muy perjudicial para el análisis histórico, como todas aquellas otras que simbolizan en una nación o territorio la posesión de una virtud o de un vicio. Para el propio autor, las doctrinas de Vitoria son « *fórmula feliz de la razón* » <sup>(76)</sup>, como Castilla es el citado equilibrio, y dentro, por tanto, del ya aludido maniqueísmo, en el que la escuela representa uno de los polos.

Mateo LANSEROS es otro de los autores *objetivos* y sorprendidos de la valentía de la escuela, esta vez, en las figuras de Martín de Azpilcueta y de Diego de Covarrubias, por defender éstos el origen popular de la autoridad civil <sup>(77)</sup>, aunque tiene que hacer equilibrios en el caso del último, pues era nada menos que el Presidente del Consejo de Castilla <sup>(78)</sup>. Ya se comprenderá cual iba a ser el temor de uno de los más altos magistrados del Reino, que, además, como se verá más adelante, lo que está haciendo es apuntalar la Monarquía de los Austrias, como harán todos los teólogos, a los que caracterizará su estrecha amistad con los monarcas, como en el caso de Vitoria respecto a Carlos V ha subrayado otro de los escritores apologéticos, Teodoro Andrés MARCOS; frente a lo intentado demostrar por el P. A. GETINO

---

<sup>(75)</sup> R. DIAZ-ALEJO, *Francisco de Vitoria y el derecho de gentes*, en la versión de JAIME TORRUBIANO RIPOLL de las *Relaciones teológicas*, de Vitoria. En pag. 11 dice: « Castilla es revolución: concilios, cortes y comunidades ... Castilla es tradición. Por eso, es equilibrio ... ».

<sup>(76)</sup> *Op. cit.*, pag. 11.

<sup>(77)</sup> MATEO LANSEROS, *La autoridad civil en Francisco Suárez*, IEP., Madrid, 1949, pag. 205: « Significativo es ... que con censura real se publicaran en España obras como las del Dr. Navarro y D. Covarrubias, en las que de manera contundente se pronunciaban por los orígenes populares de la autoridad civil ».

<sup>(78)</sup> *Id.*, pag. 207: « Cualquiera que sepa que ocupó la presidencia del Consejo de Castilla ... pudiera creerlo un adulator palaciego ... Mas ... ».

y otros (79). Una de las conclusiones de LANSEOS es la igualdad de todos los hombres ante la posesión de la autoridad, en Suárez (80), cuando éste ha defendido paladinamente la esclavitud, lo que recuerda al ya citado P. Venancio CARRO, cuando ve en los teólogos del siglo XVI el legislador humanitario e independiente en una época de imperialismo (81) pues no parece que fuera humanitaria la legislación que llevaba a los herejes a la hoguera, ni independiente del imperialismo la que aseguraba la conquista de las Indias. En otros casos se da paso a la retórica, como en el del que fue penalista DEL ROSAL, quien se alegraba de que el Derecho no estuviera todavía secularizado y la Providencia divina lo coronara en lugar de la razón humana (82), pues es una frase hueca y vacía. No hay ninguna prueba de que fuera la providencia divina la que realizaba los hechos anteriormente mencionados, sino la razón humana, otra razón humana que la que había habido antes y de la que vendría después, pero, desde luego, tan humana como ellas. Mejor dicho aún, una razón humana distinta también de otra razón humana coetánea, como se deja ver en la existencia de personas como D<sup>a</sup>. Oliva Sabuco de Nantes, Juan de Dios Huarte y Francisco Sánchez, que ya destacara a principios de siglo U. GONZALEZ DE LA CALLE (83).

---

(79) TEODORO ANDRÉS MARCOS, *Vitoria y Carlos V en la soberanía hispano-americana*, 2<sup>a</sup> ed. Acta Salmanticensia, Salamanca, 1946. En pag. 224 destaca que Carlos V y Vitoria «no solo no fueron enemigos, sino que fueron buenos amigos, en orden a nuestra primera soberanía en América».

(80) LANSEOS, *op. cit.*, pag. 241.

(81) VENENCIO CARRO, *El Maestro Fr. Pedro de Soto, O. P. y las controversias político-teológicas en el siglo XVI*, Salamanca, 1931, pag. 2: «El teólogo era antes al prototipo de la intransigencia ... Hoy ... con los Vitoria ... es el legislador humanitario, que sabe conservar su independencia en una época imperialista ...».

(82) Prefacio a la obra de ALFONSO DE CASTRO, *De potestate legis poenalis*, Madrid, 1951 (reproducción facsimil de la edición príncipe), pag. xvii: «Todavía, por fortuna, el Derecho no padeció el fulminante proceso de secularización que lo convirtió en una bóveda, rematada por la simple razón humana, cuando antes se coronaba con la Providencia divina».

(83) URBANO GONZÁLEZ DE LA CALLE, *Sebastián Fox Morcillo. Estudio histórico-crítico de sus doctrinas*, Madrid, 1903, pag. 78 informa sobre D<sup>a</sup>. Oliva Sabuco de Nantes, nacida en Alcazar y preocupada por la relación entre el cerebro, como órgano del alma, y la entelequia misma, así como sobre Juan de Dios Huarte,

La postura apologética alcanza a nuestros iushistoriadores más destacados, que no reaccionan de forma crítica frente a la escuela y sus seguidores. El gran historiador Silvio ZAVALA, uno de los mejores en sintetizar los títulos para la conquista de América, ha considerado como uno de los más perfectos el hallado por Vitoria para justificarla <sup>(84)</sup>, y ha permanecido imperturbable al destacar que Vitoria aceptara el empleo de la fuerza para predicar, porque no la admitió para la conversión <sup>(85)</sup>, como si esto último no fuera una sutileza que linda el terreno de la hipocresía. A. GARCIA GALLO, que ha procurado mantener una postura aséptica y ha actuado siempre con gran prudencia, no reacciona frente al hecho que él mismo denuncia de que es Vitoria el que alienta la postura imperialista de Carlos V <sup>(86)</sup>, y concluye que la solución de Vitoria es un gobierno español para mantener la paz y el orden, sin negar por ello a los indios sus derechos <sup>(87)</sup>,

---

aunque agregando: « Pero si hemos de ser sinceros; hay que confesar que nos producen cierta extrañeza en el siglo XVI, y más aún en nuestra Patria, los ejemplos mencionados de direcciones del pensamiento filosófico, tan raras dentro del espiritualismo reinante ». En pags. 88-89, se refiere a Francisco Sánchez, médico lusitano, que publica en 1581 su « Que nada se sabe », el cual es un creyente sincero de la ciencia experimental y que duda de las concepciones metafísicas.

<sup>(84)</sup> SILVIO ZAVALA, *Las instituciones jurídicas en la Conquista de América*, 2ª ed. Editorial Porrúa, S. A., Mexico, 1971, pag. 24: « El mérito de Vitoria fue hallar, dentro de las condiciones imprescindibles, uno de los títulos más perfectos ».

<sup>(85)</sup> *Op. cit.*; pags. 56-57.

<sup>(86)</sup> ALFONSO GARCIA-GALLO, *La posición de Francisco de Vitoria ante el problema indiano. Una nueva interpretación*, Estudios de Historia del Derecho Indiano, Madrid, 1972 (403-423), pag. 418: « (Vitoria) ... que no ha querido hablar públicamente para atacar la conquista — aún reputándola injusta — lo hace para evitar el abandono del Nuevo Mundo ». En pag. 422 se refiere a la información proporcionada por el anónimo de Yucay en 1571, según el cual cuando Carlos V quiso abandonar Indias, Vitoria le dijo que no las dejase, « que se perdería la cristiandad ».

<sup>(87)</sup> *Op. cit.*, pag. 451. El intervencionismo también fue defendido por BARCIA, *op. cit.*, pag.s 115-116: « Nuestra opinión concuerda con la de Vitoria; como él somos intervencionistas; disentir del Maestro es proclamar que los hombres no somos hermanos sino seres en estado de dispersión moral, que presenciamos impasibles los más crueles y condenables infortunios padecidos por nuestros semejantes ».

encubriendo con ello la realidad, que fue la pérdida de su independencia por parte de los indios y la expansión de los españoles por nuevas tierras, bajo el dominio de la Monarquía y de la Iglesia.

## II. - LA SIMBIOSIS HISTORICA ENTRE EL IUSNATURALISMO CASTELLANO COMO IDEOLOGIA Y EL DECISIONISMO COMO SISTEMA, TESIS DE UNA POSTURA CRITICA.

### 6. *La ideología.*

El iusnaturalismo castellano tiene condición *ideológica*, sea cualquiera el sentido que se aplique a este término. Es *ideológico* en cuanto implica un conjunto estructurado de ideas sobre el mundo, el derecho, la moral, el poder y la sociedad. No importa que haya variedad de matices y que pueda observarse, incluso, hasta direcciones especiales, como la racionalista o la voluntarista, pues estas diferencias se aprecian en los bloques más sólidos ideológicamente. Existen unos principios comunes, unos dogmas o axiomas incontrovertibles, una manera de razonar y de extraer consecuencias de esos principios, en suma, una unidad estrecha de pensamiento, que es lo que emana de una escuela. Creo que nadie rechazará el término *ideológico*, empleado en este sentido.

Creo, sin embargo, que también puede aplicársele el término en el sentido que se le otorga modernamente <sup>(88)</sup>; ciertamente algo difuso, pero sentido e intuído por amplios sectores del pensamiento. *Derecho natural*, *derecho positivo*, *derecho de gentes* y otros conceptos similares, que ocupan el lugar central de la teoría jurídica de la escuela, no son *ideas* que se desarrollen en el campo de la razón pura, como simples modo de aprehender la realidad o la imagen de la realidad, sino que son conducidos al terreno de la razón práctica, donde la razón cede el paso a la voluntad,

---

(88) Me he referido a él en *Apuntes sobre las ideologías en el Derecho histórico español*, AHDE. XLV, Madrid, 1975, 123-157 y en *Notas sobre el papel de las fuerzas políticas y sociales en el desarrollo de los sistemas iushistóricos españoles*, AHDE. XLVIII, Madrid, 1978, 249-268.



y la elucubración a la imposición. No se trata ya de construir conceptos, y hasta de atribuir contenido a esos conceptos, pero siempre dentro de la abstracción desinteresada o, al menos, de un interés puramente intelectual, sino de determinar concretamente qué es lo que se adapta a los conceptos en función de fomentarlo o prohibirlo, lo que, a su vez, determina beneficios para determinados grupos de la sociedad y perjuicios para los restantes. En este momento, la *idea* del derecho natural deviene *ideología*, pues se pone al servicio de otros intereses que no son los meramente filosóficos o religiosos, sino los humanos de grupo. El iusnaturalismo, que como *idea* puede significar la desaparición de toda discriminación social y la entronización de la libertad entre los hombres, determina, por el contrario, una profunda discriminación, especialmente basada en la religión y en la raza; consolida el autoritarismo como fórmula de gobierno y el confesionalismo como fórmula religiosa, para, finalmente, justificar el expansionismo autoritario y confesional.

Esto es lo que se pretende demostrar en las líneas que siguen, y se pretende demostrar históricamente, esto es, constatando conexiones, en cuanto actualmente se desconfiá de una verdadera relación entre causas y efectos, y se sustituye por una relación entre antecedentes y consecuentes. La demostración histórica no implica una demostración filosófica. No se trata, pues, de demostrar que el iusnaturalismo ha de desembocar forzosamente en las consecuencias anteriormente mencionadas de discriminación religioso-racial, autoritarismo y confesionalismo, sino que *un* iusnaturalismo, el castellano, ha desembocado en ello, como otro iusnaturalismo, el puritano, desembocó en un progreso material, como destacara MAX WEBER, aunque se olvidara de indagar rectamente si el progreso material era la consecuencia de ese iusnaturalismo o de la discriminación violentísima que llevó consigo, tan violenta, al menos, como la del iusnaturalismo castellano.

### 7. *El sistema.*

El desarrollo de la ideología iusnaturalista castellana coincide con la radicalización del sistema decisionista en la Monarquía Universal. El decisionismo castellano es un sistema que se ha

forjado en la Baja Edad Media. Sin una nobleza tan fuerte como la aragonesa o una burguesía tan evolucionada como la levantina, el Rey, utilizando una ideología neogoticista, ha conseguido imponer su magistratura, aunque, naturalmente, a través de una línea zigzagueante. La fuente primordial del derecho lo constituye la ley, pero como decisión del Rey con el asesoramiento no forzoso de las cortes o, frecuentemente, la decisión exclusiva del monarca en diversidad de formas, como pragmáticas, cédulas, provisiones y otros términos. La costumbre, propia o impropia, más frecuentemente esta última consistente en privilegios reales, decae totalmente, cuando suele ser la fuente opuesta a la ley en aquellos otros sistemas donde se producen equilibrios de poder entre el rey y los estamentos. El derecho común no es *recibido*, sino que se le *nacionaliza* o *realiza* a través de las Partidas, y como derecho supletorio se adopta el procedimiento rescriptal procedente del Imperio romano, transmitido por la Monarquía visigoda.

Este sistema es el que se radicaliza en la Monarquía Universal, fórmula de gobierno de los Austrias, que transigen con un liberalismo estamental en los territorios de la Corona de Aragón, pero aplican un decisionismo extremo en Castilla y León, con eliminación casi total de las Cortes y sublimación de la pragmática, la cédula y la provisión <sup>(89)</sup>. Este sistema lo llevan a Indias, tratan de introducirlo en Navarra, y aún lo aplican parcialmente en Aragón a fines del siglo XVI.

Con este sistema es con el que conecta una ideología, que exalta la obediencia civil <sup>(90)</sup>, para el que entre el poder público y Dios existe analogía para ser juez y parte <sup>(91)</sup>, que no exige el consentimiento del pueblo para que tengan fuerza las leyes

---

<sup>(89)</sup> Vid. la manualística y, muy especialmente, mi *Iniciación histórica a Derecho español*.

<sup>(90)</sup> Todo el capítulo IV de la *Defensio fidei III* lo dedica Suárez a exaltar la obediencia civil, pese a reconocer que en esta cuestión no tiene polémica contra los adversarios.

<sup>(91)</sup> Lo detecta BARCIA, *op. cit.*, pag. 124, que pone el reparo de que « esta explicación de Suárez, por su relativismo, nada prueba », pero que termina de justificar en pag. 127, e, incluso, calificar de « admirable pasaje de la obra de Suárez ».

dadas por la autoridad eclesiástica o el poder civil <sup>(92)</sup>, que otorga naturaleza de ley al privilegio <sup>(93)</sup> y exige tantos requisitos a la costumbre para que pueda originar una ley <sup>(94)</sup>, que la hace prácticamente inexistente.

### 8. *La simbiosis entre ideología y sistema.*

Iusnaturalismo castellano y sistema decisionista radicalizado de la Monarquía Universal coinciden en el tiempo y en el espacio, existiendo, por tanto, entre ellos una conexión. El iusnaturalismo se mueve en el campo de las *ideas*, en tanto el decisionismo se mueve en el campo de las *realidades*, pero ambos campos, aunque pueden ser parcialmente heterónomos, es decir, conocer cada uno de ellos leyes que no conoce el otro, no pueden ser, sin embargo, totalmente autónomos, es decir, regidos por leyes diversas no relacionadas entre sí. Lo que puede suceder es que la relación sea de carácter negativo o de enfrentamiento, o que, por el contrario sea positiva o de simbiosis. Lo primero es lo que se ha tratado de demostrar por parte de la historiografía apologética del iusnaturalismo castellano, a fin de evitar que compartiera con el decisionismo la responsabilidad por la actuación desfavorable de éste. A ello obedece la admiración o la sorpresa por unas supuestas audacias de los demás componentes de la escuela, que,

---

<sup>(92)</sup> Puede verse sobre todo en Fr. Luis de León.

<sup>(93)</sup> SUÁREZ, *De legibus*, I, 14, 8-9, dice que hay muchos que niegan que el privilegio sea verdadera ley, pero que si lo entendemos bien puede incluirse entre las leyes como la permisión. No lo es un privilegio temporal, pero un privilegio perpetuo concedido a una comunidad o a una familia para que perdure en ella, tiene auténtica naturaleza de ley. Suárez distingue dos clases, siendo una de ellas la de los que se conceden con miras a un bien común, a los que no pueden renunciar las personas particulares, como ocurre con el privilegio del fuero respecto del clérigo. Este privilegio, según Suárez, es ley, y no sólo respecto a los demás, sino, incluso, respecto al propio clérigo.

<sup>(94)</sup> FRAY LUIS, *De legibus*, VIII, 10, exige cuatro condiciones: a) que la costumbre tenga fuerza de ley y sea tal que pueda ser materia de ley, es decir, justa y conforme a razón; b) que sea universal; c) que lo que se pone en uso lo hagan todos como acción necesaria y no, como devoción solamente o piadoso deseo, y d) que se añada y forme parte de la costumbre la decisión y aprobación del superior expresa o tácitamente.

a su vez, no puede por menos que producir una sorpresa aún mayor en el lector desapasionado, que no comprende el grado de audacia que puede residir en el lenguaje de los que, precisamente, detentan el poder o, cuando menos, están al lado de esos detentadores. Ninguno de ellos estaba condenado a terminar en la hoguera, sino todo lo contrario, esa condena pendía sobre aquéllos que se atrevieran a contradecirlos. Audacia era la de los erasmistas, por no hablar de los claramente herejes o apóstatas, pero en ningún caso la de los adscritos a la ortodoxia, como tampoco se nos ocurriría calificar de audacia las de los escritores paganos en la Roma pagana y sí lo haríamos en cambio, con las de los escritores cristianos en ese período justamente.

La relación, pues, entre iusnaturalismo castellano y decisionismo de la Monarquía Universal, ha de ser una relación simbiótica, caracterizada por ser complementaria y originadora de mutuos beneficios. El sistema necesita una ideología para consolidarse e, incluso, para justificar su expansión, y la ideología necesita, a su vez, la protección del sistema para desarrollarse y permitir a sus autores el compartir el dominio. A continuación se exponen algunos rasgos favorables a esta simbiosis, a veces, destacados por la propia literatura apologética, aunque ésta le haya dado otra significación al actuar también *ideológicamente*, esto es, utilizando la *idea* para imponer una *realidad* concreta <sup>(95)</sup>.

### 9. *El conservadurismo.*

LABROUSSE, a quien ya se ha citado, y, además, en este aspecto, es el que mejor ha destacado el carácter profundamente conservador de la escuela y, por tanto, favorecedor del régimen imperante de los Austrias. Lo ha hecho al comentar la doctrina de Suárez sobre el *pactum subiectionis*, que asusta a algunos en cuanto deja un período de democracia directa, pero que, en realidad, ofrece poca resistencia a las tiranías <sup>(96)</sup>. Si, como dice el autor

---

<sup>(95)</sup> No faltará el que piense que atacar una ideología es otra ideología, y ello puede ser cierto, pero en ninguna medida si lo que no se intenta es imponer otra realidad, sino sólo desvelar un conjunto de acontecimientos históricos.

<sup>(96)</sup> LABROUSSE, *op. cit.*, pag. 55: « Pero mientras tanto, es cierto que la doctrina escolástica ofrece poca resistencia al desenvolvimiento de las tiranías ».

citado, la resistencia de la comunidad no descansa sino en los primeros fundadores del Estado, lo que se hace no es sino legitimar la situación existente sobre la base de que ella representa la voluntad originaria <sup>(97)</sup>. La Iglesia, puede decirse, que a cambio de una situación privilegiada, ofrece al Estado su estabilización <sup>(98)</sup>. No adopta una postura revolucionaria, y frente a la admiración por las supuestas audacias de la escuela no hay sino que oponer los hechos, como es el que los Austrias nunca se han sentido amenazados por esas audacias, sino, al contrario, las han estimulado. Con testimonio del Obispo de Cuenca, el propio BELTRAN DE HEREDIA ha destacado que Vitoria, pese a su carácter de novedades, era muy mirado en cuanto al fondo de la doctrina <sup>(99)</sup>, y no podía ser más mirado, puesto que también ha sido reconocida su profunda amistad con Carlos V. Esto mismo hay que entenderlo, incluso, frente a la doctrina de resistencia a la tiranía, lo que no ha escapado a los tratadistas. Para LABROUSSE, esa resistencia a la tiranía era garantía *extremadamente teórica* <sup>(100)</sup>, y mucho antes HINOJOSA había subrayado que aunque Soto reconoció el derecho a deponer al rey tirano, se abstuvo de indicar el procedimiento <sup>(101)</sup>. La doctrina de resistencia al tirano y la del tiranicidio no van nunca dirigida contra los príncipes españoles, a los que los teólogos apoyan incondicionalmente, sino contra los príncipes extranjeros. CANOVAS ya opinó que la última fue consecuencia del temor al *cuius regio illius est religio*, es decir, motivada por el peligro del reformismo, y medio, por tanto, de legitimar posibles sublevaciones católicas contra los príncipes reformados, y hasta la doctrina del propio Mariana, desde luego, la más avanzada, y que asustaba a HINOJOSA <sup>(102)</sup>,

<sup>(97)</sup> *Loc. cit.*

<sup>(98)</sup> *Op. cit.*, pag. 110: «La Iglesia en esta época pretende ser servida y servida en primer lugar; si su colaboración con el Estado viene a ser una estabilización de éste, le acarrea, sin embargo, obligaciones muy importantes.

<sup>(99)</sup> BELTRÁN DE HEREDIA, *Los manuscritos del Maestro Fray Francisco de Vitoria, O.P.*, Madrid-Valencia (1928), pags. 4-5.

<sup>(100)</sup> LABROUSSE, *op. cit.*, pag. 79.

<sup>(101)</sup> HINOJOSA, *op. cit.*, pag. 106.

<sup>(102)</sup> *Op. cit.*, pags. 108-109, quien refiriéndose a Mariana habla de « conclusiones tan absurdas como peligrosas ». Poco coherentemente, en pag. 98 dice: « Con enérgica elocuencia trueno Mariana contra la teoría cesarista ... ».

donde tuvo sus efectos, como se sabe, es en Francia, y no en España, donde no asustaría sino mucho más tarde, es decir, a los Borbones, pero nunca a los Austrias. LABROUSSE es quien ha destacado también que la escolástica no se atrevió a inscribir los derechos políticos del hombre entre los restantes derechos naturales, tarea que debió asumir otra escuela del Derecho natural, esto es, la protestante <sup>(103)</sup>.

A todo esto hay que añadir la indudable sumisión personal de los principales representantes de la escuela al poder político. HINOJOSA ya destacó que muchas de las obras de esos representantes estaban dedicadas a los monarcas, y cita la de Alfonso de Castro, dedicada a Carlos V; las de Molina y Mariana a Felipe III, o la de Soto a Felipe II <sup>(104)</sup>. Alfonso de Castro cuando dirige su *De potestate legis poenalis* a Miguel Muñoz, Obispo de Cuenca, lo hace impresionado por el nombramiento que como Presidente de la Audiencia de Granada le hiciera el Emperador, al que, respetuosamente, llama *César y rey de las Españas* <sup>(105)</sup>. Vitoria califica de *cristianísimos* a Fernando y a Isabel, como también *justísimo y religiosísimo* a Carlos V <sup>(106)</sup>. Este autor, al declarar con arreglo al Concilio de Constanza y frente a Wicleff que los clérigos están exentos de la potestad civil, no pudiendo ser juzgados criminal ni civilmente, se inclina a que esas exenciones provienen más del privilegio de los Príncipes que del Derecho divino, y como la exención la considera incompleta, estimula su obediencia a las leyes civiles en el gobierno y administración temporal de la ciudad, que no impiden la administración eclesiástica, es cierto, que sin negar la posibilidad de exención por

<sup>(103)</sup> LABROUSSE, *op. cit.*, pag. 82.

<sup>(104)</sup> HINOJOSA, *op. cit.*, pag. 81.

<sup>(105)</sup> « Nam propter egregiam tuam in otroque iure doctrina Carolus quintus huius nominis Caesar, idemque Hispaniarum rex eiusdem nominis primus te inter consiliarios qui regii senatus apud Granatam illustrem Hispaniarum ciuitatem constituti connumeravit ». Dice luego que todos persuadieron al César para que le constituyera presidente o moderador en el Senado real en Pintia, que, vulgarmente, se llama Valladolid.

<sup>(106)</sup> VITORIA, *De Indis*, I, 1: « ... cum principes nostri, scilicet Ferdinandus et Isabella qui primi occupaverunt regiones illas, fuerint christianissimi, et Imperator Carolus Quintus sit princeps iustissimus et religiosissimus ... ».

el Papa, aunque no lo hiciera el Derecho divino o el cesáreo <sup>(107)</sup>. Vitoria considera que no sólo las repúblicas o sociedades son constituidas por Derecho divino o natural, sino también las potestades, sin las que las repúblicas no podrían subsistir <sup>(108)</sup>.

No puede decirse, pues, que el lenguaje ni la doctrina de la escuela tenga algún asomo de revolucionaria. Estimulan la obediencia civil, legitiman el *statu quo*, son consejeros de los reyes y a ellos dedican sus obras con completa sumisión política, no reivindicando derechos políticos en los súbditos y su resistencia a la tiranía no la mantienen nunca frente a los Austrias, sino frente a los Príncipes protestantes que están enfrentados a los Austrias, en resumen, observan una política eminentemente conservadora, que les hace insustituibles colaboradores del régimen autoritario imperante en su época.

#### 10. *El levitismo.*

La compensación del conservadurismo político lo constituye el levitismo. A cambio del apoyo político a los Austrias, la escuela demanda el apoyo religioso de éstos a la religión católica. La escolástica española ha sido acusada por M. VILLEY de infiltrar la teología en el Derecho, consagrando la *torah* judía de base moral frente al *dikaion* o *ius* como arte jurídico y pasando al lenguaje jurídico moderno las confusiones agustinas entre *ius* y *lex* o entre *dikaion* y *torah* <sup>(109)</sup>, lo que no debe desdafiarse, aunque

<sup>(107)</sup> Versión de Torrubiano, pags. 272-279. Agrega que el fundamento es tan vago como el de que « la república eclesiástica es perfecta y suficiente ... hay en ella potestad para dar leyes convenientes a la administración de la Iglesia ».

<sup>(108)</sup> Vid. la *Relación de la Potestad civil*.

<sup>(109)</sup> MICHEL VILLEY, *La promotion de la loi et du droit subjectif dans la Seconde Scolastique*, en *Per la Storia del Pensamiento giuridico moderno*, Giuffrè, Milán, 1973 (53-71). En pag. 15 dice: « ... notre notion de la loi a le défaut d'être ... le produit d'une infiltration dans le droit d'une Theologie ... et que la Scolastique espagnole est la plus grande responsable de cet évènement ». Contraponiendo el « *dikaion* » o « *jus* » como arte jurídico a la « *torah* », de base moral, sostiene que mientras Santo Tomás trata de restaurar el primero, la escolástica española consagra el segunda (pag. 56 y ss.), y no tratan del derecho con ocasión de la II<sup>a</sup>-IIae, sino con la I<sup>a</sup>-IIae, sobre todo, Suárez. En pag. 71, el mismo filósofo francés afirma: « ... l'instrument qui a fait passer dans le langage juridique mo-

en parte proceda del nacionalismo siempre patente en el autor citado, al que no caracteriza ciertamente su simpatía por lo español. Toda la teoría jurídica de la escuela está caracterizada por su levitismo, que la Monarquía admite en cuando resulta favorecida de su alianza al sacerdocio, hasta el punto de ejercer parte de éste, como sucederá a través, sobre todo, del Regio Vicariato en Indias.

El levitismo se extiende a cualquier género de religión, de forma que Vitoria admite que los sacerdotes sarracenos tienen autoridad para compeler a éstos, ya que les dieron potestad de enseñarlos en materia religiosa, de donde se deduce que si la mayor parte de la república recibe la fé de Cristo, aunque la menor parte de ella no quiera recibirla, puede ser compelida por la mayor parte si la fe es suficientemente predicada <sup>(110)</sup>. Como ocurre siempre con Vitoria, sus reciprocidades son aparentes, pues él ni siquiera vislumbra la posibilidad de un establecimiento cristiano amplio en tierra de moros, y nada le cuesta conceder que dentro de ésta el poder religioso pertenezca a los sacerdotes musulmanes, mientras que lo que trata de asegurar es la expansión del cristianismo en Indias, donde si ha sido permitido predicar suficientemente, entre la población española inmigrada y la población india que se deja impresionar por el poderío español, tiene asegurada una mayoría cristiana, que puede imponer la religión al resto que permanece contumaz en sus creencias.

El levitismo se apoya en la superioridad del Papa, aunque ésta no sea de orden temporal, sino espiritual. Vitoria concede que el Papa no es el señor del mundo y que la potestad temporal no depende del Pontífice, llegando, incluso a considerar falsa la *donación de Constantino*, pero pese a todo considera que la potestad civil está sujeta de algún modo a la potestad espiritual del Pontífice <sup>(111)</sup>. Suárez, que no parece considerar falsa la referida *donatio*, limita sus efectos al *reino romano o patrimonio*

---

derne les confusions augustinistes ... fut la Seconde Scolastique ». Respecto a Windschied y Kelsen dice que, curiosamente, « ... continuent ce qu'il eut de plus clérical dans l'histoire de notre théologie ».

<sup>(110)</sup> Vitoria en BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, pag. 199.

<sup>(111)</sup> Vitoria en la Relación sobre la Potestad de la Iglesia, versión Torru-biano, pags. 251-258.



que llaman de San Pedro <sup>(112)</sup>. Esta superioridad espiritual permite que el rey español sólo con autorización del Sumo Pontífice pueda gobernar un Imperio católico en Indias y anexionárselo <sup>(113)</sup>. La oposición de Suárez a Jacobo I de Inglaterra, que algunos autores han querido fundamentar en su espíritu democrático <sup>(114)</sup>, no lo es a su soberanía temporal o a la manera de ejercerla, sino sólo a su intento de no someterse a nadie en la tierra *incluso en lo espiritual* <sup>(115)</sup>, considerándolo cercano a Enrique VIII, Calvino y Lutero, que siguen un error que parte de Marsilio de Padua <sup>(116)</sup>. Para Suárez, el Papa y el Rey son cosa muy distinta, pues la *pontificia monarchia* está instituída directamente por Dios, de manera que no es posible cambiarla, mientras la forma del gobierno temporal se deja a la voluntad de los hombres. Frente al conciliarismo, Suárez defiende que la potestad espiritual nunca estuvo en la comunidad de la Iglesia, sino en su cabeza o vicario, y que la jurisdicción espiritual del Papa por derecho divino, no puede ser modificada por el consentimiento universal de la Iglesia, ni aún por la voluntad del mismo Papa <sup>(117)</sup>. Suárez quiere, pues, dos autoridades distintas, que no puedan ser sometidas a la misma regla, y que permita la superioridad del Papado, en cuanto éste es incommovible, mientras que el Rey no lo es, si bien, y frente a lo que han querido presentar algunos autores, la moción del Rey no se encuentre en el pueblo o comunidad, sino en el propio Papa, que no estando sometidos a los Reyes <sup>(118)</sup>, puede, sin embargo, deponerlos cuando son cismáticos <sup>(119)</sup>. Hay que destacar

---

<sup>(112)</sup> *Defensio fidei III*, V, 13. Limita sus efectos al «romani regni seu patrimonii (quod vocant) S. Petri».

<sup>(113)</sup> Es lo que dice Matías de Paz, en BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, en pag. 62, pag. 181.

<sup>(114)</sup> ELORDUY-PEREÑA, prólogo a SUÁREZ, pag. XIX: dicen que éste «denunció lealmente el peligro de la política absolutista» cuando reconoció que la estrategia antirromana de Jacobo I introducía una profunda revolución en el mismo concepto de pueblo.

<sup>(115)</sup> Vid. SUÁREZ, *Defensio fidei III*, V, 1 y V, 3: «etiam in spiritualibus».

<sup>(116)</sup> *Id.*, *id.*, VI, 3 y VI, 4.

<sup>(117)</sup> *Id.*, *id.*, III, 13.

<sup>(118)</sup> *Id.*, VII, 3.

<sup>(119)</sup> *Id.*, *id.*, VI, 1.

que esto no intraquiliza a los Austrias, que se han beneficiado de la incorporación de Navarra por esta vía. Para Suárez, Inglaterra sufre un gran castigo al verse privada del catolicismo a la muerte de María, consecuencia de los pecados del padre de ésta o de sus súbditos <sup>(120)</sup>.

Los miembros de la escuela pertenecen así a un poder, el de la Iglesia, que no es opuesto al poder real, pero en tanto que éste le respete. Esa situación se refleja en el interior del reino en unos privilegios, que son los de los clérigos y religiosos. Vitoria declara a los clérigos exentos de la potestad civil <sup>(121)</sup>, lo que defiende también Suárez <sup>(122)</sup>. Vitoria llega a alegar que los juristas laicos no son bastante expertos en las leyes divinas, para que los clérigos puedan ser juzgados por las leyes humanas <sup>(123)</sup>. No se pronuncian contra otros privilegios eclesiásticos, como las donaciones de los Reyes, lo que, sin embargo, hace el P. las Casas, invalidando el argumento corriente en estos casos de que la época era distinta. La argumentación de la Casas es vigorosa. Según él, el soberano no puede hacer donaciones, ni siquiera a la Iglesia, y no importa que se practicara en Castilla, pues fue al principio, cuando los reyes de España acaban de conquistar a los infieles tierras en guerra justa y se quedaban los mismos infieles. Dice luego que ello está prohibido por las leyes de Castilla, y cita las Partidas, en las que el sucesor del Reino está obligado a pagar deudas o limosnas para remedio del alma, pero sin que tenga que vender o enajenar inmuebles del reino y concluye que el rey puede fundar iglesias para remisión de sus pecados, pero que debe hacerlo con bienes particulares de su patrimonio privado <sup>(124)</sup>. El levitismo de la escuela la impide participar de la doctrina de un hombre que vivía en la misma época, bajo la misma ambientación y bajo las mismas presiones políticas y sociales y que puede escapar a una sumisión absoluta al poder público en cuanto es capaz de renunciar a los beneficios que pueda recibir de él.

<sup>(120)</sup> Vid. ELORDUY-PEREÑA, prólogo a la obra de SUÁREZ, pag. LXXIX.

<sup>(121)</sup> Vid. nota 107.

<sup>(122)</sup> Vid. ELORDUY-PEREÑA, *op. cit.*, pag. xciv y ss.

<sup>(123)</sup> VITORIA, *De Indis*, I, 8: « ... non sunt examinandae per leges humanas, sed divinas, quarum iuristae non sunt satis periti ... ».

<sup>(124)</sup> LAS CASAS, *De regia ...*, III, 26.

## II. *El belicismo.*

Del sistema no puede predicarse sólo que sea belicoso, en el sentido de irritable o fácilmente excitable hacia la violencia, sino belicista en cuanto que la guerra forma parte de su programa de gobierno. Las actividades guerreras en la Península no concluyen hasta la expulsión definitiva de los musulmanes, para inmediatamente poner el pié en la otra orilla del Mediterráneo, al mismo tiempo que se salta a América utilizando las Canarias como trampolín, se guerrea con el turco en el Mediterráneo oriental, o con Francia para obtener la hegemonía europea. En el interior, y pese a los avances de la toga, la condición militar sigue siendo privilegiada, hasta el punto de que lo que pretende el nuevo grupo togado es disfrutar la misma condición que el grupo militar. El belicismo del sistema es, pues, un hecho, que no necesita más demostración, aunque eso sí, pueda estudiarse sus causas, y hoy se sabe bastante de como la guerra puede ser instrumento que evite las tensiones internas, manteniendo la dominación de determinados grupos políticos y con ello, del régimen correspondiente. La opción de los reinos medievales por *España* o la expansión catalanoaragonesa por el Mediterráneo son una prueba de ello.

El belicismo del sistema encuentra el apoyo doctrinal del belicismo de la escuela, que aparece subrayado por la propia literatura apologética, la cual, a veces, se molesta en justificarlo, y otras, ni siquiera eso, lo que no puede dejar de causar un cierto estupor. Vitoria considera que los romanos alcanzaron el Imperio por *guerra justa*, a diferencia de lo sucedido con Saúl y David, que lo recibieron de Dios <sup>(125)</sup>, y considera aquélla como una de las formas por las que se han originado los principados e imperios en el mundo e, incluso, se han matenido <sup>(126)</sup>. Entre los *otros derechos de la guerra* admite el matar, el espoliar u ocupar ciudades y el reducir a cautividad <sup>(127)</sup>. Partiendo de que San Agustín

---

<sup>(125)</sup> VITORIA, *De Indis*, I, 2, 2: « sed alio iure, scilicet vel iusti belli vel alia ratione ... ».

<sup>(126)</sup> ID., *id.*: « ... ac postea vel iure hereditario vel iure belli vel aliquo alio titulo ... ».

<sup>(127)</sup> ID., *id.*, I, 3, 5. Como « alia belli iura » considera el « occidere illos vel

y Santo Tomás reconocieron como legítimo el Imperio romano, y San Silvestre a Constantino, y San Ambrosio a Teodosio, Vitoria admite el que se pueda guerrear ayudando a los amigos, y es más, el que esta ayuda a los amigos sea al medio para formar un imperio, como hicieron los romanos, y como pueden hacer los españoles, poniendo el ejemplo de los tlaxcaltecas, que acuden en demanda de ayuda contra los mexicanos (128). También Suárez incluye la guerra justa entre los posibles títulos del Emperador para disponer de jurisdicción en todo el mundo (129). Precisamente, la posición de Suárez parece que es más ampliamente favorable a la guerra todavía que la de Vitoria, pues asegura que las escrituras no prohíben, ni la guerra defensiva ni la guerra ofensiva, y que la guerra no es contraria a la paz, sino a la mala paz (130), mientras que Vitoria parece justificar sólo la guerra defensiva, aunque, como se dijo anteriormente, considera guerra defensiva la que sostienen los españoles en América, lo que sólo puede originar estupefacción en el lector desapasionado.

En todos estos casos, los más radicales apologetas de la escuela suelen recurrir a un historicismo deformante, como es el de sostener que no tenemos en cuenta las circunstancias de la época y que no debemos ver las cosas con la óptica del presente, pero es que en el caso presente no puede recurrirse a ese argumento falaz, pues BARCIA ha destacado como el belicismo se ha desarrollado en Vitoria, tras su gestación en San Agustín y Santo Tomás, frente al irenismo o pacifismo de los antiguos, entre los que cita a Tertuliano, Wicclef, Colet, Erasmo, Moro y Vives (131). No cabe decir que en la época o anteriormente todos pensaban lo mismo, pues el pacifismo es doctrina antigua y, sobre todo, es coetánea a la escuela, como puede apreciarse en la referida cita. También CASTAN LACOMA registra que el Beato de Avila se duele de que la juventud no se educara más militarmente en

---

spoliare vel occupare civitates». En I, 3, 7: «omnia belli iura ... spoliare illos et in captivitatem redigere».

(128) *Id.*, I, 3, 16. El título es el de la «causa sociorum et amicorum».

(129) SUÁREZ, *op. cit.*, V, 7.

(130) Así lo asegura BARCIA, *op. cit.*, sobre SUÁREZ, pag. 109.

(131) *Op. cit.*, págs. 132-137.

España, y constata que eso contrasta con el pacifismo integral de algunas sectas cristianas, como son las de Wicclef, Hus y otros (182). Claro es que cabe preguntarse qué es lo que ha movido o estimulado el pacifismo de los heterodoxos, y deberá hacerse para evitar una mitificación a costa de una desmitificación, pero es un hecho que los ortodoxos, en este caso, el iusnaturalismo castellano ha sido singularmente belicista, en conexión con el sistema autoritario al que ha apoyado y en el que se ha apoyado.

A lo indicado anteriormente, hay eua añadir que la escuela se muestra dolorosamente congruente en cuanto a la forma de practicar la guerra y a sus consecuencias. Para Vitoria, los españoles pueden espoliar a los sarracenos y detener a sus hijos, llevándolos a España (183). Fray Luis de León, aunque reconoce como principio primario del hombre en su primer grado el conservar la vida, considera que, a veces, está obligado a despreciarla y desear la muerte, cuando así conviene para alcanzar la vida honesta (184). Vitoria considera normal que puedan ser pasados por las armas los más culpables por orden del Príncipe o del Juez (185), y en cuanto al saqueo lo que aconseja es la moderación y la proporcionalidad a la medida de la injuria, a juicio de un hombre recto y de buenos sentimientos, pero sin excluirlo (186). Para Suárez, si la restitución y satisfacción puede obtenerse de las clases combatientes, los inocentes deben ser respetados, pero en caso contrario, pueden ser privados de la propiedad, y aún de la libertad, dando el ejemplo de la costumbre de los cristianos, consistente en mantener en cuativerio a los hijos de los sarracenos o turcos (187). La cuestión de si debe perdonarse la vida al pri-

---

(182) CASTÁN LACOMA, *op. cit.*, pag. 123: « Otra página ... digna de ser notada, en la que se duele de que la juventud, sobre todo la noble, se criara en España inhábil para la guerra ». Sobre pacifismo de sectas cristianas vid. pag. 112 y ss.

(183) Vid. BELTRÁN DE HEREDIA, *Los manuscritos ...*, pag. 193: « Possemus spoliare omnes saracenos et capere omnes filios eorum iure belli et portare in Spaniam ».

(184) FRAY LUIS, *De legibus*, V, 5.

(185) Vid. BROWN SCOTT, *op. cit.*, pag. 119.

(186) ID., *id.*, pag. 119.

(187) ID., *id.*, pag. 202.

sionero altamente colocado o capaz, la resuelve Baltasar de Ayala negativamente con base en San Ambrosio, en cuanto sería *injusta misericordia* al poder poner nuevo vigor en la guerra <sup>(138)</sup>. Para Suárez, el Príncipe que impone al vencido una pesada indemnización de la que podría prescindir, no peca contra la justicia, sino contra la caridad <sup>(139)</sup>. La postura probabilista en cuanto a la guerra, es decir, la posibilidad de asistir la justicia a ambas partes combatientes, no fue combatida muy directamente sino por alguno, como es el caso de Vazquez de Menchaca <sup>(140)</sup>. Según MENENDEZ PIDAL, el franciscano fray Toribio Motolinía experimenta un fuerte sobresalto cuando en 1555 llegan los libros del P. las Casas, pues para él la guerra puede ser necesaria para la predicación, y la conquista es beneficiosa para los indios <sup>(141)</sup>.

¿Cómo ha reaccionado la literatura en torno a la escuela? Ya se ha indicado antes, pero bueno es recordarlo. Lo expone simplemente sin reaccionar frente a ello; lo considera como mero pragmatismo disculpable; no se ha querido decir lo que está claramente escrito, o, incluso, ha actuado con gran generosidad porque no ha llegado todavía a predicar algo peor. En el caso de la citada solución de Baltasar de Ayala para el prisionero de categoría, BROWN SCOTT se permite como comentario el aplicarla a su tiempo, señalando que si Hindenburg, Foch o otro de esta categoría, hubieran caído prisioneros, no habría habido quien dar en canje <sup>(142)</sup>. El obispo CASTAN LACOMA ha alabado el que los clásicos se preocuparan del *derecho a la guerra* en lugar del *derecho en la guerra*, del que se han ocupado el positivismo jurídico, sin reacción ninguna frente a las diez causas que para el primero señala Alfonso de Castro, y entre las que se encuentran la de reprimir la insubordinación de los súbditos, el castigar o reprimir

<sup>(138)</sup> ID., *id.*, pag. 160.

<sup>(139)</sup> Vid. LABROUSSE, *op. cit.*, pag. 93.

<sup>(140)</sup> BARCIA, *op. cit.*, pag. 134: « Esta tendencia probabilista fue considerada peligrosa y en tal sentido combatida por Vazquez, perteneciente como Suárez a la Compañía de Jesús ».

<sup>(141)</sup> Vid. MENÉNDEZ PIDAL, *op. cit.*, pags. 263-264.

<sup>(142)</sup> *Loc. cit.*, en nota 138.

la idolatría, o a los que se apartan del culto verdadero <sup>(143)</sup>, que supone la consagración de los regímenes autoritarios y de las guerras de religión.

### III. - LA «LEX GRATIAE», EL «PACTUM SUBIECTIONIS» Y LA «EXEMPTIO IMPERII», COMO FUNDAMENTOS IDEOLÓGICOS DE LA MONARQUÍA UNIVERSAL.

#### 12. *La concepción graciosa de la ley.*

La concepción de la ley que se sedimenta en el iusnaturalismo castellano, especialmente, a través de Suárez, es una concepción graciosa, cuya formulación última o más acabada es la de la *ley de la gracia, ley graciosa o lex gratiae*, de mercado caracter voluntarista, característica ya destacada por BARCIA y por LABROUSSE. Para el primero ha sido un defecto y ha empequeñecido la concepción suariana, que, como siempre, disculpa pese a todo <sup>(144)</sup>. El segundo, más crítico por menos angustiado, dice que frente a la teoría objetivista o intelectualista, en el que el legislador es el primero que es movido por el objetivo o papel dinámico de la razón, en Suárez ésta última tiene valor puramente indicativo y está desprovista de valor preceptivo, precisándose tras el acto de entendimiento, el acto de voluntad. LABROUSSE, de acuerdo con Paul JANET, dice que ello favorece la *evolución del pensamiento occidental hacia las concepciones totalitarias* <sup>(145)</sup>. Siempre según LABROUSSE, la libertad dentro de la doctrina de Suárez, reside formalmente en la voluntad, aún tratándose de Dios, y en los actos del entendimiento divino no hay libertad, puesto que están sometidos a su objeto, concluyéndose que, sofisticadamente, Suárez dice que lo injusto es extraño a la voluntad de

---

<sup>(143)</sup> CASTÁN LACOMA, *op. cit.*, pags. 132-133. Los términos contrapuestos son «*ius ad bellum*» y «*ius in bello*».

<sup>(144)</sup> BARCIA, *op. cit.*, pag. 102: «... pero no supo desprenderse del voluntarismo que empequeñece apreciablemente su luminosa concepción. Ello no obstante ...».

<sup>(145)</sup> LABROUSSE, *op. cit.*, pags. 25-27.

Dios porque no pertenece a su libertad <sup>(146)</sup>. Analizando la postura de Vázquez de Menchaca, que siempre aparece más racional por su concepción de ley natural, dice LABROUSSE que lo es en el fondo mucho menos que Suárez, puesto que reserva a cada momento la posibilidad de intervención revolucionaria de Dios <sup>(147)</sup>.

Es posible que la escuela parta de una concepción racionalista o intelectualista de la ley, dado su punto de partida tomista. Esa dirección se aprecia en algún pasaje de Fray Luis de León, que se plantea abiertamente si la ley es acto del entendimiento práctico o *actus intellectus practici*, como en Santo Tomás, o se trata de *acto de voluntad* o *actus voluntatis*, según pretenden los modernos, entre los que cita a Almain, y concluye que, aunque si intervienen varias potencias, como es el caso, hay que atribuirlo muy especialmente a la potencia por la que transcurre el último estadio, y entonces, sería acto de la voluntad, él cree que aunque en cierto modo tenga su origen en la voluntad, sin embargo, en su esencia, es un acto del entendimiento como pensaban Santo Tomás y Aristóteles, ya que imperar es dirigir, y dirigir pertenece al acto del entendimiento <sup>(148)</sup>. Es decir, Fray Luis de León, se aferra a la vieja concepción, pero poco convincentemente porque no sabe contestar en forma rigurosa la propia objeción que se ha hecho, al introducir la vía de la excepción y abandonar el razonamiento lógico por el paralógico, ya que la deducción admitida en primer lugar no admitía excepción alguna, o, al menos, así había sido presentada por él. Fray Luis ya había partido de que la ley era acto del entendimiento, pues éste intervenía en ella, pero también había admitido la intervención de la voluntad, y entonces sólo podía aplicar la regla general de la prioridad de la potencia última interviniente en el proceso de actuación. Estas contradicciones se observan mejor cuando las cuestiones son llevadas al plano de lo divino, pues el propio Fray Luis admite que Dios haya dado leyes contrarias al derecho natural, lo que

<sup>(146)</sup> ID., *id.*, pags. 32-33.

<sup>(147)</sup> ID., *id.*, pag. 35.

<sup>(148)</sup> FRAY LUIS DE LEÓN, *De legibus*, I, 3. La conclusión es que « tamen secundum substantiam est actus intellectus ... quoniam imperare est movendo dirigere in aliquod opus; dirigere vero proprie pertinet ad intellectus actum ».



implica que la ley en Dios es un acto de la voluntad y no, del entendimiento, y lo que es más grave aún, que esto lo ha hecho al comportarse como legislador humano, como cuando promulgó los preceptos judiciales en el Antiguo Testamento, ya que entonces se condujo con el pueblo judío como si fuera un gobernante político y particular de él, de forma que por esto sus leyes fueron dadas por tiempo determinado y desaparecieron juntamente con el pueblo para el que fueron dadas, citando entre estas leyes la de la usura y el repudio <sup>(149)</sup>.

El voluntarismo, todavía rechazado, aunque no convincentemente, por Fray Luis de León y, posiblemente, por Vitoria o por Vázquez de Menchaca, es claro en Alfonso de Castro, cuya definición de ley no puede ser más radical, que ya que la entiende como *recta voluntad del que actúa en lugar del pueblo* <sup>(150)</sup>, muy alejada de la dada por Santo Tomás como *dictamen de la razón práctica en el príncipe que gobierna una comunidad perfecta* <sup>(151)</sup>, por cierto, no aceptada por Suárez; quien emite la nota voluntarista, al manifestar que si el acto es malo sólo por estar prohibido por una ley humana que puede ser derogada por otra posterior, la segunda ley no versará ya sobre un acto malo, porque el poder de legislar procede de Dios y todo cuanto viene de Dios está bien ordenado <sup>(152)</sup>. Quizá es opuesta la doctrina de Vitoria, para el que las leyes que son convenientes a la república la obligan aunque sean dadas por el tirano <sup>(153)</sup>, pues parece que el vicio de voluntad inherente a ese tipo de leyes no las invalida o es subsanado por un acto pleno de entendimiento.

El voluntarismo suareciano llega a manifestarse en el reducto legislativo que parecía más reservado al entendimiento o intelecto, como es el derecho natural. Este, que no es un derecho

<sup>(149)</sup> FRAY LUIS, *De legibus*, III, 21.

<sup>(150)</sup> ALFONSO DE CASTRO, *De potestate legis poenalis*, fol. 3, B: «Lex est recta voluntas eius qui vicem populi gerit ...».

<sup>(151)</sup> Cfr. SUÁREZ, *De legibus*, I, 12, 2. La definición de Sto. Tomás es «Lex est dictamen rationis practicae in principe, qui gubernat aliquam communitatem perfectam».

<sup>(152)</sup> SUÁREZ, *op. cit.*, I, 9, 4.

<sup>(153)</sup> VITORIA, *De la potestad civil*, ed. Torrubiano, pag. 355.

escrito, no aparece promulgado por Dios como *autor de la naturaleza*, sino por Dios como *autor de la gracia* (154). En cuanto no es sino *casi natural*, su conocimiento no parece ser ya el adquirido en virtud de una participación por la vía implícita del derecho divino, sino por el de una revelación específica de este tipo, especialmente querida (155). En el tomismo, el derecho natural parece un derecho subjetivo de la criatura frente al Creador o, si se quiere, como una especie de autolimitación de poder en el último, que se sonroja del exceso que posee y, de paso, le justifica en su actividad punitiva, pues ha concedido armas al pecador para que no incurra en el pecado. En Suárez desaparece esta última ilusión de libertad en el hombre, pues el derecho natural es un derecho gracioso, que depende directamente de la voluntad divina, la cual, como en el luteranismo, no experimenta autolimitación alguna.

Esta concepción de la *lex gratiae*, no tanto en su formulación específica, como en la atmósfera que la rodea y que ha permitido llegar a su formulación suareciana, deviene uno de los fundamentos de la Monarquía Universal, dentro de la que la ley es, de acuerdo con la definición de Alfonso de Castro, la recta voluntad del que actúa en lugar del pueblo, es decir, la voluntad del monarca. Por si hubiera dudas sobre su voluntarismo, el franciscano aún añade que la ley no es lo que conoce o entiende el príncipe, sino que lo que le place es lo que tiene vigor (156), dejándose llevar del romanismo, como es obvio. Es cierto que este criterio tan radical no es compartido por toda la escuela, pues el *bien público* o *común* es un elemento moderador que utiliza otra parte importante de ella (157), y que el legislador no

(154) SUÁREZ, *De legibus*, I, II, 4: « Illa enim lex (natural) non promulgatur a Deo ut auctore purae naturae sed ut auctore gratiae; promulgatur autem eo eipso quod gratiam infundit ». Suárez utiliza « *lex gratiae* » para referirse a la ley natural (I, II, 9), aunque « *lex scripta vel lex gratiae* » dice significar todo derecho divino positivo antiguo o nuevo (I, 16, 1) y luego habla de « *in lege divina gratiae* ».

(155) SUÁREZ, *op. cit.*, I, II, 4: « Modus autem quasi connaturalis illius legis fuit, ut inciperet a divina revelatione ».

(156) CASTRO, *op. cit.*, fol. 3, C: « Non enim id, quod princeps nouit aut benè intellexit, sed quod principi placuit legis habet vigorem ... ».

(157) Vid. FRAY LUIS DE LEÓN, *op. cit.*, I, 7: « bonum commune multitudinis

aparece como *legibus solutus* <sup>(158)</sup>, pero también lo es que cada día la Monarquía se aleja más de cualquier participación estatal en la creación de la ley, y que todo ello es favorecido por el reflejo positivo de la concepción voluntarista de la *lex gratiae*. No importa que la ley se manifieste de muy diversas formas <sup>(159)</sup>, o de que se distinga teóricamente la ley del privilegio <sup>(160)</sup>, pues lo importante es que la ley es, ante todo, una decisión, y una decisión personal, como es la del monarca, en cuyo proceso de elaboración podrán intervenir personas y órganos, pero cuya esencia lo constituirá el acto último de voluntad, ciertamente no enteramente libre o arbitrario, pero ampliamente discrecional, como corresponde a la dispensa de una gracia.

### 13. *El pacto de sumisión política.*

Si la *lex gratiae* apuntala el decisionismo como sistema de creación del Derecho, el *pacto de sumisión política* o *pactum subiectionis* fundamenta el autoritarismo político de la Monarquía Universal como fórmula política o de gobierno, cuando no lo hace el origen natural del poder real. Esto último sucede, quizá, en Vitoria, en tanto aquéllo se encuentra muy precisamente formulado en Suárez.

La literatura apologética declara o insinúa el carácter democrático de la escuela. Es un ejemplo PEREÑA, para quien en Vitoria el origen del poder real es natural; y no, contractual; Soto insiste *más* en el origen democrático; Covarrubias acepta que el sujeto natural de la soberanía es el pueblo constituido en Estado; Miguel de Palacios adelanta en la tesis de la representación; Domingo de las Cuevas, Diego de Chaves y Gil de la Nava se adaptan a Soto; nada nuevo añade Mancio y Guevara;

---

et huius status tranquillus cum iustitia et opulencia»; id. I, 10: «... omnis lex ordinatur atque refertur ad bonum publicum».

<sup>(158)</sup> Vid. VITORIA, *De la potestad civil*, ed. Torrubiano, pags. 352 y ss.

<sup>(159)</sup> García-Gallo ha estudiado bien las distintas formas, sobre todo, en relación a Indias, y yo he tratado de hacerlo también en mis manuales.

<sup>(160)</sup> A. DE CASTRO, *op. cit.*, fol. 5 D y 6, A y B, distingue entre «lex», que es «pro communi civium utilitate» y «privilegium», que es «pro privato commo», en la línea de Aristóteles, S. Isidoro y Sto. Tomás.

Juan de la Peña se inspira en Covarrubias, y Fray Luis de León se acomoda a sus maestros *sobre el origen democrático del poder* (161). La literatura ligeramente crítica, sin embargo, percibe el carácter absolutista o autoritario de la escuela, si bien distinguen matices entre los componentes. LABROUSSE, respecto al origen divino directo de los reyes o indirecto a través de la comunidad, señala como solución absolutista la de Vitoria, Molina y Suárez, en tanto hay admisión de una reserva táctica del poder legislativo de la comunidad en Vázquez, Soto, Mariana, Covarrubias y otros (162). MIAJA DE LA MUELA detecta limitación de la soberanía en la doctrina de Vázquez, con Soto y Covarrubias, frente a Vitoria, Molina y Suárez (163). De RECASENS SICHES se desprende que el autoritarismo es mayor en Molina y Vitoria, que en Vázquez, Covarrubias y Soto, de los que pasará a Althusius (164).

En el orden del origen del poder, la escuela se mueve condicionada por el pactismo en su versión filosófica, que es distinto del pactismo en su versión historicista, caracterizando una vez más a Castilla frente a la Corona de Aragón (165). En ese pactismo filosófico, el pacto no es real o histórico, sino ideal o filosófico. En ambos pactismos, el fundamento legitimador del poder lo constituye el pacto, pero en el historicista lo es un pacto concreto e históricamente existente, cuyas partes, materia y forma se conocen o creen conocerse, mientras en el ideal puede, y es además lo más frecuente, que ese pacto concreto no se haya producido nunca, aunque el poder ha debido originarse como si se hubiera producido.

La idea de pacto lleva consigo el de comunidad o república, que es una asociación humana con intención de vida común y consiguiente constitución de un gobierno o autoridad, cuyo origen

(161) PEREÑA, introducción a la obra de FRAY LUIS DE LEÓN, pag. LXXII.

(162) LABROUSSE, *op. cit.*, pag. 56.

(163) MIAJA, *op. cit.*, pag. 23.

(164) RECASENS, *op. cit.*, pag. 137.

(165) Creo no tardará en publicarse una intervención mía en coloquio organizado por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, que se celebró en Madrid en abril de 1978, y en la que distingo entre el pactismo político aragonés y el pactismo jurídico levantino.

puede considerarse divino o humano. La postura más *democrática*, término que sólo debe ser aplicado en su sentido puro y originario, que es el de ejercicio del poder por la misma comunidad, masa o pueblo, conduce a rechazar la erección de autoridad, y es lo que parece encontrarse en el trinitario Alonso de Castrillo, al publicar en 1521 un *Tractado de republica*, en el que declara que la obediencia a los reyes es injusta, contraria a la condición humana y opuesta al Derecho natural <sup>(166)</sup>, posiblemente, en conexión con los monarcómacos franceses, que, a su vez, consideran a Aragón como el paradigma de la libertad, y en la línea que en 1594 será seguida por el jesuita Roberto Person, con el pseudónimo de *Dolemann* <sup>(167)</sup>. Esta postura ha ofendido a la literatura apologética o cercana a ella, como es el caso de HINOJOSA, que no consideró el libro de Castrillo *entre las producciones de nuestra gran escuela teológico-política*, sino *curioso, incurriendo en grandes contradicciones y extravagante* <sup>(168)</sup>.

Otra postura democrática, aunque más moderada, es la del Padre Las Casas, cuya obra es siempre heterodoxa, tanto por la problemática que se plantea, como por las soluciones aplicadas. Para el citado dominico, el pueblo es la causa efectiva de los reyes y no pierde su libertad cuando los elige, pues el Príncipe no puede exigir nada que previamente no haya sido pactado. Por otra parte, y glosando el Decreto, también afirma que los reyes deben nombrarse por elección, aunque reconoce que por costumbre se hace lo contrario <sup>(169)</sup>.

Sin embargo, se trata de posturas heterodoxas, que sólo responden a la escuela en cuanto que toda escuela precisa de estas tendencias para purificarse y extremar su ortodoxia. Vitoria, al que suele considerarse como audaz frente a los monarcas, es el que responde, quizá, con una mayor acritud en defensa del poder de aquéllos, diciendo que no es extraño que los *facciosos, los corrompidos por la soberbia y los ambiciosos se levanten contra los Príncipes*. Opone que la monarquía o potestad regia, no sólo es

---

<sup>(166)</sup> Vid. LANSEROS, *op. cit.*, pags. 25 y 26.

<sup>(167)</sup> Vid. *op. cit.*, pags. 190-191.

<sup>(168)</sup> HINOJOSA, *op. cit.*, pags. 73-76.

<sup>(169)</sup> LAS CASAS, *op. cit.*, I, 4 y I, 5, 3.

justa y legítima, sino que los reyes tienen su poder del derecho divino y natural, y no, de la república, o mejor de los hombres. Para él, el poder real no es contrario al derecho natural, pues no hubiera sido nunca justa, y lo fué por el Antiguo Testamento, no habiendo dispuesto San Pablo que se les obedeciera. Insiste Vitoria en que la potestad real no procede de la república, sino del mismo Dios, pues aún cuando es constituido el Rey por la república, no le transfiere sino su propia autoridad, pues no hay dos poderes, uno real y otro del pueblo. Yerran los autores, dice Vitoria, que afirman que la potestad de la república es de derecho divino y no, la real, pues si los hombres o la república no tuviesen potestad de Dios, sino por libre acuerdo se uniesen, sí que procedería de los hombres la potestad pública, pero no es así, pues se han constituido en república y han erigido una potestad para administrarla, oficio al que han sido destinados los soberanos civiles. En el caso de los infieles es distinto, pues la infidelidad prohíbe el que se adquiera un legítimo principado y potestad, pero en el de los cristianos el hombre no puede renunciar a la potestad, y si los ciudadanos conviniesen en prescindir de autoridades, el pacto sería nulo e inválido como antinatural. Siempre según Vitoria, en los regímenes aristocrático y democrático no hay mayor libertad, porque como la potestad es la misma, ya resida en uno que resida en muchos, no es menor la libertad donde todos son súbditos de uno sólo, y como, además, hay muchas ambiciones, el mejor régimen es el de uno, de forma que todo el mundo sea gobernado por un sólo y sapientísimo Príncipe y Señor. Vitoria concluye que, como la mayor parte de la república puede constituir rey aún resistiéndose el resto de los ciudadanos, así la mayor parte de los cristianos, aún resistiéndose el resto pueden legítimamente crear un monarca al que obedezcan todos los príncipes y todas las provincias <sup>(170)</sup>.

Como puede verse, sobre todo, en la última parte, Vitoria está defendiendo concretamente la Monarquía Universal de los Austrias y para ello expone una doctrina basada en los siguientes puntos: a) exaltación de la obediencia; b) origen natural o no

---

(170) Vid. *Relección de la Potestad civil*, ed. Torrubiano, págs. 327-346.

contractual de los reyes; c) ausencia de la necesidad de una transmisión del poder por la comunidad; d) condición natural de la autoridad, y e) partido declarado por la monarquía frente a la aristocracia y a la democracia. Puede decirse que en él, el origen divino de los reyes destruye el propio pacto cuando éste se hubiera podido producir. La comunidad no puede elegir al rey ni tampoco oponerse a que éste sea instituido, con lo que su papel resulta totalmente pasivo, pues no es sino el de aceptarlo y obedecerlo. El Rey puede actuar paternalmente, es decir, sin más límites que los que le impone la propia naturaleza de su oficio de rey, sin más límites que los que provengan de Dios, que es el que le ha transmitido el poder, los cuales sólo serán conocidos por la Iglesia, en cuanto representación de ese Dios en la Tierra. Una vez más, la simbiosis entre Monarquía e Iglesia se dibuja con toda claridad. Es de destacar que la escuela rehuye cualquier condición revolucionaria que pueda atribuirse al Cristianismo, y así Suárez califica de *infamante* la nota que contra los cristianos lanzan los enemigos de los primeros tiempos del Evangelio, atribuyéndoles la pretensión de introducir libertades y promover desórdenes para derribar tronos y poderes civiles <sup>(171)</sup>. Molina, en la línea de Vitoria, afirma que es absurdo el que el poder real haya sido instituido contra el derecho natural y que todos los reyes sean tiranos o que su autoridad pugne con la libertad cristiana y la ley evangélica <sup>(172)</sup>.

La postura de Vitoria, quizá, poco conforme con los nuevos tiempos, no ha sido compartida por otra parte de la escuela, que ha tratado de llegar a los mismos resultados a través de una argumentación más democrática, aunque sólo aparentemente. Se defiende el origen popular del poder, pero se admite la transmisión del poder, primero, para, finalmente, completarlo con la pérdida de él al verificarse la transferencia. El resultado es el afianzamiento de la Monarquía de los Austrias y el robustecimiento de su autoritarismo.

Un primer paso puede ser el dado por Alfonso de Castro, de quien ya se dijo concibe la ley como recta voluntad del que go-

---

<sup>(171)</sup> Vid. LANSEROS, *op. cit.*, pag. 117.

<sup>(172)</sup> ID., *id.*, pag. 115.

bierna en nombre del pueblo, lo que le conduce a determinar quien es éste. Castro admite que toda la autoridad viene de Dios, pero cree que éste la transmite de diversas formas, y en el supuesto de la autoridad laica, cuyo único fin es el de la custodia de la paz, no se confiere sino por el consentimiento del pueblo y en la medida en que lo conceda inicialmente. Consta, pues, que por derecho natural, la potestad de estatuir leyes es concedida al pueblo, especialmente, las leyes que no repugnen a su verdadero y legítimo dominio, pues cada uno es árbitro y moderador de sí mismo, y ninguna recta razón padece que el pueblo no tenga para sí la potestad que tiene el particular para sí mismo. Según el autor citado, como frecuentemente sucede que donde hay multitud hay confusión, conviene que el pueblo transfiera al algunos la autoridad que le fue concedida por derecho natural, y el primer rey dado por Dios a los hombres no lo fué sino a petición de ellos, de forma que después varios pueblos eligieron reyes a su vez, algunos de los cuales devinieron tiranos, lo que dió lugar a que el poder de gobernar no se transfiriese a un sólo hombre, sino a varios. Para Castro, la potestad que no tiene el consenso del pueblo es tiránica, a no ser que fuera transmitida por Dios, como es el caso de David, que no recibió del pueblo el gobierno y no fue tirano, sino verdadero rey de los israelitas. También opina que la ley dada contradiciendo a todo el pueblo no puede ser convalidada, a menos que el pueblo hubiera transferido todo el poder al príncipe o al senado sin reservarse nada, lo que supone no habrá hecho ningún pueblo, y aún en el supuesto de que lo hiciera consuetudinariamente, el pueblo puede apelar y suplicar y tiene que ser oído, así como dada la ley, todo hombre, aunque no se solicitara su consentimiento tiene que observarla <sup>(178)</sup>. La postura de Castro recuerda algo la del P. Las Casas, pero está más lejos de lo que parece. No piensa en una reserva total de la comunidad, sino en una reserva parcial, que sólo le faculta para apelar y suplicar o ser oído. Desde luego, no admite el principio de la monarquía electiva y, por el contrario, lo que declara necesario es la transferencia de poder que, además, no siempre necesita efectuarse a través de la comunidad.

---

(178) A. DE CASTRO, *op. cit.*, fols. 6-9.



No admite comparación con el pactismo historicista, sobre todo, en su versión política, que está luchando en Aragón en ese mismo momento, y, por tanto, no puede ni desea tener ninguna eficacia contra los Austrias, sino que los beneficia. Se considera que en España se verificó hace muchos siglos la transferencia del poder por el pueblo a los reyes, y todo lo más, que deben oír a sus súbditos cuando éstos se consideran agraviados. No se olvide, además, que si Castro admite una reserva de poder en la comunidad, aunque parcial, en otro pasaje ha defendido la teoría romanista de que lo que place al Príncipe es lo que tiene vigor de ley.

El último paso lo recorre Suárez, al que puede considerarse como el ideólogo más consumado de la Monarquía Universal, aunque sin olvidar a Vitoria. Su teoría debe exponerse con cierta extensión, y es la que sigue en los párrafos siguientes.

La autoridad civil o *potestas civilis* en abstracto o *per se spectata* es conferida inmediatamente por Dios a los hombres unidos en Estado o comunidad política perfecta (*in civitatem seu perfectam comunitatem politicam congregatis*), y no en virtud de otorgamiento especial, distinto al de la creación del Estado, sino que se sigue necesariamente del primer acto de su fundación, pues si fuera necesario un otorgamiento especial de Dios no se conocería por la razón natural, sino que precisaría revelación<sup>(174)</sup>. Hasta aquí Suárez se muestra relativamente demócrata, en cuanto sitúa el poder en la comunidad, pero sin emanar de ella, sino de Dios y, podríamos decir, que consubstancialmente con la creación de la propia república o Estado, para el que Suárez parece preferir el término *ciudad* a la manera medieval, habiéndose de tener siempre presente que el teólogo se refiere siempre al poder en abstracto (*potestatem hanc praecise spectatam*) y no, a cualquier poder histórico. Su democratismo sigue manifestándose en que el poder no lo considera situado en una persona, ni tampoco en un grupo particular de aristócratas o de un ciudadano del pueblo (*sive optimatum sive quorumcumque ex populo*), sino en toda la comunidad<sup>(175)</sup>.

(174) SUÁREZ, *Defensio fidei*, II, 9.

(175) ID., *id.*, II, 7.

En este momento empieza a quebrarse el democratismo de Suárez, que, siguiendo a Aristóteles, considera la democracia como la más imperfecta de todas las formas de gobierno <sup>(176)</sup>, y que el conferimiento del poder al pueblo lo declara de derecho natural negativo y no positivo (*de iure naturali negativo, non positive*), o aún mejor, más de derecho natural concesivo que simplemente preceptivo (*potius de iure naturali concedente, non simpliciter praecipiente*), lo que significa que no se prescribe que permanezca en él, sino hasta que no se haya resuelto otra cosa <sup>(177)</sup>. Según Suárez, al igual que la esclavitud no se prohíbe, sino que lo que se prohíbe es que se ejerza sin el libre consentimiento o motivo y poder justos, la comunidad tiene el poder mientras no cambie o deje de ser democrática, pudiendo ser privada del poder porque lo quiera ella misma o porque lo quiera otro que tenga potestad y título justo (*ipsa volente, vel ab alio habente potestatem et titulum iustum*), lo que hará que pase a una persona o a un senado <sup>(178)</sup>. Curiosamente para Suárez el más alto axioma de la teología (*egregium theologiae axioma*), no lo constituye el que el pueblo adquiere el poder por la voluntad humana, sino el de que lo pierde por ésta cuando dice que el poder político no se recibe directamente de Dios o por institución divina, sino mediante la voluntad y la constitución humana <sup>(179)</sup>. Los reyes absolutos, como es el caso de Jacobo I de Inglaterra, se mofan de que el origen de su poder pueda residir en la voluntad del pueblo, en realidad, de acuerdo con Vitoria, por ejemplo, pero Suárez parece mofarse del pueblo cuando le confiere el gobierno a través de Dios y se lo retira a través del hombre, a la manera de lo que hacen con Sancho Panza en el famoso banquete suministrado en la ínsula de su gobierno. Lo hace, además, a través de un sistema paralógico muy empleado por él, que consiste en destruir las categorías a través de su división, en este caso, la del derecho natural, que ya no es unitaria y, por tanto, cierta o no cierta, sino multiforme y, por tanto, incierta. Con arreglo a este modo

---

<sup>(176)</sup> ID., *id.*, II, 8.

<sup>(177)</sup> Vid. *loc. cit.* en nota 174.

<sup>(178)</sup> ID., *id.*

<sup>(179)</sup> ID., *id.*

de razonar tan falto de rigor lógico, la esclavitud no es contraria al derecho natural, sino sólo cierto tipo de esclavitud, y la comunidad no es la depositaria del poder, sino mera detentadora accidental del mismo.

Aunque Suárez recurre también a testimonios cristianos, como el de San Agustín, por ejemplo, la transmisión del poder y el pacto de sumisión política la justifica en base a un pagano, como es Ulpiano, de quien recogen la doctrina de que *mediante la ley regia que se dió sobre su poder, el pueblo le transfirió todo su potestad y autoridad sobre él*, aunque diga que no se pudo dar por un sólo precepto, sino por un pacto <sup>(180)</sup>. En su base romanista, Suárez coincide con Alfonso de Castro.

Para Suárez existen cuatro modos de transmitirse el poder: a) poco a poco y casi progresivamente (*paulatim et quasi successive*), como en el caso de Adán o de Abraham, y, quizá, también en Roma; b) la elección voluntaria por la comunidad ya perfecta (*communitas iam perfecta voluntarie regem eligit*), que es la más conveniente y razonable, con transmisión firme y para siempre, que ya no necesita nuevo consentimiento; c) involuntariamente, a través de guerra justa y como castigo (*involuntarie ... per bellum ... iustum*), y d) involuntariamente, por guerra injusta, que es como se engrandecieron los más famosos imperios (*involuntarie ... per bellum iniustum*). No se adquiere el poder tiránicamente, pero con el transcurso del tiempo, si el pueblo confiere libremente su consentimiento o los sucesores reinan de buena fé, entonces cesa la tiranía <sup>(181)</sup>. Suárez, que también menciona el cuasicontrato, no indica en que apartado incluye la Monarquía de los Austrias, pues es problema que no inquieta ni a él ni a ninguno de los miembros de la escuela que, dan por descontado, su legitimidad, y nunca se les pasa por la imaginación ofrecer cualquier género de resistencia, incluido el propio Mariana, que es lo que explica que su obra no sea perseguida en España, mientras que lo es en Francia.

<sup>(180)</sup> *Op. cit.*, II, 12. Cfr. LANSEROS, *op. cit.*, pag. 212.

<sup>(181)</sup> SUÁREZ, *op. cit.*, II, 19-20. Según Suárez no se adquiere «in principio», pero con el tiempo el pueblo consiente «et tunc cessabit tyrannis et incipiet verum dominium et regia potestas».

Suárez tranquiliza también a Jacobo I de Inglaterra respecto a su temor por las revoluciones, pues para él, una vez que el pueblo transmite el poder al rey, ya no puede legítimamente reclamar su libertad a su arbitrio y siempre que quiera, porque el rey ha adquirido el dominio. El pueblo no puede quitar al rey el *dominio* ni reclamar su *libertad*, porque aquél ha dejado de pertenecerle (*iam se illa privavit*) y no puede levantarse legítimamente contra el rey, pues no habría un uso justo (*usus iustus*), sino una usurpación de poder (*usurpatio potestatis*). La teoría de Belarmino en la línea de Azpilcueta de que el pueblo puede conservar el poder *in habitu*, no es interpretada por Suárez en el sentido de que justifique a los pueblos para reclamar a su arbitrio la libertad, pues Belarmino se refirió a *determinados casos* y con muchas limitaciones. Es cierto que el pueblo al transferir el poder se lo reservó y puede hacer uso, pero aún así y todo es necesario que el derecho conste en antiguos o seguros documentos o por costumbre inmemorial, aunque puede hacer uso del derecho natural a la propia defensa, si el rey deviene tirano, abusando para arruinar manifiestamente la ciudad, ya que fuera de este caso cesa todo fundamento u ocasión de sedición (*ita cessat omnis seditionis fundamentum aut occasio*) (182). Suárez niega que el rey dependa del pueblo, lo que sólo ocurre en la consecución del poder, pues una vez obtenido es independiente en su posesión (183), con lo que están de acuerdo los restantes miembros de la escuela, como es el caso de Fray Luis de León, para quien una vez que el pueblo instituye el poder del rey, le transfiere toda voluntad y decisión, tanto para dar leyes como para otro negocio, de forma que mientras el rey use recta y debidamente el poder que se le entregó, el pueblo cometería injusticia contra él si no obedeciese las leyes justas que había dado (184). Es evidente que Jacobo I de Inglaterra puede sentirse seguro en su trono, de acuerdo con la doctrina de Suárez, en tanto no ataque el poder de la Iglesia, que es lo único que le convertiría en tirano, y con más razón los Austrias, que no se enfrentan con aquel poder, sino lo canalizan

---

(182) SUÁREZ, *op. cit.*, III, 3.

(183) ID., *id.*, III, 4.

(184) FRAY LUIS DE LEÓN, *op. cit.*, I, 33.

en beneficio propio. El pacto de sumisión política legitima plenamente su autoritarismo.

#### 14. *La exención del Imperio.*

Existe un tercer fundamento de la Monarquía Universal, y es el de la exención del Imperio (*exemptio Imperii*) por parte de España, teoría procedente de la Edad Media, y que no precisaba ya de mucho esfuerzo, dada la progresiva debilitación del Imperio. Vitoria niega que el Emperador hubiera adquirido el dominio del orbe por sucesión legítima, donación, permuta, compra, guerra justa, elección u algún otro título <sup>(185)</sup>, y recuerda que desde que el Papa Esteban transfirió a los germanos el Imperio Occidental, nunca los emperadores de éste pretendieron ser señores de Grecia, es decir, del Imperio oriental <sup>(186)</sup>. Para Vitoria el reino de España no está sujeto al Emperador <sup>(187)</sup>, como tampoco el patrimonio de la Iglesia <sup>(188)</sup>. Suárez encuentra como hipotéticos títulos de jurisdicción universal el de la elección o el de la guerra justa <sup>(189)</sup>.

La exención de los reinos hispánicos ya había sido declarada en la edad media, basada especialmente en que el Imperio no había participado en la Reconquista. Esta exención es confirmada ahora en cuanto podía ser un remoto obstáculo para el establecimiento de la Monarquía Universal, lo que se completa con la negativa de una jurisdicción universal, que podía ser incómoda en el caso de Indias. Realmente, no era necesario luchar mucho, puesto que el Imperio se había debilitado y entrado en una profunda crisis, de la que no se recuperaría. Lo sorprendente es que

<sup>(185)</sup> VITORIA, *De Indis*, I, 2, 2: «Nec non habuit Imperator aut per legitimam successionem aut donationem aut permutationem aut emptionem aut iusto bello aut electione aut aliquo alio legali titulo ...».

<sup>(186)</sup> *Id.*, I, 2, 2: «... ab Stephano Papa, qui Imperium occidentale transtulit ad germanos ... numquam enim Imperatores germani hoc titulo praetenderunt se esse Graeciae dominos ...».

<sup>(187)</sup> VITORIA, *De Indis*, I, 2, 2: «Item nec regnum Hispaniae est subiectum Imperatori ...».

<sup>(188)</sup> *Id.*, *id.*: «Et primum, patrimonium Ecclesiae (ut fatentur ipsi iuristas, etiam Bartolus) non est subiectum Imperatori ...».

<sup>(189)</sup> SUÁREZ, *Defensio fidei*, V, 7.

un autor como MIAJA DE LA MUELA incurriera en el error de interpretar como objetividad el que en un país de estructura imperial fuera sepultada definitivamente la tesis del Emperador como señor del mundo, y que esto sucediera igualmente con respecto al Papa, considerándolo como objetividad y valentía de los teólogos y juristas españoles del siglo XVI <sup>(180)</sup>. España no era un país de estructura imperial, sino, al revés, un país que en su condición de periférico escapa a la jurisdicción imperial durante la edad media, y que no se funde tampoco con el Imperio, ni siquiera en la época de Carlos V, cuanto menos, posteriormente. Los teólogos y juristas españoles no pertenecen al Imperio, y sus intereses se depositan en la defensa del Rey de España, al que no pudiendo elevar a Emperador sueñan con convertirle en Monarca Universal, que, prácticamente, puede llegar a ser el sustituto de aquél. Tampoco están interesados en el dominio de Roma, centro que no pueden dominar, sino en el de una Iglesia española, que sin negar su obediencia espiritual, está mejor protegida por un poder político fuerte como el de los monarcas españoles. La objetividad hubiera residido, por el contrario, en la limitación del poder español y de su expansión, lo que, como sabemos, no hicieron, sino estimularon, uniéndose a él como compañeros de viaje.

#### IV. - LA CORRELACION ENTRE EL CONFESIONALISMO Y LA CONDICION REPRESIVA DEL PODER.

##### 15. *El confesionalismo.*

Los tratadistas han detectado el caracter represivo de la escuela, pues, como ya se indicó, LABROUSSE ha calificado el suarismo, una de sus manifestaciones, como *sofocante* para el hombre de la calle <sup>(181)</sup>, e HINOJOSA, aunque siempre tratara de

---

<sup>(180)</sup> MIAJA, *op. cit.*, pags 5 y 54. En esta última página, Miaja ya reconoce decadente al Papa y a la doctrina papista en los siglos XIV y XV.

<sup>(181)</sup> Vid. nota 9.

justificarlo, hubo de reconocer *exceso de celo* en Alfonso de Castro contra los herejes (192); el recurso al tormento teniendo que reconocer que Luis Vives se opuso enérgicamente a él (193), y, siempre, la severidad, aunque el maestro granadino no dejara de arrojarse ante la verdad y la vehemencia de Castro en la prohibición de los malos libros (194) que, naturalmente, eran los libros heréticos. Parte de su condición represiva puede venirle del propio cristianismo, que es una religión judaica, cuando el judaísmo desarrolla siempre una moral más represiva que lo hace el helenismo, por ejemplo, incluyendo dentro de éste el romanismo, que es a través del cual el helenismo fluye en el mundo que hoy conocemos como occidental. Dentro, sin embargo, de la tónica general represiva del cristianismo, posiblemente el iusnaturalismo castellano destaca por diversos motivos, entre los que se encuentra, sobre todo, su papel contrareformista, que le exaspera y, como decimos hoy, le *radicaliza*.

La indicada condición represiva se ve favorecida por la exaltación de la obediencia, a la que ya se ha hecho referencia, de forma que, independientemente de que conforme al *pactum subiectionis* el rey no depende de sus súbditos para adoptar decisiones, a éstos lo que les corresponde es obedecer, salvo situaciones límites, que es cuando el rey deviene tirano. Aunque ciertamente Suárez lo rechaza, es muy importante destacar que el mundo cristiano a través de San Agustín, se ha planteado, incluso, la conveniencia de la prohibición para el ejercicio de la obediencia (195), lo que implica una concepción casi masoquista de la vida, y, desde luego, el desarrollo de una conciencia favorecedora del autoritarismo y poco propicia para la libertad.

Este confesionalismo, trasladado al campo político, desemboca en notables consecuencias. La noción de bien común queda rele-

---

(192) HINOJOSA, *op. cit.*, pag. 128: «La severidad en ... el castigo de los herejes se consideraba ... como el único medio ... para contener la propagación de los errores contrarios al Catolicismo ... En su exceso de celo contra los herejes ... Castro ... ».

(193) *Op. cit.*, pag. 135.

(194) *Op. cit.*, pag. 130.

(195) SUÁREZ, *De legibus*, I, 19, 9: «... vero addita fuerit comminatio, non fuit quia homo ex vi perfectionis illius status illa indigeret, sed aliis de causis ... ».

gada a un segundo plano <sup>(196)</sup> y la moralidad de los actos del Príncipe es asunto personal <sup>(197)</sup>. La conversión al cristianismo de un príncipe bárbaro le capacita para promulgar leyes convenientes, no sólo conforme al derecho natural, sino al evangelio <sup>(198)</sup>, y Vitoria admite que si el Sultán se convirtiera podría coaccionar y obligar a sus súbditos a recibir la fé cristiana <sup>(199)</sup>, lo que, curiosamente, le acerca a algunas fórmulas reformadoras. Para Suárez, la conversión de los príncipes paganos no les obliga a abdicar, porque de otra forma los reyes no se convertirían o permitirían la conversión de sus súbditos <sup>(200)</sup>, actitud eminentemente oportunista, porque significa subordinar la moralidad de una acción a los beneficios que pueden irrogarse de la misma. En el caso del infiel, sin embargo, la solución es distinta, pues tiene lugar *siempre que no se seguirán trastornos o peligros graves para la fe de los súbditos*, de forma que el pueblo tiene la obligación de rechazar la autoridad de tales reyes <sup>(201)</sup>. Actitudes represivas de la escuela favorecen mucho la del poder civil, como sucede en materias financieras, en las que Alfonso de Castro, refiriéndose a la alcabala que paga todo el que vende, salvo los eclesiásticos, y el portazgo que en mar se llama *diezmo de mar*, dice frente a los que enseñan que los que no pagan no pecan porque se expone al peligro, que él siempre respondió a los muchos comerciantes que le consultaron, que los que niegan tales tributos pecan mortalmente y están obligados a la restitución, aunque se opongan al peligro de la pena impuesta por la ley <sup>(202)</sup>.

---

<sup>(196)</sup> LABROUSSE, *op. cit.*, pag. 57, dice que la noción de bien común es elemento fundamental, pero no desempeña el papel primordial que le atribuyen modernos glosadores de Vitoria, y que según el P. Delos « no es sino una carga que grava la donación ».

<sup>(197)</sup> Así lo dice el P. Delos según LABROUSSE, *op. cit.*, pag. 58.

<sup>(198)</sup> Vid. VITORIA, *De Indis*, II, 4.

<sup>(199)</sup> ID., *id.*, III, 1, 5.

<sup>(200)</sup> Vid. LANSEOS, *op. cit.*, pag. 120.

<sup>(201)</sup> Vid. *op. cit.*, pags. 129-130.

<sup>(202)</sup> A. DE CASTRO, *op. cit.*, fol. 84 A y B. Añade: « Et hec est altera causa quae me impulit ad scribendum hoc opus de potestate legis penalis ... » y en fol. 87 C concluye que como los tributos son diversos en España, Francia o Inglaterra, no es de ley divina el pagar determinado tributo, pero sí, el pagar tributo al príncipe.



16. *La organización familiar.*

La condición represiva del cristianismo se ha manifestado, fundamentalmente, en la organización familiar y la escuela participa plenamente. Vitoria sigue a Aristóteles en la existencia de una doble potestad, que es la de los padres sobre los hijos, y la del varón sobre la mujer <sup>(203)</sup>. Para él, la mujer está más obligada hacia el marido que lo está el súbdito al señor, porque aquél vínculo es de derecho divino, y éste, no <sup>(204)</sup>. Antifeminista a ultranza, Vitoria declara que las mujeres no pueden tener jurisdicción espiritual, ni pueden absolver o atar, ni excomulgar, no teniendo sabiduría espiritual <sup>(205)</sup>. Suárez considera también al varón como la cabeza en el matrimonio <sup>(206)</sup>.

Dentro de la organización familiar, el matrimonio ocupa lugar preferente. La postura de Vitoria es curiosamente pragmática, pues considera que la prohibición del divorcio se debe a que entre los cónyuges surgen continuamente riñas y les invade la saciedad y el aburrimiento, con lo que *raros serían los matrimonios firmes* sin la prohibición, lo que supondría entonces que abandonada la mujer, no sería recibida por otro y habría incontinencia y detrimento de los hijos <sup>(207)</sup>. Aunque la última parte corrige algo la declaración, no deja de ser curioso que la indisolubilidad del matrimonio proceda de la constatación de que no hace feliz al ser humano, lo que no deja de ser decepcionante para la institución. Para Fray Luis, la indisolubilidad es un precepto que procede de la vida animal y que obliga a todos los hombres, pero sólo en tiempo de necesidad, es decir, cuando hay peligro de que

---

<sup>(203)</sup> VITORIA, *De Indis*, I, 2, 2: «... duplex est potestas: una familiaris, ut patris ad filios et viri ad uxorem, et haec est naturalis ...».

<sup>(204)</sup> ID., *id.*, I, 3, 13: «... quia tantum vel plus tenetur uxor viro, sicut subditus domino, cum illud vinculum sit iuris divini, hoc autem non».

<sup>(205)</sup> ID., *id.*, pags. 303-304.

<sup>(206)</sup> SUÁREZ, *De legibus*, C.I. num. 4, cit. por LANSEROS, *op. cit.*, pag. 83, nota 32: «... nam coniunctio viri et feminae naturalis est, ideo in ea caput invenitur, quod est vir».

<sup>(207)</sup> VITORIA, *Relación de la Potestad del Papa y del Concilio*, ed. Torrubiano, pag. 385.

desaparezca la especie humana, o al principio del mundo, cuando los hombres eran pocos <sup>(208)</sup>.

En materia de impedimentos, la postura de Vitoria es oportunista o pragmática, caso corriente en la escuela, pues como adepto a la Corona española aparece interesado en la contienda promovida por Enrique VIII en relación a su matrimonio con Catalina de Aragón. Para Vitoria, el Príncipe seglar tiene jurisdicción sobre el matrimonio, aún para prohibir las bodas entre parientes y afines, y puede dar leyes y poner impedimentos como la Iglesia <sup>(209)</sup>, pero concluye que la Iglesia puede quitar esa potestad a la autoridad civil <sup>(210)</sup>. Como Enrique VIII pretende la nulidad de su matrimonio con Catalina de Aragón por un impedimento de derecho divino y natural, procedente del Levítico, como es el haber casado previamente la aragonesa con su hermano, Vitoria se pregunta si todos los grados prohibidos por el Levítico lo son por derecho natural, pues por estar prohibidos algunos grados por el Derecho divino no se sigue que el matrimonio contraído sea nulo, ni porque el Levítico prohíba a determinadas personas casarse, se les prohíba también por la ley evangélica. Distingue entonces entre tres relaciones de las cosas con el Derecho natural, que son: a) siempre deshonestas; b) lícitas por algunas causas graves, y c) no prohibidas, sino consideradas como bienes inferiores, para concluir que la que le ocupa está en la tercera situación, en cuanto que en el Levítico no está prohibido el matrimonio con el hermano del marido difunto sin sucesión. Aunque reconoce que su última conclusión es contraria a la de la mayoría de los teólogos, sostiene que, ley positiva a parte, el hermano podría sin dispensa alguna tomar por mujer a la mujer del hermano muerto con o sin sucesión <sup>(211)</sup>.

La familia constituida así en forma patriarcalista y con un matrimonio indisoluble afectado de gran número de impedimentos civiles y religiosos, favorece una sociedad reprimida, en perfecta

<sup>(208)</sup> FRAY LUIS, *op. cit.*, V, 6. Sin embargo en VI, 18, contradictoriamente considera al matrimonio perpetuo e indisoluble como de derecho natural.

<sup>(209)</sup> VITORIA, *De matrimonio*, ed. Torrubiano, pag. 181.

<sup>(210)</sup> ID., *id.*, pag. 182.

<sup>(211)</sup> ID., *id.*, pags. 185-206.

correlación con el poder civil fuertemente autoritario y restrictivo de la libertad personal.

### 17. *La represión penal.*

Donde más claramente coinciden la esencia represiva de la escuela y la del poder civil es, naturalmente, en el campo penal. No por muy conocida hay que dejar de destacar la simbiosis reflejada en la famosa relajación al brazo secular, pues la Iglesia se erige en cabeza, mientras el Estado se constituye en brazo ejecutor, ninguno de ellos en forma ciega, pues cada uno comprende los beneficios de la conjunción y conoce perfectamente el mecanismo de su funcionamiento. Alfonso de Castro describe éste cuando dice que por Derecho canónico consta que el hereje puede por la sola presunción jurídica ser considerado relapso, y que el así juzgado es entregado a la potestad secular para que le castigue a su arbitrio, la cual siempre que es verdaderamente católica y sirve con celo a Dios, suele condenar a muerte <sup>(212)</sup>.

La escuela apoya con todo ardor al poder civil, en cuanto considera pecaminosa la actividad delictiva en general, como lo demuestra Fray Luis de León, para quien todas las leyes, aún las penales, obligan como pecado en conciencia, a no ser que el legislador diga lo contrario <sup>(213)</sup> y, sobre todo, Alfonso de Castro, en quien puede verse muy desarrolladamente expuesta la teoría de la *ley penal mixta*, es decir, divina y humana, que puede ser conocida por la pena impuesta, pero, incluso, sólo por las palabras que se usan el estatuir y por las costumbres a las que afecta. Castro realiza la tarea de dar ejemplos del derecho común, especialmente, del canónico, y después, del reino de Castilla, a fin de que el lector aprenda de ello en que forma puede conocer la obligación de cualquier ley penal mixta <sup>(214)</sup>.

Entre las muchas leyes que en el reino de Castilla fueron dadas para la conservación y utilidad de él, Castro señala la que

---

<sup>(212)</sup> A. DE CASTRO, *op. cit.*, fol. 49 A: « ... quem semper illa si verè catholica est, et zelo Dei seruet, ad mortem damnare solet ».

<sup>(213)</sup> FRAY LUIS, *op. cit.*, VII, 25.

<sup>(214)</sup> A. DE CASTRO, *op. cit.*, fol. 95 D y 96 A.

prohíbe que de ningún modo y sin expresa licencia del Rey se transfieran caballos del reino a otro por venta y compra, por permuta, por donación liberal o por otra forma, de forma que si alguien hace lo contrario, la ley impone como pena el que sea privado del caballo y de la mitad de todos bienes, siendo entre tanto *interficiantur*, ley que se encuentran en el lib. 6 de las Ordenanzas reales, tit. 9, ley 10. Castro, que destaca el que a pesar de la ley son muchos los que clandestinamente no evitan el sacar caballos del reino, combate a los que excusan de culpa hasta que no exista condena, y ello en base a una doble razón, como es la de la pena, que es tanta que no se puede imponer sino por grave culpa mortal, y la de las palabras de la ley que son manifiestamente palabras de prohibición, que siempre indican culpa mortal. Cuando en la ley se dice *no pueden*, Castro aclara que se ha entender *poder de derecho (iuris potentia)* y no, poder de hecho (*potentia virium naturalium*), pero para él, aunque fuera nula la pena impuesta en la ley, sólo por la palabra de la ley se puede conocer que esa ley obliga a pena mortal, y no admite que la ley penal no obligue antes de la condena, pues esto se entiende de la pena, pero no, de aquello por lo que se impone la pena, de forma que aunque el que realiza al contrabando de caballos no está obligado a su entrega y a la pérdida de la mitad de los bienes antes de ser condenado, lo está anteriormente a no realizar aquéllo <sup>(215)</sup>.

Otro ejemplo que suministra Castro es el proveniente de la gran sequía de 1539, que impulsó a Carlos V a establecer un precio moderado para el trigo, y otro menos moderado, para la cebada. Como el año 1540 se cumplieran las previsiones de la continuación de la sequía, muchos vendieron por encima del precio, y algunos, impulsados, por la conciencia consultaron a varones doctos sobre si estaban obligados a devolver el exceso del precio. Castro dice que algunos de estos varones, que no estaban advertidos, contestaron que no pecaban ni estaban obli-

---

<sup>(215)</sup> ID., *id.*, fol. 96 B e C. FRAY LUIS, *op. cit.*, VII, 13 dice que el que las leyes civiles obliguen o no mortalmente, se determina por la gravedad de la materia y pena que se aplica, poniendo como ejemplo de lo primero la ley que en tiempo de guerra manda que no se saquen armas fuera del reino.

gados a restituir, en cuanto que al haber una ley penal, el someterse al peligro de la misma les liberaba de la culpa, frente a lo cual él opinó que no podían ser absueltos si no restituían, pues los que lo hicieron pecaron por las palabras de la ley, aunque no fueran penados, siendo siempre culpa mortal, que es lo que preceptuaba la ley o pragmática, aparte de que los que vendieron grano contra aquella prohibición, actuaron abiertamente contra la ley divina, que prohíbe hurtar <sup>(216)</sup>.

Alfonso de Castro aborda también el problema del delito fiscal. En el supuesto del que no paga la alcabala y el portazgo, opina que pecan por no querer pagar, aún cuando sufran el peligro de las penas contra ellos declaradas, si bien no están obligados a devolver, porque las leyes en España contra este género de delinquentes no contienen sentencias *a iure latas*, a diferencia del derecho común, sino sólo *a iudice ferendae*, por lo que es necesario esperar a que el juez condene <sup>(217)</sup>.

Castro considera injusto el modo que en algunas ciudades y villas de España, especialmente, Castilla, se ha encontrado en su época para pagar el *pecho*, que es el de la *sis*a, consistente en una cierta tasa sobre el precio de la carne o el pescado, que cada consumidor tiene que dar por encima del precio, recibéndolo el vendedor, que lo entrega al rey. Castro lo considera injusto por falta de proporcionalidad, en cuanto artífices mecánicos, como sastres y otros parecidos, aunque tengan pocas o mediocres riquezas, tienen muchos operarios que alimentan en la casa, lo que origina un mayor consumo de carne y de pescado. El argumento de Castro es aquí correcto, aunque demagógico, pues aunque parte de que toda ley que sufre algún defecto es injusta y no se está obligado en conciencia a observarla, dice después que esa condición se ha de entender si el incumplimiento no originara escándalo, pues si no se puede evitar éste conviene más pagar el tributo. La argumentación de Castro, siempre favorable al poder concreto de su época, como el de toda la escuela, es el de que siendo nulo el tributo impuesto, todo ciudadano está obligado

---

<sup>(216)</sup> ID., *id.*, fol. 96 D y 97 A y B.

<sup>(217)</sup> ID., *id.*, fol. 114 B.

a dar parte de sus riquezas para evitar el escándalo grave de la ciudad o del reino, especialmente, si no puede hacerse de otra manera, pasando después a exponer máximas de generosidad procedentes del Evangelio, que no pueden solucionar el problema de los míseros pecheros oprimidos por las sisas <sup>(218)</sup>. Para Castro, el súbdito no está obligado a pagar en conciencia el exceso injusto, pero sí lo está al resto <sup>(219)</sup>, y siendo diversos los tributos en España, Francia o Inglaterra, deduce que no es de ley divina el pagar determinado tributo, aunque sí lo es el pagar el tributo al príncipe <sup>(220)</sup>.

La ley penal mixta supone, pues, un importantísimo reforzamiento del autoritarismo civil, que favorece, por tanto, el poder de los Austrias. Téngase en cuenta que alguno de los ejemplos citados por Castro, como el del contrabando de caballos, supone hacer recaer la sanción religiosa o sagrada en delitos puramente civiles o de derecho positivo, sin contacto alguno con cualquier supuesto de derecho natural, pues corresponde a aquellas actividades que el poder civil sanciona en circunstancias determinadas y por lo que tienen de peligrosas para él, como puede ser también el juego o la prostitución, y a diferencia del homicidio, que atenta contra un derecho como el de la vida, que podría calificarse de derecho natural. En casos como el de la carestía de alimentos, el argumento de Castro es correcto cuando lo concibe como hurto, pero no lo es cuando lo asimila al del contrabando de caballos; y cuando se trata del derecho fiscal, ya se ha podido ver como la argumentación deviene engañosa, pues condena la actitud del poder en la imposición, pero le ayuda a conseguir su objetivo, en cuanto procede entonces a exaltar la obediencia.

El carácter represivo de la escuela se aprecia en su extraordinaria proclividad hacia la pena de muerte. HINOJOSA tuvo que renocerlo en Vitoria, Soto y Castro, frente a Scoto <sup>(221)</sup>. El dulce poeta que es Fray Luis de León no le impide aceptar que Abraham

---

<sup>(218)</sup> *Loc. cit.*

<sup>(219)</sup> *Id., id.*, fol. 87 A.

<sup>(220)</sup> *Vid. nota 202, «in fine».*

<sup>(221)</sup> *Vid. HINOJOSA, op. cit.*, pag. 126.

matara por autoridad y mandato de Dios <sup>(222)</sup>, y que cuando lo manda la autoridad pública podemos matar el prójimo <sup>(223)</sup>. Los condenados no pueden ofrecer resistencia al juez o a los ministros que ejecutan la pena, aunque el mismo dulce poeta admite que a lo que no están obligados es a realizar acciones que el juez y ministros pueden hacer más fácilmente, como el ajustar el nudo al cuello, clavarse la espada en la garganta o ponerse las manos en sí mismos, aunque sí están obligados a beberse el veneno, poniendo el ejemplo de Sócrates <sup>(224)</sup>.

En Alfonso de Castro aparece desarrollada la justificación de la pena de muerte. Al juez no le es lícito el castigar con ese suplicio, sino sólo en los casos en los que se puede colegir de las letras sagradas el ser concedido por Dios, pues siendo sólo éste el señor de la vida y de la muerte, sólo quien puede matar y vivificar es el que puede decir: yo mataré y yo haré vivir, y todos los demás no pueden hacerlo lícitamente sino cuando Dios, que es el señor supremo, lo ha permitido. En consecuencia, deduce Castro que no está prohibido por la ley divina el matar a un hombre, sino por aquellos pecados por los que se lo ha concedido Dios, siendo tiranos los príncipes que por causa levísima la imponen, como por matar a un ciervo en un bosque suyo, ya que estiman más al ciervo que al hombre. Castro ya destaca que en la ley antigua de Moisés fueron muchos los casos expresos por los que los hombres eran condenados a muerte, mientras que en la ley evangélica, que es ley de gracia, mucho más suave, sólo se expresa una causa, que es la de homicidio, por la que Cristo salvador nuestro, dió la potestad de matar conforme al principio de que el que a hierro mata, a hierro morirá. Hasta aquí Castro ha realizado una declaración, que podrá encantar a los propensos a considerarle un audaz, como es la de que el rey no mate por caza furtiva, pero ya ha partido de un Dios que mata o que ordena matar con frecuencia a sus propias criaturas, sin que esto hiera su sensibilidad. Parece que el panorama va a cambiar con

---

<sup>(222)</sup> FRAY LUIS, *op. cit.*, V, 19.

<sup>(223)</sup> ID., *id.*, VII, 29.

<sup>(224)</sup> FRAY LUIS, *op. cit.*, VII, 27 y VII, 29. Parecidos argumentos en Suárez.

la Nueva Ley, con la de Cristo, pero pronto nos desengaña cuando dice que lo declarado por Cristo no significa el que se prohíba matar por otro caso, pues aunque todos los preceptos judiciales fueron revocados por la muerte de aquél, sin embargo, no lo fueron porque se considerara que eran injustos, sino porque no quiso Dios obligar a los hombres, aunque en otro tiempo fueran justamente mandados. Para Castro es absurdo y herético decir que algunas de las leyes dadas por Moisés fueron contra la ley natural, infringiéndose abiertamente, que los príncipes pueden establecer leyes en que las que preceptúen castigar con la muerte a los hombres malos, a los que en otro tiempo la ley mosaica castigaba con la muerte. Es decir, Castro restablece la dureza de la Ley Antigua frente a la supuesta suavidad de la Ley Nueva, y autoriza a que las leyes positivas introduzcan la muerte en los casos en los que la ley natural encuentra justa la causa de muerte que, como se sabe, pueden ser delitos simplemente civiles, como el contrabando de caballos. Para Castro hay dos causas de muerte: *a*) que sean actos que vengán en injuria de Dios o causen daño próximo, y *b*) que sean incorregibles de otra manera <sup>(225)</sup>. Como luego puede verse, se consideran actos de este tipo el hurto en diversas provincias del orbe cristiano <sup>(226)</sup>, y no es preciso que se trate de actos previstos en la ley mosaica, como es el caso del hurto diurno <sup>(227)</sup>. Claro está que la crueldad que supone matar en el caso del hurto diurno o similares, Castro la adscribe a la ley natural, a fin de descargar así a la ley evangélica <sup>(228)</sup>, lo que no parece haber tenido resultados prácticos para los ladrones, amén de ser difícilmente explicable que la ley natural, participación de la ley divina en la criatura, pueda ser más o menos dura que aquélla, o que la ley nueva sea convertida en más dura todavía que la ley antigua, pues el hurto diurno

---

<sup>(225)</sup> Sobre todo esto, vid. A. DE CASTRO, *op. cit.*, fol. 47, A, B y C.

<sup>(226)</sup> ID., *id.*, D.

<sup>(227)</sup> ID., *id.*, fol. 48 B y C. Antes manifiesta que para matar justamente no es preciso bula descendente del cielo o dispensa especial de Dios del precepto « no matarás », siendo bastante el que conozcamos la dispensa por la ley natural impresa en nuestros corazones.

<sup>(228)</sup> A. DE CASTRO, *op. cit.*, fol. 48, C.



no era castigado capitalmente en la ley mosaica, lo que Castro explica porque el pueblo de Israel no era proclive, habiendo empezado a aumentar la penalidad a partir de Salomón <sup>(229)</sup>.

El iusnaturalismo castellano ha favorecido ampliamente el carácter altamente represivo de los Austrias, poseedores de uno de los sistemas penales más duros, el cual, a su vez, ha incidido preferentemente sobre los supuestos enemigos de la Iglesia <sup>(230)</sup>.

#### V. - LA ACENTUACION DE LA DISCRIMINACION SOCIAL POR EL CONFESIONALISMO REPRESIVO.

##### 18. *La esclavitud.*

El belicismo de la escuela, que se corresponde con el belicismo del sistema, conduce al reconocimiento de la esclavitud, pues aquélla es la principal fuente de ésta, que, a su vez, es el fundamento del derecho colonial español, según expone asépticamente el alemán SODER <sup>(231)</sup>. Como la *guerra defensiva* permite cautivar algunos indios, pero no extender el cautiverio a todos aquellos que no ofrecen resistencia, y a los que hay que admitir que son los legítimos propietarios de sus tierras <sup>(232)</sup>, se recurre a la esclavitud negra, la cual llega a justificarse por Domingo de Soto en base a que son los propios etíopes los que venden sus hijos como

<sup>(229)</sup> ID., *id.*, fol. 48, D.

<sup>(230)</sup> El testimonio más impresionante es el del P. León, que puede verse en PEDRO HERRERA PUGA, *Sociedad y delincuencia en el siglo de Oro*, Universidad de Granada, 1971. Vid. el tratamiento moderno más completo en el aspecto penal, como es el de FRANCISCO TOMÁS VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, Ed. Tecnos, Madrid (1969) que, sin embargo, manteniéndose en un aspecto formal, no profundiza en el papel del neoescolasticismo castellano, que considera más bien resultado que causa (vid. en especial, pag. 121).

<sup>(231)</sup> Vid. nota 18.

<sup>(232)</sup> VITORIA, *De Indis*, I, 1, 10 resuelve la cuestión de que los indios eran dueños a la llegada de los españoles de acuerdo con Cayetano, y a la vista de que los paganos no fueron nunca súbditos del Imperio romano en tierras que no fueron nunca de los cristianos, no siendo privados del dominio, porque el dominio es de derecho positivo y la infidelidad lo es de derecho divino, que no sustrae el derecho positivo.

esclavos a los negreros portugueses, a cuya conciencia se abandona el decidir sobre la licitud de su comercio <sup>(233)</sup>, sin que a esos negros parezca alcanzarles la defensa que de los indios ha hecho el P. Las Casas.

Parte de la escuela parece seguir completamente a Aristóteles en su doctrina sobre la existencia de servidumbre natural y legal, como es el caso de Soto, y si discrepa es en la de carácter natural, como hace Vitoria, para quien el griego no quiso decir que los de poco entendimiento fueran esclavos por naturaleza y no tuvieran el dominio sobre sí y sobre sus coas <sup>(234)</sup>, pero admiten la civil, pues como dice el indicado dominico, si tras la creación del mundo o de su restauración tras el diluvio, la mayor parte de los hombres estableció que por la guerra los cautivos pudieran ser esclavos, hay que admitirlo <sup>(235)</sup>. Como Vitoria no puede decir que esta servidumbre sea de derecho natural, y ello puede conducirlo entonces a tener que negarla al derecho positivo, lo que hace es sustituir la moral cristiana bivalente del bien y del mal, por una moral tomista trivalente del bien, el mal y el regular, correspondiendo este último valor al derecho de gentes <sup>(236)</sup>. Declara entonces que es derecho de gentes general el que todos los cautivos de guerra sean reducidos a la esclavitud <sup>(237)</sup>, como ya había defendido el que los españoles pudieran espoliar y reducir

<sup>(233)</sup> Vid. mi trabajo cit. en nota 1, pags. 366-367. Para SUÁREZ, *Defensio fidei*, II, 17, si uno se vende como esclavo, esa esclavitud es simplemente de derecho humano, y el poder que recibe el señor le ha sido conferido directamente por el siervo en virtud del poder y libertad naturales que éste ha recibido del autor de la naturaleza. Como se observará, hay trasposición del problema, hasta el punto de presentar la esclavitud como un derecho del hombre, cuando la cuestión no es si el hombre es libre o no de ofrecerse como esclavo, sino la de si el hombre puede aceptar como esclavo a otro hombre.

<sup>(234)</sup> VITORIA, *De Indis*, I, 1, 16: «... haec enim est servitus civilis et legitima, quia nullus est servus a natura».

<sup>(235)</sup> Id., *id.*, I, 3, 3: «Si enim post praeterita tempora creati orbis aut reparati post diluvium, maior pars hominum constituerit ut ... bello capti essent servi ... certe hoc haberet vim, etiam aliis repugnantibus».

<sup>(236)</sup> Vid. mi trabajo cit. en nota 1, pag. 368 y ss.

<sup>(237)</sup> VITORIA, *De Indis*, I, 3, 7: «Item hoc est generale ius gentium, ut omnia capta in bello fiant victoria ... adeo ut et liberi homines in nostram servitutem deducantur».

a esclavitud a los hijos de los moros <sup>(238)</sup>. Vázquez de Menchaca defiende la esclavitud impuesta, no sólo por guerra justa, sino por guerra injusta <sup>(239)</sup>. Suárez, como Santo Tomás, no admite el concepto aristotélico de la esclavitud <sup>(240)</sup> y declara que la libertad es de derecho natural, ya que el hombre nace libre en virtud de ese derecho, pero luego establece una distinción, que es una de las armas preferidas de la escuela, y es la de que no puede ser reducido a esclavitud *sin algún título legítimo* <sup>(241)</sup>. Con ello, naturalmente, destroza el método silogístico en la que aparenta apoyarse, pues introduce en la conclusión algo que no estaba en ninguna de las premisas o actúa sin una premisa universal, al menos, pues pasa luego a decir que el derecho natural no prescribe que todo hombre haya de permanecer siempre libre o no prohíbe simplemente el que el hombre sea reducido a servidumbre, sino que lo que únicamente prohíbe es que se haga sin el consentimiento del libre o sin justo título y potestad <sup>(242)</sup>.

Por su parte, Fray Luis de León declara el dominio absoluto de los reyes sobre aquéllos que se le sometieron totalmente en guerra justa, y comprende entre éstos, no sólo a los príncipes sometidos, sino a todos sus soldados y súbditos <sup>(243)</sup>, lo que favorecería las campañas de Cortés o de Pizarro, y esto, pese a que el famoso poeta había declarado, como Suárez, la libertad como de derecho natural, y respondido a las posibles objeciones <sup>(244)</sup>. En

<sup>(238)</sup> Vid. nota 133.

<sup>(239)</sup> Vid. MIAJA, *op. cit.*, pag. 74.

<sup>(240)</sup> Vid. LANSEROS, *op. cit.*, pag. 35, nota 38.

<sup>(241)</sup> SUÁREZ, *Defensio fidei*, II, 9: «sine legitimo aliquo titulo».

<sup>(242)</sup> *Id.*, *id.*: «sine libero illius consensu vel sine iusto titulo et potestate».

En II, 20 alega el ejemplo de los prisioneros en una guerra justa, que son privados de la libertad concedida por la naturaleza y son verdaderamente hechos esclavos en justo castigo.

<sup>(243)</sup> FRAY LUIS, *op. cit.*, I, 24.

<sup>(244)</sup> *Id.*, *id.*, V, 19. A la objeción de que la libertad es de derecho natural y, sin embargo, ha sido cambiada por la costumbre y el derecho de gentes, responde distinguiendo una cosa es natural de dos maneras: a) porque el derecho natural se cuidó de lo que se debe hacer o no, y esto no puede ser cambiado por las leyes y decretos de los hombres, y b) porque la naturaleza nada definió con certeza y modo determinado, y de este modo es como se llama natural la libertad.

Matías de Paz, la esclavitud se reserva para los infieles contumaces o que *no quieren someterse al yugo suavísimo del Salvador* <sup>(245)</sup>. La doctrina del P. Las Casas, el cual funde la servidumbre pública y la privada, por lo que se le ha criticado <sup>(246)</sup>, es confusa, pues no sigue la dirección de Vitoria y afirma que la libertad es de derecho natural y del derecho de gentes, pero introduce luego otra calificación, como es la de *accidental*, entendiendo por tal lo que no pertenece a la esencia de la especie y sucede al margen de lo que la naturaleza pretende, confiriendo esta calificación a la servidumbre <sup>(247)</sup>. Hay alguna ventaja respecto a sus compañeros de escuela, y es que presume la condición de libre en tanto no se demuestre lo contrario, pero lo cierto es que sus teorías no le sirvieron al hombre negro, y es más, hay quien culpa al citado dominico del desarrollo de la esclavitud negra, si bien indirectamente, es decir, por haber impedido la esclavitud india.

Como en otros aspectos, la historiografía apologética ha expuesto todas sus teorías justificativas de la esclavitud impávidamente, sin estremecerse. A BROWN le ha parecido excelso el que se propugnara sólo la esclavitud de las mujeres y de los niños, porque eso era el sustitutivo de la muerte <sup>(248)</sup>, algo así como si se considerara delicioso el fusilamiento, porque es mejor que la horca. Al preguntarse por qué se discrimina en este aspecto entre turcos y cristianos, recurre a la autoridad de HINOJOSA, a quien no se le ocurrió nada más que encontrar la clave en que las opiniones y prácticas del derecho de la guerra estaban vigentes entre los árabes <sup>(249)</sup>, algo que recuerda el dicho de que juegan los burros y pagan los arrieros.

---

<sup>(245)</sup> Vid. Beltrán de Heredia sobre MATIAS DE PAZ, pag. 181. Si hechos cautivos, éstos quieren recibir libremente el bautismo, no han de ser tratados como esclavos.

<sup>(246)</sup> Vid. LAS CASAS, *De regia potestate*, Introducción, pag. cXLVIII.

<sup>(247)</sup> Aunque con la reserva del «regulariter» dice que «servitus non habet causam naturalem, sed accidentalem, id est, impositam vel praescriptam».

<sup>(248)</sup> BROWN, *op. cit.*, pag. 116.

<sup>(249)</sup> ID., *id.*, pag. 117.

19. *La religión y la raza.*

Los reinos hispánicos, y, en especial, Castilla, que ha destacado al frente de aquéllos, ha basado la Reconquista en la ideología del neogoticismo, es decir, en la recuperación de la *Hispania* arrebatada por el Islam a la Gotia cristiana o católica. Se ha fomentado así el odio al musulmán, identificándole con el *moro*, es decir, el musulmán del Norte de Africa, y conectando así un factor político de discriminación, como es la religión, con otro de naturaleza física, como es la raza <sup>(250)</sup>. Aunque los judíos no participaron bélicamente en la invasión, no es improbable que la facilitaran, sobre todo, dada la persecución de que fueron objeto por los visigodos en su fase católica, de forma que comparten con los *moros* el odio cristiano, incrementado por el hecho de que son más fuertes e influyentes, y de que en ellos religión y raza aparecen más fuertemente soldados aún que en el otro caso. El sistema considera perturbadoras las minorías mudéjar y judía, y encuentra en la defensa de la religión el motivo que justifica la expulsión, la cual no procede en los casos de conversión puesto que el motivo alegado es la diferencia confesional, dando lugar así a *moriscos* y *conversos*, es decir, musulmanes y judíos que oficialmente se declaran cristianos, aunque se sospeche, y con bastante fundamento, que la abjuración es ficticia.

En el siglo XVI, la ideología del neogoticismo ha experimentado un considerable desgaste, pues aunque se mantenga eruditamente y emocionalmente se continúe el odio al moro y al judío, el recuerdo de la *Hispania* visigoda queda muy lejos. El iusnaturalismo sucede al neogoticismo también en esta función discriminadora. Lo ha detectado LABROUSSE, tanto en Vitoria como en Suárez <sup>(251)</sup>, y hasta ha indignado a BARCIA <sup>(252)</sup>. Desde luego,

---

<sup>(250)</sup> Sobre esto vid. mi *Iniciación histórica al Derecho español*, cap. XXVII a XXX.

<sup>(251)</sup> LABROUSSE, *op. cit.*, pag. III: « Observemos de paso, de que modo la consideración religiosa altera o limita aquí el objetivismo de Vitoria. En Suárez ... se agrava con el abandono del principio de justicia en favor del principio de la caridad ... ». Se refiere a que Vitoria declara ilícito en la guerra perjudicar a personas eclesiásticas, esclavitud de cristianos y asesinato sistemático de soldados,

Vitoria considera prohibido el que se vendan los cristianos, incluso, a cristianos, por lo que la Iglesia puede liberar del dominio de los infieles y no es válido el contrato de servidumbre <sup>(253)</sup>, lo que *a contrario sensu* indica que es distinto lo que sucede respecto a los no cristianos, y en Matías de Paz la adopción del cristianismo con la recepción del bautismo es lo que permite a los cautivos el no ser tratados como esclavos. Es esta una materia en la que no es menester insistir mucho, pues la acumulación de pruebas podría ser aplastante. La persecución crudelísima de la apostasía y de la herejía en la España del siglo XVI es un hecho y la conexión con la escuela es clara. Basta recordar que dos de las obras de Alfonso de Castro y, especialmente, una de ellas está dirigida a la persecución penal de los herejes.

## 20. *Los indios.*

Para Vitoria, los indios, que él califica de *bárbaros*, son miedosos por naturaleza y, además, apocados y faltos de alcances <sup>(254)</sup>. Sin embargo, y a pesar de considerar a estos *bárbaros*, como *ineptos* y *brutos* no les niega el dominio, frente a los que pueden alegar que hay un derecho a someterlos porque son ineptos y brutos. Sigue a Cayetano en considerarlos dueños a la llegada de los españoles, no pudiendo ser privados de su dominio en cuanto el dominio es de derecho positivo y la infidelidad, por el contrario, es de derecho divino, que no sustrae el derecho positivo <sup>(255)</sup>. Puede decirse que la posición de Vitoria y, en general, la de la escuela, ha sido favorable a la libertad del indio,

---

cosas que declara lícitas tratándose de infieles, y considerándo como el mejor remedio el acabar con todos los que pueden tomar las armas en contra.

<sup>(252)</sup> BARCIA, *op. cit.*, pag. 131: «... nos brinda una consideración que tiene mucho de sorprendente ... parece que ... se aleja del terreno del derecho, para dejarse infuir por consideraciones de orden religiosa, ya que si el predicar una religión es ... conforme al derecho natural, debe serlo por igual para todos, y si sólo es privilegio de una confesión determinada, no puede decirse que tal actividad es de derecho natural».

<sup>(253)</sup> VITORIA, *De Indis*, III, 3, 2.

<sup>(254)</sup> VITORIA, *De Indis*, I, 3, 5: «cum barbari isti sint natura meticulosi et alias stolidi et stulti ...».

<sup>(255)</sup> Vid. nota 232.

mérito que no debe regatearse, aunque deba también limitarse o definirse.

En primer lugar, y como se ha visto, la escuela considera inferior al indio intelectualmente, lo que puede disculparse en cuanto aparece así a los ojos de los conquistadores, pero repudiarse el que consideraran esta inferioridad como natural y no, como accidental o circunstancial. En segundo lugar, esta inferioridad o mansedumbre es la que, posiblemente, ha movido a la escuela a reconocer la libertad del indio, en cuanto le ha considerado fácilmente convertible, lo que no ha hecho con el moro o el judío, ni siquiera con el negro, los dos primeros adversarios decididos en materia religiosa, y el último, difícilmente asimilable. En consecuencia, el tratamiento del indio no ha procedido de una consideración uniforme del ser humano, sino de una discriminación, en este caso favorable en relación a la discriminación efectuada con otras religiones y razas, esto, sin olvidar que al indio se le ha respetado teóricamente en cuanto al dominio privado, pero se le ha substraído el dominio público, y ello, precisamente, merced a la posición de la escuela en el problema de los justos títulos de conquista, aparte de que al indio se le ha equiparado a las mujeres y los niños, colocándoles bajo tutela o protección, cristalizada en las encomiendas.

## VI. - LA AMBIGUEDAD DEL CONCEPTO DE « DERECHO DE GENTES » COMO RECURSO RETORICO JUSTIFICATIVO DE LA ESCLAVITUD Y DE LA PROPIEDAD PRIVADA.

### 21. *El derecho natural.*

En principio, parece que el derecho natural es un derecho que está más allá de lo humano, y así lo configura Vitoria, cuando con ocasión del problema surgido entre Enrique VIII y Catalina de Aragón, dice que la razón natural no es una invención humana <sup>(256)</sup>, siendo frecuente que se le cite conjuntamente con el

---

<sup>(256)</sup> VITORIA, *Relección sobre el matrimonio*, ed. Torrubiano, pag. 193: « ... no será más débil la argumentación porque utilicemos la razón natural y

derecho divino, aunque por autores que no se caracterizan por una gran técnica jurídica, como es el caso del Padre Las Casas. Sin embargo, no es una categoría demasiado clara, en cuanto es dudosa su mutabilidad o inmutabilidad y su extensión. En Vitoria parece ser inmutable <sup>(257)</sup>, y también en Fray Luis de León <sup>(258)</sup>, aunque éste distingue los preceptos universales y comunes de las conclusiones y los otros juicios prácticos deducidos, que aunque necesarios, muchas veces no son buenos ni justos. A creer a RECASENS SICHES, en Suárez se encuentra la *inmutabilidad* del derecho natural, pero con posibilidades de *mudanza* <sup>(259)</sup>, lo que parece contradictorio, y es que, como en el caso de Fray Luis de León, la extensión del derecho natural se incrementa y, lo que es peor, se le priva de condición unitaria al distinguir dentro de él diversos órdenes. En efecto, para Suárez existen tres órdenes de preceptos naturales: *a)* los universalísimos; *b)* las conclusiones inmediatas, como los preceptos del Decálogo, y *c)* otros preceptos mucho más separados de los principios, distinguiendo, incluso, dentro del grupo *b)* aquellos preceptos que no presuponen actos humanos concretos, como el respeto a los padres, el no infamar o el no matar injustificamente, y la propiedad y determinados efectos de los contratos <sup>(260)</sup>. Tampoco la verdadera condición del derecho natural aparece muy claro, pues Fray Luis de León, al proponerse si la ley natural es potencia, acto o hábito, contesta que por su esencia no es hábito, en cuanto son juicios prácticos y el juicio es un acto y no, un hábito, pero luego concluye que está en nosotros a manera de hábito, pues no queda anulada en nuestras conciencias una vez cesa el acto, sino que persiste la *syndéresis*, hábito que inclina al intelecto al asentimiento de

---

no la revelación, pues ... no es la invención humana, sino una luz con que Dios ... ha enriquecido al hombre ».

<sup>(257)</sup> ID., *De la potestad civil*, ed. Torrubiano, « Pues el derecho natural es inmutable, y si el poder real fuera antinatural, en ningún siglo y edad pudo ser justo ».

<sup>(258)</sup> FRAY LUIS, *op. cit.*, V, 14-15: « ... principia legis naturae semper sunt necessaria neque locis aut temporibus variantur ».

<sup>(259)</sup> RECASENS, *op. cit.*, pag. 110 y ss.

<sup>(260)</sup> Vid. RECASENS, *op. cit.*, pags. 109-110.



los primeros principios prácticos <sup>(261)</sup>. En conclusión puede decirse que el derecho natural no es esencialmente un hábito, sino acto, pero resulta finalmente que de hecho es un hábito; que es inmutable, pero que puede experimentar mudanza, y que son unos principios, pero que también comprende las conclusiones deducidas de esos principios, con lo que la categoría deviene ambigua, y esto es grave porque representa el quicio de la doctrina y es indicio de que se procederá a mayores ambigüedades cuando se pase a otras categorías. Tienen razón los apologetas de la escuela cuando imputan a Jacobo I el apoyarse en hechos naturales consumados, como el nacimiento regio, la ocupación o la invasión, pero no lo tienen al presentar a Suárez como antítesis, pues se apoya en otros hechos naturales consumados, como la esclavitud o la división de la tierras <sup>(262)</sup>.

## 22. *El derecho positivo.*

La escuela es muy respetuosa con el derecho positivo, por lo que ha sido un gran refuerzo para el poder civil, del que Vitoria ha dicho que aunque nazca de la naturaleza y, en consecuencia, puede decirse que es de derecho natural conforme a Santo Tomás, sin embargo, no está constituido por la naturaleza, sino por la ley <sup>(263)</sup>. Para Vitoria, las leyes civiles obligan en el fuero de la conciencia, siguiendo a San Pablo, obligando como la ley divina en cuanto la ley humana es de Dios, y pudiendo dudarse sólo de si obligan a culpa mortal o venial, lo que se medirá por la materia <sup>(264)</sup>, coincidiendo Fray Luis de León, que también se apoya en San Pablo, y para quien fuerza es someterse, no ya sólo por el castigo, sino también por la conciencia <sup>(265)</sup>. Según

<sup>(261)</sup> FRAY LUIS, *op. cit.*, V, 4. Dice que «per suam essentiam non est habitus», pero concluye que «est in nobis per modum habitus».

<sup>(262)</sup> Esa contracción se encuentra en ELORDUY-PEREÑA, *op. cit.*, pag. XXXI.

<sup>(263)</sup> VITORIA, *De Indis*, I, 2, 2: «... quia dominium non potest esse nisi de iure naturali vel divino vel humano ...».

<sup>(264)</sup> VITORIA, *De la potestad civil*, ed. Torrubiano, pags. 345-352. En *De Indis*, I, 1, 6 dice: «Item leges obligant in foro conscientiae ut docet S. Thomas».

<sup>(265)</sup> FRAY LUIS, *op. cit.*, VII, 7. Recuérdesé que según FRAY LUIS, *op. cit.*, VII, 25 todas las leyes, aún penales, obligan a pecado en conciencia, a no ser que el legislador diga lo contrario.

LABROUSSE, el poder civil posee, y la doctrina le reconoce, una cierta capacidad de constituir con su propia autoridad las cualidades buenas o malas de los actos <sup>(266)</sup>.

El límite del derecho positivo lo constituye el de su colisión con el derecho natural. Suárez recuerda la doctrina de S. Isidoro de que la ley debe estar de acuerdo con la disciplina moral, y la de Santo Tomás, de que debe ser conforme a la ley natural <sup>(267)</sup>; así como declara injustas las leyes que se oponen al derecho divino o natural <sup>(268)</sup>, aunque para que puedan ejecutarse rectamente basta que no sean esencialmente malas <sup>(269)</sup>.

El derecho positivo es, pues, una categoría que no ofrece problemas dentro de la doctrina de la escuela, que lo apoya y refuerza con la limitación de que no contradiga el derecho divino o natural, y no se muestra meticuloso en ello, es decir, que no va a ser exigente con una legislación, como la de los Austrias, que, a su vez, va a ser respetuosa con los intereses de la Iglesia española. Recuerdese que el derecho positivo sobre la esclavitud y la propiedad privada no lo va a rechazar, sino, antes al contrario, va a tratar de encontrarle justificación.

### 23. *El derecho de gentes.*

La ambigüedad, que no está ausente en el concepto del derecho natural, es total en cuanto al derecho de gentes, introducido como un recurso retórico para justificar diversas instituciones del derecho positivo contrarias al derecho natural. Ello se desprende de que no separando la escuela el Derecho de la Moral, no debería admitir en aquél sino al mismo número de categorías que ésta, a fin de obtener la debida correlación. La escuela parte de

<sup>(266)</sup> LABROUSSE, *op. cit.*, pag. 61.

<sup>(267)</sup> SUÁREZ, *De legibus*, I, 9, 10. La exigencia de S. Isidoro es que la ley « disciplinæ conveniat », y en palabras de Santo Tomás que sea « proporcionata legi naturæ ».

<sup>(268)</sup> SUÁREZ, *op. cit.*, I, 9, 4: « Non ... habet potestatem ad obligandam per iniquas leges ... Loquor autem de opere iniquo, quod sit contra legem naturalem aut divinam ... ». En I, 9, 10 dice que las contrarias a la religión « iustae non possunt esse ».

<sup>(269)</sup> SUÁREZ, *op. cit.*, I, 9, 5. Habla de « malus per se ».

dos principios en Moral, que son el del bien y el del mal y, en consecuencia, no puede aceptar en Derecho nada más que dos categorías correlativas, que podían ser la del Derecho divino, el natural y el positivo concorde con el natural, de una parte, y el derecho positivo no concorde con el natural, de otra. Esto no sucede, sino que se introduce una tercera categoría, la del derecho de gentes, cuya ambigüedad es notoria, hecho que reconocen apologetas habituales, como Difernan <sup>(270)</sup> o Barcia <sup>(271)</sup>. Los autores se dividen en dos ramas, los que podríamos llamar *naturalistas* en cuanto consideran al derecho de gentes formando parte del derecho natural, y los que podríamos denominar *positivistas*, que lo creen más bien derecho positivo. Como se verá, sin embargo, lo normal es que concluyan por no ser ni una cosa ni otra, que es lo peligroso.

La confusión procede ya de Santo Tomás, al que resume Vitoria; y procede de él porque Santo Tomás ha iniciado ya una línea conformista. Según lo que resume Vitoria, Santo Tomás distingue entre derecho natural y derecho de gentes en atención al carácter absoluto o relativo de la justicia en sus preceptos. El derecho natural es *conveniente y absolutamente justo (adequatum et absolute iustum)*, mientras el de gentes lo es condicionadamente, en cuanto ordenado a lo justo (*adequatum et iustum secundo modo, ut ordinatio ad alium iustum*). Se duda entonces de si lo que contiene es de derecho positivo o de derecho natural (*sub jure positivo vel sub jure naturali*), y Santo Tomás se muestra *positivista* siguiendo a S. Isidoro, pero como siempre se muestran los escolásticos, es decir, como que está *más* bajo el derecho positivo, que bajo el natural, por tanto, dejando siempre abierto un portillo a utilizarlo conforme convenga más en cada momento. Vitoria parece inclinarse a Santo Tomás, en el sentido de que el derecho natural es bueno por sí mismo y no, por aquéllo a lo que sirve (*bonum de se sine ordine ad aliud*), mientras que el derecho de gentes no es bueno en sí (*de se non est bonum*), ni es equitativo

---

<sup>(270)</sup> DIFERNAN, *op. cit.*, pags. 172-177: «La doctrina de Santo Tomás da lugar a esta confusión».

<sup>(271)</sup> BARCIA, *op. cit.*, pag. 43.

por naturaleza (*non habet in se equitatem ex natura sua*) (272). Sin embargo, también dice que el derecho de gentes es derecho natural o se deriva del derecho natural (273), por lo que no es extraño que DIFERNAN le crea positivista, pero sin romper con el naturalismo (274) y PEREÑA le presente como rompiendo con la tradición tomista (275). La verdad es que el propio Vitoria se dió cuenta de que no era nada y de que estaba en un callejón sin salida, pues hay un momento en que trata de cortar el nudo gordiano, diciendo que la disputa es más nominal que real (*de nomine quam de re*) (276).

En Domingo de Soto, la contradicción es un hecho reconocido, pues unos le atribuyen ser naturalista y otros, positivista, no faltando quienes afirman que es las dos cosas, es decir, naturalista en cuanto a contenido, y positivista en cuanto a legislador (277). Para él, el derecho natural comprende los primeros principios, para los que no se precisa raciocinio, en tanto el derecho de gentes comprende las conclusiones deducidas de los primeros principios, lo que contradice Fray Luis de León, para quien el derecho natural incluye las cosas inferidas de los principios naturales por consecuencia necesaria, considerando la naturaleza absoluta del hombre, recogiendo el derecho de gentes las consecuencias cuando no se considera la naturaleza absoluta del hombre, sino después de hacer alguna suposición (278), posición que ha defendido PEREÑA acusando a Soto de haber sembrado el confucionismo entre los teólogos (279). La diversidad de opiniones se refleja, por ejemplo, en cuanto al Decálogo, que Soto relega al Derecho de gentes, mientras que Fray Luis de León lo incluye en el Derecho natural, pues una comunidad puede

(272) Vid. BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, pags. 207-209.

(273) VITORIA, *De Indis*, I, 3, I: «... ex iure gentium, quod vel est ius naturae vel derivatur ex iure naturali...», y cita las Instituciones, según las cuales «Quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit, vocatur ius gentium».

(274) DIFERNÁN, *op. cit.*, pags. 172-177.

(275) PEREÑA, Introducción a FRAY LUIS, pags. LXXIX-LXXX.

(276) Vid. *loc. cit.* en nota 272.

(277) Vid. mi trabajo citado en nota I, nota 209.

(278) Vid. FRAY LUIS, *op. cit.*, VI, pags. 15-18.

(279) PEREÑA, Introducción a FRAY LUIS, pag. LXIII.

derogar al derecho de gentes, mientras no puede derogar el Decálogo <sup>(280)</sup>. Fray Luis de León es un positivista, aunque como ocurre siempre en la escuela, sin comprometerse definitivamente, pues encontrando hasta seis clases de ley, que son la eterna, natural, divina antigua, divina nueva, humana y eclesiástica, no hace mención entonces del derecho de gentes <sup>(281)</sup>, y cuando lo aborda lo considera intermedio, y sólo *propriamente* hablando, lo considera de derecho positivo <sup>(282)</sup>.

Suárez actúa con la ambigüedad general de la escuela, complicando el panorama con nuevas distinciones, como la de un derecho de gentes internacional (*quod omnes populi et gentes variae inter se servare debent*) y otro nacional (*quod singulae civitates, vel regna intra se observant, per similitudinem ...*) <sup>(283)</sup> y cuando aborda la naturaleza, lo que dice es que *propriamente* hablando no está comprendido en el derecho natural <sup>(284)</sup>, pero ni dice que no sea derecho natural, ni dice que sea derecho positivo. Claro que si a Fray Luis se le considera positivista porque el derecho de gentes *propriamente* hablando es de derecho positivo, quizá a Suárez puede considerarse naturalista, porque parece admitir que, aunque *impropriamente* hablando es derecho natural.

Si la cuestión es confusa en dominicos y jesuitas, tampoco es clara en los agustinos, quienes, según DIFERNAN, caen en la indeterminación de Santo Tomás <sup>(285)</sup>. DIFERNAN ha querido salvar del desastre a Salón, pero sin conseguirlo, pues este autor participa de la ambigüedad general, ya que declara que el derecho de gentes no está comprendido dentro del derecho natural, pero no lo incluye en el derecho positivo, sino como *especial* <sup>(286)</sup>,

<sup>(280)</sup> FRAY LUIS, *op. cit.*, VI, 15. Dice que « omnia praecepta decalogi essent de iure gentium ».

<sup>(281)</sup> *Op. cit.*, I, 6.

<sup>(282)</sup> ID., *id.*, VI, 19.

<sup>(283)</sup> SUÁREZ, *De legibus*, lib. II, cap. XIX, págs. 190-191. Cit. por DIFERNÁN, *op. cit.*, pag. 186, nota 1.

<sup>(284)</sup> DIFERNÁN, *op. cit.*, pag. 186, nota 1. Suárez dice: « Ius gentium proprie dictum non comprehendi sub naturali ... ».

<sup>(285)</sup> Vid. DIFERNÁN, *op. cit.*, págs. 172-177.

<sup>(286)</sup> *Op. cit.*, pag. 189. Salón dice: « Ius gentium non continetur sub naturali sed sub positivo tamquam vero ipsius species ».

y el propio DIFERNAN, pese a considerar sus argumentos *finos y tajantes* <sup>(287)</sup> tiene que reconocer que *algunas conclusiones, quizá nos desorienten* <sup>(288)</sup>.

En la práctica, el derecho de gentes resulta ser el derecho romano, tanto cuando se trata de la ocupación <sup>(289)</sup>, como cuando se trata de la esclavitud por la guerra <sup>(290)</sup>, un derecho difícilmente conciliable con un cristianismo puro, que es lo que obliga a la creación de esas categorías o al forzamiento de las existentes. Por otra parte, la antítesis de las posiciones naturalista y positivista no es meramente nominal, como pretende Vitoria, sino que tiene un reflejo importante en la práctica, como es inviolabilidad o derogabilidad del derecho de gentes, pues si es natural es inviolable, mientras si es positivo es derogable. Sin embargo, esto sería así si la escuela actuara con rigor lógico, pero no lo hace nunca, pues es experta en razonamientos paralógicos, partiendo ya de que sus categorías las establece con ambigüedad, y con ambigüedad establece inferencias de ellas. Si Vitoria es positivista, su conclusión debiera ser la de que el derecho de gentes es derogable, pero esto es peligroso, pues supone que la esclavitud, la propiedad privada y, en general, todo el entramado socio-jurídico de la Monarquía Universal puede ser derogado. Entonces recurre, como es el método de la escuela, a las distinciones que destruyen la categorías. Para él, el derecho de gentes es doble, como el positivo, y declara entonces inviolable el que ha sido aceptado universalmente, pues entonces ese derecho de gentes accede a derecho natural, y no se olvide que dentro de él incluye la esclavitud por guerra justa. A la objeción de que siendo positivo, el derecho de gentes puede abrogarse, Vitoria esgrime una sutileza y es la de que admitido universalmente tendría que abrogarse por consenso universal, lo que es imposible <sup>(291)</sup>. Parecido argumento esgrimen los agustinos, pues Salón

<sup>(287)</sup> *Op. cit.*, pag. 192.

<sup>(288)</sup> *Id.*, *id.*

<sup>(289)</sup> VITORIA, *De Indis*, I, 3, 3 basa en las Instituciones la ocupación de «res nullius», que considera derecho de gentes.

<sup>(290)</sup> *Id.*, I, 3, 7. El derecho de gentes que invoca para justificar la esclavitud por guerra es *Digesto e Instituciones*.

<sup>(291)</sup> Vid. nota 272.

considera que aunque el derecho de gentes como positivo puede abrogarse, prácticamente no puede desaparecer porque, siendo común a reinos y naciones, es moralmente imposible la unificación de todas las voluntades nacionales, y aún más, como algunos preceptos de derecho de gentes son tan útiles y necesarios a la sociedad, aunque todos los príncipes y los hombres conviniere en abrogarlo, sería inútil e intolerable, pues destruiría la sociedad humana y la vida misma, para lo que no tienen potestad ni los príncipes ni los pueblos, aunque hayan convenido en ello <sup>(292)</sup>. Con tales argumentos, sí que la discusión entre si el derecho de gentes es natural o positivo deviene nominal, puesto que su consecuencia más directa e inmediata queda eludida. El derecho de gentes doctrinalmente positivo, no se acerca más al derecho positivo que al natural, pero prácticamente y por sus efectos es derecho natural, pues es inviolable y no puede abrogarse. El poder de los Austrias y la sociedad de su tiempo puede permanecer tranquila en cuanto al mantenimiento de instituciones como la esclavitud o la propiedad privada, pues aunque no sean de derecho natural, son de derecho de gentes, y el derecho de gentes es tan efectivo en cuanto a permanencia e inviolabilidad como el derecho natural. Esto no ha pasado desapercibido a autores como BARCIA <sup>(293)</sup>, lo que sucede es que se han limitado a registrarlo y a lavarse las manos.

#### 24. *La esclavitud.*

No es menester insistir mucho en la defensa de la esclavitud por la escuela, ya que se ha hecho referencia a ello en diversas partes <sup>(294)</sup>. Sin embargo conviene recordar el sistema de excepciones característico, que le permite a Suárez declarar la libertad

---

<sup>(292)</sup> DIFERNÁN, *op. cit.*, pag. 191.

<sup>(293)</sup> BARCIA, *Francisco Suárez*, pag. 93: « Este ejemplo ... cuando se reflexiona acerca de su alcance, sugiere reparos que formulados parecen afectar a la solidez de la tesis expuesta ... Así una institución introducida por el derecho de gentes, llegado el momento de su violación, afecta al derecho natural no obstante no haber sido creada o declarada dicha institución por tal derecho ».

<sup>(294)</sup> Vid. mi trabajo repetidamente citado, pags. 366-368, y este mismo artículo al tratar el belicismo de la escuela.

como de derecho natural, ya que el hombre nace libre en virtud del derecho natural, pero que le permite también dejar sin efecto esa declaración, en cuanto lo deja reducido al caso de que sea reducido a servidumbre sin algún título legítimo (*sine legitimo aliquo titulo*), siendo sutileza complementaria la de que el derecho natural no prescribe que todo hombre permenezca siempre libre, o no prohíbe *simpliciter* que un hombre sea reducido a servidumbre, sino que únicamente prohíbe el que se haga sin su consentimiento o sin título o autoridad justa (*sine libero illius consensu vel sine iusto titulo et potestate*) <sup>(295)</sup>. Para justificar la esclavitud llega a considerar como un derecho humano el venderse como siervo <sup>(296)</sup>, y, desde luego, justifica la esclavitud por la guerra <sup>(297)</sup>, por el castigo o pena <sup>(298)</sup> y el origen de un verdadero derecho natural de la esclavitud a través de la voluntad humana <sup>(299)</sup>.

En otros casos, como el de Fray Luis de León, lo que se aborda es el problema de la libertad, cuidando de presentarla como natural, pero modificable <sup>(300)</sup>, defendiendo la condición de señores en la guerra, no sólo a los príncipes, sino a sus soldados

<sup>(295)</sup> SUÁREZ, *Defensio fidei*, II, 9.

<sup>(296)</sup> ID., *id.*, II, 17. Si uno se vende como esclavo, aquella esclavitud es simplemente de derecho humano, y el poder que recibe el señor le ha sido conferido directamente por el siervo en virtud del poder y libertad naturales que éste ha recibido del autor de la naturaleza.

<sup>(297)</sup> ID., II, 20. De la misma manera que los prisioneros en una guerra justa son privados de la libertad concedida por la naturaleza y son verdaderamente hechos esclavos en justo castigo.

<sup>(298)</sup> ID., *id.*, IV, 22. El « no os hagais esclavos de los hombres », de S. Pablo no lo entiende referido a la servidumbre penal.

<sup>(299)</sup> SUÁREZ, *op. cit.*, I, 4: « Quia licet coniunctio non sit omnino a natura, sed per voluntatem humanam, tamen, illa supposita, subordinatio et subiectio lege naturae debita est titulo iustitiae » (Vid. LANSEROS, *op. cit.*, pag. 84, nota 35).

<sup>(300)</sup> FRAY LUIS, *op. cit.*, V, 19. A la objeción de que la libertad es de derecho natural y, sin embargo, ha sido cambiada por la costumbre y el derecho de gentes, responde distinguiendo que una cosa es natural de dos maneras: a) porque el derecho natural se cuidó de lo que se debe hacer o no, y esto no puede ser cambiado por las leyes y decretos de los hombres, y b) porque la naturaleza no definió nada con certeza y modo determinado, y de este modo se llama natural la libertad.



y súbditos <sup>(301)</sup>. Naturalmente, se utiliza el derecho de gentes para justificar una esclavitud que no es justificable por el derecho natural <sup>(302)</sup>.

## 25. *La propiedad privada.*

Con la esclavitud, la propiedad privada es la otra institución fundamental que justifica la escuela, y sobre lo que ya se ha expuesto en otro lugar la doctrina de Soto, Molina, Suárez y Andrés de la Madre de Dios <sup>(303)</sup>. Aquí sólo cabe ampliar algo esa postura, que no dejó de sorprender a BARCIA <sup>(304)</sup>, y que no ha conmovido a SODER <sup>(305)</sup>, a DIFERNAN <sup>(306)</sup> a MACIA <sup>(307)</sup> o a RECASENS <sup>(308)</sup>.

---

<sup>(301)</sup> FRAY LUIS, *op. cit.*, I, 24. Según el autor, en la guerra justa los reyes tienen el dominio absoluto sobre los que se les sometieron totalmente, y no sólo los príncipes son señores de los que vencieron, sino los soldados y los súbditos con cuya ayuda se ha hecho la guerra, y no es que el rey sea dueño de los súbditos a los que no comenzó a dominar a título de guerra, sino por consentimiento de aquéllos sobre los que él mismo tiene autoridad.

<sup>(302)</sup> Es el caso de Aragón cit. por DIFERNÁN, pag. 178, num. 2: «... servitus legalis, qua unus homo ita alterius imperio subiicitur, ut possit dominus eo uti ad propriam utilitatem, sicut aliis rebus, quarum habet dominium est licita ... non de iure naturali, sed de iure gentium».

<sup>(303)</sup> Vid. mi trabajo repetidamente citado, pags. 368-372.

<sup>(304)</sup> BARCIA, *op. cit.*, pag. 95: «Sorprende, en efecto, que se consideren ... como instituciones de derecho de gentes la propiedad privada y los tratados internacionales, y aun sorprende mas ...». Esto no impide el que en pags. 44-45 no encuentre contradictorio el que venza la propiedad privada, que es de derecho de gentes, sobre la propiedad comunista, que es de derecho natural y que, incluso, Soto declare que la dispensa de la propiedad privada no sería válida.

<sup>(305)</sup> Para SÓDER, *op. cit.*, pags. 115-116, Suárez considera la institución de la propiedad como comunal en la naturaleza, a diferencia de los demás teólogos morales católicos, lo que no creo cierto, pues todos parten de lo mismo, y él mismo reconoce que Suárez sigue la tradición medieval, que es la que han seguido todos. Luego explica Soder el paso a la propiedad privada a través del «ius gentium», siempre en paralelismo con la transmisión del poder del Estado. El paso lo explica pragmáticamente, y como institución de derecho humano. Como en el caso de la esclavitud de los prisioneros de guerra, Soder lo considera todo como superable y lo describe, constatando con una cierta admiración el que, aunque Suárez duda con razón, con sus premisas no es posible considerar como prohibido por Derecho natural el retorno al colectivismo.

<sup>(306)</sup> DIFERNÁN, *op. cit.*, pag. 193, y con referencia a Salom, dice que antes

La doctrina, como en tantos otros aspectos, es muy confusa. Vitoria, que quiere justificar la ocupación del oro, gran estímulo de la conquista y de los conquistadores, emplea indistintamente la expresión derecho natural y derecho de gentes <sup>(309)</sup>, pese a que, como se ha dicho anteriormente, en otras ocasiones ha tendido a llevar el derecho de gentes al campo del derecho positivo. La división de las tierras no ha anulado según él el comunitarismo primitivo, que reconoce, sino que esa división ha anulado unas cosas y otras, no <sup>(310)</sup>. Esa división de las cosas no es de derecho divino positivo, pues no se encuentra en las Sagradas Escrituras, ni Dios divide entre los hijos de Adán o de Noé, y cita a San Agustín, para el que la división no es de derecho divino, ni natural, sino *iure imperatorio*, y no habiéndola realizado tampoco los ángeles, hay que concluir es *iure humano*. No queriendo imputar a Dios mismo el cambio de la naturaleza de las cosas de común a apropiable, que eso lo que hizo Scoto (*preceptum iuris nature fuit revocatum a Deo*), pero queriendo justificar el que los hombres enmendaran la plana a Dios, el dominico procede con arreglo al sistema de destruir la categoría mediante distinciones

---

de la división de los bienes el hombre era libre, pero la división es un hecho, y como a nadie se le puede quitar lo que es suyo, ni el príncipe ni la nación pueden abrogar la propiedad adquirida.

<sup>(307)</sup> RAMÓN MACIÁ MANSO, *Derecho y Justicia en Suárez*, Universidad de Granada, Facultad de Derecho, 1968, pags. 72-73, considera que por la ley moral natural cada persona tiene facultades morales respecto de todas las cosas, y por la ley jurídica se transforman en facultades morales jurídicas sobre bienes concretos, pero no se molesta en explicar el paso, ni el por qué teniendo todos facultades sobre todo, después unos pocos pueden quedarse con la mayoría de esas cosas en perjuicio de los demás.

<sup>(308)</sup> RECASENS, *op. cit.*, pag. 143, considera que el Derecho positivo crea relaciones nuevas de las que se derivan preceptos de derecho natural, y parece estimar que las relativas a la propiedad eran indiferentes para éste.

<sup>(309)</sup> VITORIA, *De Indis*, I, 3, 3: «... quia quae in nullius bonis sunt, iure gentium sunt occupantis ... Ergo si aurum ... non est appropriatum, iure naturali erit occupantis ...». No dice, sin embargo, que en Castilla no pertenece todo al ocupante o inventor, y que el propio Colón tiene que dar parte a la Corona.

<sup>(310)</sup> *Op. cit.*, I, 3, 1: «... a principio orbis (cum omnia essent communia ... Non autem videtur hoc demptum per rerum divisionem. Nunquam enim fuit intentio gentium per illam divisionem tollere hominum invicem communicationem, et certe temporibus Nos fuisset inhumanum».

en ella, y divide la ley natural en preceptiva, consultiva y permisiva, lo que le permite incluir y excluir al mismo tiempo a la comunidad de bienes, del derecho natural, pues como la libertad, no fue preceptiva, sino concesiva, de forma que nada se apropió por derecho natural, pero todo se apropió con arreglo al derecho natural, al no ser *preceptum*, sino *concessio*, que no impidió el que los hombres se convinieran <sup>(311)</sup>, verdadero juego de manos intelectual.

Suárez se entrega a juegos parecidos. Reconoce que Dios no concedió el dominio propio y especial de las cosas, sino que inmediatamente las hizo comunes (*sed immediate omnia fecit communia*), y que la propiedad privada ha sido introducida en parte pro derecho de gentes y en parte por derecho civil (*partim iure gentium, partim iure civili introducta sunt*), pero, sin embargo, dice que la propiedad privada procede mediatamente de Dios, porque tiene su origen en la primera donación de él, y porque quiere se respete una vez constituida <sup>(312)</sup>. Lo que no dice Suárez es con arreglo a que principio de la lógica una donación comunitaria se entiende origen de una donación privatizadora, ni por qué Dios puede querer que se respete lo que se hace en forma distinta a como él lo ha hecho. El fundamento puede estar en que, cohtradiéndose en otro lugar, parece partir de que Dios concedió a los hombres la división y el dominio de las cosas, pero como entonces tiene que considerar la apropiación de los bienes como derecho natural, recurre al indicado medio paralógico de descomponer la categoría y afirma que no es de derecho natural preceptivo, sino permisivo, pero, además, y esto es todavía más inaudito, traslada el problema de la concesión abstracta de la división, al resultado concreto, y considera que lo que es permisivo es la división realizada, en cuanto que podía no haberse realizado <sup>(313)</sup>.

<sup>(311)</sup> Vid. BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, pags. 210-213.

<sup>(312)</sup> SUÁREZ, *Defensio fidei*, III, II, 14.

<sup>(313)</sup> SUÁREZ, *De legibus*, I, 16, 7: «... Ut concessit hominibus divisionem et dominia rerum; nam posse divisionem rerum facere et dominia particularia acquirere de iure naturae est non praecipiendo, quia poterant homines divisionem non facere et particularia dominia non admittere; ergo permissive ».

En definitiva, estos artificios, al amparo de la ambigüedad del derecho de gentes como categoría, ha permitido a la escuela justificar la propiedad privada, como le ha permitido justificar la esclavitud.

## VII. - EL EXPANSIONISMO AUTORITARIO Y CONFESIONAL COMO MAXIMO EXPONENTE SIMBIOTICO.

### 26. *El nacionalismo castellano.*

En otros lugares he destacado el caracter castellano de la escuela <sup>(314)</sup>. La historiografía no ha podido permanecer insensible al hecho de que, tanto Indias como Navarra, hayan sido incorporadas a Castilla, en lugar de hacerlo, sobre todo en el caso de Navarra, a la Corona de Aragón <sup>(315)</sup>. Contribuyen decisivamente a la elaboración del *reino de España (regnum Hispaniae)* <sup>(316)</sup> como unidad distinguible de otros territorios, Flandes, por ejemplo <sup>(317)</sup>. Es simbólico, aunque no haya que exagerar su

<sup>(314)</sup> Vid. mi trabajo repetidamente citado, pags. 312 y ss. y pag. 332 y ss.

<sup>(315)</sup> Vid. el abanico de interpretaciones recogido por ALFONSO GARCIA-GALLO, *La unión política de los Reyes Católicos y la incorporación de las Indias. En torno a una polémica*, en *Estudios de Historia del Derecho indiano*, Madrid, 1972 (473-488), pags. 475-478. Para Ricardo del Arco se trata de una artimaña de Alejandro VI frente a Fernando, «el Católico»; Ibarra lo ve como premio a Castilla por su ayuda en Nápoles; Rumeu cree que la exclusión de Aragón es puramente nominal; Manzano piensa que es fórmula para evitar dificultades al gobierno absoluto; Pérez Embid se inclina porque Aragón es ajeno a las expediciones atlánticas, y el propio recopilador de opiniones, García-Gallo, expone la de que los Reyes Católicos sólo podían alegar derecho como reyes castellanos. Es importante tener en cuenta que Mariana ya apuntó que pudo ser para que en el Nuevo Mundo no se valiesen de las libertades aragonesas, lo que destaca bien JUAN MANZANO, *La incorporación de las Indias a la Corona de Castilla*, Ed. Cultura Hispánica, Madrid, 1948, pags. 342-343. La corriente de Mariana, ya detectada por HINOJOSA, *op. cit.*, pags. 102-103 ha tenido eco modernamente en GUILLERMO FLORIS MARGADANT, *Introducción a la Historia del Derecho Mexicano*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1971, pag. 48, nota 7.

<sup>(316)</sup> Vid. p.e. VITORIA, *De Indis*, I, 2, 2: «Item nec regnum Hispaniae ...».

<sup>(317)</sup> Es el caso de FRAY LUIS, *op. cit.*, I, 1: «leges ... pro bono publico Hispaniae, non est necesse ut etiam sint conducibiles Flandriae».

significación, el que Vitoria considere lícitas las corridas de toros <sup>(318)</sup>.

La escuela se identifica con los intereses de España, que es una creación de Castilla. Los internacionalistas como BARCIA o MIAJA DE LA MUELA creen que la doctrina de la escuela favorable a la libertad de los mares es opuesta a los intereses españoles <sup>(319)</sup>, pero hasta eso es discutible, aunque no sea este el momento de hacerlo. La actitud ante la conquista de las Indias, a la que se hará referencia después, es claro exponente del nacionalismo de los teólogos españoles del siglo XVI.

### 27. La propagación de la fé.

La propagación de la fe cristiana es el gran estímulo de la escuela junto al del nacionalismo, lo que se sincretiza en el apoyo a un poder político confesional. La condición eclesiástica de sus miembros ahorra el insistir mucho en ello, pero hay que destacar algunos aspectos, pues no se comprende como LABROUSSE puede manifestar que Vitoria no admite la diferencia de religión como causa justa y que sostiene espléndidamente el derecho de los Estados indios, condenando los últimos restos de la tecnocracia medieval <sup>(320)</sup>, sobre todo, cuando la Historia nos suministra el testimonio de que merced a Vitoria no existirá ningún Estado indio, quedando mediatizado el continente por los españoles y por los restantes colonizadores europeos.

Vitoria alaba a Sisebuto por obligar a los infieles a convertirse, y ello, pese a que reconoce que el concilio lo revoca, pues dice que, a pesar de todo, debe ser alabado por su celo y religión,

<sup>(318)</sup> Vid. la releccion sobre el homicidio, versión Torrubiano, pag. 511.

<sup>(319)</sup> BARCIA, *Francisco Suárez*, pags. 94-95: « Todos los pensadores mencionados adaptan su esfuerzo dialéctico a los intereses de su país ... esta inclinación conoció excepciones ... ». Para Miaja, *op. cit.*, pag. 6, mientras Seldem y Grocio trabajan al servicio de su patria, la doctrina de Vazquez de Menchaca es opuesta a los intereses económicos y políticos españoles, que él, Vitoria y otros miembros de la escuela hispánica « sacrifican en aras de la verdad y la justicia ». Es una excepción Ginés de Sepúlveda, cuya doctrina internacional coincide en gran parte con la de Serafín de Freitas.

<sup>(320)</sup> LABROUSSE, *op. cit.*, pag. 83.

aunque no lo sea por ese hecho concreto, y le califica de religiosísimo <sup>(321)</sup>. Responde negativamente a la cuestión de si se puede compeler en materia religiosa a los no sujetos a los príncipes cristianos, pero al formularse la cuestión ya lo hace con la precisión de si no se sigue algún escándalo o inconveniente (*si non sequitur aliquod scandalum aut inconveniens*) <sup>(322)</sup>, lo que significa justificar la sumisión de los infieles extranjeros cuando hay escándalo o inconveniente, y será interesante saber que era *inconveniente* para Vitoria. Vitoria es uno de los denodados defensores de la relajación al brazo secular, seguida de muerte, eso sí, reservando esta pena al derecho civil porque el derecho canónico no puede sino excomulgar, pero, además, impidiendo que el Emperador dispense de la ley o de la aplicación de la pena de muerte, salvo cuando se trata de persona, de cuya ejecución pudiera seguirse algún detrimento a la república <sup>(323)</sup>.

Sosteniendo las anteriores doctrinas, es difícil admitir con LABROUSSE el que Vitoria pudiera constituirse en un defensor de los Estados indios, pero es que, además, la propagación de la fé cristiana es uno de los títulos que el dominico va a declarar legítimos para la ocupación de las Indias. Según Vitoria, si los bárbaros impiden a los españoles el anunciar libremente el Evangelio, éstos pueden predicarles aún contra su voluntad y entregarse a la conversión, llegando si fuere necesario a aceptar o declara la guerra (*bellum suscipere vel inferre*) hasta que den oportunidades y seguridades. También considera justa causa de guerra (*iustam belli causam*) el que los indios impidan las conversiones, matando o castigando de otra manera a los convertidos a Cristo, o alejando a los otros con amenazas por medio del terror, lo que permite a los españoles ocupar las tierras y provincias, erigir nuevos señores y deponer a los antiguos, haciendo todo y prosiguiendo por derecho de guerra, como en las demás guerras justas, eso sí, siempre más en beneficio de los bárbaros que de

<sup>(321)</sup> Vid. BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, pag. 198. Vitoria dice: « Dico quod ibi laudatur de suo celo et religione, non tamen de illo facto ... Nichilominus ille rex erat religiosissimus ... ».

<sup>(322)</sup> Vid. *op. cit.*, pag. 199.

<sup>(323)</sup> Id., *id.*, pag. 202.

los propios <sup>(324)</sup>. Emite lo que podría calificarse de *escrupulillo de convento*, como es el temer que en la conquista se haya ido demasiado lejos <sup>(325)</sup>, pues eso no le conducirá a pedir la retirada, sino a completar su teoría con la de que si algunos se convierten y sus príncipes quieren por la fuerza o por el miedo volverlos a la idolatría, los españoles, si no hay otro camino, pueden hacer la guerra, obligar a los bárbaros y aplicar el derecho de guerra contra los pertinaces, llegando hasta la destitución de los gobernantes <sup>(326)</sup>. Si buena parte de los indios se ha convertido, y eso tanto por medios justos como injustos (*sive iure sive iniuria*), es decir, empleando fuerza, amenaza u otro medio injusto, mientras sean cristianos de verdad, el Papa puede con causa justa, lo pidan o no lo pidan, el darles un príncipe cristiano y quitarles otros príncipes infieles <sup>(327)</sup>.

A la vista de lo expuesto, creo que la declaración de LABROUSSE es inconcebible. Los españoles pueden obligar a los indios a que reciban sus predicaciones y pueden, incluso injustamente, obligarles a que se conviertan, de tal manera que una vez conseguido ese objetivo, éste determina a su vez el que los españoles puedan deponer a sus autoridades y que el Papa les pueda sustraer el territorio para transferirlo a un príncipe cristiano.

Por su parte, Suárez cree en el poder de la Iglesia para liberar a los cristianos de la sumisión a los infieles, ya que, aunque dice que raza vez se usa, es porque no tiene fuerza para defender eficazmente y con éxito su poder, o porque teme con probabilidad mayores escándalos <sup>(328)</sup>.

## 28. *El intervencionismo.*

La doctrina de la escuela predica un claro intervencionismo, tanto religioso, como nacional. Ya se ha visto que Suárez no

<sup>(324)</sup> VITORIA, *De Indis*, I, 3, 11: «... et semper omnia dirigendo magis ad bonum barbarorum quam ad proprium quaestum».

<sup>(325)</sup> ID., *id.*: «... sed timeo ne ultra res progressa sit quam ius fasque permittebant».

<sup>(326)</sup> ID., *id.*, I, 3, 12: «... sicut in aliis bellis iustis».

<sup>(327)</sup> ID., *id.*, I, 3, 13.

<sup>(328)</sup> SUÁREZ, *Defensio fidei*, III, 4, 10.

niega a la Iglesia el intervenir, sino que lo que hace es reconocer que, no puede frecuentemente intervenir, y algo parecido le sucede a Vitoria, que manifiesta que el Papa no tiene potestad para deponer a un Príncipe seglar, pero es hablando por razón de la potestad temporal, siendo distinto por la potestad espiritual <sup>(329)</sup>. Efectivamente, Vitoria justifica la intervención en Navarra, porque el Papa no es señor civil o temporal de todo el orbe, hablando de dominio y potestad civil en sentido propio, pero tiene potestad temporal en orden a las cosas espirituales, de tal forma que puede deponer reyes e instaurar a otros nuevos, sin que ningún cristiano legítimo debe negar esta potestad al Papa <sup>(330)</sup>.

En Vitoria se encuentra una curiosa anticipación del intervencionismo de la Santa Alianza, es decir, la intervención de un poder extraño para defender al rey contra la rebelión de sus súbditos. Según Vitoria, si los franceses no quieren obedecer a su rey, el rey de España puede obligarles a que le obedezcan <sup>(331)</sup>. Como ya se indicó, la solicitud de ayuda por los tlaxcaltecas justifica el que los españoles ataquen a los mexicanos. También estima que no es lícito a los franceses el prohibir a los españoles el recorrer Francia y aún el establecerse en ella, y a la inversa, si no se redonda en daño de ellos o se les hace injusticia <sup>(332)</sup>. Es éste, sin embargo, uno de los pocos casos en que Vitoria admite la reciprocidad <sup>(333)</sup>, incluso, para los bárbaros, aunque hay que sospechar de su sinceridad, en cuanto un peligro bárbaro o indio debía parecer inconcebible, y, además, lo era en aquel momento.

<sup>(329)</sup> VITORIA, *Relección sobre la Potestad de la Iglesia*, versión Torrubiano, pag. 256.

<sup>(330)</sup> VITORIA, *De Indis*, I, 2, 7: « Et hac ratione potest aliquando reges deponere et etiam novos constituere, sicut aliquando factum est. Et certe nullus legitime christianus debet negare hanc potestatem Papae ... ».

<sup>(331)</sup> VITORIA, *De Indis*, I, 2, 11: « ... quia si galli nollent oboedire regi suo, posset rex Hispaniae cogere illos ut oboedirent ... ». Añade después: « ... quia sicut arguit Scotus ... potius debet aliquis cogi ad oboedendum dominum superiori quam principi inferiori ... ».

<sup>(332)</sup> VITORIA, *De Indis*, I, 3, 1.

<sup>(333)</sup> *Id.*, I, 2 11.



## 29. *La conquista de las Indias.*

La conquista de las Indias representa el máximo exponente simbiótico, pues, no solamente la escuela no se opone a la expansión española, sino que, por el contrario, la facilita. La escuela no combate los títulos de adquisición, sino que destruye los caducos y que ya no hubieran servido, para sustituirlos por otros nuevos y más pujantes. De aquí, que su actitud ante el César no puede ser calificada de valiente, como se ha hecho frecuentemente, sino, por el contrario, de aduladora, pues no se oponen a sus proyectos, sino impiden que se desplomen.

A diferencia del P. Las Casas, que declara injustísimas y de tiranos todas las guerras llamadas conquistas, considerando usurpados todos los reinos y señoríos de las Indias <sup>(334)</sup>, Vitoria no hace sino adelantarse a Ginés de Sepúlveda, como ha visto MIAJA DE LA MUELA <sup>(335)</sup>. El P. Las Casas puede parecer en algún momento menos progresivo que Vitoria, en cuanto acepta la donación del Papa como título, pero es que lo condiciona al consentimiento de los indios y a un contrato entre embajadores de los reyes y los pueblos y sus jefes políticos sobre la manera de gobernar, y, además, una convención sobre la forma de sumisión y tributos que se deben prestar, confirmandolo con juramento <sup>(336)</sup>. Vitoria no considera usurpados los territorios de Indias, y eso que recibe información sobre muertes, robos y toda clase de injurias <sup>(337)</sup> y no necesita la donación del Papa, menos si es limitada en la manera que lo hace el P. Las Casas, pues él puede sustituirla por otros muchos títulos, incluso, más fáciles de obtener. Su obra más famosa consiste en recoger los títulos que no son idóneos o legítimos, pero no para concluir la ilicitud de

<sup>(334)</sup> LAS CASAS, *op. cit.*, apéndice XIV.

<sup>(335)</sup> MIAJA, *op. cit.*, pag. 44: «... trata el canónigo de Córdoba de justificar el derecho de los españoles al dominio de los territorios recién descubiertos, cosa no distinta de la que había hecho Francisco de Vitoria».

<sup>(336)</sup> Vid. introducción a LAS CASAS, *op. cit.*, pags. CXXXVI-CXXXVII.

<sup>(337)</sup> VITORIA, *De Indis*, I, 7: «... cum audiamus tot hominum caedes, tot spolia hominum alioquin innoxiorum, deturbatos tot dominos possessionibus et dictionibus suis privatos, dubitari merito potest iure an iniuria haec facta sint. Et sic haec disputatio non videtur omnino supervacanea ...».

la conquista, sino para alegar otros <sup>(338)</sup>. Estos títulos son falaces, porque están creados para consolidar una situación «de facto» y porque no admiten reciprocidad, o cuando admiten ésta, es imposible.

Un título lo constituye el carácter común del aire, las aguas, los ríos y los puertos con arreglo al derecho natural, lo que completa el derecho de gentes con la costumbre de las naves en cuanto a atracar en los puertos. Con arreglo a ese carácter, los bárbaros cometerían injusticia si prohibieran entrar a los españoles en sus territorios <sup>(339)</sup>. Ya es dudoso que aquella libertad lo fuera por derecho natural, pues, como es sabido, la libertad de los mares era discutida en el mundo civilizado, y ahora se comprenderá porque Vazquez de Menchaca la defendía, sin que esa libertad fuera contra los españoles, sino, al contrario, a su favor, pues justificaba el acceso a los mares de los aborígenes. Vitoria olvida que el derecho de gentes que él invocaba no podía obligar a unos pueblos que no habían participado en su elaboración y que una cosa es que atracasen en los puertos, y otra cosa es que se quedasen en unas tierras divididas, cuando el propio Vitoria reconocía la división de tierras como de derecho de gentes, al menos. Finalmente, Vitoria no admitiría que eso mismo hicieran los bárbaros en España, a no ser por la seguridad de que no podían hacerlo. Declara lícito a los españoles el *viajar* o el *peregrinar* <sup>(340)</sup>, pero olvida que no iban a Indias simplemente a viajar, y menos, a peregrinar. Una de las mayores falacias es decir que los indios no pueden prohibir el acceso de los españoles a su patria porque son sus prójimos <sup>(341)</sup>, pues una cosa es que no les prohibieran el acceso pacífico y otra cosa es que los permitieran ocupar sus tierras y convertirse en sus dominadores, pues también los españoles eran prójimos de los franceses y Vitoria nunca defendió que hubiera de permitírseles ocupar España. El razonamiento de

---

<sup>(338)</sup> VITORIA, *De Indis*, I, 2, 1: «Et primo referam titulos, qui possit prae-tendi, sed non idonei nec legitimi. Secundo, ponam alios titulos legitimos, quibus potuerint barbari venire in dicionem hispanorum».

<sup>(339)</sup> *Op. cit.*, I, 3, 1.

<sup>(340)</sup> *Id.*, *id.*

<sup>(341)</sup> *Id.*, *id.*, y I, 3, 2.

Vitoria no debía engañar a nadie, pues pretendía que los indígenas hubieran aceptada de entrada y de buen grado a unos extraños que venían a expoliarlos, justificando de otra manera el que los españoles los dominaran para ello <sup>(342)</sup>, pero no hubiera transplantado ese cuadro a los intentos de establecimiento de los turcos en el Mediterráneo. Llega a prescribir el que los príncipes están obligados a amar a los españoles por derecho natural, y que, por tanto, no puede prohibirlos sin causa la obtención de beneficios <sup>(343)</sup>, en el mismo momento en que los príncipes españoles están expulsado a judíos y a moros, a los que, por lo visto, aquéllos no estaban obligados a amar. La tiranía ejercida por los gobernantes indios o las leyes tiránicas en daño de los inocentes, que invoca Vitoria <sup>(344)</sup> no puede justificar el que se les imponga otra tiranía, y lo que es aún más intolerable es que Vitoria lo plantee así aún en el caso de que los indios lo consientan y no quieran ser defendidos por los españoles, con lo que, por otra parte, anula el que los pecados de los propios bárbaros no fueran un título legítimo.

De los restantes títulos puede decirse cosas parecidas. La verdadera y libre elección <sup>(345)</sup> por parte de los bárbaros, al comprender la prudente administración de los españoles y su humanidad, podría ser un título legítimo, si Vitoria admitiese la libre elección en todos los reinos, cosa que, desde luego, no hace <sup>(346)</sup>.

---

<sup>(342)</sup> Según VITORIA, I, 3, 5, si los bárbaros quieren privar a los españoles de lo que les pertenece por derecho de gentes, primero, deben actuar con razones, pero si no quieren acdder, sino que acuden a la violencia, los españoles pueden defenderse y tomar precauciones para su propia seguridad, y no sólo esto, sino también construir fortificaciones y defensas, y siendo atacados pueden con autoridad del príncipe tomar venganza por medio de la guerra y poner en práctica otros derechos de la guerra.

<sup>(343)</sup> *Op. cit.*, I, 3, 2: «... principes tenentur diligere hispanos iure naturali. Ergo non licet eis, si potest fieri sine detrimento illorum, prohibere eos a commodis suis sine causa». En I, 3, 1 invoca la amistad como de derecho natural, y, por ende, la aplicabilidad del texto de S. Mateo «*Hospes eram et non collegistis me*», pero los españoles no eran «*hospites*» o peregrinos con arreglo al texto de S. Mateo, que alude al peregrino aislado, y no, a la nación invasora.

<sup>(344)</sup> *Id.*, I, 3, 14.

<sup>(345)</sup> *Id.*, I, 3, 15.

<sup>(346)</sup> En cita anterior está anulando I, 2, 23 o «*elección voluntaria*» («*per electionem voluntariam*»), al sustituirla por «*verdadera y voluntaria elección*»

Esta repocidad tampoco la observa en lo relativo al libre comercio, aunque aparente hacerlo. Vitoria dice que los bárbaros no pueden excluir del comercio a los españoles, como los cristianos tampoco pueden hacerlo a otros cristianos, en lo que ya no hay rigor lógico, pues en el primer caso actúa con nacionalidades o etnias y en el segundo con comunidades confesionales, pero es que, además, en el supuesto de los cristianos introduce distinciones, pues admite que los españoles puedan prohibir a los franceses el comercio en España, cuando se trata del bien de España, y reserva sólo la no exclusión a que sea porque los franceses no reciban utilidad <sup>(347)</sup>. Vitoria sabía que los españoles estaban prohibiendo el comercio en ese momento a los franceses y no decía que también los indios podían prohibir el comercio a los españoles por su propio bien.

Es indudable que todos los esfuerzos de Vitoria se encaminan a estimular los esfuerzos para la conquista de las Indias, acallando las conciencias. No se puede negar verdadero dominio a los indios porque sean ineptos y brutos, pero según él puede originarse de ello algún título para someterlos <sup>(348)</sup>. Los cristianos no pueden ocupar las tierras de infieles, pero principia por advertir que en el caso de que fueran verdaderos dueños y no las hubieran recibido por la fuerza, porque de otro modo los cristianos pueden repetir como ocurre en Africa <sup>(349)</sup> y, sobre todo, los cristianos pueden predicar, de forma que si los indios impidieran el que se predicara la doctrina de Cristo, por derecho de guerra se les

---

(« per veram et voluntariam electionem »), siendo « verdadera » una adición que no carece de significación, dado el método de la escuela.

<sup>(347)</sup> VITORIA, *op. cit.*, I, 3, 2: « ... quod, si hispani prohiberent gallos a commercio Hispaniarum, non propter bonum Hispaniae, sed ne galli accipiant aliquam utilitatem, lex esset iniqua et contra caritatem ». Antes señala que es lícito a los españoles comerciar con los indios sin perjuicio de su patria, importando mercancías de las que ellos carecen, y exportando oro, plata y otras cosas en las que ellos abundan.

<sup>(348)</sup> VITORIA, *op. cit.*, I, 1, 16: « Verum est quod ex hac ratione et titulo posset oriri aliquod ius ad subdiciendum eos ... ».

<sup>(349)</sup> Vid. BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, pag. 214. Los cristianos no pueden ocupar tierras de infieles « si illi veri domini illarum ... quia si vi acceperunt, secus est », y entonces pueden repetir las « sicut patet de Africa, quam sarraceni acceperunt a christianis ».

puede oprimir para propagar el Evangelio, o también existiendo algún peligro para los cristianos pueden tomarles algunos bienes, lo que es de derecho de gentes, poniendo el ejemplo de que los españoles pueden hacerse dueños de una ciudad de Francia para su seguridad, mucho más, si reciben daño de los franceses, correspondiendo todo ello al derecho de gentes <sup>(350)</sup>. Es verdad que el comercio es común y pertenece a todos los cristianos, pero para Vitoria, ese Papa que no puede donar las Indias, puede, sin embargo, encomendar el negocio a los españoles y prohibirlo a los demás <sup>(351)</sup> Vitoria se pone ya en el peor de los supuestos, y es el de que fallen todos los títulos y deben cesar las expediciones y el comercio, pero aún entonces sostiene que el comercio no debe cesar, pues también los portugueses lo sostienen con naciones que no conquistaron y sacan gran provecho, de forma que quizá no disminuirían las rentas reales y podrían establecerse impuestos sobre oro y plata, pareciéndole evidente que después de que se han convertido muchos bárbaros no sería conveniente ni lícito el que el Rey abandonara por completo la administración y el gobierno <sup>(352)</sup>. En una carta escrita en 1534 dice no entender sobre la justicia de la conquista de las Indias, pero presupone el que el Emperador lo puede hacer <sup>(353)</sup>.

No puede pedírsele a Vitoria más fidelidad a la causa imperial, ni más esfuerzos para crear la atmósfera ideológica conveniente que permita a los españoles no abandonar las Indias. En la misma línea están Domingo de las Cuevas y Juan de Salinas, que renuncian a disputar en virtud de que derecho el rey tiene sometido de hecho a los indios, sino sólo a analizar ese derecho en la

---

<sup>(350)</sup> *Id.*, *id.*: « Verum est quod possumus predicar illis; et si impedirent doctrinam Christi ne illis precaremus, jure belli possemus illos opprimere, ut evangelium propagaretur. Vel etiam quando inminet aliquod periculum nobis possemus capere aliqua bona eorum, quia ista sunt de jure gentium ».

<sup>(351)</sup> VITORIA, *De Indis*, I, 3, 9: « ... et non solum interdicerere praedicationem, sed etiam commercium, si hoc ita expedit ad religionis christianae propagationes, quia potest ordinare temporalia, sicut expedit spiritualibus ».

<sup>(352)</sup> *Op. cit.*, I, 3, 17.

<sup>(353)</sup> *Corpus Hispanorum de Pace*, V, pag. 138: « ... yo no entiendo la justicia de aquella guerra; nec disputo si el Emperador puede conquistar las Indias, que presupongo que lo puede hacer strictamente ... ».

forma escolástica <sup>(354)</sup>. El que el P. Las Casas se remita en alguna ocasión a Domingo de Soto, no es suficiente para que, como hace LOSADA, se pueda presentar al segundo en la línea del primero <sup>(355)</sup>, pues como el propio autor destaca bien, Vitoria estaba más bien en la línea de Sepúlveda. El P. las Casas comprendió la posición aduladora de Vitoria respecto al Emperador <sup>(356)</sup>, pero la doctrina apologética, representada en este caso por Alfonso GARCIA-GALLO, considera esa postura de Vitoria como muestra de equilibrio <sup>(357)</sup>. Los resultados históricos son claros, sin embargo, pues el conflicto entre los pueblos se resolvió, sin duda, en favor del más fuerte, y ello, en gran medida, gracias al apoyo de Vitoria.

### 30. *El Derecho internacional.*

La creación del Derecho internacional se atribuye por BARCIA a Vitoria y por MIAJA DE LA MUELA a Vázquez de Menchaca, el primero al sustituirse el «inter homines» por el «inter omnes»

---

<sup>(354)</sup> Vid. BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, pag. 220: «Quod ego non intendo disputare absolute, quo jure rex de facto teneat insulanos; sed intendo disputare in communi modo scholastico quid juris sit in hac re».

<sup>(355)</sup> ANGEL LOSADA, *Apología (Juan Ginés de Sepúlveda-Fray Bartolomé de las Casas)*, Trad. castellana de los textos. Introducción, notas e índices por. Editora Nacional, Madrid, 1975, pag. 361, nota 1: «era más bien favorable a las tesis de Las Casas».

<sup>(356)</sup> *Op. cit.*, pags. 375-376. Las Casas, refiriéndose a los segundos títulos de Vitoria dice: «En algunos de estos títulos se declaró un tanto blando, queriendo templar lo que a los oídos del César parecía que había dicho más duramente; aunque para los amantes de la verdad, todo cuanto enseña en la primera parte no sólo no resulta duro y no sólo es verdadero, sino que está de acuerdo con la religión católica y es verísimo».

<sup>(357)</sup> ALFONSO GARCIA GALLO, *Manual de Historia del Derecho español*, pag. 135: «Y es que Las Casas acertando plenamente en cuanto dice sobre los derechos de los indios — y por ello se le da razón — adopta una posición unilateral ante el conflicto de pueblos surgido en América. Acude al Derecho natural para buscar ... lo que favorece a los indios; pero olvida lo que ... puede favorecer a los españoles ... otro dominico, de temperamento más equilibrado ... Vitoria ... acude al Derecho natural, pero no para buscar ... sólo lo que favorece a los indios, sino porque ... es el único válido para resolver los conflictos entre pueblos ...».

gentes», y el segundo, al afirmarse que los príncipes entre sí y los pueblos libres entre sí parecen sujetos sólo al derecho natural y de gentes, y no, al derecho civil <sup>(358)</sup>, si bien para BROWN SCOTT fue NYS el primero en analizar la definición de Vitoria <sup>(359)</sup>. BARCIA sospechó que podía conceder excesiva importancia a la sustitución de una palabra <sup>(360)</sup> y realizó algunas críticas importantes. Según él, Vázquez de Menchaca confunde las instituciones de derecho civil y del derecho de gentes, sin ofrecer un criterio para distinguir lo civil de lo internacional <sup>(361)</sup>, suponiendo en conjunto una regresión, incluso respecto a Domingo de Soto, pues coloca el derecho civil antes que el derecho de gentes, doctrina que podía conducir a la anarquía internacional <sup>(362)</sup>. El propio autor, BARCIA, con actitud justificativa, califica de «visión perfecta y genial» la construcción de Suárez, pero no tiene más remedio que reconocer la contradicción constante en que incurre entre sus consideraciones de una soberanía excluyente de cada comunidad y la comunidad internacional <sup>(363)</sup>. Un reparo fundamental que dice poder oponerse es, además, el de que siendo el derecho de gentes hijo de la costumbre y producto de la voluntad humana, no se comprende como pueda aplicarse en partes del mundo que no han contribuido a ella <sup>(364)</sup>.

Las precedentes consideraciones indican que, incluso, aquéllos que se encuentran en una posición justificativa de la escuela, no admiten sin serias reservas la atribución de la creación del derecho internacional a la escuela. Se dirá que una gran parte de los descubridores e inventores no han tenido conciencia completa de lo que estaban inventando o descubriendo, y esto es cierto, máxime

<sup>(358)</sup> Vid. MIAJA, *op. cit.*, pags. 28-29.

<sup>(359)</sup> BROWN, pag. 88.

<sup>(360)</sup> BARCIA, *op. cit.*, pag. 90: «Tal vez se diga que prestamos excesiva importancia a la mera substitución de una palabra y que probablemente el autor del reemplazo no soñó en dar al mismo los efectos que nosotros le atribuimos ... ».

<sup>(361)</sup> ID., *id.*, pag. 47: «... no nos ofrece un criterio para distinguir lo civil de lo internacional».

<sup>(362)</sup> ID., *id.*, pag. 48.

<sup>(363)</sup> ID., *id.*, pag. 98: «Visión perfecta y genial ... pero la grandeza de la concepción no excluye la contradicción constante en que ... incurre».

<sup>(364)</sup> ID., *id.*, pag. 99.

si se tiene en cuenta que el derecho romano se ha extendido y desarrollado merced en gran parte a deficientes interpretaciones de él, lo que se conoce como el «error productivo». También puede decirse y aceptarse que no es que la escuela creara definitivamente el derecho internacional, sino que ha dado los primeros pasos. De todas formas, lo que también hay que admitir es que no puede decirse simplemente que la segunda escolástica es la creadora del Derecho internacional, pues sobre ello hay grandes reservas. La escuela ha impulsado un tipo de Derecho internacional al proporcionar las bases para el mantenimiento de un orden internacional, que es el orden que favorecía en primer lugar los intereses de la Monarquía Universal. Con ello, lo que ha hecho es sustituir otro Derecho internacional u otro orden internacional, que es el medieval representado por unas instancias internacionales, el Imperio y el Pontificado, en cuya órbita se han movido las naciones, escapando algunas de éstas, las periféricas, al Imperio, pero permaneciendo dentro del área del pontificado. En ese orden internacional lo primario es el continente, y lo secundario el contenido, fenómeno que se refleja en el Derecho, en cuanto la superioridad radica en el Derecho común, siendo de aplicación excepcional los derechos municipales o estatutarios. En cuanto el orden político medieval aparece subvertido en la Edad Moderna, consecuencia de la decadencia del Imperio y del Pontificado, con liberación definitiva de las naciones, emerge ahora una doctrina que consagra esa liberación. Esta consagración, referida concretamente a la Monarquía Universal, se basa en desposeer al Imperio de toda intervención, y en sustraer al Pontificado el dominio directo, amén de justificar a través de la predicación de la fe y del desarrollo del comercio la ocupación de los nuevos territorios descubiertos, lo que se complementa con la libertad de los mares. La eliminación de instancias internacionales como el Imperio pone en peligro la conservación del orden internacional entre las naciones cristianas, lo que la escuela supera merced al empleo de la guerra justa, cuya calificación corresponde a la propia escuela en cuanto elemento integrante de la Iglesia, pero, al mismo tiempo, nacional. Ese Derecho internacional beneficia concurrentemente y en un cierto grado al resto de las naciones cristianas, pero no, en su totalidad, lo que determina una



rectificación por parte holandesa, fundamentalmente, que evita una ruptura con la doctrina española.

¿Ha sido eficaz el orden internacional iusnaturalista castellano? Naturalmente, todo orden implica eficacia, y el problema no debe plantearse así, sino si ese ha sido el mejor orden que cabía imponer. Posiblemente, el mundo musulmán no ha carecido de un orden, ni tampoco el mundo oriental, por no hablar del mundo americano precolombino, que, probablemente, también tuvo el suyo. En este sentido, lo que sí cabe afirmar es que no facilitó un instrumento que deba considerarse distinto del empleado en cualquier otro orden. Era un orden basado en la fuerza y que tendía a legitimar los productos del empleo de la fuerza, como es el caso de la ocupación del continente americano. Téngase en cuenta que no estaba basado en el derecho natural, sino en el derecho de gentes que, o era un derecho positivo, o no era nada más que un derecho natural secundario, o no era nada, el cual, además, se imponía en un mundo que no había contribuido a la formación de ese derecho de gentes. En último término, y es lo más importante dentro del presente trabajo, también el derecho internacional fue elaboración de la escuela como un servicio a la Monarquía Universal, asegurando su participación decisiva en el gobierno de la misma.

JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ

## PENSER LES INSTITUTES HISPANO-ROMAINES (\*)

Raisonnement sur la codification espagnole ne signifie pas la revivre. En ce sens, le Código civil de 1889 n'est pas un sujet d'analyse comme les autres. Il constitue encore aujourd'hui pour la plupart des juristes espagnols comme pour les historiens espagnols du droit en tant que juristes, un patrimoine plus qu'une chance de comprendre l'actualité du vécu. Presque cent ans après, le phénomène central de l'histoire contemporaine du droit espagnol persiste à être commémoré avec les formules qu'il a fait naître. La preuve en est qu'il y a autant d'histoires du Código civil que de familles juridico-politiques. Et, en l'occurrence, une organisation politique surinvestie de signification nationale exclue généralement toute histoire critique des relations entre un soi-disant droit patriote et un quelconque système normatif étranger. Centrée sur les représentations des acteurs, reste une histoire descriptive maintenue au détriment d'une analyse conceptuelle. On prend pour éléments explicatifs, ce qui est à expliquer, bien que le récit ne se suffise pas à lui-même. Pour le moment, il s'agit ici de percevoir ce problème, non de le résoudre.

Examinons en toute brièveté un exemple, dans lequel la codification se présentera surtout comme discours national et sa prétendue explication se démasquera comme continuation discursive. Je parle de ce garant imaginaire: *Nation*, qui domina la discussion du XIXe siècle autour d'un Código civil. Citons uniquement

---

(\*) Sous forme abrégée présenté aux *Journées Internationales d'Histoire du Droit des Anciens Pays de Droit Ecrit*, Nice, 4 et 5 octobre 1979.

Durán y Bas <sup>(1)</sup>, habituellement considéré comme adversaire d'une codification extrêmement centraliste. Selon lui, une telle question fondamentale se dérobe en fin de compte à toutes querelles des parties politiques. Et écoutons Iturmendi Bañales <sup>(2)</sup>, ancien ministre de la Justice et Président des Cortes, qui, il y a seulement quelques années, dans son rapport sur les droits régionaux, lut encore l'histoire de la codification civile comme une histoire de l'intégrité nationale. Sa façon de rendre compte correspond donc parfaitement aux discours antérieurement cités. Qu'elle équivale à une historiographie officielle du droit contemporain autant qu'on en puisse parler, je me réfère spécialement au problème d'une éventuelle dérogation du droit romain par le Código.

Tout d'abord, le texte même. L'article 1976, ne cite pas le droit romain en déclarant périmées toutes coutumes et lois contraires au droit de Castille. Mais la question se pose étant donné que Rafael Gibert <sup>(3)</sup> plaida encore dernièrement pour un Código civil « fondamentalement romano » et contre ce Code civil français plutôt germanique. D'autant plus que le projet de 1851 pour une codification civile, donc le modèle reconnu des années quatre-vingts, abrogea officiellement les dites lois romaines, en permettant cependant de recourir sans cesse aux « leyes romanas como la razón escrita » <sup>(4)</sup>.

Par contre, les civilistes les plus réputés nous laissent malgré tout sans réponse. Un historien du droit comme De los Mozos ne renvoie dans son Introduction au droit civil espagnol qu'à l'esprit du législateur et qu'au sens d'une codification pour dé-

---

<sup>(1)</sup> Cf. *El Código civil. Discusión parlamentaria en la legislatura parlamentaria de 1888 a 1889. Colección ... por la redacción de la Revista de los tribunales*, Madrid 1889, p. 620-621.

<sup>(2)</sup> ANTONIO ITURMENDI BAÑALES, *Las compilaciones forales en el proceso de la codificación española*. Discurso leído el día 22 de enero de 1972, en su recepción pública como Académico de número por ... y contestación del Excmo. Sr. D. Raimundo Fernández-Cuesta y Merelo, Madrid 1973.

<sup>(3)</sup> RAFAEL GIBERT, *La codificación civil en España (1752-1889)*, dans *La formazione storica del diritto moderno in Europa*. Atti del terzo congresso internazionale della società italiana di storia del diritto, II, Firenze 1977, p. 933.

<sup>(4)</sup> Cf. le commentaire officiel de FLORENCIO GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, IV, Madrid 1852, p. 342 (ad Art. 1992).

finir les dimensions dérogoatoires (5). Et la situation ne change guère lorsqu'on observe ce qui nous est dit sur les relations entre les droits provinciaux actuellement en vigueur et le droit romain. Pour la plupart des juristes du centre, De los Mozos privilégie le Código comme droit supplémentaire. D'où la controverse avec Lalinde dans le cas de l'Aragon où De los Mozos nie simplement la possibilité de recourir au droit romain (6). De même pour les Baléares où Sanchez Román avait encore accepté pour auxiliaire le droit catalan, donc comme supplément le droit romain (7). En ce qui concerne la Navarre, c'est du pareil au même: Salinas Quijada complète le droit originaire avec le droit romain, De los Mozos y ajoute le Código civil (8). De telles contradictions se laissent facilement réduire aux fameuses querelles entre les foralistes d'un côté et les partisans d'un Código unique de l'autre. Dans un contexte indiscutablement changé, ce dogmatisme juridique se bat alors à la mode du XIXe siècle.

L'histoire du droit dominante nous laisse de plus dans l'embarras. Bien que Alvaro d'Ors souligne le manque de contrôle national qui a permis au droit navarrais son droit romain (9), il butte comme De los Mozos (10) sur les limites du discours juridique du siècle passé quand celui-ci veut nous faire croire que la codification est une simple technique. Son recours mentionné à la « finalidad de la codificación » indique le problème. Néanmoins, la relation à l'ancien droit, spécialement au *ius commune* reste en suspens et ainsi inévitablement la codification même comme

---

(5) JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, *Derecho civil español*, I: Parte general, 1: *Introducción al derecho civil*, Salamanca 1977, p. 273-277 (276).

(6) JESÚS LALINDE ABADÍA, *Los Fueros de Aragón*, Zaragoza 1976, p. 143; MOZOS, *ibidem*, p. 345-346.

(7) MOZOS, *ibidem*, p. 346; FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de derecho civil*, I, Madrid 1899, p. 483, Note 1.

(8) MOZOS, *ibidem*, p. 346; FRANCISCO SALINAS QUIJADA, *Las fuentes del derecho civil navarro*. Estudio histórico-jurídico-bibliográfico, Tudela 1946, p. 43, et *Derecho civil de Navarra*, I: *Introducción*, Pamplona 1971, p. 215 ss.

(9) ALVARO D'ORS, *Los derechos civiles regionales de la España moderna*, dans *La formazione storica del diritto moderno in Europa*. Atti del terzo congresso internazionale della società italiana di storia del diritto, II, Firenze 1977, p. 940.

(10) MOZOS, *Derecho* (N. 5), p. 180, 191, 245.

processus de transformation. Au surplus, une méconnaissance relative du *utrumque ius* européen, récemment avouée même par García Gallo <sup>(11)</sup>, depuis longtemps à la tête de l'historiographie juridique espagnole, nous prive du deuxième point de repère. Des travaux comme ceux de Bartolomé Clavero <sup>(12)</sup> soulignent déjà suffisamment les omissions d'une Histoire nationalisante concentrée depuis des années sur des fragments soi-disant patriotes. A ce titre, la codification apparaît comme le carrefour des problèmes historiographiques et historiques.

Une autre lecture d'une certaine littérature juridique datant surtout de la dernière moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle peut permettre de donner une meilleure explication de la nouvelle rhétorique du pouvoir, nommée codification. Il s'agit de mettre au moins partiellement à l'épreuve la cohérence du discours codificateur. J'ai l'intention dans ce cadre de faire quelques remarques sur les Institutes hispano-romaines. Nous partirons donc des textes qui au temps des premières revendications pour un Code civil espagnol confrontent *prima vista* du droit nationaliste au système traditionnel apparemment supranational. Autrement dit, je me demande sous quelles conditions et selon quelles opérations se dégagait le nouveau discours juridique? A travers une telle analyse il faudrait un jour retracer quelques-uns des partages qui organisent encore les rapports de notre culture juridique pour comprendre la lente poussée de la société civile vers le pouvoir, magistralement démontrée pour la France par François Furet à l'appui des interrogations conceptualisantes sur la Révolution française et l'historiographie révolutionnaire <sup>(13)</sup>.

Dans les limites de cette étude, on nous permettra de ne retenir des Institutes que quelques informations introductives pour

---

<sup>(11)</sup> « Les historiens espagnols du Droit n'ont presque accordé aucune attention au Droit commun » (ALFONSO GARCÍA GALLO, *Le droit local et le droit commun en Catalogne, à Valence et à Majorque*, Varenna 1979, Manuscrit).

<sup>(12)</sup> Cf. notamment BARTOLOMÉ CLAVERO, *Temas de Historia del derecho: derecho común*, Sevilla 1977, et maintenant *La idea de Código en la Ilustración jurídica*, dans *Historia - Instituciones - Documentos* (Sevilla) 6 (1979) (sous presse) - le commencement d'une autre écriture de l'histoire du discours codificateur.

<sup>(13)</sup> FRANÇOIS FURET, *Penser la Révolution française*, Paris 1978.

nous tourner ensuite vers une première analyse intertextuelle. Ce sont des livres juridiques élémentaires du droit espagnol, pas toujours invariablement orientés d'après les Institutes de Justinien et uniquement en étroite relation avec l'enseignement universitaire. Leurs précurseurs sont les commentaires aux Institutes romaines de Pichardo et les Paratitla de Bermúdez de Pedraza du début du XVII<sup>e</sup> siècle (14). On les a à tort comptés parmi le corpus qui est ici le centre d'intérêt (15). En effet, ils ont en commun le titre ou la distribution des matières alors que leur fonction sociale était avant tout différente. A ce groupe appartiennent par exemple le Phoenix jurisprudentiae de Martínez Galindo et les Institutes hispaniques de Torres y Velasco de la première moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle ainsi que les Institutes du droit de Castille de Asso et Rodríguez, les Institutes de Berní et Maymó et enfin une série de publications de Sala qui aboutiront dans la renommée « Ilustración del derecho real de España » de 1803, texte unique remplaçant les Institutes de Asso-Rodríguez à partir de la réforme de l'enseignement juridique de l'année précédente (16). N'ou-

(14) ANTONIO PICHARDO VINUESA, *Commentationum in quatuor Institutionum Justiniani libros* (editio princeps: 1600?), Salmanticae 1620; FRANCISCO BERMÚDEZ DE PEDRAZA, *Paratitla y exposición a los títulos de los quatro libros de las Instituciones de Iustiniano*, Madrid 1633 (editio princeps: *Arte legal para estudiar la Jurisprudencia. Con la Paratitla, y Exposición a los títulos de los quatro libros de Instituciones de Justiniano*, Salamanca 1612).

(15) Cf. KLAUS LUIG, *Institutionenlehrbücher des nationalen Rechts im 17. und 18. Jahrhundert*, dans *Ius Commune* 3 (1970) 86.

(16) TOMÁS MARTÍNEZ GALINDO, *Phoenix jurisprudentiae hispanicae, sive Instituta hispana ...*, Hispali 1715; ANTONIO TORRES Y VELASCO, *Institutiones Hispaniae practico-theorico commentatae*, Matriti 1735; IGNACIO JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO-MIGUEL DE MANUEL RODRÍGUEZ, *Instituciones del derecho civil de Castilla*, Madrid 1771, 1775, 1780, 1786, 1792, 1805, 1806; JOSÉ BERNÍ Y CATALÁ, *Instituta civil y real*, Valencia 1745, 1760, 1775; JOSÉ MAYMÓ RIBES, *Romani et hispani juris Institutiones ad usum scholae et fori*, I-II, Madrid 1777; JUAN SALA, *Vinnius castigatus atque ad usum tironum hispanorum accommodatur in quorum gratiam Hispanae leges opportunioribus locis traduntur*, I-II, Valentiae 1779-1780; et *Digestum romano-hispanum ad usum tironum hispanorum ordinatum*, I-II, Valentia 1794, 1824, 1830-1832, 4 Madrid 1844 (en espagnol), 1865 (en espagnol), 1856 (en espagnol); et *Institutiones romano-hispanae ad usum tironum hispanorum ordinatae*, I-II, Valentiae 1788-1789, 1795, 1805, 4 Matriti 1824, 1830; et *Ilustración del derecho real de España*, I-II, Valencia 1803, (Mé-

blions pas non plus les plans analogues de l'avocat Francisco Castro et de l'Afrancesado Cambronero, cet auteur d'un projet pour un Código civil de 1834<sup>(17)</sup>. Le compendium de ce dernier et l'« Arbre juridique » de Castro nous intéressent au plus haut degré parce qu'ils étaient présentés dans le contexte d'une critique du droit contemporain et de telle sorte dans des texte-clés de nos études.

Suivant Julia Kristeva<sup>(18)</sup>, une lecture de ce genre de phénotextes avise la fusion entre processus sémiotiques hétérogènes. Peu important donc les origines doctrinales d'une telle littérature en rapport avec une codification future, de même que toute description idéaliste, ne voyant que des *influences* et des *sources*, méta-

---

xico 1807-1808), <sup>2</sup> Madrid 1820, (Bogotá 1826), (Méjico 1831-1833), <sup>3</sup> Madrid 1832, <sup>4</sup> 1834, <sup>5</sup> La Coruña 1837, <sup>6</sup> Madrid 1839, <sup>7</sup> 1841, <sup>8</sup> Paris 1844, (Paris 1844: Sala hispano-mejicano) (México 1845-1849: Sala mexicano), (Paris 1845: Sala hispano-chilena), (Paris-Caracas 1845: Sala hispano-venezolano), (México 1852), (Paris 1854); quant à la réforme de 1802 cf. MARIANO PESET REIG, *La recepción de las órdenes del marqués de Caballero de 1802 en la Universidad de Valencia. Exceso de abogados y reforma en los estudios de Leyes*, dans *Saitabi* (Valencia) 19 (1969) 119-148.

<sup>(17)</sup> JUAN FRANCISCO DE CASTRO, *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes*, I-II: *En que se demuestra la incertidumbre de estos, y la necesidad de un nuevo y metódico Cuerpo de derecho, para la recta administración de justicia*, Madrid 1765; III: *Incertidumbres, y detrimentos de los Mayorazgos, y otras disposiciones análogas en el bien común: su ofensa a la publicación, agricultura, artes y comercio: necesidad de remedio: tentativa de algunos medios: paradojas sobre la nobleza y mérito para fundar mayorazgo*, Madrid 1770, <sup>2</sup> 1820; MANUEL MARÍA CAMBRONERO, *Plan de una obra de jurisprudencia nacional con el título de Ensayo sobre los orígenes, progreso y estado de las leyes españolas (1803)*, édité par JOSÉ REUS, dans *Revista de legislación y jurisprudencia* 13 (1858) 5-25 et 161-169; cf. sur la vie et l'oeuvre de Cambronero: JUAN FRANCISCO LASSO GAITE, *Crónica de la codificación* (Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación), IV 1: *Codificación civil* (Madrid, sous presse), IV 2, Note 3, et JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ, *Spanien*, dans HELMUT COING, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europätschen Privatrechtsgeschichte*, III 1: *Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts*, München (sous presse), chapitre « Le projet d'un Código civil de 1836 ».

<sup>(18)</sup> JULIA KRISTEVA, *Σημειωτική. Recherches pour une sémanalyse*, Paris 1969; *La révolution du langage poétique. L'avant-garde à la fin du XIXe siècle: Lautréamont et Mallarmé*; Paris 1974; *Polylogue*, Paris 1977; *Folle vérité. Vérité et vraisemblance du texte psychotique*. Séminaire dirigé par Julia Kristeva et édité par Jean-Michel Ribettes, Paris 1979.

phores fluides. Oblitérer ces oeuvres ne coïncide pas avec nos propos. D'où la renonciation à la recherche érudite de la bibliographie des auteurs, et des lectures historiques par trop directes qui essaient en vain de lier directement, en l'occurrence, les intérêts des anciens élèves des six Collèges majeurs et futurs hauts fonctionnaires à la persistance du droit romain au désavantage d'un droit national montant <sup>(19)</sup>. Ces deux procédures s'enferment dans une conception étroite de l'immanence, ne profitant pas de la force explicative des corrélations avec le système discursif. Il va de soi, qu'une accumulation plus ou moins confuse de l'historiographie comparatiste ne saisit pas le travail de transformation et d'assimilation de plusieurs textes. Alléguons pour celà ces prospections un peu trop à la mode qui retiennent inutilement notre attention pour « Les Institutes du XVIIe et XVIIIe siècle en Europe » <sup>(20)</sup>. Analyser une production signifiante comme textuelle reviendrait au contraire à démontrer l'histoire par une reconstruction des conditions du dit phéno-texte. Car le texte est doublement orienté: vers le système signifiant dans lequel il se produit et vers un texte général – la pratique sociale tout simplement <sup>(21)</sup>. Ni pure reproduction, ni unique anticipation d'un autre ordre du signifiant, il est surtout débat, donc, par sa participation au social, il débouche sur les antagonismes de l'histoire. Perdue l'unité de l'oeuvre, notamment dans ce cas le discours juridique comme texte normatif, ces Institutes hispano-romaines répondent aux questions sur un éventuel déplacement du pouvoir.

À la recherche de la place politique de cet ensemble de pratiques qui opère au nom du pouvoir, il faudrait donc faire apparaître des rapports entre ces complexes d'énoncés et d'autres domaines discursifs ou non, ce que Foucault <sup>(22)</sup> appelle une défini-

---

<sup>(19)</sup> Cf. MARIANO PESET, *Estudio preliminar a Gregorio Mayans y Siscar, Epistolario*, IV: *Mayans y Nebot (1735-1742). Un jurista teórico y un práctico*. Transcripción, notas y estudio preliminar de ..., Valencia 1975, p. xxxvii-xxxviii.

<sup>(20)</sup> Cf. notamment LUIGI, *Institutionenlehrbücher* (N. 15), dans *Ius Commune* 3 (1970) 64-97.

<sup>(21)</sup> JULIA KRISTEVA, *Le texte et sa science*, dans KRISTEVA, *Σημειωτική* (N. 18), p. 10.

<sup>(22)</sup> MICHEL FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, Paris 1969, p. 212.



tion des formes spécifiques d'articulation. Mais, déterminons tout d'abord ce champ de régularité qui nous fait découvrir ces Institutes dans leur discontinuité textuelle. Une telle décomposition n'entreprend pas une confrontation sémantique entre le droit romain et le droit espagnol comme on est amené à le supposer en lisant des titres tels que « Institutiones romano-hispanae ». A en juger par les apparences les réformes de l'enseignement supérieur de 1771 et 1802 qui prévoyèrent respectivement les Institutes de Asso et de Rodríguez ainsi que la « Ilustración » de Sala comme textbook <sup>(23)</sup>, assurèrent une victoire du droit national sur le système normatif antérieurement propagé. Toutefois, une telle option nationaliste, de prime abord évidente correspond mal à la réalité, voire à une explication historique. A bon droit Clavero est d'accord avec Tarello <sup>(24)</sup>: la prétendue crise du droit commun à la fin du XVIIIe siècle est plutôt un problème de ses historiographes. Nous nous trouvons plus exactement en face d'un « inconfesado romanismo », pour parler avec le premier-cité. Même selon des estimations contemporaines il était hors de question de mettre en doute la position éminente du droit romain. Légitimé de plus par son harmonie avec le Droit naturel <sup>(25)</sup>, il domina indiscutablement la pratique. Nous en prenons pour références les quantifications entreprises par Mariano Peset et nos propres recherches sur les arrêtistes espagnols <sup>(26)</sup>. Voici une routine tout à fait romanisante. Pour ne penser qu'aux mémoires et consulta-

<sup>(23)</sup> Cf. MARIANO PESET, *Derecho romano y derecho real en las universidades del siglo XVIII*, dans *Anuario de historia del derecho español*, 1975, p. 273-339.

<sup>(24)</sup> BARTOLOMÉ CLAVERO, *La disputa del método en las postrimerías de una sociedad (1789-1808)*, dans *Anuario de historia del derecho español*, 1978, p. 326; G. TARELLO, *La crisi del diritto comune nel Settecento europeo: un problema storiografico*, dans *Annali della Facoltà di Giurisprudenza (Gênes)* 15, 2 (1976) 352-357.

<sup>(25)</sup> Cf. *Ordre du 4.12.1713*, dans *Tomo tercero de autos acordados*, que contiene nueve libros, por el orden de títulos de las leyes de Recopilación ..., Madrid 1772, Auto 2.1.1.

<sup>(26)</sup> PESET (ed.), *Epistolario Mayans* (N. 19), IV, p. xxvi-xxix; JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ, *Spanien*, dans HELMUT COING (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, II 2, München 1976, p. 1271-1318 (en espagnol: *Colecciones de jurisprudencia y dictámenes*, dans: ANTONIO PÉREZ MARTÍN - JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ, *Legislación y jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*, Valencia 1978, p. 277-336).

tions des avocats de Valencia, caractérisées par des citations du *ius commune*, nous voyons que leurs concepts étaient ceux de la tradition; ce sont ces « *rutineros del derecho romano* » que le XIXe siècle se crut obligé de garder à distance <sup>(27)</sup>.

Nous nous sommes jusqu'à maintenant entretenus du *ius commune* en tant que droit romain, il faut dès lors préciser. C'est seulement en se rendant compte que ces textes anciens étaient disponibles pour les contemporains sous forme d'une interprétation perpétuelle, que nous parviendrons à saisir les *Institutes hispano-romaines* comme textes de rupture. Inutile d'expliquer au XVIIIe siècle que ce sont moins les contenus véhiculés que les formes discursives qui établissent, en dernier lieu, l'ordre. Pour un Berní, un de nos auteurs, c'était une évidence que Gregorio López, le commentateur par excellence des *Siete Partidas*, arrangea en réalité leurs éléments normatifs <sup>(28)</sup>. Pourtant, grâce à une certaine critique formulée à l'époque sur le droit, nous pouvons observer ce qui est vraiment mis en cause. Cette réécriture différente manifeste dans sa matérialité, indépendamment de toute interprétation subjective, l'opposition de deux types de discours juridiques: d'un côté la suprématie incontrôlable d'une science juridique, cette « *ciencia de los sabios* » contre laquelle les premières réformes du siècle <sup>(29)</sup> donnèrent déjà l'assaut; de l'autre, un corps des lois, bref, un Code, l'objet des désirs de Castro et Cambronero <sup>(30)</sup>. En s'élevant contre les abus d'interprétation, ils essayèrent de réorganiser le discours sur ce qui oblige tout le monde. Leurs reproches vis-à-vis d'un ordre juridique, d'après eux dépassé, parce que incapable de garantir la paix civile <sup>(31)</sup>, tendent finalement à un rétablissement, sinon à une constitution

<sup>(27)</sup> PABLO GOROSABEL, *Redacción del Código civil de España, esparcido en los diferentes cuerpos del derecho, y leyes sueltas de esta nación*, Tolosa 1832, p. XXI.

<sup>(28)</sup> JOSÉ BERNÍ Y CATALÁ, *Apuntamientos sobre las leyes de Partida, al tenor de leyes recopiladas, autos acordados, autores españoles y práctica moderna*, I, Valencia 1759, *Prólogo* (Gregorio López arregló la letra del texto).

<sup>(29)</sup> Cf. N. 25.

<sup>(30)</sup> Cf. par exemple CASTRO, *Discurso* (N. 17), I, *Prólogo*, et II, p. 326, 330; CAMBRONERO, *Plan* (N. 17), 7 et 168.

<sup>(31)</sup> CASTRO, *Discurso* (N. 17), I, p. 12.

d'un pouvoir étatique. Le mot-clé est « refundición »<sup>(32)</sup>. Convaincus, qu'un tel changement des modalités énonciatives aboutit automatiquement à un remaniement concret de la société, donc du pouvoir, leur critique s'inscrit dans les Institutes en question comme celles axées sur cet énorme accroissement du pouvoir dont nous sommes tous les victimes. Voilà les efforts de la jurisprudence-même au service des futurs conquérants. Ce qui est clair, au moins, c'est que la nouvelle pratique apparaît davantage comme une autre façon de gérer le pouvoir que comme une préférence nationaliste. Là, où se trouve une prédilection pour un droit d'origine espagnole, nous voyons, en fait, à l'oeuvre une puissance potentiellement totale conférée à l'Etat. Nous sommes alors témoins de la genèse de notre présent.

D'une façon symptomatique, Cambronero<sup>(33)</sup> projeta cette réorganisation sans risquer le moindre conflit avec ce qu'il appelle « la máquina política ». Au contraire, les changements prévus s'opèrent au nom de la patrie et du Souverain omnipotent, donc à son avantage. Entendues comme renouvellement discursif, les Institutes ne doivent pourtant pas être prises ni d'une part comme résultat des nouvelles techniques — celles de la langue espagnole qui était pratiquée bien avant dans les textes normatifs; ni d'autre part comme arrangement originel — au contraire, l'adaptation générale au système des Institutes de Justinien est assez éloquente en elle-même et les quelques écarts comme la « Década legal » d'un certain Cortines<sup>(34)</sup> ne soulignent que la tendance; ni enfin comme un abandon des vieilles techniques interprétatives au profit des concepts purement normatifs; et jusqu'à plus ample informé, ce sont les mêmes qui, dans l'ensemble de tous les individus parlants, sont fondés à tenir cette sorte de langage du pouvoir.

Mais ce qui compte, c'est cette nouvelle mise en rapport d'un certain nombre d'éléments distincts: le changement de pratique politique. Partons donc de cette pratique qui est à spécifier com-

(32) CAMBRONERO, *Plan* (N. 17), p. 7.

(33) CAMBRONERO, *ibidem*, p. 168.

(34) Cf. RAMÓN CORTINES Y ANDRADE, *Década legal, en en que contrahidas a Diez las leyes de estos reynos, se van poniendo por resumen*, I-II, Madrid 1782.

me régime de restrictions discursives. Il s'exprime avant tout par le primat de la lettre, par un souci de la littéralité sur une réorganisation administrative quelconque, en l'occurrence, une organisation différente des anciennes facultés de droit et leur enseignement traditionnel — l'envers du cratylisme triomphant de la deuxième moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle <sup>(35)</sup>. Le nouveau commencement devait résulter d'une distance en regard des formes comparables, notamment vis-à-vis des concordances du droit romain et espagnol auxquelles manquait au sens de l'époque toute consistance <sup>(36)</sup>. De même, pour les « Topicas legales » celle de Everardus par exemple: faute de précision, leurs propositions se montrent maintenant insuffisantes pour légitimer une décision une fois pour toutes <sup>(37)</sup>. D'après le même Cambronero <sup>(38)</sup> il fallait une autre « arte de escribir ». Chez Martínez Galindo nous lisons que son « Phoenix jurisprudentiae hispanicae » s'entend « in redigendae disciplina ad ... geometriae ... methodum ». Descartes y exerce en effet la fonction d'un garant référentiel. Ce qui donne lieu à des revendications pareilles, c'est la conviction qu'une certaine symétrie et qu'une clarté simplifient le gouvernement. Réuni dans un seul point, pour ainsi dire norme des normes, un tel système juridique faciliterait le travail du pouvoir <sup>(39)</sup> « Não ha duvida que temos necessidade de um codigo, não por falta de leis, que temos muitas, mas pela utilidade de reduzil-as todas a um centro commum », résuma en 1827 le Comte de Lumières devant la Chambre des lords du Portugal sur la nécessité d'une codification <sup>(40)</sup>.

<sup>(35)</sup> Cf. la définition chez ROLAND BARTHES, *Proust et les noms*, dans *To honor Roman Jakobson*, La Haye 1967; sur le cratylisme de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle cf. GÉRARD GENETTE, *Avatars du cratylisme*, dans *Poétique* 11 (1972) 367 ss., et MICHEL DE CERTEAU ET ALII, *Une politique de la langue - La Révolution française et les patois*, Paris 1975, p. 87-88.

<sup>(36)</sup> Cf. CAMBRONERO, *Plan* (N. 17), p. 8, et ses citations de J. B. DE VILALOBOS, *Antinomiae juris Regis hispaniarum ac civilis romanorum, in que practica forensium causarum versatur*, Salmanticae 1569, et S. JIMÉNEZ, *Concordantiae utriusque iuris canonici et civilis cum Legibus Partitarum et Glossematibus Gregorii López et plurimorum doctorum ...*, Toleti 1619.

<sup>(37)</sup> CAMBRONERO, *Plan* (N. 17), p. 9.

<sup>(38)</sup> Cf. CAMBRONERO, *ibidem*.

<sup>(39)</sup> Cf. notamment CAMBRONERO, *ibidem*, p. 9, 13, 16, 165.

<sup>(40)</sup> Cf. *Documentos para a História das Cortes Geraes da Nação Portuguesa*.

D'où les efforts pour regrouper les matières, comme Cambronero, critiquant chez Asso et Rodríguez une séparation exagérée de dominium et servitudes <sup>(41)</sup>. Donc, une austérité se manifeste par la tendance à centrer toute sorte de textes normatifs autour de quelques institutions-clés. Il en résulte qu'on complète par exemple le droit romain par le majorat espagnol ou les Institutes de Vinnius par la jurisprudence du pays <sup>(42)</sup>.

Cette pratique détermine ces objets dont nous parlions en premier lieu. Les Institutes hispano-romaines sont aussi bien point de passage que vrai tournant sur le chemin vers une nouvelle économie du discours juridique. Un essai de Mayans de réduire les commentaires du droit en vigueur en un tome in-quarto <sup>(43)</sup> et le palais de la fée Morgane appelé Loi uniforme les encadrent <sup>(44)</sup>. Il est nécessaire d'insister là-dessus: ces Institutes sont des signifiants du discours codificateur, signe du dégagement de la catégorie. De pareilles sélections sous le schème personae — res — actiones et littéralement au nom du Princeps hispanus <sup>(45)</sup> font parler le pouvoir d'une façon jusqu'ici inconnue. Une fois de plus, mais cette fois-ci sans détour, nous nous trouvons en face de ce grand mythe séculaire qui veut que le langage imite les idées. C'est cela que Roland Barthes <sup>(46)</sup> nommera plus tard le cratylisme. Car suivant Castro <sup>(47)</sup> il dérive d'un gouvernement absolu des lois parfaites, parce que simples — et vice versa. Autrement dit, une telle organisation du champ perceptif est, d'après lui, une garantie d'un contrôle incessant. En présence d'un vide de pou-

Coordenação pela Camara dos Senhores Deputados, Tomo III: *Anno de 1827*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1885, p. 586.

<sup>(41)</sup> Cf. CAMBRONERO, *ibidem* (N. 17), p. 16.

<sup>(42)</sup> Cf. CAMBRONERO, *ibidem*, p. 18, 19, 161 (en se référant notamment à Maymó et Sala).

<sup>(43)</sup> Cf. la *Lettre de Mayans à Nebot du 2 juillet 1740*, dans PESET (ed.), *Epistolario Mayans* (N. 19), IV, p. 156-157.

<sup>(44)</sup> Cf. CASTRO, *Discurso* (N. 17), II, p. 326-327 (... reducir todo su estudio al texto mismo de las Leyes ...).

<sup>(45)</sup> Ainsi Torres y Velasco et Maymó (cf. CAMBRONERO, *Plan* (N. 17), p. 15 et 18).

<sup>(46)</sup> Cf. N. 35.

<sup>(47)</sup> CASTRO, *Discurso* (N. 17), I, p. 11.

voir, on était bien obligé d'agir <sup>(48)</sup>, afin que le déclin du discours exégétique ne mette pas en question la société hiérarchique elle-même. Ainsi l'arrangement du savoir, notamment d'une science juridique, fait partie de la grammaire politique d'une époque. S'inscrivant dans la ligne du déjà-écrit, elle gagne du terrain.

Cette activité s'exerça sans distinction. D'une manière comparable, elle atteignit le *ius commune* ainsi que le soit-disant droit espagnol. Écoutons Mayans qui propagea en 1740 une présentation des Institutes romaines sans commentaires et accompagnée par un strict minimum d'allégations concernant le droit de l'Espagne <sup>(49)</sup>. Le frontispice des Institutes de Sala <sup>(50)</sup> récapitule symboliquement les décisions en usage: une *Justice* qui ne distribue que les *Siete Partidas* et les Institutes — les premières à Alfonso el Sabio, les dernières à Justinien. Par conséquent, une telle allusion à une congruence entre Alfonso X et le Souverain actuel décrit d'un côté les délimitations du pouvoir, et de l'autre plus particulièrement son champ d'action illimité. Sur celui-ci, un seul a la parole d'ordre. Le Souverain espagnol est l'unique référent du droit de son territoire. Ce qui a pour conséquence, le refus de prêter l'oreille aux exégètes désormais étrangers <sup>(51)</sup>, et dès lors, cette réticence à l'égard du *ius commune* comme système caractérisé par des interprétations communes, c'est-à-dire incalculables et par suite hors censure <sup>(52)</sup>. Toute conduite autre qu'une concentration totale sur ce qu'on baptisa désormais le droit espagnol ou même le droit royal (*derecho real*) aurait été illogique. C'est la raison pour laquelle Fernández de Mesa insista dans son « *Arte histórica y legal* » de 1747 sur une exégèse du droit national au moyen du droit romain — une pratique qui renverse l'ordre du discours à mesure qu'elle constitue l'ordre politique <sup>(53)</sup>.

<sup>(48)</sup> Cf. CASTRO, *ibidem*, I, p. 100.

<sup>(49)</sup> Ainsi Berní (cf. PESET (ed.), *Epistolario Mayans* (N. 19), IV, p. XLVI-XLVII).

<sup>(50)</sup> Edition Valenciae 1795.

<sup>(51)</sup> Cf. CASTRO, *Discurso* (N. 17), I, *Prólogo*.

<sup>(52)</sup> Cf. CASTRO, *ibidem*, I, p. 33.

<sup>(53)</sup> « Los mismos motivos, que han diferenciado el Gobierno entre las Naciones, han introducido diversidad en sus leyes » (CASTRO, *ibidem*, I, p. 7).

La preuve, Sala arriva à l'aide des pactes romains, à savoir par différenciation, à ériger le principe de l'autonomie de la volonté en règle nationale <sup>(54)</sup>. Et citons comme deuxième exemple cette préférence pour la langue nationale, en même temps interruption du discours international et fondation d'un ordre politique nouveau. Car alors que les juristes espagnols avouaient leurs difficultés à tenir ce discours juridique dans leur langue maternelle <sup>(55)</sup>, la décision contre le latin constitue un acte politique de premier ordre. Il est réservé au mythe national du début du siècle passé de combiner cet éloignement du langage familier avec un souci pour le public discourrant en castillan <sup>(56)</sup>. À ce moment, il s'agissait de faire entendre la volonté du Souverain en s'adaptant au rythme discursif de tous les jours <sup>(57)</sup>. Nous voici en face des préoccupations de quitter un jargon professionnel <sup>(58)</sup>, sujet privilégié jusqu'à nos jours.

Par contre, il me semble après cette lecture des Institutes que le problème des droits régionaux est de second ordre. Soit qu'on ne s'était pas déjà assez rendu compte du danger de la diversité interne, soit qu'on était sûr en ce qui concerne une prépondérance progressive du castillan. C'est pourquoi on courrait le risque de forcer une séparation rationnelle des principes localement divergeants <sup>(59)</sup>. Comme garantie servait juridiquement le classement des « Fueros » en tant que privilèges d'une même Couronne <sup>(60)</sup>.

L'activité réorganisatrice sut même nommer son lieu de production. On ne voulut évidemment pas abandonner au hasard

---

<sup>(54)</sup> SALA, *Ilustración* (N. 16), I<sup>2</sup>, p. 234-236, en prenant recours à Novísima Recopilación 10.1.1 (Ordenamiento de Alcalá). En ce qui concerne la France cf. ANDRÉ-JEAN ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris 1969, p. 197 ss.

<sup>(55)</sup> Cf. CAMBRONERO, *Plan* (N. 17), p. 165-166.

<sup>(56)</sup> « Los deseos de la Nación de que se publicara una Ilustración del derecho Real de España en el idioma español ..., pudiera dar una decente instrucción a los que, no entendiendo el latín, la necesitan ... movieron nuestro ánimo a emprender el trabajo ... » (SALA, *Ilustración* (N. 16), I<sup>2</sup>, p. III).

<sup>(57)</sup> CASTRO, *Discurso* (N. 17), I, p. 31-32.

<sup>(58)</sup> Cf. CASTRO, *ibidem*, I, *Prólogo*.

<sup>(59)</sup> Cf. ASSO - RODRÍGUEZ, *Instituciones* (N. 16, 1771), p. 6; CASTRO, *Discurso* (N. 17), I, p. 6-7; CAMBRONERO, *Plan* (N. 17), p. 165.

<sup>(60)</sup> Cf. CASTRO, *ibidem*, I, p. 84.

l'ordre du discours. Cette nouvelle science s'appella « ideologia », « filosofía de las leyes » ou « ciencia de la legislación » <sup>(61)</sup>. Mais elle ne porta pas seulement le nom de « filosofía práctica », elle le fut, parce que ce fut elle qui se fit le porte-parole du pouvoir à établir. Sa dépendance intellectuelle dans le cas de Mora <sup>(62)</sup>, Castro et Cambronero de l'Italien Muratori n'est pas sans intérêt, mais immédiatement à interpréter. Car, à mesure qu'ils se méfièrent des auteurs étrangers pour les raisons déjà citées, leurs opinions traversèrent le même filtre décisif <sup>(63)</sup>. Ainsi se confirme la banalité qu'il est impossible d'analyser un discours indépendamment de sa relation au corps social donné.

Sous ce biais, la philosophie des lois se préoccupa d'un renouvellement de la science juridique <sup>(64)</sup>. Elle mobilisa des forces pour démontrer la prédominance de l'ordre actuellement conçu. Son dynamisme amplifia la pratique étatique du Despotisme éclairé au profit du monarque, en tant qu'incarnation du système <sup>(65)</sup>. Ses soucis tournèrent sans relâche autour du « legitimus legislator » <sup>(66)</sup> et des modalités de ses actions. Ces juristes se virent chargés de préparer les réformes, là, où elles s'imposaient <sup>(67)</sup>.

Toutefois, l'identité de l'expression choisie par les contemporains ne doit pas tromper. Avec Foucault <sup>(68)</sup> nous nous passionnerons plutôt pour la dispersion des régularités. À cela signalons d'abord que ces interrelations linguistiques n'étaient pas incon-

<sup>(61)</sup> Cf. CAMBRONERO, *Plan* (N. 17), p. 10-II.

<sup>(62)</sup> Cf. MARIANO PESET REIG, *Una propuesta de Código romano-hispano, inspirada en Ludovico Antonio Muratori*, dans *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Santa Cruz Teijeiro*, Valencia 1974, p. 217-260.

<sup>(63)</sup> Cf. Cambronero et ses réticences vis-à-vis de Montesquieu (*Plan*, (N. 17), p. 11).

<sup>(64)</sup> Cf. CAMBRONERO, *ibidem*, p. 10.

<sup>(65)</sup> Cf. maintenant GOTTFRIED NIEDHARDT, *Aufgeklärter Absolutismus oder Rationalisierung der Herrschaft*, dans *Zeitschrift für historische Forschung* 6 (1979) 199 ss. (207); comme exemple je cite de plus HUBERT C. JOHNSON, *Frederick the Great and his Officials*, New Haven-London 1975.

<sup>(66)</sup> Cf. MAYMÓ, cité chez PESET (ed.), *Epistolario Mayans* (N. 19), IV, p. XLVIII.

<sup>(67)</sup> CASTRO, *Discurso* (N. 17), I, p. 4, 8.

<sup>(68)</sup> FOUCAULT, *Archéologie* (N. 22), p. 74.



nues aux juristes de l'époque. Castro <sup>(69)</sup> se vit bien obligé d'écrire en espagnol sa critique de la formation discursive précédente. Attendu qu'il s'agissait en fin de compte des lois, il se crut assujéti aux mêmes règles. Le centre de gravitation fut donc pour toute sorte de discours juridique la réorganisation normative en vue. Il importe peu, que nous analysions leurs attaques contre ce monde des Bartolistes ou bien leur tentative d'en sortir, que nous les observions en faisant de l'histoire du droit ou prenant contact avec cette science-pilote de l'époque appelée économie politique — le débat ainsi ouvert et ses résultats pourtant extérieurement bien hétérogènes obéissent au même règlement: nous constatons en conséquence la même pratique.

Spécialement les attitudes vis-à-vis du propre passé, en d'autres termes, l'écriture de l'histoire du droit mérite notre attention. Sa relation étroite avec les Institutes hispano-romaines se manifeste déjà par une liaison textuelle directe: plusieurs des oeuvres en question sont introduites ou enrichies d'une façon quelconque par des remarques historiques <sup>(70)</sup>. D'aucune manière nous ne sommes ici confrontés avec un mélange absurde d'histoire et de droit. Nous ne nous intéressons pas non plus aux formalités analogues, comme par exemple la cohérence ou la concision cherchée de telles représentations <sup>(71)</sup>. Ce qui importe ce sont les découpes, c'est-à-dire l'organisation du discours historiographique, non ses objets dans le sens de résultantes. C'est donc la pratique uniforme qui compte, indifféremment qu'il s'agisse des éditions de sources presque oubliées du soit-disant droit espagnol <sup>(72)</sup>, des introductions historiques mentionnées, ou du fait même qu'on pense à ranger le droit romain parmi les antiquités. Le récit historique devient support du discours législatif, une « *Historia ... conducente a lo legal* » <sup>(73)</sup>. Prenant secours aux prétendues premières

<sup>(69)</sup> CASTRO, *Discurso* (N. 17), I, *Prólogo*.

<sup>(70)</sup> Cf. les exemples chez CASTRO, CAMBRONERO et notamment la « *Brebe historia del derecho de España* », l'introduction de la *Ilustración* (N. 16) de SALA.

<sup>(71)</sup> Ainsi CASTRO, *Discurso* (N. 17), I, p. 1.

<sup>(72)</sup> Cf. les indications sur les éditions de l'Ordenamiento de Alcalá et del Fuero viejo de Castille des années 1771 et 1774 chez CAMBRONERO, *Plan* (N. 17), p. 9 et 16.

<sup>(73)</sup> Cf. CASTRO, *Discurso* (N. 17), I, p. 85.

lois des temps lointains, littéralement aux Champs Elysées des premiers espagnols <sup>(74)</sup>, l'Histoire devient instance décisive de légitimation: elle écrit une théorie du pouvoir. Ainsi, l'historiographie du droit espagnol du XVIIIe siècle fait partie de la discussion contemporaine de l'histoire d'autres pays, enracinée dans une progression du pouvoir étatique. Pour cela je me réfère notamment à Furet et Ozouf et à leurs analyses des versions différentes, mais comparables de Mably et Boulainvilliers <sup>(75)</sup>.

Pour expliciter les thèses précédentes voici deux digressions concernant une recherche infatigable des origines et l'émergence des Siete Partidas comme monument national. D'abord, selon les apparences, le but de Mayans d'écrire au milieu du XVIIIe siècle sur l'« Origen y Progreso del derecho español » obéit au fond à la même logique comme le Projet de Cambronero, cinquante ans plus tard <sup>(76)</sup>. De même chez Sala, son histoire abrégée du droit espagnol est surtout définie plus comme bilan que prospective <sup>(77)</sup>. Bien qu'ouverts à l'avenir, ces projets avisèrent a priori un point de recul. Mais une interprétation pareille méconnaît que toute comparaison avec les origines agit d'une façon régulatrice. Si Castro glorifia les empereurs romains, particulièrement Justinien, d'avoir fait taire la verbosité des interprètes <sup>(78)</sup>, il annonça la fin du règne du discours exégétique de son temps. Et si Sala souligna que les Visigoths étaient les premiers à avoir établi des lois pour un — bon — gouvernement d'Espagne <sup>(79)</sup>, ces remarques sont signe d'une volonté constituante. D'ailleurs, plus ils mystifièrent ces origines en les soustrayant à tout contrôle rationnel, plus un vouloir dire l'ordre se dévoile. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que Cambronero parla de « nuestros orígenes legales »

<sup>(74)</sup> Cf. CASTRO, *Discurso* (N. 17), I, p. 53-54.

<sup>(75)</sup> Cf. FRANÇOIS FURET - MONA OZOUF, *Deux légitimations historiques de la société française au XVIIIe siècle: Mably et Boulainvilliers*, dans *Annales. Economies, Sociétés, Civilisations* 34 (1979), 438-450.

<sup>(76)</sup> Cf. PESET (ed.), *Epistolario Mayans* (N. 19), IV, p. xci; CAMBRONERO, *Plan* (N. 17), 5 (*Ensayo sobre los orígenes progresos y estado de las leyes españolas*).

<sup>(77)</sup> SALA, *Ilustración* (N. 16), I<sup>o</sup>, p. xiv.

<sup>(78)</sup> Cf. CASTRO, *Discurso* (N. 17), I, p. 20-21, 22, 27.

<sup>(79)</sup> SALA, *Ilustración* (N. 16), I<sup>o</sup>, p. v.

en tant que « doctrina »<sup>(80)</sup>. Voilà donc une texture d'organisation normalisée en fondation.

En ce qui concerne les Siete Partidas, nous en avons déjà rapporté en interprétant le frontispice des Institutes romano-hispaniques de Sala. On les mit sur le même palier que les Digestes<sup>(81)</sup> — simultanément sacrilège et appropriation du pouvoir. Il n'y eut qu'une opinion unanime des juristes espagnols, les Siete Partidas sont la collection la plus parfaite de la jurisprudence nationale. Chez Castro<sup>(82)</sup> on ne nia pas quelques défauts formels, toutefois, pour la plupart des légistes espagnols du XVIIIe siècle les Siete Partidas, méprisées, sinon oubliées depuis longtemps<sup>(83)</sup>, exercèrent la fonction de garant référentiel par excellence<sup>(84)</sup>. D'autant plus qu'ils projetèrent leurs propositions pour un changement du discours juridiques sur elles, les Siete Partidas devinrent une utopie. En conséquence, les conditions de penser le contraire s'améliorèrent. Nous avons donc ici à faire au déplacement en question. D'où s'ensuit qu'une future découverte de l'histoire des Siete Partidas compte parmi les desideratas.

Comme indiqué d'avance, il faudrait finalement souligner au moins en abrégé que ces pratiques discursives furent en relation intime avec les autres pratiques, donc même avec des pratiques non-discursives. Il s'agit, autrement dit, de définir l'ensemble de rapports. Une différenciation in extremis empêcherait seulement une compréhension possible. Dans cette mesure, nous sommes tous tenus de tirer leçon de Paul Veyne<sup>(85)</sup>. Ses rectifications en fin de compte minimales des concepts de Foucault, conçus en pleine fièvre structuraliste, permettent maintenant d'approcher davantage les méthodes à suivre en observant le niveau discursif et non.

(80) CAMBRONERO, *Plan* (N. 17), p. 162.

(81) Cf. SALA, *Ilustración* (N. 16), I<sup>a</sup>, p. IX-X.

(82) CASTRO, *Discurso* (N. 17), II, p. 324.

(83) Cf. *Informe sobre que se enseñen y lean en las universidades las Leyes del Reino*, daté du 27 novembre 1713, transcrit dans F. AGUILAR PIÑAL, *Los comienzos de la crisis universitaria en España*, Madrid 1967, 167-168.

(84) Cf. par exemple CAMBRONERO, *Plan* (N. 17), p. 6, 22.

(85) Cf. PAUL VEYNE, *Foucault révolutionne l'histoire*, dans VEYNE, *Comment on écrit l'histoire*, Paris 1978, p. 347-385.

Or, le propre d'une telle analyse proposée n'est pas, en suivant Foucault <sup>(86)</sup>, de comprendre les énoncés en tant que symbole des concomitances historiques ou celles-ci dans leurs relations causales au complexe énonciatif avant tout en perspective. Ce qui est en cause n'est pas comment le contexte socio-économique détermina la pratique discursive, mais à quel titre il fit partie de ses conditions. En l'occurrence, il ne suffit guère de donner à entendre que les Institutes hispano-romaines s'inscrivent dans un XVIII<sup>e</sup> siècle absolutiste, comme si le Roi d'Espagne avait donné arbitrairement de lui-même l'ordre de les concevoir. Il faudrait plutôt prendre en considération cette poussée de désintégration sociale de plus en plus alarmante qui exigea l'ordre. Je pense aux frictions avec le pouvoir central dans le cas de la Navarre <sup>(87)</sup>, à la résistance aux différentes réformes royales <sup>(88)</sup> et en particulier aux tensions causées par un développement démographique à tout rompre et ses suites économiques qui aboutirent à ce que Fontana appelle la *Faillite* de l'Ancien Régime <sup>(89)</sup>. À la place d'autres exemples je me réfère de plus à l'analyse du cadastre de La Ensenada par Pierre Vilar qui nous montre une société espagnole notamment en Castille, vers 1750, éloignée des conceptions féodales, mais encore chargée des redevances seigneuriales <sup>(90)</sup>. Pour preuve de cette scission profonde dont parle Domínguez Ortiz <sup>(91)</sup>, je voudrais citer de plus ces courbes divergeantes des prix et des salaires au commencement du règne de Carlos IV et des émeutes provoquées par une disette terrible à Barcelone en

<sup>(86)</sup> FOUCAULT, *Archéologie* (N. 22), p. 212-213.

<sup>(87)</sup> Cf. RODRIGO RODRÍGUEZ GARRAZA, *Tensiones de Navarra con la administración central (1778-1808)*, Pamplona 1974.

<sup>(88)</sup> Cf. TEÓFANES EGIDIO, *Opinión pública y oposición al poder en la España del siglo XVIII (1713-1759)*, Valladolid 1971.

<sup>(89)</sup> JOSEP FONTANA I LAZARO, *La quiebra de la monarquía absoluta. 1814-1820. La crisis del Antiguo régimen en España*, Barcelona 1971.

<sup>(90)</sup> PIERRE VILAR, *Structures de la société vers 1750. Quelques leçons du Cadastre de la Ensenada*, dans *Mélanges à la mémoire de Jean Sarrailh*, II, Paris 1966, p. 425 ss., notamment p. 427-428.

<sup>(91)</sup> ANTONIO DOMÍNGUEZ ORTIZ, *Sociedad y estado en el siglo XVIII español*, Barcelona-Caracas-México 1976, p. 495.

1789 <sup>(92)</sup>. Le contraste avec Castro, qui définit le système monarchique actuel des années soixante comme le doux gouvernement dont l'Espagne jouit, est trop évident pour le croire sur parole. Une belle vision totalitaire du monde, dissociée par les faits, délimita le champ d'action.

Soulignons de plus le rôle de l'économie politique. Là, nous touchons à l'établissement d'un pouvoir essentiellement fonctionnel. Celui qui voudrait voir comment les mécanismes du discours juridique sont arrangés suivant les préceptes d'utilité, est tenu de lire la partie sur la justice dans l'histoire économique d'Aragon du souvent-cité Ignacio de Asso <sup>(93)</sup>. Ici on réclame non seulement une autre structuration de la doctrine sous cet angle, par exemple un rattachement de la possession au dominium, mais encore l'introduction d'une autre procédure en l'occurrence d'arbitrage. L'*Homo aequalis* de Louis Dumont <sup>(94)</sup>, nous le retrouvons aussi chez Asso <sup>(95)</sup>. Et il s'agirait par la suite de le réaliser dans ce que j'aimerais dénommer le discours codificateur du Código civil, ce manifeste d'une société formellement égalitaire. Quand Cambroneiro <sup>(96)</sup> demande alors à se servir davantage des résultats de cette nouvelle science au bénéfice de la « filosofía de las leyes », il est question de ce champ de repérage que l'économie politique offre pour une meilleure orientation du discours juridique. Des éléments économiques conformes à ces postulats se trouvent dans la « Ilustración » de Sala ainsi que de telles perspectives inspirèrent le projet d'une adaptation espagnole du commentaire des Institutes de Vinnius du côté de Dánvila y Villagrasa, professeur de Politique économique au Collège des nobles à Madrid <sup>(97)</sup>. La

---

<sup>(92)</sup> Cf. IRENE CASTELLS, *Els rebomboris del pa de 1789 a Barcelona*, dans *La formació de Catalunya moderna*, Barcelona 1970.

<sup>(93)</sup> IGNACIO JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO, *Historia de la economía política de Aragón*, Zaragoza 1908, réédition: Zaragoza 1947, p. 217-219.

<sup>(94)</sup> LOUIS DUMONT, *Homo aequalis - Genèse et épanouissement de l'idéologie économique*, Paris 1977.

<sup>(95)</sup> ASSO, *Historia* (N. 93), Zaragoza 1947, p. (5): « ... la constitución feudal, en la que era imposible conservar el concierto y armonía, que debe haber entre los diferentes miembros del Cuerpo político ».

<sup>(96)</sup> CAMBRONERO, *Plan* (N. 17), p. 10.

<sup>(97)</sup> Cf. CAMBRONERO, *ibidem*, p. 18 et BERNARDO JOAQUÍN DÁNVILA Y VIL-

solution des énigmes du droit romain, pour le dire avec Cambrone-ro <sup>(98)</sup>, était indiscutablement plus facile à l'aide des principes jusque-là inconnus. Se dégageant de l'idéologie globale et par suite installant une autre relation entre les hommes et les choses, la genèse de l'économique circonscrit l'individu et sa propriété dans la mesure où il la protégea grâce à une autre parole du pouvoir: le Code <sup>(99)</sup>.

Pour décrire le champ d'énoncés en question ici, il faudrait de plus établir par comparaison ses bornes thématiques et chronologiques. Sans entrer dans les détails, nous avons pour le moment en vue les rapports aux mesures contemporaines concernant une société d'ordres. Nous sommes intéressés à une unification des poids et mesures à la fin du XVIIIe siècle en tant que réglementation fonctionnelle. Des enquêtes statistiques organisées par l'Etat, donc une planification des individus, sont de ces faits comparatifs qui sont de la plus grande importance parce que découvrant le domaine sur lequel s'articulera le discours juridique <sup>(100)</sup>. N'oublions pas non plus que dès le début du XVIIIe siècle l'unification des droits régionaux, en de meilleurs termes, leur abolition partielle, chercha d'un côté une harmonie stabilisante pour ce que furent les charges publiques régionalement inégales, de l'autre un aplanissement des frontières douanières au profit de la constitution d'un marché interne <sup>(101)</sup>. L'égalisation des normes en vigueur, ce désir de Felipe V de « reducir todos mis reinos de España a la uniformidad de unas mismas leyes ... » <sup>(102)</sup>, coïncide donc avec d'autres décisions politiques. De même, s'y rangent la bureaucratisation en progression et la réorganisation du discours juridique, de l'aménagement des tribunaux jusqu'aux nouveaux textes de l'enseignement du droit, à savoir les Institutes hispano-

---

LAGRASA, *Lecciones de Economía civil ó del comercio*, escritas para el uso de los caballeros del Real Seminario de nobles, Zaragoza 1800.

<sup>(98)</sup> CAMBRONERO, *ibidem*, p. 168-169.

<sup>(99)</sup> Pour la relation entre droit romain énigmatique, propriété individuelle et (histoire d')économie politique au service de la « gobernación de los Pueblos » cf. CAMBRONERO, *ibidem*, p. 168-169 et ASSO, *Historia* (N. 93), p. 3.

<sup>(100)</sup> Cf. DOMÍNGUEZ ORTIZ, *Sociedad y estado* (N. 91), p. 501-502.

<sup>(101)</sup> Cf. DOMÍNGUEZ ORTIZ, *ibidem*, p. 85.

<sup>(102)</sup> Ordre du 29 juin 1707 (Novísima Recopilación 3.3.1).

romaines. En d'autres mots, elle fit partie du même champ institutionnel.

Mais nous ne concluons pas sans évoquer la fonction accordée au discours réorganisé. Une telle détermination favorise par la force des choses la compréhension des rapports entre le type singulier de discours en question et la pratique politique en général. Car en renonçant à l'autonomie du discours nous gagnons au moins partiellement la possibilité d'observer d'un point fixe le remaniement du kaléidoscope historique. Le rôle qu'on requiert du nouveau discours est relativement facile à repérer. Citons une fois de plus Cambronero <sup>(103)</sup> pour lequel les lois sont les règles de la justice et comme telles garantie d'une prospérité de la nation espagnole. Son contemporain Acevedo <sup>(104)</sup> nous parle même d'une harmonie sociale émanant de la loi. Ainsi définies, ces propositions pour un nouveau corps légal plaident en dernière instance pour une autre société — un système politique fondé sur l'égalité abstraite des individus. Or, prenant la responsabilité de la forme au sérieux, nous nous retrouvons chez Hobbes <sup>(105)</sup>. Pour lui, l'unité du pouvoir politique en vertu d'un contrat entre égaux et assurant la paix correspond à une façon élémentaire de transmission du texte normatif. Il imagine une chaîne artificielle, appelée « Civil Laws », fixée d'un côté aux lèvres du Leviathan, de l'autre aux oreilles de l'individu contractant.

---

<sup>(103)</sup> CAMBRONERO, *Plan* (N. 17), p. 5.

<sup>(104)</sup> ALONSO DE ACEVEDO (Acevedo), *Idea de un nuevo cuerpo legal* (manuscrit de 1770; *Real Academia de la Historia*, Madrid, Colección Sempere, t. I, cote 9-5203), fol. 17.

<sup>(105)</sup> THOMAS HOBBS of MALMESBURY, *Leviathan or the Matter, Forme, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*, London 1651, 2.21 (p. 108-109).

GERHARD OTTE

DER SOGENANNTÉ MOS GEOMETRICUS  
IN DER JURISPRUDENZ

Verissimum est quod scripsit Aristoteles, in moralibus non aequè, ut in mathematicis disciplinis certitudinem inveniri.

(HUGO GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II, 23 § 1)

I.

Möglichkeit und Grenzen der Anwendung mathematischer Methoden in Theorie und Praxis des Rechts sind in zunehmendem Maße Gegenstand wissenschaftlicher Diskussion geworden. Der Ausgang dieser Diskussion mag in mancher Hinsicht noch offen sein, und die rechtsgeschichtliche Forschung ist nicht berufen, ihn vorauszusagen, zumal Fragestellungen und Verfahrensweisen der Mathematik inzwischen eine Ausweitung erfahren haben, die einen Vergleich mit der Mathematik zurückliegender Jahrhunderte kaum noch erlaubt. Das bedeutet jedoch nicht, daß die Rechtsgeschichte nicht in der Lage ist, wenigstens Ausschnitte aus der umfassenderen Problematik zu erhellen. Es ist seit langem mein Eindruck, daß die Rechtstheorie und hier speziell die juristische Methodenlehre sich viel zu oft um Erkenntnismöglichkeiten bringen, indem sie das reiche Anschauungsmaterial übersehen, das die Geschichte bereithält. Es gibt auch im Hinblick auf Gelingen oder Mißlingen von Brückenschlägen zwischen Recht und Mathematik geschichtliche Erfahrungen, die wieder ins Bewußtsein zu heben sind. Vor allem ist hier eine Richtung in der Jurisprudenz des 18. Jahrhunderts zu nennen, die gewöhnlich als *mos geometricus* bezeichnet wird.

In methodologischen Untersuchungen ist Exaktheit oberstes Gebot, mag sie auch manchen als Pedanterie erscheinen. Eine



Analyse des *mos geometricus* in der Jurisprudenz steht zunächst vor der Schwierigkeit, den mit dieser Bezeichnung gemeinten Gegenstand genau zu ermitteln. Es fällt auf, daß ältere rechtsgeschichtliche Literatur einen *mos geometricus* überhaupt nicht erwähnt. Bei Stintzing-Landsberg z.B. sucht man das Stichwort vergebens. Statt dessen taucht dort, allerdings nur am Rande, die den Quellen näherstehende Bezeichnung «mathematisch-demonstrativ» auf <sup>(1)</sup>. Soweit ich sehe, ist von einem *mos geometricus* in der Jurisprudenz erstmals bei Schönfeld die Rede, der den Terminus aber sogleich derart exzessiv und vage verwendet, daß eine Analyse schon im Ansatz zunichte gemacht wird. Was soll man denn von einer Begriffsbildung halten, die eine von platonischer Dialektik bis zu konkretem Ordnungsdenken reichende Gemeinsamkeit postuliert, darunter nicht nur Pufendorf und Christian Wolff, sondern auch Vico, nicht nur Savigny und Ihering, sondern auch Fichte und Hegel begreift und den Kern dieser Gemeinsamkeit in einer Übernahme geometrischen Denkens erblickt? <sup>(2)</sup>.

Von solcher gedanklichen Unschärfe hebt sich wohltuend ab die vor wenigen Jahren veröffentlichte Untersuchung der Staatsphilosophie des 17. und 18. Jahrhunderts, die Wolfgang Röd unter dem Titel «Geometrischer Geist und Naturrecht» vorgelegt hat <sup>(3)</sup>. Die Erwartung, in diesem Buch eine Beschreibung des Gegenstandes meiner Ausführungen oder gar eine teilweise Vornahme von Ergebnissen zu finden, trägt allerdings. Die im übrigen treffliche Arbeit von Röd trägt nämlich einen irreführenden Titel. Röd sieht richtig, daß in der Philosophie des 17. und 18. Jahrhunderts zwei aus der Mathematik bekannte Denkweisen eine Rolle spielen, nämlich die analytische Methode der mathe-

<sup>(1)</sup> STINTZING-LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, III 1 (1898), S. 201.

<sup>(2)</sup> WALTER SCHÖNFELD, *Die Geschichte der Rechtswissenschaft im Spiegel der Metaphysik* (1943), *passim*; ders., *Grundlegung der Rechtswissenschaft* (1951), S. 265, 319 ff., 345, 359, 364, 372, 394 f., 413, 436, 451, 473.

<sup>(3)</sup> WOLFGANG RÖD, *Geometrischer Geist und Naturrecht - Methodengeschichtliche Untersuchungen zur Staatsphilosophie im 17. und 18. Jahrhundert*, Bayerische Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-historische Klasse, Abhandlungen NF Heft 70 (1970).

matisch orientierten Naturwissenschaften, für die Descartes repräsentativ ist, und die aus der euklidischen Geometrie bekannte und beispielsweise von Spinoza angewandte axiomatisch-deduktive Methode. Röd faßt beide unter den Oberbegriff *mos geometricus* (4). Schon das ist wenig glücklich, weil der Terminus in den Quellen meist nur die euklidische Methode bezeichnen soll. Es kommt aber noch hinzu, daß Röds Interesse und Darstellung nicht etwa gleichermaßen beiden mathematisierenden Richtungen, sondern nahezu ausschließlich der analytischen, deutlicher auch als «*resolutiv-kompositiv*» bezeichneten Richtung gilt. Demgemäß steht nicht etwa der Versuch, Naturrechtssätze aus Axiomen zu deduzieren, im Mittelpunkt seiner Darstellung, sondern die Konstruktion des Staatsbegriffs bei den Philosophen von Hobbes bis Thomasius. Sein Buch hätte daher besser geheißen «*Analytischer Geist und Naturrecht*».

Kehren wir zur rechtsgeschichtlichen Literatur zurück, so finden wir — vielleicht im Anschluß an Schönfeld, aber jedenfalls ohne die bei ihm festzustellende großzügige Unbestimmtheit — den Ausdruck *mos geometricus* regelmäßig wieder. Er dient hier zur Charakterisierung der methodischen Bestrebungen einer Reihe deutscher Juristen des 18. Jahrhunderts, die unter dem Einfluß von Christian Wolff Programme und Anwendungsbeispiele einer (wirklich oder vermeintlich, das sei zunächst dahingestellt) *more geometrico* operierenden Jurisprudenz vorlegten (5). Über diese Juristen heißt es bei Daniel Nettelblatt in den «*Unvorgreiflichen Gedanken von dem heutigen Zustand der bürgerlichen und natürlichen Rechtsgelahrtheit in Deutschland, derer nöthigen Verbesserung und dazu dienlichen Mitteln*» (6):

«*Was ist demnach Wunder, daß, nachdem unser Herr Cantzler, Freyherr von Wolff, zu seinem ewigen Ruhm die mathematische oder demonstrativische Lehrart, ausser der Mathema-*

(4) RÖD, *aaO.*, S. 6, 10, 187-189.

(5) KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht* (1947), S. 250; BOEHMER, *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*, II 1 (1951), S. 64-66; WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. (1967), S. 319-321; WESENBERG, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte*, 2. Aufl. (1969), S. 123; v. STEPHANITZ, *Exakte Wissenschaft und Recht* (1970), S. 84 ff., 92 f.

(6) DANIEL NETTELBLADT, *Unvorgreifliche Gedanken* (Halle 1749) § 21.

tik in der Weltweisheit mit so augenscheinlichen Nutzen angewendet, und die Finsterniß und Ungewißheit, welche bisher in der Weltweisheit gewesen, vertrieben, einige Rechtsgelehrte dieses Glück der Weltweisheit allein nicht gönnen wollen. Sie haben also angefangen durch dieses heilsame Mittel auch die bürgerliche Rechtsgelahrtheit, die wie oben gezeigt einer Verbesserung bedarff, in einen besseren Stand zu setzen ».

Cramer und Ickstatt <sup>(7)</sup> und einige andere, darunter sogar — wengleich nur mit einer theoretischen Abhandlung, nicht mit Beispielen praktischer Anwendung der Methode — J. J. Moser <sup>(8)</sup>, sind gemeint. In erster Linie aber ist es Nettelblatt <sup>(9)</sup> selbst, der in methodologischen Schriften und in Lehrbüchern vorführt, was man sich unter dieser « Verbesserung der bürgerlichen Rechtsgelahrtheit » vorzustellen hat.

Eine vollständige historische Beschreibung solcher Bestrebungen hätte schon früh, nämlich *vor* der Zeit Galileis und Descartes, einzusetzen. Denn prinzipiell bedurfte die Jurisprudenz nicht des Anstoßes durch erfolgreiche Anwendungen eines exakten Ableitungsverfahrens in der Naturwissenschaft und der neuzeitlichen Mathematik, um den « Geist der Geometrie » für sich zu entdecken. Euklid selbst war ja jedem Interessierten zugänglich, und aus den Geisteswissenschaften waren vergleichbare Systeme wie etwa die aristotelische Syllogistik oder wenigstens Postulate geometrischen Vorgehens bekannt, wie sie in der Theologie mehrfach erhoben worden waren <sup>(10)</sup>. In der Tat haben bereits Juristen

---

<sup>(7)</sup> Nachweise bei Nettelblatt *aaO.* §§ 21 f., Fußnoten p), r) und s). Zu Johann Ulrich Cramer (1706-1772) vgl. Stintzing-Landsberg, III 1, S. 273 ff. (Text) und 187 ff. (Noten); zu Johann Adam Ickstatt (1702-1776) dort S. 277 ff. (Text) und 189 (Noten); ferner: F. KREH, *Leben und Werk des Reichsfreiherrn Johann Adam von Ickstatt* (1974).

<sup>(8)</sup> Nachweise bei Nettelblatt *aaO.* Fußnote r); Biographisches und Bibliographisches über Moser (1701-85) bei Stintzing-Landsberg III 1, S. 315 ff. (Text) und 212 ff. (Noten) sowie bei KLEINHEYER-SCHRÖDER, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten* (1976), S. 195 ff.

<sup>(9)</sup> Zu Daniel Nettelblatts Leben (1719-91) und Werk s. Stintzing-Landsberg III 1, S. 288 ff. (Text) und 195 ff. (Noten).

<sup>(10)</sup> Näheres bei OEING-HANHOFF, *Die Methoden der Metaphysik im Mittelalter*, Vorträge des II. internationalen Kongresses für mittelalterliche Philosophie (1963), S. 71, 78.

des 16. Jahrhunderts, Anton Faber z.B. und der Kanonist Vianus <sup>(11)</sup>, an die Methode der Geometrie anknüpfen wollen. Nach der anderen Seite hin müßte sich eine Gesamtdarstellung noch mit der sog. Begriffsjurisprudenz des 19. Jahrhunderts befassen. Für eine Untersuchung, die nicht der Genese, sondern der Struktur gilt, ist aber die Beschränkung auf die Lehren des rühmlichsten und bekanntesten Vertreters der ganzen Richtung angezeigt.

## II.

Ich gebe daher im folgenden einen kurzen Abriß von der «demonstrativischen Lehrart» und ihrer Anwendung in der «bürgerlichen Rechtsgelahrtheit» nach Nettelblads «Unvorgreiflichen Gedanken» <sup>(12)</sup>:

1. Demonstrativische Lehrart ist derjenige Vortrag, in welchem

1.1 die Kunstwörter richtig erklärt,

1.2 die Sätze richtig bestimmt und demonstriert werden, so daß in der Abfolge der Kunstwörter bzw. Sätze diejenigen vorhergehen, die zum Verständnis der jeweils folgenden nötig sind.

2. Die Erklärung *aller* Kunstwörter ist nur erforderlich, wenn «ein ganzer Lehrbegriff zu entwerfen» ist. Monographien müssen nur die zur behandelten Materie gehörigen besonderen Kunstwörter erklären und dürfen die allgemeinen als bereits bekannt voraussetzen. Es wäre also «ein falscher Wahn» (d.h. es brächte die demonstrativische Methode in Verruf), wenn jeder Schrift eine Unmenge von Erklärungen vorangestellt würden.

3. Juristische Kunstwörter sind solche, die

3.1 in den Gesetzen vorkommen und

3.11 in den Gesetzen selbst erklärt werden oder

3.12 in den Gesetzen nicht erklärt werden, oder solche, die

3.2 in den Gesetzen nicht vorkommen, vielmehr nur von den Rechtsgelehrten zum Zwecke des kurzen und deutlichen Ausdrucks erdacht werden.

<sup>(11)</sup> S. v. STEPHANITZ, *aaO.*, S. 49-52.

<sup>(12)</sup> NETTELBLADT, *Unvorgreifliche Gedanken*, §§ 24-47.

4. Der Jurist hat « nicht die Freyheit, die Begriffe nach seinem Kopf zu bestimmen », sondern muß mit den Kunstwörtern die Begriffe des Gesetzgebers bzw. der Rechtsgelehrten verbinden.

5. Die Einführung neuer Kunstwörter ist tunlichst zu unterlassen, es sei denn, ein Gegenstand, dessen Unterscheidung von anderen Gegenständen praktische Bedeutung hat, besitze noch keinen eigenen Namen.

6. Gesetzliche Definitionen (3.II) sind auf ihre logische Richtigkeit hin zu prüfen und, falls sie fehlerhaft sind, zu verbessern.

7. Verbesserte oder neue Definitionen gesetzlicher Kunstwörter (3.I) müssen den Sprachgebrauch der Gesetze zugrunde legen und den Definitionsregeln der Logik entsprechen.

8. Kunstwörter der Rechtswissenschaft (3.2) sind in dem Sinne zu erklären, wie die « mehresten und besten Rechtslehrer ... dieselbe zu gebrauchen pflegen ». (Gebräuchliche Worte « in einem anderen Verstande nehmen » heißt, « eine Verwirrung einführen » und « die demonstrativische Lehrart unrichtig anwenden »).

9. Mehrdeutige Worte sind nur in *einer* angegebenen Bedeutung zu verwenden, mehrnamige Gegenstände nur mit *einem* Namen zu belegen. Worte, die in verschiedenen Gesetzen verschieden gebraucht werden, sind mehrfach zu erklären; Gegenstände, die in verschiedenen Gesetzen verschieden geregelt sind, sind zweckmäßig nach den allen Regelungen gemeinsamen Merkmalen zu erklären.

10. Bei der Demonstration der Sätze sind zu unterscheiden:

- 10.I Sätze, die den Inhalt der Gesetze ausdrücken und
- 10.II ausdrücklich in den Gesetzen enthalten sind, und zwar
- 10.III in geschriebenen Gesetzen - diese Sätze können
- 10.IIII auf notwendigen oder
- 10.IIII2 auf willkürlichen Gründen beruhen - oder
- 10.II2 in ungeschriebenen Gesetzen, oder
- 10.I2 nicht in den Gesetzen enthalten sind;

10.2 Sätze, die « auf den Gebrauch der Gesetze in denen deutschen Gerichten gehen, und also von dem so genannten usu hodierno handeln ».

11. Das Wort «demonstrieren» ist mehrdeutig. Nettelblatt versteht darunter: «etwas so beweisen, daß daraus eine Überzeugung entsteht». Demonstrieren verlangt also nicht unbedingt, «daß ein Satz aus gewissen und unläugbaren Gründen durch verknüpfte Schlüsse nothwendig folge». Nur die auf notwendigen Gründen beruhenden Wahrheiten sind so zu beweisen. Die auf willkürlichen Gründen beruhenden Wahrheiten sind hingegen durch überzeugende Zeugnisse zu erweisen. Demnach muß zwischen philosophischen und historischen Demonstrationen unterschieden werden.

12. Über die Gesetze philosophieren heißt, ihre Gründe untersuchen. Es ist Demonstration, wenn die notwendigen Gründe untersucht werden, aber keine Demonstration, wenn die willkürlichen Gründe untersucht werden, denn aus diesen folgt nicht, daß etwas so sein *müsse*. Weder ein Demonstrieren noch ein Philosophieren über Gründe ist die politische Beurteilung der Gesetze.

13. Für die Sätze gilt 2. entsprechend.

14. Richtige Bestimmung der juristischen Sätze heißt, von jedem Subjekt so viele Aussagen machen, als Gesetze verschiedene Regelungen treffen, und sodann angeben, welche der verschiedenen Regelungen in Deutschland Geltung hat (sog. *methodus per differentias*, der die Darstellung des römischen, kanonischen und deutschen Rechts zusammenfaßt).

15. Sätze gemäß 10.IIII sind philosophisch zu demonstrieren, daneben aber auch historisch, um zu zeigen, daß der Gesetzgeber nicht vom Notwendigen abgewichen ist, «da er doch solches hätte thun können; daher auch die philosophische Demonstration nicht einmal zu einer bündigen Demonstration hinreichend ist». Sätze gemäß 10.III2 sind durch Anführung der Gesetze, in denen sie enthalten sind, historisch zu demonstrieren.

16. Sätze gemäß 10.II2 können nur historisch demonstriert werden, da Gewohnheiten als *res facti* der philosophischen Demonstration unzugänglich sind.

17. Sätze gemäß 10.I2 können nur philosophisch demonstriert werden, denn die zum historischen Beweis erforderlichen über-

zeugenden Zeugnisse (die den Satz enthaltenden Gesetze) fehlen gerade. Die philosophische Demonstration kann geschehen per argumenta legum, d.h. durch Ableitung des Satzes aus Gesetzen, oder per analogiam iuris, d.h. mittels des Nachweises der Ähnlichkeit zwischen dem zu demonstrierenden Satz und einem Satz gemäß 10.11.

18. Sätze gemäß 10.2 sind historisch zu demonstrieren, wobei inzident allerdings auch philosophische Demonstrationen aus «allgemeinen Sätzen von der Gültigkeit der verschiedenen Gesetze in Deutschland» verwendet werden können. Der Nachweis, daß ein fremdes Gesetz wegen einer entgegenstehenden allgemeinen deutschen Gewohnheit keine Geltung habe, kann nie durch Philosophieren über die Gründe des Gesetzes oder durch politische Beurteilung desselben geführt werden.

19. Bei der Darstellung des Stoffes in der vom Verständnis angemessenen Abfolge sind möglichst die herkömmlichen Einteilungen beizubehalten.

20. Die Grundsätze, welche die «demonstrativische Lehrart» ausmachen, sind sämtlich in der «bürgerlichen Rechtsgelahrtheit» anwendbar, und da diese Lehrart die einzige ist, «durch welche man zur deutlichen Erkenntniß der Wahrheiten gelangen kann; so ist es nützlich und nöthig, daß die bürgerliche Rechtsgelahrtheit nach derselben abgehandelt werde».

### III.

Die Zusammenfassung der methodischen Grundsätze Nettelbladts zeigt jene Verbindung von Pedanterie und Pragmatismus, die für die ganze Richtung kennzeichnend ist, und nebenbei auch die Deutschtümelei des Autors, die ja auch ein Ergebnis jener Verbindung ist und daher in einem Nebenpunkt den Charakter des Ganzen durchscheinen läßt. Angesichts dessen, daß sich diese Methodenlehre «demonstrativisch» nennt, fällt sofort auf, daß ihre Ansprüche relativ bescheiden sind, jedenfalls nicht allen Vorstellungen gerecht werden, die mit dem Ausdruck «mos geo-

metricus » assoziiert werden können. Was den « Geist der Geometrie » ausmacht, sind nicht Besonderheiten ihrer Gegenstände, also der Linien, Flächen und Räume, sondern ist die Art der Beweisführung. Was an der Geometrie faszinieren könnte und fasziniert hat, ist die durchgängige Ableitung von Theoremen aus Axiomen und bereits abgeleiteten Theoremen <sup>(13)</sup>. Eine Übertragung dieser Methode auf die Jurisprudenz müßte eigentlich in der durchgängigen Ableitung von Rechtsnormen aus anderen Rechtsnormen oder aber von Lehrsätzen über Rechtsnormen aus anderen Lehrsätzen über Rechtsnormen bestehen. Nettelblads Methodenlehre erhebt aber durchaus nicht den Anspruch, *alle* Rechtssätze *more geometrico* ableiten zu können. Sein weitgefaßter Begriff der Demonstration umfaßt ja außer dem « philosophischen » Beweis, der eine logische Ableitung sein soll, auch den « historischen » Beweis. Dies darf indessen nicht als eine Kapitulation vor der Unerreichbarkeit eines zu weit gesteckten Zieles gedeutet werden. Weder Nettelblatt noch einer seiner Zeitgenossen, der systematische Darstellungen des positiven Rechts verfaßt hat, ist je so weit gegangen, die Ableitbarkeit aller Rechtssätze aus Rechtsprinzipien für möglich zu halten. Man darf nicht von der Art, wie sie Einzelfragen behandeln (so etwa Cramer den Erbverzicht adeliger Töchter in der Fränkischen Ritterschaft <sup>(14)</sup>), auf eine generelle Absicht schließen. Hier ist nicht der Ort, zu verfolgen, wie sich derartige Ambitionen im Freiraum der Naturrechtslehre, ungehindert durch den Stoff des positiven Rechts, entfaltet haben oder gescheitert sind <sup>(15)</sup>. In der Jurisprudenz (also in der Lehre vom positiven Recht) war der Gedanke, daß alles ableitbar sei, niemals leitend. Man kämpfte nur für den viel bescheideneren Gedanken, daß Ableitungen überall da, wo sie möglich sind, auch vorgenommen und ausgesprochen werden sollten. Diese Bescheidung fordert natürlich die Frage heraus, mit welchem Recht die « demonstrativische Lehrart » dann noch

<sup>(13)</sup> Vgl. hierüber etwa PASCAL, *De l'esprit géométrique*, in *Oeuvres complètes* (Paris 1963), S. 348 ff. (349).

<sup>(14)</sup> CRAMER, *Dissertatio de pacto hereditario renuntiativo filiae nobilis* (1731), in *Opuscula*, tom. I, 22 ff.

<sup>(15)</sup> Eine gründliche Analyse der Methode Christian Wolffs könnte Aufschluß geben; sie steht aber noch aus.



als etwas Besonderes ausgegeben werden konnte. Einerseits wurde sie als die allein richtige Methode hingestellt, denn — so Claproth <sup>(16)</sup> — Abweichungen von dieser Methode zu gestatten hieße, die Erlaubnis zu geben,

« unrichtige Erklärungen zu machen, unbestimmte und zweydeutige Sätze vorzubringen, falsche Schlüsse zu folgern, erst das Unbekannte und hernach das Bekannte zu sagen, das Unterste zuoberst kehren, mit einem Wort, zu rasen ».

Andererseits wagte niemand zu bestreiten, daß es schon früher tüchtige Juristen gegeben habe, und so konnte denn der Unterschied « zwischen der alten gründlichen Lehrart und der neuen demonstrativischen Lehrart » nach Nettelblatt nur darin gesehen werden, daß die Methode einen neuen Namen bekommen habe, daß manches Äußerliche bequemer eingerichtet worden sei, z.B. die Sätze von ihrem Beweis sichtbar abgehoben oder die Leser auf die zum Beweis eines Satzes erforderlichen vorangegangenen Paragraphen ausdrücklich hingewiesen würden, ferner, daß nicht nur historische, sondern *möglichst* auch philosophische Beweise gegeben, und schließlich, daß nicht nur einige, sondern alle Ausdrücke erklärt bzw. Sätze bewiesen würden <sup>(17)</sup>.

Diese einebnende Selbstdarstellung sollte jedoch nicht dazu verleiten, den *mos geometricus* nur als eine konsequentere Anwendung von Verfahrensweisen zu betrachten, die der Rechtswissenschaft ohnehin angemessen und seit eh und je eigen sind. Es ist ja gerade die Frage, ob « philosophische Demonstrationen » in der Rechtswissenschaft überhaupt möglich sind. Dazu sollen zwei Beispiele, die von Anhängern des *mos geometricus* ausdrücklich als Belege für diese Möglichkeit angeführt wurden, analysiert werden.

Nach Ickstatt <sup>(18)</sup> wird der Satz, daß das Jagdrecht im Deutschen Reich den Landesherrn und nicht etwa den Untertanen

---

<sup>(16)</sup> JOHANN CHRISTIAN CLAPROTH, *Vertheidigung der mathematischen Lehrart in der Rechtslehramkeit*, in *Sammlung juristisch-philosophisch und kritischer Abhandlungen* (Göttingen 1742), S. 252 f.

<sup>(17)</sup> Nettelblatt *aaO.* § 47, Fußnote pp).

<sup>(18)</sup> ICKSTATT, *De studio iuris ordine, atque methodo scientifica instituendo*, in *Opuscula juridica*, tom. I (Ingolstadt 1747), S. 27 f.

zustehe und diesen auch nicht eingeräumt werden dürfe, mit einer Sicherheit, die dem Satz Euklids von der Winkelsumme im Dreieck nicht nachsteht, wie folgt bewiesen: Das Allgemeine Staatsrecht sagt, daß der Souverän anordnen darf, was zum gemeinen Nutzen dient; die Verfassung des Reiches zeigt, wem diese Kompetenz zusteht; die Geschichte des Reiches und der Territorien zeigt, daß das Jagdrecht seit unvordenklichen Zeiten nur den Landesherrn bzw., als Lehen oder Privileg, den Vasallen oder Ständen zukam; in der Natur der Jagd liegt, daß sie von den Untertanen nicht ohne Zeitvergeudung ausgeübt werden kann; die Freiheit der Jagd würde überdies der Erhaltung des Waldes abträglich sein, Kriminalität und Streit begünstigen sowie Flurschäden hervorrufen.

Nach Nettelblatt (19) ist der Satz der Institutionen «*nemo potest pro parte testatus et pro parte intestatus decedere, nisi sit miles*» philosophisch demonstrierbar, insofern er aus zwei anderen Sätzen des römischen Rechts folgt, nämlich daraus, «daß *successio* ein *modus acquirendi universalis* sey ... und daß bey denen Testamenten derer Soldaten bloß auf ihren Willen zu sehen».

Beide Beispiele werden, das sei noch einmal gesagt, von Ickstatt bzw. Nettelblatt als Muster philosophischer Demonstrationen im Recht vorgestellt. Jedoch entspricht keines den Anforderungen in bezug auf Folgerichtigkeit, welche die Aristotelische Definition des Syllogismus (20) erhebt und die Nettelblatt (21) meint, wenn er verlangt, daß «ein Satz aus ... Gründen durch ... Schlüsse notwendig folge». Das Fehlen der Folgerichtigkeit ist so deutlich, daß ich es hier im einzelnen nicht erst nachweisen muß. Vielmehr ist den Ursachen dieses Mangels nachzugehen. Dazu dient ein Blick auf die Aufgabenstellung, die der Bildung der beiden Beispiele zugrunde liegt.

In Ickstatts Argumentation gegen die freie Jagd mischen sich, wie sooft im Zeitalter des Naturrechts, Überlegungen de lege lata und de lege ferenda. Daß die Jagd nicht frei ist, hätte

(19) Nettelblatt *aaO.* § 38, Fußnote kk).

(20) Aristoteles, *Topik*, A 1, 100a 25 ff.

(21) Nettelblatt *aaO.* § 34.

rein « historisch » durch Hinweis auf die entsprechenden Rechtsquellen gezeigt werden können. Daß sie auch nicht frei sein dürfe, erscheint mehr als eine « politische Beurteilung » der Gesetze, wenn man Nettelbladts Begriffsbildung <sup>(22)</sup> folgt. Doch läßt es sich auch als Versuch der Ableitung einer speziellen Norm aus allgemeineren Geboten naturrechtlicher Provenienz deuten, ist dann aber der Art nach keine andere Beweisführung als die in Nettelbladts Beispiel, nur daß in den Ausgangspunkten der Normgewinnung bei Ickstatt, nämlich in dem naturrechtlichen Gebot, bestimmte Interessen zu wahren, z.B. Flurschäden zu vermeiden, die Bevölkerung nicht von der Arbeit abzuhalten usw., eigentlich die Frage des Maßes eine Rolle spielen müßte. Das Ausmaß drohender Interessenbeeinträchtigung, nicht hingegen die Tatsache der Beeinträchtigung als solche ohne Rücksicht darauf, ob sie nennenswerten Umfang erreicht, kann allein Grund für eine freiheitsbeschränkende Maßnahme sein; hierbei kann das Ausmaß der Freiheitsbeschränkung wiederum größer oder geringer sein, so daß der völlige Ausschluß der Untertanen nur eine der denkbaren Lösungen, aber nicht die eine notwendige Lösung darstellt. Auf dieses Mehr oder Weniger sowohl auf der Seite der Voraussetzungen wie auch auf der Seite der Rechtsfolgen, insbesondere aber auf die Abhängigkeit zwischen den Ausprägungsgraden der Voraussetzungen und der Folgen geht die Argumentation Ickstatt's nicht ein. Dies ist kein Einzelfall, sondern eine allgemeine Erscheinung. Wer darauf besteht, daß Begründungen Ableitungen sein müssen, der formuliert seine Begründungen so, daß in ihnen der Ausprägungsgrad abstufbarer Merkmale scheinbar keine Rolle spielt. Er benutzt als Prämissen klassifikatorische Sätze. Nicht zu bewältigen sind damit aber Aufgaben vom Typus des Bestimmens, Schätzens, Abwägens oder — wie wir Juristen meistens sagen — des Wertens. Das Wertens oder die Bewertung ist jedoch nichts anderes als der Übergang von komparativen Sätzen, d.h. von Sätzen, die einem Subjekt ein Prädikat nicht schlechthin beilegen, sondern einem Subjekt ein Prädikat mit größerem oder geringerem Ausprägungsgrad oder mit größerer oder geringerer

---

<sup>(22)</sup> aaO. § 35.

Wahrscheinlichkeit in Abhängigkeit vom Ausprägungsgrad bzw. der Wahrscheinlichkeit eines anderen Prädikates beilegen, zu klassifikatorischen Sätzen, die aus solchen komparativen Sätzen nicht ableitbar sind <sup>(23)</sup>. Bewertung ist demnach gekennzeichnet durch eine bestimmte Struktur des Verhältnisses von Ausgangsdaten und Resultat. Dieses Verhältnis ist übrigens bei der Gewinnung von Rechtsnormen, z.B. bei der Auslegung eines Satzes unter Berücksichtigung verschiedener Faktoren, nicht prinzipiell anders als bei der Beurteilung von Tatsächlichem, z.B. der Glaubwürdigkeit eines Zeugen oder der Schätzung der Geschwindigkeit eines vorbeifahrenden Fahrzeugs. Solche Aufgaben sind mit den Mitteln des mos geometricus nicht zu bewältigen, denn diese sind die Mittel der klassischen Logik, die die Besonderheiten komparativer Begriffe und Sätze nicht berücksichtigt <sup>(24)</sup>. So steht beispielsweise für die Definition der juristischen Kunstwörter keine andere Methode zur Verfügung als die per genus proximum et differentiam specificam; man hält jeden Begriff für derart definierbar, setzt also voraus, alle Begriffe seien Klassenbegriffe <sup>(25)</sup>.

Es soll nun nicht etwa behauptet werden, mit Hilfe einer fortentwickelten Logik ließen sich Aufgaben vom Typ des Bewertens derart lösen, daß der für das Bewerten kennzeichnende Spielraum verschwände, die Aufgaben also durch Ableitung lösbar würden. Wir sind heute lediglich in der Lage, den Unterschied zwischen Deduktion und Bewertung namhaft zu machen, nicht etwa ihn zu beseitigen. Die klassische Logik macht ihn aber nicht namhaft, und die unter ihrem Einfluß stehenden Juristen des mos geometricus erwecken vielfach — das illustriert Ickstatt's Beispiel — den Eindruck, als ahnten sie den Unterschied nicht einmal.

---

<sup>(23)</sup> Vgl. hierzu OTTE, *20 Jahre Topik-Diskussion*, in *Rechtstheorie* I, S. 183 ff. (194); ausführlicher: *Komparative Sätze im Recht*, in *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bd. 2, S. 301 ff. Zustimmend zu diesem Ansatz WEINBERGER, *Einzelfallgerechtigkeit*, in *Dimensionen des Rechts - Gedächtnisschrift für René Marcic* (1974), S. 433 f.

<sup>(24)</sup> Hierzu auch OTTE, *Dialektik und Jurisprudenz* (1971), S. 65 ff., 96 f.

<sup>(25)</sup> Über die Unterscheidung von Klassenbegriffen und Typus- oder Ordnungsbegriffen s. die grundlegende Arbeit von HEMPEL-OPPENHEIM, *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik* (1936).

Das muß jedoch nicht für alle gelten. Nettelbladts Verbannung der politischen Beurteilung der Gesetze aus der Rechtswissenschaft dürfte damit zusammenhängen, daß die Berücksichtigung einer Mehrzahl von relevanten Umständen, für die es weder — jeden einzeln genommen — praktikable Meßmethoden noch — im Hinblick auf das Zusammenspiel aller — Umrechnungsmaßstäbe gibt, notwendig zu Spielräumen und somit zur Uneinheitlichkeit der Beurteilung führt.

Auch in Nettelbladts Beispiel (*nemo pro parte testatus etc.*) sollte eigentlich ein Mehr oder Minder eine Rolle spielen. Wenn einerseits gewillkürte und gesetzliche Erbfolge als verschiedene Arten der Rechtsnachfolge, jede von ihnen aber notwendig als Gesamtnachfolge aufgefaßt wird und andererseits der im Soldatentestament geäußerte Erblasserwille unbedingt Geltung erhalten soll, so muß einer dieser beiden Rechtssätze eine Einschränkung erfahren für den Fall, daß ein Soldat nur über einen Teil seines Vermögens testiert. Welcher dieser beiden Sätze im Kollisionsfall zurücktritt, entscheidet nicht die Logik, sondern hängt von einer durch Sachgründe fundierten oder willkürlich festgelegten Rangfolge ab. Insofern trifft es nicht zu, daß der Satz der Institutionen, der den Grundsatz der Gesamtnachfolge beim Soldatentestament durchbricht <sup>(26)</sup>, philosophisch aus jenen beiden Ausgangssätzen demonstrierbar sei. Zu seiner Ableitung hätte es eines weiteren Satzes über die Rangfolge der beiden Ausgangssätze im Kollisionsfalle bedurft, etwa eines Satzes über den *favor militis*. Dieser Satz ließe sich seinerseits aber nicht ableiten, sondern nur durch Abwägung der verschiedenen in Frage stehenden Interessen bestimmen. Davon schweigt Nettelblatt. Insofern bringt sein Beispiel für uns nichts Neues.

In einer Hinsicht gibt es jedoch Aufschluß über einen weiteren charakteristischen Zug des *mos geometricus* in der Jurisprudenz. Was in dem Beispiel fehlt, ist doch ein Satz über die Bestimmung des Rangverhältnisses zwischen Rechtssätzen, allgemeiner gesagt, über die Anwendung von Rechtssätzen. Jedes System von Verhaltensnormen benötigt, wenn seine Anwendung

---

<sup>(26)</sup> Inst. 2, 14, 5.

funktionieren soll, im Fall der unbeabsichtigten Unvollständigkeit, der Unklarheit und der Kollision von Normen — und kein bekanntes Rechtssystem ist von diesen Mängeln frei — eine Reihe von Sätzen höherer Stufe, die selbst keine Verhaltensnormen sind, sondern die Anwendung von Verhaltensnormen steuern. Ein derartiger Satz fehlt bei Nettelblatt nicht nur hier. Es gibt bei ihm nämlich bezeichnenderweise keine brauchbare Erläuterung der Analogie <sup>(27)</sup>, und seine Interpretationslehre <sup>(28)</sup> gehört zum Dürftigsten, was man über dieses Thema überhaupt lesen kann — ein sichtbarer Abstieg gegenüber dem Digestentitel 1, 3 oder dessen Glossierung.

Dieser Vergleich läßt sich weiter ausdehnen: Von den vielen Maximen, die die beiden Corpora iuris enthalten oder die von den mittelalterlichen Juristen aus ihnen entwickelt worden sind, bringen die neuzeitlichen Gesetzbücher, wie etwa das Preußische ALR in seiner Einleitung oder das österreichische ABGB in seinen ersten Paragraphen, so gut wie gar nichts mehr. Jedenfalls enthalten sie keine Hinweise auf materielle Gesichtspunkte, die bei der Anwendung der Gesetze und insbesondere der Auslegung zu berücksichtigen sind, sondern führen nur noch Regeln über die Kompetenz zur Auslegung und formale, im Hinblick auf den Richter meist negative Hinweise an auf das, was bei der Auslegung Berücksichtigung finden dürfe <sup>(29)</sup>. Das BGB schließlich verzichtet auch hierauf. Es besteht ein Zusammenhang zwischen dem mos geometricus und dieser Entwicklung. Die Mängel, zu deren Behebung solche Metanormen dienen sollen, kommen in Satzsystemen der Mathematik, insbesondere in dem großen Vorbild, der euklidischen Geometrie, nicht vor. Eine am mathematischen Vorbild sich orientierende Rechtswissenschaft konnte also leicht darauf verfallen, die einzige Aufgabe in der Klärung der Verhaltensnormen zu sehen und zu glauben, daß die Grundsätze der Rechtsanwendung auf Logik reduziert werden könnten <sup>(30)</sup>.

<sup>(27)</sup> Vgl. Nettelblatt *aaO.* § 17 sowie *Nova introductio in iurisprudentiam positivam Germanorum communem* (Halle 1772) § 483-487.

<sup>(28)</sup> *Nova introductio*, §§ 537-566.

<sup>(29)</sup> ALR, Einleitung §§ 46 ff.; ABGB §§ 6 ff.

<sup>(30)</sup> Ein Gegenmodell ist der — ebenfalls im 18. Jahrhundert zu seiner größten

Sogar dort, wo eine Besinnung auf die «Metanormen» erfolgt, versucht man, diese in ein rechnerisches Kalkül zu bringen. Thibaut, nach allem doch wohl ein Jurist des 18. Jahrhunderts, wenn auch an historischem Sinn und Umgang mit den Quellen einem Nettelblatt unvergleichlich überlegen, hat in der «Theorie der logischen Auslegung des Rechts»<sup>(81)</sup> eine Auslegungslehre formuliert, die in ihrem wichtigsten Teil eine exakte Stufenfolge der für die Auslegung von Gesetzen relevanten Kriterien enthält: Unter gewissen Bedingungen soll maßgeblich sein allein der «Grund des Gesetzes»; ist er nicht zu ermitteln, dann soll es allein auf die Absicht des Gesetzgebers ankommen, und zwar auf die positiv feststellbare, und nur, wenn eine solche nicht zu ermitteln ist, auf die zu vermutende Absicht; wenn aber das alles nicht zu eruieren ist, dann — und nur dann — soll die Auslegung nach dem Wortlaut maßgeblich sein. In bewußtem Gegensatz zu dieser Lehre Thibauts hat Savigny seine Auslegungstheorie formuliert, die nicht von einer Stufenfolge, sondern von einem nicht näher beschreibbaren, nur «durch den juristischen Takt»<sup>(82)</sup> kontrollierten Zusammenspiel der verschiedenen Auslegungskriterien ausgeht. Der Gegensatz der beiden Auslegungslehren ist der Gegensatz zwischen einem Modell des rechnerischen Kalküls und einem Modell des Abwägens.

#### IV.

Die Bedeutung, die die Rechtswissenschaft des 18. Jahrhunderts für die Entwicklung der Formen des juristischen Denkens gehabt hat, kann hier nicht ausgeschöpft werden. Es wäre hier vor allem über die *more analytico* geschaffenen allgemeinen Teile,

---

Entfaltung gekommene — theologische Probabilismus, der die Metanormen gegenüber den Verhaltensnormen ganz in den Vordergrund stellt; dazu OTTE, *Der Probabilismus: eine Theorie auf der Grenze zwischen Theologie und Jurisprudenz*, in *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno* (1973), S. 283 ff. (300-302).

<sup>(81)</sup> THIBAUT, *Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts*, 2. Aufl. (1806), § 29.

<sup>(82)</sup> SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. I (1840), § 32, S. 211.

insbesondere den allgemeinen Teil des bürgerlichen Rechts, mit all ihren positiven und negativen Seiten zu sprechen. Dies liegt jedoch außerhalb des Themas, das sich mit der Idee befaßt, *more geometrico* durchgängige Ableitungen von Normen zu entdecken oder zu entwickeln. In dieser Hinsicht muß das Ergebnis negativ sein. Schon die ersten Beispiele für solche Ableitungsversuche entpuppten sich als nicht-korrekte Schlüsse. Natürlich lassen sich auch korrekte Schlüsse nachweisen, jedoch hebt das allein die Juristen des 18. Jahrhunderts nicht aus der Jurisprudenz zweier Jahrtausende heraus. Kettenschlüsse spielen bei diesen Juristen, entgegen dem, was man auf Grund ihrer eigenen Rückverweisungsmanier und auf Grund von Andeutungen in der Sekundärliteratur erwarten könnte, so gut wie keine Rolle. Insofern könnte man sagen, daß es einen *mos geometricus* in der Jurisprudenz nicht gegeben habe.

Gegeben hat es allerdings Nebenfolgen des im Ergebnis erfolglosen Versuchs einer Annäherung an die axiomatisch-deduktive Methode, nämlich erstens die Verdrängung der Aufgabe des Abwägens — schon äußerlich erkennbar daran, daß in Nettelblads systematischen Darstellungen nirgends Gründe und Gegengründe dargestellt werden, nichts als streitig behandelt wird — und zweitens die Vernachlässigung der Rechtsfindungsmaximen. Beides wirkte sich dahin aus, daß wirtschaftliche, soziale, ethische Argumente vor den Toren der Wissenschaft vom positiven Recht blieben. Dies ist also kein Kennzeichen erst der Begriffsjurisprudenz des 19. Jahrhunderts. Die Meinung Windscheids, daß derartige Argumente den Juristen als solchen nichts angingen<sup>(33)</sup>, gibt nur wieder, was in der Methodologie des 18. Jahrhunderts angelegt ist.

Das gültige Urteil über die Möglichkeit eines *mos geometricus* in der Jurisprudenz war, das hatte das 18. Jahrhundert in seinem blinden Vertrauen auf methodologischen Fortschritt vergessen, schon hundert Jahre vor Christian Wolff von Hugo Grotius gefällt worden. Der Grund, weshalb in den ethischen Disziplinen

---

<sup>(33)</sup> WINDSCHEID, *Die Aufgaben der Rechtswissenschaft, in Gesammelte Reden und Abhandlungen* (1904), S. 112.



nicht die gleiche Gewißheit erreichbar ist wie in den mathematischen, liegt nach Grotius darin:

quia mathematicae disciplinae a materia omni formas separant, et quia formae ipsae tales plerumque sunt, ut nihil habeant interiectum, sicut inter rectum et curvum nihil est medii. At in moralibus circumstantiae etiam minimae variant materiam, et formae de quibus agitur solent habere interiectum aliquid, ea latitudine, ut modo ad hoc, modo ad illud extremum propius accedatur. Ita enim inter id quod fieri oportet, et inter id quod fieri nefas est, medium est quod licet, sed modo huic, modo illi parti propinquius: unde ambiguitas saepe incidit, ut in crepusculo, aut in aqua frigida calescente. Et hoc est quod ait Aristoteles, quid cui anteponendum sit difficilis saepe est iudicatio <sup>(34)</sup>.

Der Grund liegt also — kurz gesagt — darin, daß wir es in der Jurisprudenz immer wieder mit einem ungemessenen, nur abschätzbaren Mehr oder Weniger zu tun haben.

---

<sup>(34)</sup> GROTIVS, *De iure belli ac pacis*, II 23 § 1.

LEONARDO RUTA

TENTATIVI DI RIFORMA DELL'UNIVERSITÀ DI PISA  
SOTTO IL GRANDUCA PIETRO LEOPOLDO (1765-'90) (\*)

1. Zelo pedagogico e problemi della cultura in Pietro Leopoldo. — 2. Cautela del granduca sulla strada delle riforme scolastiche. — 3. L'università di Pisa nel periodo leopoldino. — 4. Primi contatti con l'università pisana. — 5. Incomprensioni tra il granduca e il mondo accademico. Le limitate riforme. — 6. Il progetto del « Regolamento generale per tutte le scuole pubbliche del granducato ».

*1. Zelo pedagogico e problemi della cultura in Pietro Leopoldo.*

Una caratteristica della complessa personalità di Pietro Leopoldo sta nella sua radicata intenzione pedagogica: stimolata oltre che da convinzioni religiose e moralistiche proprie dell'ambiente in cui il futuro sovrano cresce, la cattolicissima casa d'Absburgo, anche da quelle diffuse tendenze pedagogiche tipiche della cultura illuministica che vengono assimilate sin dalla giovinezza dal futuro sovrano.

La storiografia, specie la più moderna e attenta, nello sforzo di valutare e collegare i complessi aspetti del riformismo leopoldino, ha sottolineato questa caratteristica e ha rilevato l'impegno posto dal sovrano, particolarmente verso il termine della sua permanenza in Toscana, nel tentare di riformare il sistema dell'istruzione, quale era fino ad allora praticato (1).

Questo zelo pedagogico costituisce anche la base di riforme che si pongono al di là del problema dell'organizzazione delle

---

(\*) A.A.P.: Archivio Arcivescovile, Pisa; A.S.F.: Archivio di Stato, Firenze; A.S.P.: Archivio di Stato, Pisa; B.U.P.: Biblioteca Universitaria, Pisa.

(1) Cfr. A. WANDRUSZKA, *Leopold II*, Wien-München, 1964-'65, II, 159; trad. it.: *Pietro Leopoldo, un grande riformatore*, Firenze, 1968; ID., *L'opera riformatrice di Pietro Leopoldo*, in *Rassegna Storica Toscana*, XI (1965), p. 188.

scuole e dell'istruzione in Toscana, in particolare delle riforme ecclesiastiche, che tendono, nello spirito del granduca, alla formazione di un clero, il cui compito vero sia, oltre la cura delle anime, l'educazione non solo morale, ma anche civile del popolo <sup>(2)</sup>.

Quanto infatti Pietro Leopoldo persegue, e questo pare un punto da tenere costantemente presente, è la formazione culturale e, attraverso essa, l'educazione civile, politica, sociale ed economica del popolo, alla quale quella religiosa e morale devono tendere.

Ciò si può cogliere anche nelle riforme in campi diversi da quello scolastici e religiosi, come il fiscale, il giuridico, il politico, riforme che costituiscono anche l'espressione più significativa del nesso, più o meno appariscente, ma sempre più o meno indirettamente effettivo, tra il generale moto illuministico europeo e il riformismo del granduca.

Pietro Leopoldo, infatti, fa proprii, operando nei diversi settori, principi illuministici quando sostiene, ad esempio, la neces-

---

<sup>(2)</sup> Fra gli aspetti più studiati del riformismo leopoldino è il tentativo del granduca di riformare la chiesa nel granducato con l'appoggio e l'impulso della corrente giansenista toscana, guidata da Scipione de' Ricci, corrente riformista in chiave rigorista. Sul tentativo di riforma e sul giansenismo toscano: A. ZOBÌ, *Storia civile della Toscana dal MDCCXXXVII al MDCCCXLVIII*, t. 2; Firenze, 1850, lib. VII, 395-429; t. 3, lib. I, cap. I, 24 ss.; *Memorie di Scipione de' Ricci, vescovo di Prato e di Pistoia, scritte da lui medesimo e pubblicate da Agenore Gelli*, Firenze, 1865; F. SCADUTO, *Stato e Chiesa sotto Leopoldo I, granduca di Toscana (1765-1890)*, Firenze, 1885; G. A. VENTURI, *Le controversie del Granduca Leopoldo I di Toscana e del vescovo Scipione de' Ricci con la Corte romana*, in *Archivio Storico Italiano*, 1891, pp. 40-98; A. C. JEMOLO, *Stato e Chiesa negli scrittori del '600 e del '700*, Bari, 1928; E. PASSERIN D'ENTREVES, *La politica dei giansenisti in Italia*, in *Quaderni di cultura e storia sociale*, 1952, pp. 150-7, 230-7, 1953, 359-68, 1954, 269-88, 309-30; F. DIAZ, *Francesco Maria Gianni - Dalla burocrazia alla politica sotto Pietro Leopoldo di Toscana*, Milano, 1966, p. 314 s., e ivi ampia bibliografia. Molti degli altri problemi di politica religiosa che Pietro Leopoldo affronta sono, invece, il portato della cultura illuministica, che si sforza di costruire lo stato secondo ragione, per soppiantarli all'edificio imperfetto ed arcaico innalzato dall'assolutismo divino. Si pongono in questo ordine di idee i provvedimenti della regolamentazione del foro ecclesiastico, della riduzione di monasteri e conventi, della soppressione del Tribunale della inquisizione vescovile in materia civile e penale (1784) e del Tribunale della Nunziatura (1788), della sottoposizione dei beni ecclesiastici alla tassa fondiaria generale (1774).

sità di un prelievo dei tributi proporzionale ai redditi <sup>(3)</sup>. l'intangibilità dei diritti individuali dei cittadini, la condanna dei barbari e incivili sistemi di giustizia civile e penale vigenti <sup>(4)</sup>, la limitazione del potere sovrano, bilanciato dalla facoltà concessa al popolo di avere una rappresentanza elettiva munita di poteri deliberativi. È quest'ultimo il « sorprendente » (così Wandruszka) progetto costituzionale leopoldino, elaborato dieci anni prima della rivoluzione francese, che, come già nota il Gianni <sup>(5)</sup>, dopo la partenza del granduca per Vienna, in un periodo caratterizzato, cioè, da un moto di reazione alle riforme leopoldine, voleva essere « ... una riforma di legislazione, la quale non avesse più per principio l'oppressione dei corpi civici, la diffidenza del sovrano verso i popoli e la mira di dividerli, impoverirli e avvilirli, per meglio dominarli arbitrariamente, ma fosse modellata sulle massime di giustizia e di onesta libertà civile ... ».

Strumento di questa politica è, per Pietro Leopoldo, anche l'istruzione della gioventù, persuaso come è, e come dichiara, che « molti dei disordini i quali turbano la pubblica quiete derivano in gran parte dall'ignoranza e dalla cattiva educazione » <sup>(6)</sup>.

Di poche delle sue tante riforme Pietro Leopoldo pare, ad es., così soddisfatto come dell'istituzione dei Conservatori femminili, attraverso i quali si possa « provvedere alla migliore educazione delle fanciulle » <sup>(7)</sup>, e della creazione di nuove scuole di arti

<sup>(3)</sup> La materia delle imposte è lungamente analizzata in una serie di commissioni, fin dal 1766, e venti anni dopo, con quel cauto gradualismo che caratterizza il riformismo leopoldino, viene istituita una speciale Deputazione per la riforma delle dogane, tasse e gabelle: cfr. A.S.F., *Segreteria di Gabinetto*, f. 64, inss. 1, 2, 3.

<sup>(4)</sup> La riforma del diritto penale, secondo criteri di umanità e giustizia, proprii dell'illuminismo, prima di sfociare nella legislazione del 1786, stimola anche il mondo colto: basti pensare al « *Giudizio di celebre Professore sopra il libro dei delitti e delle pene* », redatto dal DE SORIA nel 1765.

<sup>(5)</sup> A.S.G., Carte Gianni, f. 20, ins. 431, n. 3, cc. 59 r-62 v, riportate da F. DIAZ, in « *La Philosophie e il riformismo leopoldino* », in *Rassegna Storica Toscana*, XI. (1965), p. 218.

<sup>(6)</sup> A.S.F., F. 117, *Filza Scude*, 1788, ins. 1, « *Regolamento generale per tutte le Scuole pubbliche del Granducato* », riportato in appendice, 1 r.

<sup>(7)</sup> A.S.F., F. 117. *Filza scuola*, ins. 1, cit., f. 1 v.; sui conservatori femminili cfr. F. INGHIRAMI, *Storia della Toscana compilata ed in sette epoche distinte*, Fiesole, 1843, XI, 112; A. ZOBBI, *op. cit.*, t. 2, Firenze, 1850, lib. V, cap. VI, pp. 243-6.

liberali, di lettere e di scienze, se, anche dopo aver lasciato la Toscana e poco prima della morte, continua ad auspicare che nel suo impero si istituiscano appunto scuole femminili e conservatori <sup>(8)</sup>.

Base per poter compiere quest'opera è stabilire « un sistema uniforme per tutte le scuole del Granducato, apportando tutte quelle variazioni » <sup>(9)</sup> che si giudicano opportune per il conseguimento del fine voluto. Si persegue un intento di razionalizzazione del sistema scolastico, per il perseguimento di un obiettivo civile, che, mentre corrono l'ambizione che Pietro Leopoldo ha di ricevere dal « pubblico illuminato » l'appellativo di « principe filosofo », stimoli alla giustizia e all'ordine i sudditi; ed è un obiettivo che si sovrappone al pur profondo pessimismo che lo stesso granduca ha della natura umana.

La moderna storiografia <sup>(10)</sup> ha sottolineato l'influenza che sulle idee del granduca toscano ebbero le varie correnti dell'illuminismo europeo, con cui egli venne in contatto fin dai primi anni della gioventù. Basta, del resto, ricordare che, in un torno di anni coincidente con la sua fanciullezza e giovinezza, Pietro Leopoldo vive in un ambiente, la corte viennese, in cui operano insigni studiosi, che, oltre a spiegare un'efficace azione in campo amministrativo <sup>(11)</sup>, non sono insensibili a quei moti di pensiero

<sup>(8)</sup> WANDRUSZKA, *L'opera riformatrice di Pietro Leopoldo*, cit., p. 188.

<sup>(9)</sup> A.S.F., F. 117, cit., 2 r.

<sup>(10)</sup> Cfr. A. WANDRUSZKA, *L'opera riformatrice*, cit., p. 186 s.; F. VALSECCHI, *L'Italia nel '600 e nel '700*, Torino, 1967, p. 474 s.; F. DIAZ, *La Philosophie*, cit., p. 218 s. Il Wandruszka sottolinea come la « biblioteca ideale » di Pietro Leopoldo comprenda tutte le più importanti pubblicazioni della corrente illuministica: *op. cit.*, p. 184.

<sup>(11)</sup> Si pensi a Paolo Giuseppe Riegger (1705-1775), primo rappresentante, in Austria, della tendenza giusnaturalistica, nominato, nel 1753, professore di diritto canonico, e al suo allievo Carlo Antonio Martini von Wassemberg (1726-1800), che nel 1754 è nominato professore di diritto naturale e di diritto romano, e che tanta parte avrà nell'opera di codificazione che si compirà negli anni successivi in Austria. Oltre al Martini, che sarà anche suo maestro, Pietro Leopoldo viene anche in contatto con altri insigni studiosi, tra cui Gerardo van Swieten, medico personale della famiglia imperiale, il quale, chiamato a Vienna nel 1745, diventerà bibliotecario di corte, sarà il riformatore dell'ordinamento scolastico austriaco e, nel 1770, parteciperà, con una memoria, ai tentativi di riforma dell'Università pisana. Notizie in WANDRUSZKA, *Pietro Leopoldo*, ecc., cit., 27; cfr.: A.S.P., Università, Sez. B, I, 3, *Affari dell'Università di Pisa*, f. 1 s.

razionalizzante e critico verso l'uomo, la società e il governo dell'epoca, che sostanziano il filone centrale dell'illuminismo.

D'altronde, quando Pietro Leopoldo darà inizio, in Toscana, alle sue riforme, avrà come collaboratori ministri che, anche se non traducono in scritti ed in esemplificazioni dottrinali i principi che si respirano nell'atmosfera illuministica della società colta europea <sup>(12)</sup>, non possono essere, però, del tutto immuni dalle idee proprie di essa.

---

(12) Gli unici scritti « illuministici » di qualche rilievo che vedono la luce nel periodo leopoldino, e anche negli anni immediatamente successivi, sono lavori di economia: il « *Discorso sopra la Maremma di Siena* » (1737) del BANDINI, pubblicato postumo, a Firenze, nel 1775; il lavoro del PAGNINI « *Della decima e altre gravanze imposte dal Comune di Firenze, della moneta e della mercatura dei Fiorentini fino al secolo XVI* », pubblicato a Lucca nel 1765; « *I pensieri sopra l'agricoltura* » del PAOLETTI, pubblicato a Firenze nel 1769; gli opuscoli del GIANNI in difesa della libertà frumentaria, pubblicati anonimi dopo la partenza di Pietro Leopoldo dalla Toscana. Cfr. F. DIAZ, *La « Philosophie »*, cit., p. 199. Ma, nonostante ciò, i riformatori toscani, come ha posto in luce la più moderna storiografia non si presentano solo come convinti assertori e applicatori di teorie elaborate in Toscana, da adattare, sic et simpliciter, alle condizioni del paese, ma anche come attenti e informati osservatori dei principi generali sul rapporto tra governo e società, elaborati dalla filosofia dei lumi e recepiti, forse non sempre in maniera organica e completa, ma magari solo assorbiti, come esattamente notato dal DIAZ (in « *La Philosophie* », cit., p. 209) attraverso « una reinterpretazione storica o una satira di costume, uno scherzo irriverente o un'arditezza di pensiero naturalistico o materialistico, una frecciata satirica o un appello umanitario, un pamphlet o una tragedia ».

Va notato, però, come parte della storiografia, in genere la più risalente, forse anche in obbedienza a un certo tipo di retorica e di motivazioni politiche, ha, invece, con una interpretazione successivamente criticata, in quanto « deformante » sul piano storico (cfr. DIAZ, *op. ul. cit.*, 194), sottolineato, in maniera forse eccessiva, pretese autoctone peculiarità del riformismo toscano, le cui radici sono state viste, soprattutto, in quella profonda cultura scientifica toscana del diciassettesimo secolo, che solo in maniera relativa avrebbe accolto le dottrine illuministiche « originarie » d'oltr'Alpe e d'oltre Manica. Cfr., per tali tendenze, E. ROTA, *Le origini del Risorgimento*, Milano, 1938, 296-300; E. CODIGNOLA, *Illuministi, giansenisti e giacobini nell'Italia del 700*, Firenze, 1947, p. 46, secondo cui la politica riformistica di Pietro Leopoldo, anche se « stimolata dall'influenza straniera ... fu preparata e resa possibile da un risveglio intellettuale spontaneo e indigeno della borghesia e di una parte della nobiltà »; A. ANZILOTTI, *Movimenti e contrasti per l'unità italiana, con aggiunti alcuni saggi sparsi e una nota biografica di W. Maturo*, a cura di A. Caracciolo, Milano, 1964, 114-5, p. 420 s., che, pur rilevando la derivazione

E il riformismo leopoldino non è solo il risultato di un mero tecnicismo giuridico ed economico, sviluppante idee autonome, toscane, ma è, soprattutto, l'espressione di una sapiente mediazione operata dallo stesso Pietro Leopoldo, temperamento empirico e pratico, ma a un tempo conoscitore dei « lumi », tra il realismo e il senso pratico toscani, che indubbiamente si presentano come le caratteristiche prime dei collaboratori del granduca, e il riferimento, che è anche rivissuto accoglimento, della nuova visione della società promossa dall'illuminismo.

Anche se poi le preoccupazioni economiche e i problemi concreti, tecnici e amministrativi, stempereranno, per così dire, l'impegno marcatamente ideologico, sottolineando, invece, il tono più moderato del riformismo leopoldino e facendo sì che scarsa risonanza abbia, nei dibattiti dei riformatori, il pensiero dei lumi, non pare che per ciò solo si possa svalutare la circolazione di idee, appartenenti al generale e diffuso patrimonio culturale europeo, idee che, anche se non sempre accolte, e spesso, anzi, criticate, sono però presenti, almeno come termine di paragone, e finiscono col costituire, in definitiva, ove riescano a imporsi sulla tradizione, un lievito animatore delle riforme stesse <sup>(18)</sup>.

---

delle idee dei collaboratori del granduca dalle dottrine illuministiche, ha sottolineato il « criterio di relatività ed eclettismo » che avrebbe regolato l'accoglimento di tali dottrine. Anche più di recente, tuttavia, attraverso un'analisi limitata al mondo delle accademie toscane, che, in effetti, ereditano temi e interessi scientifici propri della cultura secentesca e sono, in genere, chiuse e, anzi, diffidano, delle irriverenti correnti del pensiero illuministico, si è affermato che i Toscani diventano economisti e politici riformatori non tanto per « aver disposto di libri importati attraverso le Alpi », quanto per aver « osservato le condizioni economiche del loro paese ». Così, ad es., E. W. COCHRANE, *Tradition and Enlightenment in The Toscan Academy 1690-1800*, Roma, 1961, pp. 238-9. Se ciò è vero per le accademie, non pare che lo stesso possa affermarsi con sufficiente tranquillità della classe burocratica che partecipa alle riforme in Toscana. Si finisce forse col non meditare a sufficienza, in tal modo, sui probabili influssi illuministici, che pur non imponendosi, in genere, in forma radicale e nella loro prorompente vitalità, non possono, a priori, essere esclusi.

<sup>(18)</sup> La storiografia più moderna sottolinea quest'aspetto col dimostrare come le più importanti riforme realizzate dal governo leopoldino siano la conseguenza del particolare rapporto che si instaura fra l'opera del granduca e dei suoi collaboratori, pratica, gradualistica, tendente a rinnovare lo stato attraverso una serie

## 2. *Cautela del granduca sulla strada delle riforme scolastiche.*

È naturale che un sovrano come Pietro Leopoldo che, sia pure con una certa intonazione retorica, non esita ad affermare, nel progetto di costituzione, che il principe e i suoi ministri sono gl'incaricati e i servi del popolo, si dedichi con serio impegno alla cultura e all'educazione dello stesso.

La cultura di cui ci si preoccupa si presenta con un importante contenuto sociale e politico e l'istruzione significa, anzitutto, educazione dei cittadini al rispetto della legge, alla responsabile collaborazione per la realizzazione del bene pubblico; significa, poi, fusione delle classi sociali e, attraverso essa, formazione di una nuova classe che, per essere colta, possa costituire la nervatura centrale di una sana e tranquilla società civile, ordinata secondo le direttive di un principe che, anche se profondo conoscitore delle *lumières*, si conserva sempre zelante custode della religione cattolica e non rinuncia mai al fondamento di diritto divino del suo potere, nonchè alla missione di guida che è chiamato a svolgere, e di cui anche in campo educativo è traccia. Da ciò deriva una costante, anche se mai apertamente affermata, esigenza di controllo della vita intellettuale e il tentativo di imporre, anche attraverso le istituzioni scolastiche esistenti, un certo tipo di cultura ufficiale. Oltre che stimolare, attraverso l'ammodernamento delle istituzioni scolastiche esistenti, la vita intellettuale toscana, si cerca, allora, anche di vigilare su di essa e ciò si tenta di realizzare con la creazione di nuovi uffici burocratici, che vagolino e approvino le sue manifestazioni, e con la preferenza attribuita, con intenti statalistico-pedagogici, per l'istruzione dei giovani, al clero, che, col suo zelo e le sue strutture, può in maniera soddisfacente garantire una capillare e sicura diffusione degli ideali e delle aspirazioni del granduca.

---

di modifiche e miglioramenti parziali della sua vita economica e del suo apparato politico, e le teorie politiche illuministiche già in sè, oltre tutto, così oscillanti nella loro tensione fra certe formulazioni radicalmente nuove, rivoluzionarie, dei motivi della vita associata, e le tentazioni verso pratici accordi e compromessi con le monarchie assolute, detentrici dei fondamenti del potere nel vecchio ordine. Cfr. F. DIAZ, *La « Philosophie »*, cit., p. 218 s.



Ma per ottenere risultati positivi vanno tenuti presenti anche gli inconvenienti che possono derivare da eventuali resistenze e critiche del mondo colto (di cui fa parte anche il corpo insegnante dell'università), che potrebbe accogliere con freddezza o, addirittura, polemicamente innovazioni atte a tradursi in possibili diminuzioni dei privilegi e delle prerogative di cui gode.

Forse a pochi progetti come alla riforma dell'istruzione, Pietro Leopoldo, allora, si dedica con egual costanza e prudenza <sup>(14)</sup>, occupandosi, in un quadro organico, dei vari aspetti del problema: dalle scuole di grado inferiore alle università, dai collegi alle accademie ecclesiastiche e secolari.

Di ciò, correttamente, si è cercata giustificazione anche nel fallimento del grande piano di riforma ecclesiastica: il granduca vuole continuare, sia pure con mezzi più discreti, a incoraggiare la diffusione, in Toscana, di quei principi che le alte sfere ecclesiastiche non gli hanno permesso di realizzare in campo religioso <sup>(15)</sup>. A ciò può, forse, aggiungersi anche l'intento di orientare la formazione culturale, e attraverso questa, anche quella spirituale e politica della gioventù e di rivendicare in capo all'autorità di governo la funzione di guida culturale coll'evitare, in campo educativo, ingerenze estranee.

E quando Pietro Leopoldo, per la partenza per Vienna, e, ancor prima, per l'incomprensione dimostrata da coloro che vorrebbe fossero i suoi collaboratori più attenti, lascia in parte incompiuto il progetto di riforme scolastiche, non esita a riprenderlo in Austria, ove già sul sistema culturale avevano inciso le riforme dei suoi predecessori, Maria Teresa e Giuseppe II: ma il progetto che verrà redatto, forse anche per la modernità dei suoi molteplici aspetti, verrà annullato, poco tempo dopo la morte del sovrano, dal suo successore <sup>(16)</sup>.

---

<sup>(14)</sup> Ciò sfocia nell'inevitabile lentezza del piano di riforma e di unificazione del sistema educativo della Toscana, che, salve limitate realizzazioni, finisce col rimanere allo stato di progetto, che rivela, però, a un tempo, le eclettiche e sociali vedute di un novatore illuminista e le preoccupazioni di controllare, in funzione latamente conservatrice, la vita intellettuale toscana.

<sup>(15)</sup> Cfr. WANDRUSZKA, *Pietro Leopoldo*, cit., 529.

<sup>(16)</sup> Il WANDRUSZKA (*op. ult. cit.*, p. 537), ha rilevato come la riforma dell'ordinamento scolastico in Austria abbia trovato « la sua origine e la sua fonte d'ispi-

Seguendo, attraverso i documenti d'archivio, il procedere del principe nella riforma del sistema scolastico, ci si accorge del contatto che si mantiene con la realtà dei fatti, attraverso la continua richiesta di pareri, di consigli e di memorie, la costituzione di commissioni e deputazioni che, pur rallentando il ritmo del lavoro, possano quanto più possibile tener conto dei vari aspetti e delle molteplici esigenze della complessa realtà del sistema di educazione (17).

---

razione nei piani di riforma scolastica accuratamente studiati e predisposti per la Toscana ».

Già prima della definitiva partenza per Vienna, il granduca si preoccupa, dello stato dell'educazione in Austria, dove il sistema degli studi è regredito rispetto all'epoca teresiana e segna le tappe di una grave involuzione. Il WANDRUSZKA, *op. cit.*, pp. 382 e ss., nota, ad esempio, come nella « *Riflessione sopra lo stato della Monarchia* », appunti che Pietro Leopoldo raccoglie durante il soggiorno viennese del 1778, il granduca, nell'osservare di aver trovato « la Monarchia e li Stati della Casa d'Austria nelle maggiori critiche condizioni possibili », si preoccupi, oltre e forse ancor più che del malcontento della popolazione, nei suoi vari ceti, per « la maniera dura, aspra e dispotica con la quale sono trattati dal Governo », dello « stato dell'educazione ». « L'educazione — nota il granduca — che una volta a Vienna era eccellente e anzi famosa, si trova ora, in tutti i livelli in pessimo stato, perchè l'istruzione dei giovani è stata affidata ad abati, precettori o governanti, soprattutto francesi, contentandosi solo della esteriorità, mentre il sentimento del dovere, la rispettabilità e la voglia di lavorare si sono perduti. Anche l'educazione delle ragazze, tanto nelle classi elevate, quanto in quelle inferiori, è pessima: le giovani donne sono incolte, non si occupano affatto nè di casa, nè di figli e della loro educazione; se ne vergognano, anzi, e non vivono che per il piacere e la dissipazione che si è andata diffondendo in modo terribile in tutti i ceti ». La responsabilità di tale stato viene data ai « principi di educazione libera francese » alla e « maniera di vivere alla francese », alla « troppa gran quantità di divertimenti eccessivi e continui », ai « libri cattivi, specie romanzi, commedie troppo libere, poesie, e libri tedeschi troppo teneri ». « Si è abbandonato — conclude il granduca — il vecchio buon metodo di educazione e di istruzione; vi si aggiunge il lusso generalizzato, l'incuria del governo, il pessimo esempio dei militari, l'incremento continuo demografico di Vienna, città e sobborghi, a spese della campagna. E la stessa soppressione dell'Ordine dei Gesuiti, qualunque cosa si possa dire contro l'Ordine stesso, ha esercitato un'influenza negativa e dannosa su tutto il sistema di educazione ».

(17) Cfr., ad es., A.S.F., *Reggenza*, F. 984, n. 6, *Riforma della Università di Pisa*; *Gabinetto*, 117, filza *Scuole*; *Esteri*, 2359; A.S.P., *Università, Affari dell'Università di Pisa*, Sez. B, I, 3.

D'altronde una riforma che investa la cultura « ufficiale » del tempo deve individuare, per sostituirsi efficacemente agli indirizzi vigenti, sia gli obiettivi e gli strumenti nuovi da introdurre, sia quelli vecchi, ma ancor validi, che si riveli opportuno conservare.

Al fondo di tale procedere lento per la strada delle riforme scolastiche, per quanto riguarda lo Studio pisano, agisce anche, specie in una prima fase, un senso di profondo rispetto per l'università, istituzione che si basa su una tradizione secolare e che ha avuto tutta una serie di illustri e celebrati maestri.

Della sua stima il granduca dà prova già poco dopo il suo arrivo in Toscana, quando, per tramite del maresciallo marchese Botta Adorno afferma di « riguardare come fortunati tutti quei momenti nei quali potrà spargere la sua naturale munificenza sopra tutti quelli i quali ... con la continuazione dell'adempimento dei loro doveri, si renderanno sempre più degni di sperimentarne gli effetti » (18). E qualche anno più tardi, nonostante il dichiarato intento di ridurre la troppo estesa giurisdizione del Tribunale dello Studio, il più importante dei privilegi dell'università (19), Pietro

(18) A.S.P., Università, *Filza di lettere*, 9, 439. La lettera, datata 15 marzo 1766, è del Botta Adorno, presidente del Consiglio di Reggenza, e viene trasmessa, da Benedetto Antonio Mormorai, « Auditore di S.A.R. negli affari dello Studio », al provveditore dell'università di Pisa, monsignor Gaspare Cerati. Qualche anno dopo, l'auditore, nel comunicare al provveditore che i professori sono ammessi al « Baciamento delle AA.SS.RR. » sottolinea come con ciò il granduca abbia inteso offrire « un nuovo monumento della speciale affezione con cui ... si degna di onorare la Sua università » (A.S.P., Università, sez. A II, 4: *Memoria relativa ai Privilegi, Giurisdizione, Usi ecc. Dell'Anno Studio Pisano Dall'anno 1770*, f 7 t). La lettera è del dicembre 1769. E a docenti dello studio pisano ricorrerà il granduca per l'istruzione dei proprii figli, ad Andrea Ostili per la matematica, a Francesco Foggi per il diritto. Cfr. « Frammenti della Storia dell'Università di Pisa di monsignor Angiolo Fabbroni, trascritti dall'autografo esistente nella biblioteca di casa Franceschi, dal prof. MICHELE FERRUCCI », in *Annali delle Università toscane*, XXX, Pisa, 1911, 90; E. MICHELI, *Storia dell'Università di Pisa dal MDCCXXXVIII al MDCCCLIX*, parte I, in *Annali delle Università toscane*, XVI, Pisa, 1879, 17.

(19) *Statuta*, capp. XXIII e XXIV; *Osservazioni sulla Giurisdizione e diritti spettanti all'Accademia pisana scritte da commissione della regia deputazione sopra gli affari della medesima*, p. 165 e s. Anche da tale manoscritto, conservato nell'Istituto di Diritto Romano e Storia del Diritto della Università di Pisa e attribuito da N. CARRANZA (*Monsignor Gaspare Cerati*, cit., 168-169) a Migliorotto Maccioni, professore dell'Università pisana, risulta che le prerogative di tale Tribunale sono state particolarmente tutelate dai granduchi di casa Medici, che hanno anche

Leopoldo non fa, in effetti, che riaffermare la stessa con il dichiararla estesa a tutti gli studenti « legittimamente matricolati », agli « stipendiati », cioè al corpo docente e non docente dell'università, ai « congiunti e ai servitori dei Professori, agli stampatori e ai librai in Pisa » (20).

Su tali soggetti, « durante il tempo in cui ... saranno realmente addetti allo Studio di Pisa », si riconosce solennemente, « tanto nei casi nei quali ad esse occorra di convenire, quanto in quelli ove altri intenda di convenirli giuridicamente » e « tanto nelle cause civili che criminali, o miste di qualunque specie e natura ... seguite in Pisa o nel Distretto Pisano » (21), quella giurisdizione che, nello stesso torno di anni sempre più insistentemente viene rivendicata, almeno per le questioni criminali coinvolgenti la pubblica quiete, dal tribunale ordinario del Commissario (22).

---

dettato precise disposizioni imponenti agli altri magistrati e funzionari dello stato di facilitarne l'esercizio delle funzioni.

(20) A.S.P., *Università*, sez. G 6, f. 535-6. La data dell'ordine di Pietro Leopoldo è quella del 13 agosto 1772. « *Alii iudices non solum incompetentes, sed incapaces dicantur* »: così una decisione fiorentina, riportata dal NERI-BADIA, in « *Decisiones et responsae iuris* », Florentiae, 1769, t. I, 446, 49. Sul tribunale dello studio e sulla sua giurisdizione cfr., N. CARRANZA, *Il Tribunale dello Studio pisano dopo la riforma del 1544*, in *Giustizia e Società*, anno II, 1964, nn. 1-6, pp. 63-73; ID., *Monsignor Gaspare Cerati provveditore dell'università di Pisa nel settecento delle riforme*, Pisa, 1974, 212 s. Tale Autore ritiene, in ciò seguendo, peraltro, una delle « *Relazioni sul governo della Toscana* », stesa dal granduca intorno al 1785, (cfr. « PIETRO LEOPOLDO D'ABSURGO LORENA, *Relazioni sul Governo della Toscana* », a cura di A. Salvestrini, vol. II, Firenze, 1970, 66-7), che, con l'ordine del 13 Agosto 1772, questi avesse disposto la soppressione della competenza del tribunale dello studio in materia criminale (N. CARRANZA, *op. ult. cit.*, p. 296). In effetti tale competenza viene sottratta al tribunale cinque anni più tardi, con l'intento di realizzare anche fini diversi da quelli volti solo a frenare le turbolenze degli scolari e a migliorare la loro disciplina; vedi *infra*, nota 22.

(21) Tale distretto comprende « ... il Capitanato di Pisa, il Capitanato Vecchio e Nuovo di Livorno, i Vicariati di Vico Pisano e di Lari e le Potestarie di Ripafratta, Pontedera, Cascina, Peccioli e Palaia » (cfr. *Relazione della visita fatta all'Ufficio de' Fossi di Pisa l'anno 1740 ... da Pompeo Neri*, in A.S.P., *Fiumi e Fossi*, 368I, c. 8).

(22) Cfr. A.S.F., *Reggenza*, 984, ins. 18, contenente « *Fogli originali di una vertenza di giurisdizione fra il Tribunale del Commissario e quello dello Studio di Pisa* », relativamente a una questione penale. Da parte del vicerettore si sostiene che i poteri del commissario sono « ristretti a poter prendere sul fatto quegli espe-

### 3. *L'università di Pisa nel periodo leopoldino.*

L'università di Pisa, nel periodo in cui ad essa Pietro Leopoldo rivolge le sue cure, è ancora retta almeno formalmente, da una serie di statuti, elaborati, più di due secoli prima, dall'umanista Lelio Torelli ed emanati, poco dopo la riapertura dell'università, avvenuta nel 1543, dal granduca Cosimo I.

In essi il termine « universitas », quando viene usato, designa ovviamente l'associazione studentesca, articolata in *nationes* <sup>(23)</sup>. La direzione di ciascuna *natio* è affidata a un consigliere e la direzione di tutta *l'universitas* a un rettore <sup>(24)</sup>, e a un vicerettore; sia

---

dienti che possono convenire alla pubblica quiete ... senza doversi ulteriormente mescolare, ma coll'obbligo di rimettersi poi la causa e le persone ai loro giudici ». Da parte del commissario si afferma, invece, che il tribunale dello studio può avere giurisdizione privativa solo nei luoghi privati (collegi e scuole) ma non nei pubblici, « ove il buon ordine essendo più esposto all'insolenza dei libertini, non deve riconoscere altro capo e altro freno che di chi ha la suprema rappresentanza, cioè del granduca e, in suo nome e per suo conto, dal commissario ». Cfr. anche N. CARRANZA, *Monsignor Gaspare Cerati ecc.*, cit., 174, n. 21, ove è richiamata, per evidenziare tali contrasti e rispettive rivendicazioni, A.S.F., *Reggenza*, 637, *Posizione della Causa Giurisdizionale vertente infra il Tribunale dello Studio dell'Alma Università di Pisa e il Magistrato Supremo di Firenze* (del 1739).

Con l'editto del 26 maggio 1777 (cfr. *Bandi e Ordini da osservarsi nel Granducato di Toscana*, cod. ottavo, Firenze, 1779, LVIII), riconfermato, con interpretazione autentica, dal motuproprio del 30 aprile 1778 (cfr. *Bandi ecc.*, cit. cod. nono, XXXV), si sottrae allo studio pisano, come, del resto, a « ogni Comunità, Congregazione, Deputazione e Luogo Pio di qualunque città », la giurisdizione criminale, la quale è riunita nel Supremo Tribunale di Giustizia, eretto, col citato editto, in Firenze. Ma tale sottrazione di giurisdizione non è dettata, almeno nella forma, da sospetto di partigianeria, bensì dall'esigenza di « rendere più uniforme, più semplice e più pronta la spedizione degli affari di Giustizia e di Pulizia », esigenza che « ... determina a riunire in un solo Dipartimento la Cognizione e la Decisione di tutte le cause criminali ».

<sup>(23)</sup> « bimembrem igitur totius Universitatis corporis facimus divisionem, Transalpinorum scilicet, et Cisalpinorum; Ex quibus sic divisio Regionibus quatordecim eliciantur Nationes ». Così il Cap. I (De numero et distinctione Nationum) degli *Statuta Almi Pisani Studii*. Tali Statuti sono stati pubblicati nel 1911 dal BUONAMICI, negli *Annali delle Università Toscane*, XXX. Cfr. anche D. MARRARA, *L'Università di Pisa come università statale nel Granducato Mediceo*, Milano, 1965.

<sup>(24)</sup> Al Rettore spetta il compito di pubblicare le materie da leggersi (Statuta, cap. XLIV) dai Professori, la direzione delle lezioni, la presidenza delle scuole e il diritto di punire coloro che turbano la quiete accademica (Statuta, Cap. XIII).

il rettore sia i consiglieri sono studenti, eletti annualmente dai colleghi. Rettore e consiglieri costituiscono una sorta di senato accademico, legittimato a discutere e a deliberare « in omnibus et singulis utilitatem et honorem Universitatis nostrae concernentibus » (25). Quindi, formalmente, il governo dell'ateneo è riservato agli studenti. Ma la realtà è ben diversa e tali Statuti restano, in buona parte, lettera morta (26). Infatti, lo Stato si assume, sempre più decisamente, la direzione effettiva dello Studio (27).

Ciò è reso possibile, soprattutto, grazie all'istituzione e al progressivo potenziamento dell'ufficio del provveditore, cui si vanno trasferendo, man mano, le attribuzioni del rettore e dei consiglieri, e alla parallela creazione dell'ufficio dell'auditore dello studio, che « in Firenze soprintende ai Negozi della Università, ne fa re-

(25) *Statuta*, cit., Cap. XXVII.

(26) Hanno anche perso di valore e di opportunità le distinzioni degli scolari per *nationes*; ciò, oltre che per l'aumento di numero delle università, anche per l'effetto di trasformazioni politiche, attuate dalla dominazione medicea, che portano, da un lato, una serie di riforme, dall'altro uno stato di maggiore parità fra tutti gli scolari, tratto caratteristico, questo, realizzato da un Governo che sul piano strettamente politico, si presenta come fortemente centralizzato e burocrattizzato, e che fa dell'uniformità del potere normativo uno dei cardini su cui reggersi. Nel 1737, tuttavia, si trova ancora, simbolo di una vetusta tradizione formalmente sempre conservata, il termine « Consigliere »: cfr. A.A.P., Dottorati. Reg. 1731-41, 76 r, 50: un tal Caldesi Giuseppe, fiorentino, viene indicato come « Consigliere della Nazione fiorentina ».

(27) Ciò è dato vedere anche negli altri settori della vita pubblica dello Stato Mediceo e costituisce una delle linee di sviluppo della sua politica. È noto come la restaurazione dei Medici, dopo il 1530, appaia come un compromesso tra il principato assoluto e le richieste del vecchio mondo politico, a impronta aristocratica, che, sul piano formale, continua a vedere garantite le proprie prerogative e sembra disporre della possibilità di influire in maniera notevole sulla cosa pubblica. Su questi problemi cfr. R. VON ALBERTINI, *Firenze, dalla Repubblica al Principato*, Torino, 1970; A. ANZILOTTI, *La crisi costituzionale della Repubblica Fiorentina*, Firenze, 1912. Così anche per l'Università: nonostante il rispetto della tradizione si crea, tramite l'introduzione di particolari organi, un compromesso tra il vecchio e il nuovo, compromesso che fa sì che ogni autonomia venga, man mano, tolta allo Studio di Pisa, che, a ragione, viene definito dalla moderna storiografia come « Università statale ». In tal senso cfr. D. MARRARA, *op. cit.*, p. 15 —

In generale, per la vita intellettuale sotto il governo mediceo cfr. F. DIAZ, *Il Granducato di Toscana - I Medici*, in *Storia d'Italia*, diretta da G. Calasso, XIII, I, Torino, 1976, p. 203 s., con, ivi, ampia bibliografia.

lazioni al Sovrano e partecipa gli ordini del medesimo agli Ufficiali che riesiedono in Pisa » (28).

(28) Così si legge nella « *Relazione dello Stato presente dell'Università di Pisa* » composta nel maggio del 1738, dal provveditore, monsignor CERATI (cfr. A.S.P., *Università*, sez. A III, I, ff. 27 r-44 v; N. CARRANZA, *Monsignor Gaspare Cerati*, cit., 163 s.; D. MARRARA, *op. cit.*, p. 18 s.). È compito dell'auditore dare l'interpretazione autentica degli statuti dello studio e concedere l'autorizzazione a studiare fuori dello stato; a lui pervengono le suppliche dei « particolari », professori e studenti, le proposte e i ricorsi del rettore. Cfr. D. MARRARA, *op. cit.*, p. 28 sg., ove è una particolareggiata analisi delle attribuzioni dell'auditore, attribuzioni che dimostrano come, di fatto, l'intero sistema degli studii prenda le mosse e sia controllato secondo le direttive accentratrici dell'autorità centrale. Ma la carica più importante è quella del provveditore, cui, stante anche la lontananza da Pisa dell'auditore, spetta in via immediata il governo dell'università. Nota l'Autore delle « *Osservazioni sopra la Giurisdizione e Diritti spettanti all'Accademia Pisana* », pp. 447-50, come già dopo appena un trentennio dalla compilazione degli statuti accademici, non prevedenti il provveditore, « bisognò smembrare vari diritti spettanti generalmente all'Università, o particolarmente al Rettore » per attribuirli al provveditore; e più tardi, nel 1624, con motuproprio del 26 aprile, il granduca Ferdinando III stabiliva « pienamente la sua autorità ». Osserva il Cerati sul provveditore: « ... ma in prosieguo di tempo quell'avvedutissimo Principe (Cosimo I) stimò necessario di eleggere un Provveditore Generale dello Studio, il quale propriamente fosse un ministro di sua confidenza, fuori del Corpo dell'Università, che invigilasse all'osservanza di tutte le leggi e degli ordini del Sovrano, che avesse total direzione della Disciplina accademica tanto rispetto ai Professori, quanto rispetto agli Scolari ed avesse l'obbligo di rappresentare e di proporre a S.A.R. tutto ciò che riconoscesse necessario o espediente per il buon governo dell'Università » (A.S.P., *Università*, sez. A III, I, f. 43). Sintomatico del progressivo controllo esercitato dall'alto è, ad es., l'attribuzione al provveditore, dal 1670 in poi, della presidenza dell'Accademia filosofica del Rozzi, istituzione collaterale all'università, che precedentemente ha dato vita a un organismo distinto da essa, con una propria autonomia ed organizzazione interna. Compito del provveditore, oltre quello di dirimere le eventuali controversie è, soprattutto, quello di dirigere le riunioni, di approvare le tesi da difendere e di vagliare le domande di ammissione nell'accademia, che, per essere indirizzata all'approfondimento di temi filosofici, non può non interessare l'autorità centrale. Cfr. per le accademie dello studio pisano, G. NICCOLAI, *Antiche accademie universitarie pisane*, in *Bollettino Storico Pisano*, (1932), fasc. I, p. 61 s., in specie 67; W. COCHRANE, *Tradition and Enlightenment*, cit., p. 209.

Anche dopo la fine della dominazione medicea si sanzionano, con atti normativi, i compiti del provveditore. Nel 1759 il Consiglio di Reggenza conferma, infatti, con formula amplissima, le attribuzioni del provveditore: « La direzione dell'Università e la superiorità locale in tutti gli affari di Essa e sopra i Lettori e Scolari e loro Collegi e i Rettori di essi Collegi e qualunque altra persona della

I docenti, si legge nel capitolo LIII degli statuti dello studio pisano, sono divisi in tre collegi: dei teologi, degli artisti, dei legisti <sup>(29)</sup>.

Ogni docente deve svolgere durante il corso dell'anno accademico, che inizia ai primi di novembre e termina a giugno, un certo numero di lezioni, con l'obbligo di attenersi strettamente, sia per le materie da insegnare, che per i libri da leggere e da commentare agli scolari, a quanto stabilito dagli statuti <sup>(30)</sup>.

---

Università dipendente deve competere privatamente al Provveditore come compete anche per il passato ». Cfr. A.S.P., *Università*, Sez. B I, 3, 7; Sez. G 5, 156 r-8r; *Osservazioni ecc.*, cit., pp. 453-69. Nè fa meraviglia che nel 1782 Pietro Leopoldo arrivi a sopprimere l'ufficio dell'auditore dello Studio pisano e « incarichi il Provveditore di detta Università di tutte le incumbenze spettanti al detto Auditore »: cfr. A.S.P., *Università*, G 8, *Ordini e negozi*, 633-4.

<sup>(29)</sup> Il CERATI, in un suo scritto del 1738, « *Memoria circa il numero e la qualità delle Cattedre che sono bastanti per la necessità dello Studio di Pisa, circa li requisiti dei Professori ed il loro onorario e circa varie appartenenze e decorazioni dell'Università* », edita da N. CARRANZA in *Monsignor Gaspare Cerati*, cit., app. II, 318-31 (originale in A.S.P., *Università*, A III, 1, fff. 15-25), osserva che « tutti li Professori dell'Università sono ascritti ad alcuno dei tre Collegi che la compongono. Il primo è quello dei Teologi, a cui sogliono essere incorporati, oltre i lettori di tale materia, tutti gli altri Regolari quantunque professino qualche scienza diversa dalla Teologia, il secondo quello dei Giureconsulti e il terzo quello dei Medici e filosofi ». Ogni collegio è predieduto da un priore che dura in carica un mese per quello dei legisti e dei filosofi (tale durata non viene sempre rispettata), quattro per quello dei teologi. Il priore riveste tale ufficio in seguito a sorteggio, ed è l'uscen- te che procede all'estrazione del nome del suo successore.

<sup>(30)</sup> *Statuta*, cit., capp. XLII, XLIII, XLIV. L'anno accademico, come risulta dai « Ruoli dei Professori », conservati all'Archivio di Stato di Firenze, si divide in tre periodi, detti « terzerie », la prima di trenta giorni di lezioni, le altre due di venti giorni di lezioni ciascuna. In base ad esse, i bidelli segnano le lezioni, notando se esse si siano svolte regolarmente o meno. Al principio e alla fine di ogni terzeria incombe agli studenti l'obbligo di « rassegnarsi », cioè di presentarsi dal cancelliere e fare atto di presenza. Sull'ufficio del cancelliere e sugli altri « ufficiali dell'Università » cfr. *Statuta*, cit., capp. XXXII, XXXIII, XXXIV, XXXVII. Gli studenti, pena la decadenza dall'ammissione ai corsi, devono iscriversi e fare la prima rassegna entro la decima lezione della prima terzeria: cfr. A.S.P., *Università*, F. 4, c. 1031; N. CARRANZA, *Monsignor Gaspare Cerati*, cit., 195, nota 65. All'osservanza di tale scadenza si annette grande importanza e l'eventuale relativa dispensa deve essere esplicita; in A.S.F., *Reggenza*, 639, *Carteggio con i Professori dal 1744 al 1751*, c. 35 r, è una missiva del professore Pellegrini, lettore dell'università, il quale richiede, in data 9 dicembre 1750, e quindi oltre i termini, che sia



Ogni anno, ai primi d'autunno, l'auditore e il provveditore presentano al granduca perchè l'approvi il « ruolo » dell'anno accademico che sta per iniziare. Esso è preceduto da una relazione che riguarda l'anno di studio terminato e contiene suggerimenti di carattere didattico e amministrativo, nonchè le proposte per gli stipendi dei docenti e per i loro eventuali aumenti, per le riconferme dei dottori leggenti e del restante personale dell'università<sup>(31)</sup>. Si tratta di una funzione delicatissima, in cui assai ampia è la discrezionalità dell'auditore e del provveditore, specie di quest'ultimo, dato che il primo, per il fatto stesso della sua lontananza da Pisa, si limita, in genere, ad avallare le osservazioni e le proposte del secondo.

Gli scolari si dividono in « locandini » e in « collegiali ». Gli uni frequentano l'università a loro spese, alloggiando in locande o case private, gli altri usufruiscono di posti gratuiti in uno dei collegi universitari pisani<sup>(32)</sup>.

---

ammesso a seguire i corsi di studio un tal Cesare Goretti, del Casentino, lamentando la sua mancata ammissione e adducendo a motivo della richiesta l'impossibilità del tempestivo arrivo dello studente a causa delle strade dissestate per il maltempo. In minuta la risposta: « sia ammesso, essendo giusti i motivi che lo rendono capace di tale facilitate ».

(31) Cfr., ad es., A.S.F., *Reggenza*, 640.

(32) I collegi sono quattro: il più antico è quello di « Sapienza », fondato da Cosimo I, in cui trovano alloggio trentanove convittori, mantenuti dal regio erario; è un collegio nel quale, come si legge nelle « Osservazioni », cit., 574, dovrebbero « senza alcuna spesa essere accettati e essere muniti tutti quelli buoni ingegni che oppressi dalla povertà domestica non potrebbero avere simile aiuto ... », ma in cui, specie verso il termine della dominazione medicea, accedono anche scolari, le cui condizioni economiche prescindono dai requisiti di povertà: cfr., ad es., A.A.P., *Dottorati*, reg. 40, 201 v., 501; reg. 1731-41, 58 v., 32. Un secondo collegio è il « Ferdinando », eretto, nel 1594, da Ferdinando I; esso ospita quarantadue convittori, mantenuti dalle varie « provincie toscane » (cfr. *Osservazioni*, cit., 432). Gli altri due collegi, fondati da privati, sono il « Ricci », riservato a quattro giovani di Montepulciano, eretto nel 1568 dal cardinale Giovanni de' Ricci, arcivescovo di Pisa dal 1567 al 1574, e il « Puteano » originato dalla fondazione disposta, nel 1605, da Carlo Antonio dal Pozzo, arcivescovo pisano dal 1582 al 1607, che ospita sei piemontesi. Un altro collegio, da denominarsi « Vittoriano », intendeva erigere con testamento Vittorio de' Rossi nel 1641, ma poiché il fondo di dotazione non sembrò sufficiente, si attribuirono i beni al collegio di Sapienza: cfr.: A.S.P., *Università*, sez. G 9, 274. Sugli studenti cfr. E. TOMELI, *Gli studenti dell'Università di*

Nel XVIII secolo gli scolari che frequentano l'università pisana e che si laureano sono, per lo più, toscani, in particolare fiorentini e pisani, segno questo di una certa decadenza dello Studio, che non attira più, come per il passato, giovani provenienti d'oltralpe o da altre regioni italiane. Ciò, almeno in parte, è anche la conseguenza di una crisi generale del granducato toscano, invasiato prima, nell'ultima fase della dominazione medicea, in delicati problemi di successione, privo poi, durante il periodo della Reggenza lorenesse, di un vero potere centrale. A ciò si aggiunga, conseguenza soprattutto delle guerre che hanno dilaniato, nella prima metà del secolo, l'Europa, l'aumento del costo della vita <sup>(33)</sup>, che rende precarie le condizioni economiche dei docenti, con riflessi negativi sulla loro attività didattica e scientifica, e fa della pisana una sede poco ambita e poco ricercata dagli studenti non toscani, che, anche a causa delle tendenze protezionistiche proprie dell'epoca, sono indirizzati verso altre università <sup>(34)</sup>.

#### 4. *Primi contatti del granduca con l'università pisana.*

Poco tempo dopo il suo ingresso sulla scena politica toscana, Pietro Leopoldo si preoccupa dello stato dell'Università pisana

---

*Pisa sotto il regime granducale*, Pisa 1976; sui collegi universitari cfr. M. TORRINI, *I collegi universitari di Pisa*, in *Boll. Stor. Pis.*, 1933, 55 s.

<sup>(33)</sup> Ciò è testimoniato, ad es., dal provveditore Cerati: cfr. A.S.P., *Università*, A III, I, f. 22, riportato in N. CARRANZA, *Monsignor Gaspare Cerati*, cit., 327; cfr. per le precarie condizioni dell'università pisana, soprattutto verso la fine della dominazione medicea, *Id.*, *op. ult. cit.*, 201 s., in specie 211.

<sup>(34)</sup> Tale situazione di crisi generalizzata è testimoniata dal Cerati, che, con preoccupazione, interviene più volte verso l'autorità centrale rilevando la necessità di scegliere con maggior discernimento i docenti e di eliminare tutte le altre cause di disordine e di scarso rispetto dei regolamenti, e auspicando un migliore adeguamento al costo della vita delle provvisioni dei lettori, le quali spesso provocano in essi giustificati risentimenti e ne riducono il rendimento didattico (cfr. A.S.P., *Università*, sez. A III, W, f. 22 s.). Anche l'autore delle « Osservazioni », cit., 461-2) nota come si vva abbassato il livello degli studi per « l'aumentata popolazione in Pisa, ed il viver più caro; la moltitudine scolastica che non suole essere molto facoltosa, senz'altro servesi dei suoi diritti, e va più presto e viene più tardi dall'accademia di quello che le sia possibile »; ciò procura « ... dei voti che non si riempiono, con sommo danno della scolastica gioventù e delle buone discipline ».

che, già celebre per i suoi insegnamenti, pare ormai sorpassata e si presenta ai suoi occhi in regresso nei confronti di tante altre università italiane ed europee. Se tra l'ultimo periodo della dominazione medicea, in cui lo studio ha vissuto quasi per inerzia <sup>(35)</sup>, e quello della Reggenza lorenesa, tale regresso si è in parte attenuato dal lato delle strutture, anche per l'intelligente opera svolta da monsignor Cerati <sup>(36)</sup>, esso permane e, anzi, si accentua

---

<sup>(35)</sup> Sotto il granducato del bigotto e abulico Cosimo III (1670-1723), il cui governo coincide con il periodo di maggior decadenza dello stato toscano, l'università pisana segna, infatti, le tappe di una progressiva e sempre più grave involuzione: basti pensare che dal 1717, — anno della morte di monsignor Gaetano Macchiavelli che, come sottolinea il suo successore, monsignor Cerati, nella sua prima « *Relazione* » sull'Università di Pisa, indirizzata a Gian Gastone dei Medici nel 1734 (cfr. A.S.P., *Università*, sez. A III, 1, f. 12, rip. anche in N. CARRANZA, *Monsignor Gaspare Cerati*, cit., 305 s., in part. 317), « languidamente » ha esercitato la funzione di provveditore dello studio —, al 1723, anno in cui il Cerati viene, appunto, chiamato a rivestire tale importante e delicata carica, questa è rimasta vacante per più di sedici anni e le funzioni proprie del provveditore sono state esercitate da un collegio di tre docenti che, in quanto membri di quel corpo accademico che dovrebbero controllare, non hanno certo potuto offrire quelle garanzie di imparzialità necessarie per assicurare un serio controllo all'autorità centrale. Cfr. più ampiamente, CARRANZA, *op. ult. cit.*, pp. 230-3.

<sup>(36)</sup> Va ricordato che durante la reggenza, nonostante la politica d'economia imposta dal Richecourt, presidente del suo organo più importante, il consiglio di finanza, l'università di Pisa si arricchisce della costruzione dell'osservatorio astronomico (su cui cfr. A.S.F., *Reggenza*, 636) e della biblioteca che, aperta nel '42, si accresce, nel venticinquennio successivo, sotto l'attiva direzione del de'Soria, lettore, dal '31 al '67, di logica e filosofia, degli acquisti di varie biblioteche private (cfr. A.S.P., *Università*, *Ordini e negozi*, G 5, cc. 233-39; A. FABBRONI, *Historia*, cit., III, 422; ID., *Frammenti della Storia dell'Università di Pisa*, cit., 85; E. MICHELI, *Storia dell'Università di Pisa*, cit., 14). Monsignor Fabbroni nel 1775 rileva, però, che, pur essendo « la libreria ora in uno stato da poter esser utile alli professori e alli scolari, per il suo necessario aggiornamento necessiterebbe di una dote di almeno 10 scudi annui » (A.S.P., *Università*, sez. G 79, *Zibaldone Fabbroni*, III, ins. non num., f 5 v.). Una condizione, comunque, quella delle strutture universitarie pisane, che farà esprimere un giudizio molto positivo a Pietro Leopoldo (cfr. PIETRO LEOPOLDO D'ABSBURGO LORENA, *Relazioni sul governo della Toscana*, a cura di A. SILVESTRINI, cit., II, 67: la relazione è stesa intorno al 1785), il quale, però, mentre ne rileva la bontà, sottolinea come per il resto « l'università sia ancora nell'istesso sistema e metodo come era 250 anni fa ... Il tempo degli studi è appena 5 mesi dell'anno, le lezioni al più 50 o 60 per i molti giorni di vacanza che vi sono, per il Natale, Carnevale, Pasqua, etc. Le lezioni pubbliche, gli esami per

sotto il profilo del metodo di studio e degli insegnamenti, impartiti spesso, per di più, da docenti tutt'altro che assidui.

Già negli anni della Reggenza, e anche con un certo successo specie ove si consideri il carattere interinale suo proprio, si erano fatti tentativi per rinnovare, dal punto di vista del metodo d'insegnamento, i piani di studio dell'università pisana. Nel 1738 si era ripristinata la cattedra di diritto pubblico, affidandola al Bandiera; l'anno successivo si era introdotta quella di astronomia, affidandola al Perelli, nel '47 quella di algebra, col Caracciolo, nel '48 quella di fisica sperimentale, col Guadagni, nel '57 quella di chimica, col Branchi <sup>(37)</sup>. Nel 1758, venendo con ciò anche incontro a una richiesta avanzata dal provveditore, il consiglio di reggenza aveva disposto l'abolizione « dell'abuso di leggere le lezioni invece di recitarle a memoria » <sup>(38)</sup>. Si era, poi, provveduto, al fine di rendere più difficoltoso e serio il conseguimento della laurea, ad aumentare il numero degli attestati di frequenza alle lezioni, cioè delle fedi»: dal '59 i laureandi in medicina devono esibire anche quella di anatomia <sup>(39)</sup>, quelli in utroque iure, insieme alle altre <sup>(40)</sup>, anche quella di straordinaria canonica <sup>(41)</sup>.

Ma appena il conte di Richecourt, anche per alleggerire gli oneri delle casse universitarie, oberate di debiti, aveva manifestato il

i dottorati sono pure formalità inutili. Più volte » — continua il granduca, lasciando trasparire la sfiducia che nutre nella possibilità di ottenere una positiva partecipazione da parte dei docenti — « S.A.R. ha tentato di rendere le lezioni più utili; ha sentito il parere di vari professori a questo fine, ma sempre inutilmente, non volendo recedere dai loro antichi metodi che credono i più perfetti del mondo, non volendo darsi pena alcuna con gli scolari, parendogli mille anni di andarsene quanto cominciano le vacanze ». Sulla situazione e sulle strutture dell'Università pisana cfr. anche gli appunti del granduca contenuti nella « Relazione sopra l'Università di Pisa » *op. ult. cit.*, I, p. 238 e s.

<sup>(37)</sup> Su tali cattedre e sui relativi lettori, cfr. E. MICHELI, *Storia dell'Università di Pisa*, p. 40 s.

<sup>(38)</sup> A.S.F., *Reggenza*, 635, lettera indirizzata all'auditore dello Studio, Stefano Bartolini, in data 21 ottobre 1758; cfr. N. CARRANZA, *Monsignor Gaspare Cerati*, cit., p. 269 e nota 88.

<sup>(39)</sup> Cfr. *infra*, nota 26. Già nel 1745 si era aumentato il loro numero, con l'aggiungere a quelle già previste dalle « *Ordinazioni circa il modo di dottorare* », quella di logica e metafisica. Cfr.: A.S.P., *Università*, Sez. G 5, *Ordini e negozi*, f. 20 r.

<sup>(40)</sup> A.S.P., *Università*, Sez. G 5, *Ordini e negozi*, f. 155 r.

<sup>(41)</sup> Ivi, 181 r.

proposito di limitare il numero delle cattedre o di abolire i « circoli », attività sussidiarie all'insegnamento <sup>(42)</sup>, era insorto il provveditore, che, mentre manifestava forti perplessità su tali tentativi che avrebbero « alterato » l'università, rilevava come, per richiamare lo Studio all'antico splendore, non tanto v'era bisogno d'innovazioni, quanto, più semplicemente, « di rimediare gli abusi e risanare i languori che ci sono e che sono procurati dal poco buono governo con cui è stata regolata per lo spazio di molti anni » <sup>(43)</sup>. Cattivo governo che aveva condotto a una singolare ri-

---

<sup>(42)</sup> I « circoli », che si sottraggono in dispute tra i professori su argomenti dei loro corsi, erano previsti dagli statuti dell'università, ai capitoli XLV e LII. Tali attività, pur andandosi, man mano, svilendo, contribuiscono, secondo il Cerati (cfr. A.S.P., *Università*, sez. A III, 1, f. 4) a dare un notevole lustro allo Studio pisano, il solo ove si esercitano tali dispute. Contrari ad esse, comportando necessità di emulazione e possibilità di liti e risentimenti nel corpo docente, sono, generalmente i lettori. Cfr., ad es., A.S.F., *Reggenza*, f. 984, ins. 6, *Riforma della Università di Pisa, parte A, Atti delle conferenze tenute nello Studio Fiorentino avanti l'Auditore di S.A.R. nelli Affari dello Studio ed il Provveditore dell'Università di Pisa in esecuzione del Motuproprio del dì 4 Luglio 1767 dell'A.S. e della lettera della Segreteria di Stato del dì 20 Luglio detto*, pp. 45-6, quesito XI: i membri della deputazione (su cui infra, nel testo, e alla nota 46) si dicono contrari ai circoli perchè « si cerca in essi la vittoria anzichè la verità ... il più loquace resta sopra con scapito del più dotto ... simili dispute fomenteranno le divisioni dell'Università ... in Teologia e in Diritto, ove sono innumerevoli le autorità degli scrittori dei testi, non è possibile sostenere con decoro le Argomentazioni ».

<sup>(43)</sup> Lettera del 18 dicembre 1738, indirizzata all'amico abate Antonio Niccolini, rip. in N. CARRANZA, *Monsignor Gaspare Cerati*, cit., p. 236.

La posizione critica del Cerati era forse dettata anche da una certa insofferenza per la politica universitaria della Reggenza, politica caratterizzata, in fondo, da intenti accentratori e dalla volontà di esercitare una notevole ingerenza negli Studio: tappe di questa politica, che anticipa, per certi versi, quella leopoldina, sono, ad es., il trasferimento, nel 1744, della carica di vicerettore (il rettore non era stato eletto, ormai, già dal 1662: cfr. A. FABBRONI, *Historia*, cit., II, pp. 459 s.; III, pp. 673 s.), carica che prima, almeno formalmente, era rivestita da uno studente, in capo ai professori dell'università, che l'avrebbero esercitata per turno (cfr. N. CARRANZA, *op. ult. cit.*, p. 392-3); il trasferimento, direttamente in capo alla Reggenza, dopo la morte, nel 1751, dell'auditore dello Studio Pier Francesco de' Ricci e fino alla nomina nel 1756, del Bertolini, della competenza ad istruire e risolvere tutti gli affari dello Studio pisano (cfr. N. CARRANZA, *op. ult. cit.*, p. 271 e nota 76); l'ordine, infine, impartito nel 1765, poco tempo prima della venuta di Pietro Leopoldo, all'auditore Benedetto Antonio Mormorai, succeduto nel '60 al Bertolini, in base al quale « tutte quell'Opere e fogli interessanti la letteratura

lassatezza della disciplina per gli scolari (44), e che dovrà poi tradursi per i docenti addirittura nella mancanza degli strumenti di ricerca (45).

che avranno per Autori i Professori e Scolari dell'Università di Pisa e vorranno stamparsi in quella città siano, prima che se ne permetti la stampa, rivisti da V.S. ill.ma (cioè dal Mormorai) o da qualche soggetto intelligente e capace da Lei deputato » (A.S.F., *Reggenza*, 636, ins. 4).

Sulla politica universitaria seguita dalla Reggenza e realizzata in massima parte dal Richecourt, esprime un giudizio molto positivo, anche se non del tutto scevro da intonazioni retoriche, STEFANO BERTOLINI, auditore dello studio dal 1756 al 1760 (anno in cui viene chiamato alla direzione superiore del territorio di Siena). Questi, nella « *Relazione sul Ministero del Conte di Richecourt* » (in A. S.F., *fondo Bertolini*, f. 603, ins. non num., 18 r), dopo aver parlato dell'opera meritoria del Richecourt svolta a favore della campagna pisana, specie nel bientinese e nella zona di Bagni, ove l'abolizione delle « manomorte della Misericordia, della Mensa, della Certosa, de Vallombrosani, de Francescani, dell'Abbazia di S. Zeno e dell'ordine di S. Stefano hanno fatto cangiare aspetto a quella parte di Campagna ad essi vicina, prima paludosa e inferma, ora coltivata e sana » e dell'Ordine di S. Stefano, di cui, con la riduzione dei cavalieri (da 60 a 28), con l'affitto delle tenute dell'Ordine e con una notevole politica d'economia, si è risanato il tesoro, sottolinea come per l'università « all'eccesso indebitata ... con un regolato ed insensibile risparmio ebbe il contento di vedere la Cassa non solo libera dai debiti, ma in avanzo. Si è diminuito insensibilmente il numero dei professori. Si sono introdotte nuove cattedre prima mancanti, benchè interessanti ... Si sono abolite le Feste Popolari della scolaresca e quelle contro gli Ebrei ... Tutto ciò ha contribuito alla maggior disciplina e ha accresciuto il numero della scolaresca ... ». E oltre a ciò, nota ancora il Bertolini nella citata relazione e nell'altra « su Pisa e sul suo territorio », del 1758, (cap. XXXIX, 41v-44v, in A.S.F., *ult. cit.*), « ... di più è stata arricchita l'istessa Università di macchine astronomiche e Fisiche, di Museo d'Istoria naturale, è migliorato ed abbellito il Giardino dei Semplici, e si sono lasciati avanzi nella Cassa dell'Università per comprare la Libreria ... ». Sul Bertolini, cfr. G. GIORGETTI, *Stefano Bertolini: l'attività e la cultura di un funzionario toscano del sec. XVIII (1711-1782)*, in *Archivio Storico Italiano*, CIX (1951), p. 87; M. MIRRI, *Profilo di Stefano Bertolini. Un ideale montesqueiano a confronto col programma di riforme leopoldino*, in *Studi di storia pisana e toscana in memoria del prof. Ottorino Bertolini*, in *Boll. Stov. Pis.*, anno XXXIII-XXXV, 1964-1965, pp. 433-68.

(44) A.S.F., *Reggenza*, f. 634, ins. 5, ove diverse lettere del Cerati sull'irrequietezza degli studenti, specie collegiali, spesso al centro di liti con i cittadini e le cui magagne sono a volte — nota il provveditore — riferendosi ai rettori dei collegi — taciute financo da coloro che dovrebbero essere i loro controllori.

(45) A.S.F., *loc. ult. cit.*, ins. 11, ove è una corrispondenza dello stesso Cerati, che denuncia, nel 1753, la scomparsa di molti libri (« ducento pezzi ») della biblioteca che l'Averani aveva lasciato, nel 1745, in legato all'università.

Nel 1767 Pietro Leopoldo incarica una deputazione di professori dello studio pisano del compito di proporre idee e consigli tesi a un rinnovamento degli studi <sup>(46)</sup>.

Il granduca, dunque, « giovane di anni, ma vecchio di mente », come lo definisce il Neri, pur non fissando a priori criteri e attendendo, anzi, che questi vengano posti dai professori della università, più vicini alla realtà culturale e alle esigenze studentesche pisane, si presenta animato dal sentito proposito di rinnovare il sistema degli studi universitari. E, già poco dopo il suo arrivo in Toscana, si mette al lavoro e inizia, in questo come in altri campi, a formare statistiche e abbozzare progetti, fiducioso che le carenze dell'università pisana siano avvertite dalla classe colta formatasi nel seno di un'istituzione da cui escono, oltretutto, collaboratori di Pietro Leopoldo della levatura di Pompeo Neri: il quale appunto interverrà con una memoria sui problemi della stessa.

La deputazione, però, forse anche alquanto scettica sulle intenzioni di un principe, poco più che ventenne, che non ha ancora dato in altri campi piena prova delle sue capacità e timorosa di sconvolgere un'istituzione reggentesi su tradizioni secolari, non avanza, quasi mai, concrete proposte di ristrutturazione del sistema degli studi, adagiandosi in considerazioni che poco hanno a che vedere con gli intenti di Pietro Leopoldo. Già col sottolineare l'opportunità di discutere su ciò che, in base al metodo attuale degli studi, possa promuovere il profitto degli scolari, si coglie l'occasione per rimandare ad un secondo tempo la considerazione dei problemi più generali sul metodo di studio da adottarsi, even-

---

<sup>(46)</sup> Di essa fanno parte, inizialmente, l'auditore Mormorai, il provveditore Cerati e i lettori: P. Cametti, professore di geometria e meccanica, D. Remedelli, teologo scolastico, G. Paribeni e F. Albizzi, canonisti, B. Bianucci ed A. Ostili, professori di fisica, D. Brogiani, professore di logica e anatomia, L. Tosi, professore di diritto civile, L. Guadagni, professore di pandette, T. Perelli, astronomo. Cfr. A.S.F., *Reggenza*, f. 984, ins. 6: « *Riforma dell'Università di Pisa* », parte A. La deputazione viene eletta con motuproprio del 4 luglio 1767: cfr. A.S.F., *Segreteria di Stato, Rescritti di S.A.R., luglio-dicembre 1767*, sotto *Affari risolti da S.A.R. dal dì 4 Luglio al dì 9 Luglio*, n. 1. Sui professori componenti la deputazione, cfr. E. MICHELI, *Storia*, cit., 42 s.

tualmente, nelle varie facoltà (47). Viene individuata, così, tutta una serie di problemi di scarso rilievo ai fini di eventuali riforme del piano degli studi praticati, riforme che, in genere, vengono larvamente osteggiate dal corpo accademico, che in esse vede profilarsi la possibilità della diminuzione di quei privilegi che ha progressivamente conquistato e che non intende perdere.

È sintomatico il fatto che nel « Risultato delle conferenze sopra la Riforma dell'Università di Pisa (48), per quanto riguarda la facoltà giuridica, ad esempio, l'unica proposta di carattere scientifico sia quella dell'istituzione di una cattedra di Ars Notaria (49).

---

(47) A.S.F., *Reggenza*, f. 984 ins. 6 cit., « *Riforma della Università di Pisa*, parte A, cit., 31 s.

(48) A.S.F., *Reggenza*, 984, fasc. 6, parte B, c. 1-19, rip. in appendice.

(49) A.S.F. *Reggenza*, f. 984, fasc. 6, parte B, c. 13, XI, 14; A.S.P., *Affari dell'Università di Pisa*, Sez. B-I-3, c. 8 r. Per tale cattedra le lezioni accademiche dovrebbero, nel pensiero della Deputazione, tendere alla spiegazione e all'apprendimento di quegli argomenti del *corpus iuris* relativi ai contratti e alle convenzioni di più specifico interesse notarile, come l'ipoteca, il pegno, i censi, la dote. Le lezioni domestiche, ad impostazione più marcatamente praticistica, alla spiegazione del Formulario Fiorentino e delle leggi toscane, specie di quelle relative ai fedecomessi, all'ammortamento dei titoli di credito, nonchè ai doveri del notaro. Una cattedra di ars notaria non viene, però, istituita, ma nel regolare la professione notarile con le leggi del 10 Luglio 1771 e del 5 Aprile 1772 (cfr. *Bandi e Ordini*, cit., Firenze, 1776, codice sesto, XX e LVII) si stabilisce che per l'abilitazione al rogito l'aspirante notaro deve « presentare alla Pratica di Firenze la giustificazione di avere studiata la legge per due anni intieri appresso qualche Professore di Istituzioni Civili in Pisa, o in Firenze, e di avere studiato, in oltre, l'Arte Notarile appresso qualche Precettore del Cretido o in Pisa, o in Firenze, riportando le Attestazioni giurate di detti Precettori », mentre per l'abilitazione, oltre che al rogito, anche al Notariato per gli Uffici civili e criminali del Granducato l'aspirante notaro deve, inoltre, « aver studiato per due anni interi a Pisa, e non altrove » e riportare la fede, rilasciata dalla Cancelleria dello Studio, delle rassegne necessarie a provare la permanenza in questa Università, con le attestazioni giurate di un professore di Istituzioni Civili e di un professore di Istituzioni Criminali. Si viene incontro, con ciò almeno in parte alla proposta della Deputazione, che ha richiesto al Granduca di prescrivere « se e per quanto tempo quelli che vogliono iniziarsi al notariato debbano studiare nell'Università di Pisa » (A.S.F., *Reggenza*, f. 984, ins. 6, f. 14, XI). Nel 1778, essendosi istituita una cattedra di Giurisprudenza criminale in Firenze, si derogherà, limitatamente agli aspiranti al « Notariato per gli uffici criminali del Granducato », alla legge del 1771, disponendo la sufficienza di un anno di frequenza presso tale cattedra.



Per il resto la Deputazione non propone alcuna innovazione e solo fissa l'ordine in cui gli studenti dovrebbero seguire, nei vari anni, le lezioni delle diverse discipline.

Non si propone alcuna innovazione sul numero e sull'oggetto delle lezioni accademiche, di cui si fissa solo l'ordine in cui devono impartirsi <sup>(50)</sup>, sul periodo delle vacanze <sup>(51)</sup>, sugli orari delle lezioni pubbliche e private, la cui indicazione si chiede sia lasciata al provveditore « compatibilmente con il comodo dei Professori » <sup>(52)</sup>. Eppure è proprio intorno a questi temi che il granduca vorrebbe avere notizie e ricevere magari suggerimenti per quelle riforme che già vagheggia e cui accennerà, nel 1775, quando rileverà che per rimediare alle carenze dell'università « bisognerebbe rifonderla interamente » <sup>(53)</sup>.

Si formulano, invece, quesiti sull'opportunità o meno dell'accrescimento delle funzioni accademiche <sup>(54)</sup> e si chiede « il mantenimento, ed occorrendo, ancora l'accrescimento dei privilegi e distinzioni con le quali i Sovrani di Toscana hanno decorato la Università di Pisa » <sup>(55)</sup>. Nella seduta del 3 Agosto 1767, la Depu-

---

<sup>(50)</sup> A volte è solo meglio indicato l'oggetto dei corsi esistenti: è il caso delle « geometrie » o delle « filosofie », per le quali si specificano i vari settori su cui verte l'insegnamento (A.S.F., *Reggenza*, F. 984, ins. 6, f. 12, IX-X). Così si propongono solo modifiche formali nell'indicazione delle materie della facoltà medica (A.S.F., *ivi*, 6-7), per la quale, tuttavia si auspica ... ma ciò si rimanda ad altro tempo ..., una diminuzione del numero dei lettori. Alle lezioni accademiche i docenti preferiscono, poi, le domestiche, in pratica non soggette ad alcun controllo dagli organi di governo universitari. A quest'ultime, inoltre, non sono tenuti gli ordinari; a tal proposito si rileva, da parte dell'auditore Mormorai, come sarebbe continuato « l'inconveniente che, dipendendo le lezioni pubbliche dall'arbitrio degli scolari, gli Ordinari avrebbero finito col non compiere il corso dei loro trattati ». La Deputazione è, però, costantemente, per la negativa (cfr. A.S.F., *Reggenza*, F. 984, ins. 6, *parte A*, f. 46 r.

<sup>(51)</sup> Le vacanze coprivano un arco di tempo compreso fra le terzerie e quello compreso fra « l'ascensione e il novembre » (A.S.F., *Reggenza*, F. 984 *cit.*, *parte B*, 2r.

<sup>(52)</sup> A.S.F., *loc. ult. cit.*

<sup>(53)</sup> Cfr. PIETRO LEOPOLDO D'ABSURGO LORENA, *Relazioni sul Governo della Toscana*, a cura di A. SILVESTRINI, *cit.*, I, 236.

<sup>(54)</sup> A.S.F., *Reggenza*, f. 984, f. 6, A), cc. 71 ss.: Repertorio degli Atti della Deputazione per il 1767, quesito IX.

<sup>(55)</sup> A.S.F., f. 984; *loc. ult. cit.*, quesito XIV.

tazione decide di chiedere a Pietro Leopoldo: « 1) il mantenimento di tutti i privilegi che competono ai Professori, per concessione sovrana, dei quali se ne debba umiliare a S.A.R. la nota <sup>(56)</sup>; 2) la remissione delle retenzioni sopra gli stipendi; 3) la Nobiltà personale dei Professori; 4) la delazione di una marca d'onore per i medesimi in tutto il Granducato, come sarebbe una croce, medaglia o altra divisa ». Solo queste sono le richieste da avanzare a Pietro Leopoldo, secondo la Deputazione: nulla invece che modifichi il metodo degli insegnamenti, se non marginalmente, e, soprattutto, nulla che leda i privilegi esistenti, ai quali, anzi, ne andrebbero aggiunti altri <sup>(57)</sup>. Si sottolinea la necessità di non concedere le dispense dal quint'anno agli studenti: ma questo non involge certo problemi di metodo; a ben vedere, non fa che assicurare ai professori una maggiore frequenza alle loro lezioni.

---

<sup>(56)</sup> Della sua redazione sono incaricati, in data 10 Agosto 1767, i professori Tosi, Albizzi, Paribeni, cui si richiede di conferire anche con il professor Maccioni, conoscitore e studioso dei privilegi dell'Università di Pisa.

<sup>(57)</sup> L'Autore delle *Osservazioni*, cit., fornisce l'elenco di tali privilegi: essi si dividono in perfetti ed imperfetti, a seconda che derivino, o meno, direttamente dalla legge (gius comune, statuti e consuetudini): perfetti sono quelli di non poter essere chiamati in giudizio « se prima non è stata impetrata la venia », di essere esonerati dalle tutele e da altri pubblici impieghi, di aver diritto allo stipendio « nel caso dell'impotenza e della vecchiezza », di « poter espellere dalla vicinanza delle loro case le arti rumorose » e « ogni altro strepito che disturbi lo studio, e specialmente il molesto suono delle campane in tempi non convenienti »; di essere esentati dalle gabelle (Stat., l. III, cap. 65) doganali, di avere preferenza sopra tutti gli altri oblatori « per la locazione delle case, dalle quali non si potrà essere sfrattati se non quando il proprietario voglia per suo proprio uso la cosa locata » (Stat., l. III, 65) o « voglia rifabbricarla », o, infine, « quando il conduttore non paghi la pensione convenuta ». La qualità professorale qualifica, insomma la persona, la rende « illustris » e per essa « crea un distinto rango d'onore » (*Osservazioni*, cit., 494).

Fra i privilegi imperfetti, non risultanti da legge, ma che « hanno la loro causa da varie circostanze, in cui essendo costituiti i Professori, possono sperare da S.A.R. qualche Grazia, che suol concedersi sull'esempio di altre concesse ordinariamente » spiccano quelli di potersi assentare dalle lezioni, conservando lo stipendio, « se qualche grave causa lo ricerchi », di « ottenere prestiti e anticipazioni sugli stipendi », di vedersi concedere « la grazia delle sopratratte degli stipendi », di ricevere accrescimenti straordinari di stipendi per i « passaggi da una ad altra cattedra » e per « quei Professori che oltre i doveri della Cattedra lodevolmente siansi impiegati in Benefizio dell'Università » (*Osservazioni*, cit., 523 ss.).

Una visione dei problemi alquanto ridotta, quella della Deputazione che, quasi come contropartita al mantenimento dello *status quo* nell'Università, non esita a suggerire al granduca che « ai Professori, specialmente di Etica, Metafisica, Fisica e Canonici siano date Istruzioni Segrete per loro governo rispetto a tutto ciò che può interessare direttamente o indirettamente la religione o il « Diritto Regio » <sup>(58)</sup>, trovando normale rimettersi alle direttive fissate dall'autorità centrale, rinunciare alla propria visione dei problemi posti dalle varie discipline e assumere una posizione di dipendenza financo intellettuale. Ai Professori della Università manca lo spirito nuovo per profittare della possibilità che Pietro Leopoldo offre loro di contribuire ad attuare una profonda trasformazione dell'ordinamento universitario, manca il coraggio di ribellarsi ai vecchi schemi, alla pigra conservazione di una tradizione gloriosa, ma non più vitale.

Nonostante l'atteggiamento della Deputazione, Pietro Leopoldo non disarma e, negli anni successivi, da una parte affida separatamente a diversi professori, Wan Swieten, Perelli, Neri, Guadagni,

---

(58) A.S.F., *Reggenza*, F. 984, fasc. n. 6, parte B, c. 18. Dal canto suo, l'Auditore, espressione del potere centrale, assumerà, a tal proposito una posizione ancora più rigida, suggerendo che non solo le istruzioni siano segrete, ma anche si ordini « al Provveditore di avere per mezzo dei Bidelli dalli Scolari li scritti che si dettino da alcuni Professori di materie che possano in qualche maniera interessare la vigilanza del Governo » (A.S.F., *Reggenza*, F. 984, cit., c. 30). Ciò servirebbe non solo ad assicurarsi che « non si insegnino cose pericolose, ma anco a vedere se i detti professori nel giro dell'anno scolastico compiono i trattati ».

Per un miglior controllo dei docenti e degli studenti, la cui condotta si vuole moralizzare, e per i quali, a tal fine, il provveditore ha richiesto la cancellazione dal relativo ruolo, l'auditore suggerisce che il provveditore intervenga in Sapienza nei giorni di lezione: la sua presenza impedirebbe i disordini degli scolari, né sarebbe necessario ricorrere alla drastica misura di cancellazione dal ruolo degli scolari turbolenti, stante il rispetto che egli ha diritto di esigere. Il provveditore, Monsignor Fabbroni, insorgerà contro tale suggerimento, in cui vede profilarsi una interferenza da parte dell'auditore nelle proprie funzioni, e si appellerà, — e questa è una caratteristica comune anche a quasi tutti i professori dell'università — a « tutte quelle leggi sovrane e consuetudini, che autorizzano il Provveditore a regolare tutto quello che in qualunque maniera appartiene a funzione accademica, o sia questa pubblica o privata » (A.S.F., *Reggenza*, F. 984, *Fogli diversi relativi alla Riforma dell'Università: Lettera del Provveditore Fabbroni al Granduca del 29 Maggio 1777*, IV.).

il compito di approntare memorie, da sottoporre, oltre che al suo, anche al giudizio del Provveditore e dell'Auditor, intorno alle eventuali modifiche da apportare al sistema degli studi praticato nell'Università pisana <sup>(59)</sup>, dall'altra si mostra interessato alle riforme realizzate, in tal campo, negli altri stati della penisola ed europei.

È in questo intenso lavoro di preparazione e di riflessione che Pietro Leopoldo dà prova di quel procedere lento e graduale e di quella sua impostazione pratica dei problemi, costantemente calata nella ricerca del possibile e tesa alla negazione di intempestive rotture colla realtà vigente: orientamenti pratici, preoccupazioni concrete, problemi tecnico amministrativi sono i motivi che caratterizzano il riformismo leopoldino, anche nel campo culturale, e gli conferiscono un tono moderato alieno da tendenze teoriche e teorizzatrici.

Le memorie del Wan Swieten e del Perelli, articolate entrambe in diverse parti, sottolineano l'opportunità di chiamare a leggere nell'Università professori molto dotti e famosi <sup>(60)</sup>; per il resto,

---

<sup>(59)</sup> Il contenuto di tali memorie ad eccezione di quella del Guadagni, è ricavabile da A.S.P., *Affari dell'Università di Pisa*, Sez. B, I, 2, cc. 3 s., in cui vengono espresse valutazioni su di esse, nonchè sull'attività della Deputazione. L'autore di tali riflessioni, non firmate, potrebbe essere, per l'autorità e la competenza dimostrate, Monsignor Fabbroni. La memoria del Guadagni trovasi in A.S.F., *Gabinetto*, F. 117, ins. 18: essa si limita ad affrontare solo problemi posti dall'insegnamento delle materie giuridiche. Vi si sostiene, con spiccata sensibilità giuridica, la necessità, al fine di un'esatta applicazione delle leggi ai casi pratici, di una trattazione delle varie materie tesa alla proposizione e alla risoluzione di questioni pratiche, « ... poichè le liti per lo più non nascono in quei casi medesimi per appunto, sopra dei quali hanno disposto le leggi, ma nascono bensì ex variis causarum figuris, concorrendovi più e diverse circostanze, onde bisogna saper combinare più leggi e con buon raziocinio dedurne le conseguenze e farne l'applicazione ... », e « la perizia del Giureconsulto non si restringe solamente alla intelligenza delle Leggi, ma di più si estende al sapere applicarle ».

<sup>(60)</sup> « La Repubblica di Venezia — nota il Perelli — ai nostri tempi, oltre ad essersi prevaluta del Vallisnieri Reggiano, e del vivente Morgagni Forlinese, ha chiamato fin dagli Svizzeri a professare le matematiche, l'Ermanno e il Bernulli, e molti anni or sono i Riformatori di Padova volevano presso la loro Università il Malpighi ». In A.S.F., *Gabinetto*, F. 117, ins. 4, è un carteggio che mostra l'interesse del Granduca Pietro Leopoldo a far venire a Firenze il matematico Lagrange, successo ad Eulero all'Accademia delle Scienze di Berlino.

pare sintomatico che mentere lo Swieten, estraneo al mondo accademico pisano, sostiene la necessità di aumentare il numero delle lezioni, il Perelli, lettore dell'Università, si limita a ritenere inopportuna una loro riduzione, con ciò ponendosi nell'ordine di idee proprio della Deputazione, di cui, del resto, anch'egli aveva fatto parte. Una caratteristica di tali memorie, comune a quella, peraltro molto breve del Neri, è, poi, sia l'auspicio di una modifica nelle procedure relative al conferimento del dottorato <sup>(61)</sup>, funzione

---

(61) Il Dottorato è la funzione più importante, lo scopo essenziale di tutta la vita accademica. Nel periodo precedente la venuta di Pietro Leopoldo in Toscana, la materia è regolata, oltre che dagli *Statuti*, anche dalle « *Ordinazioni circa il modo di Dottorare* », disposte dal Granduca Cosimo II dei Medici nel 1610, disposizioni integrative delle norme statuarie del 1543, compilate tenendo conto della prassi e delle consuetudini introdotte nel corso degli anni. Queste disposizioni, i cui originali sono in B.U.P., Ms. 32, ca. 73 ss. e sono riportati con lievi modifiche dal FABBRONI, *op. cit.*, II, 484 ss., regolano, in tutti i particolari, il procedimento di concessione della laurea fissando i requisiti di cui deve essere in possesso il laureando: 1) quinquennio di presenza all'Università (tale quinquennio di presenza, nonostante fosse previsto anche negli *Statti*, - Cap. LVI: « *Quantum Laureandus debat studuisse* » — non costituisce, tuttavia requisito indispensabile e, a volte, per speciale grazia sovrana, è possibile laurearsi in un periodo più breve, quattro anni o anche meno); 2) produzione delle « fedì », cioè di attestati di frequenza e di profitto: « I Legisti — dispongono le citate « *Ordinazioni* » — dovranno produrre le fedì d'haver udito instituta, straordinario, et ordinario civile, et Canonico quando vogliano ancora dottorarsi in Legge canonica. I medici, Logica, pilosopia, et Medicina. I Teologi, Flosfia naturale, Metafisica, et Teologia »; 3) le norme regolanti la « recita dei punti assegnati », cioè l'esposizione e la spiegazione dei temi assegnati. Si prevede anche un esame preliminare per controllare l'idoneità dello studente alla recita dei punti. Superato questo preesame, viene, conferito il diploma di laurea — auctoritate apostolica — dall'Arcivescovo o dal suo Vicario, ove il laureando fosse cattolico (cfr. FEDELI, *I documenti pontifici e l'Università di Pisa*, 1908, 86 ss.), e dal Priore della facoltà prescelta, ove fosse acattolico. Il candidato addottorato in *utroque iure* deve esporre e spiegare il caso assegnatogli con l'« esplicare la continuazione del titolo, farvi le premesse, dirne la divisione, ridurlo in sommario, figurare il caso, addurre la decisione, proporre le ragioni del dubitare, et adotta la ragione della divisione rispondere a dubbi addotti in contrario; et poi soggiungere i notabili et la dichiarazione della glossa », quello al dottorato in medicina e filosofia deve spiegare l'infermità propostagli col « mostrare la continuazione dell'Aphorismo di Hyppocrate assegnato, esplicare la intenzione, e la divisione, et riducendolo in syllogismi esplicare le proportioni e poi addurre i notabili. Parimenti nel punto di filosofia, si doverrà assignare la continuatione del testo Aristotelico, et la divisione et explicata la Intenzione del Filosofo, ridurre il testo in syllogismi e

che, così come la si esplica, è ritenuta ora « comica e inconcludente » (Wan Swieten), ora « piena di formule ridicole » (Neri), sia il rifiuto di una diminuzione degli anni per il conseguimento della laurea, sia l'esclusione di gradi precedenti a questa, come il baccalaureato o la licenza <sup>(62)</sup>.

Pietro Leopoldo dà, contemporaneamente, incarico all'Auditore dello Studio di fornire indicazioni sulla situazione delle altre Uni-

curarne le conclusioni, e le prove, e dedurne i notabili»; il candidato alla laurea in teologia, infine, una volta fatto idoneo alla recita dei punti, dovrà « contenere la continuazione dell'assegnata distinzione del maestro delle sentenze con le precedenti, e dividerla nelle sue parti, et assegnando in ciascuno la sua conclusione, quella explicare, et addurre le prove ».

Dal rapporto esame preliminare-esame definitivo, risulta che il primo sostanzia una prova tendente a valutare il livello di preparazione del candidato, ora tramite un colloquio tra il professore promotente ed il candidato stesso, ora tramite un vero e proprio esame, come nelle scienze teologiche, posto che la teologia è « scienza tanto alta e profonda », da non lasciare il giudizio del candidato alla discrezione del professore promotente, ora, infine, in una prova pratica per i futuri medici, dei quali si vuole conoscere l'effettiva attitudine professionale: il secondo consiste nell'esame vero e proprio, che, stante i canoni scolastici in auge in tal tempo, è preminentemente nozionistico.

Molto critico verso questo modo di conferire il grado dottorale proprio per tale carattere di nozionismo, è Pietro Leopoldo, per il quale (cfr. Pietro Leopoldo, *Relazioni* a cura di A. Salvestrini, cit., I, p. 240) « questa prova si riduce a semplice formalità tanto per i lettori che per li scolari' ed è difficile che non sia tale, onde non è stato mai pensato a migliorare il sistema. I punti per il dottorato — rileva il granduca — sono in numero determinato e da due secoli in qua sempre li stessi; onde qualunque punto sia tratto si trova già dichiarato, risoluto e disteso da altri; senza che costi alcuna fatica al lettore, nè al candidato, se non che rispetto a questo una debole prova di memoria ».

<sup>(62)</sup> Tali titoli accademici intermedi erano previsti dalle Costituzioni di altre università, ad es. da quella di Torino, promulgate da Carlo Emanuele IV nel 1772, tenute presenti successivamente dai collaboratori di Pietro Leopoldo (cfr. A.S.F., *Esteri*, 2359, ins. 1). Anche nell'ateneo pavese, che intorno al 1770 veniva investito dalle riforme promosse da Maria Teresa, sono previsti diversi gradi accademici: per la facoltà legale: licenza, sufficiente per l'esercizio della professione di notaio e causidico; dottorato, necessario per gli uffici giudiziari e amministrativi più elevati e per l'esercizio dell'avvocatura; per la facoltà medica: magistero, sufficiente per i chirurghi; dottorato, necessario per l'esercizio dell'arte medica vera e propria; è sufficiente il magistero anche per la professione di ingegnere e architetto; è sempre necessario il dottorato per i teologi. Sull'università di Pavia, cfr. P. VACCARI, *Storia dell'Università di Pavia*, Pavia, 1976, p. 136 s.

versità, molte delle quali sono investite in quel torno di anni da un vasto movimento di riforme <sup>(63)</sup>.

Nel '71 l'auditore produce al Siminetti, direttore della Segreteria di Stato, il programma degli studi di medicina praticato a Bologna <sup>(64)</sup>, programma sul quale — afferma l'auditore — « intesi i medici più accreditati di questa città », a conferma dell'interesse di Pietro Leopoldo non tanto per la semplice recezione di metodi già formulati ed altrove applicati, quanto per la ricerca e la riflessione sul loro concreto operare.

Poco tempo dopo si richiedono a Torino le costituzioni date alla locale università nel 1772; si fanno venire da Vienna quelle dell'accademia giuseppina medico-chirurgica, che saranno utilizzate per lo statuto dell'ospedale di S. Maria Nuova in Firenze e per il progetto, sempre nella stessa città, di un'Accademia medico-chirurgica <sup>(65)</sup>; da Pavia i piani generali di studio della locale

<sup>(63)</sup> Limitate, in questo primo periodo, le concrete innovazioni per quanto riguarda l'Università, anche se qualcuna merita una menzione particolare, come quella del ripristino, nel 1773, dell'insegnamento del diritto pubblico che, praticato per un anno, il 1726, nell'università pisana, da Pompeo Neri, era stato affidato, dal 1738 al 1766 al senese Francesco Nicola Bandiera, professore di cui fornisce un quadro negativo il FABBRONI (« ... nec doctrina ne ingenio valebat, pene ludibrio erat ipsis discipulis ... », *Historia Academiae Pisanae*, cit., III, p. 363). A tale cattedra è ora chiamato Giovanni Maria Lampredi, professore di istituzioni canoniche dal 1763 al 1773, anno in cui si dedica all'insegnamento del gius pubblico, da lui letto, però, già in privato, fin dal 1769 (cfr. E. MICHELI, *Otoria*, cit., p. 35). Viene anche ripristinata, nel 1776, dopo ben sessantasette anni di vacanza, la cattedra di chirurgia teorica, che viene affidata a Francesco Vacca Berlinghieri (cfr. MICHELI, *Storia*, cit., p. 53).

Dopo le relazioni della deputazione e di quei professori specificamente incaricati dal granduca, fin verso agli anni intorno al 1780 non si formuleranno, in ordine all'università, nuove propste, nè si avvanzeranno nuove richieste da parte di Pietro Leopoldo, impegnato anche, in quegli anni, nello studio di tutta una serie di riforme, dal campo fiscale al giudiziario, dal religioso all'economico, che fanno scivolare in seconda linea i problemi dell'università pisana.

<sup>(64)</sup> A.S.F., *Reggenza*, f. 984, ins. n. 6, *Fogli diversi relativi alla Riforma dell'Università*, La lettera reca la data del 13 luglio 1771.

<sup>(65)</sup> A.S.F., *Gabinetto*, F. 115, ins. 4, ove è il diploma di fondazione e lo Statuto dell'Accademia, destinata « alla soprintendenza dei Medici, Cerusici e Speciali del nostro Stato, autorizzata alla collazione delle matricole o Diplomi di Abilitazione all'esercizio della Medicina, Chirurgica, Farmacia ed Ostetricia per tutti i nostri

università <sup>(66)</sup>, concernenti la sua direzione, la sua disciplina, i suoi insegnamenti.

5. *Incomprensioni fra il mondo accademico e il granduca. Le limitate riforme.*

Qualche anno più tardi Pietro Leopoldo riprende ad interessarsi più da vicino dell'università di Pisa, inserendola anche nel piano generale di riforme del sistema scolastico che da tempo vagheggia, un sistema generale il cui « spirito — osserva Guido Savini, Provveditore dell'università di Siena — sia quello di rendere più semplice la legislazione degli Studi in Toscana, riunendo in un punto di vista tutto ciò che concerne la direzione et allontanando dalle Scuole, quanto più è possibile, la guerra delle opinioni » <sup>(67)</sup>.

L'intento di Pietro Leopoldo sull'università, ora più preciso che non dieci anni prima, è fatto evidente nel Copialettere, pubblicato dal Salvestrini <sup>(68)</sup>: « Per rimediarvi, osserva Pietro Leopoldo, bisognerebbe rifonderla interamente, aumentare il numero delle

---

sudditi, i quali si saranno eletta una tale Professione, come pure per tutti gli Esteri, cui piacesse munirsi di un tal requisito ».

<sup>(66)</sup> A.S.F. *Gabinetto*, F. 117, ins. 3. Particolare influenza hanno sicuramente esercitato, sul granduca toscano, le riforme attuate, intorno agli anni '70, dalla madre Maria Teresa, nell'università di Pavia, culminanti nel « Piano per la direzione, disciplina ed economia », approvato il 31 Ottobre 1771 e nel « Piano scientifico », il quale dovrebbe « servire di scorta e direzione ai Professori per dirigere la pubblica istruzione nelle scienze, in modo che riuscisse più vantaggioso alla gioventù », piano approvato il 4 Novembre 1773 (Testi in « Statuti ed Ordinamenti dell'Università di Pavia dall'anno 1361 al 1859 », Pavia, 1925, 192. Sulle riforme dell'Università di Pavia nella seconda metà del settecento, cfr. B. PERONI, *La riforma dell'Università di Pavia nel settecento*, in *Contributi alla Storia dell'Università di Pavia*, 1925, p. 11 e segg.; ID., *La politica scolastica dei Principi Riformatori in Italia*, in *Nuova Rivista Storica*, 1928, 265 s.; VISCONTI, *L'opera del governo austriaco nella riforma universitaria durante il ventennio 1753-1773*, in *Contributi alla Storia dell'Università di Pavia*, cit., p. 197 s.; VACCARI, *Storia*, cit., p. 147 s.

<sup>(67)</sup> A.S.F., *Esteri*, 2359, ins. 5: Regolamento sopra gli Studi e parere del Provveditore Guido Savini di Siena. Tale regolamento porta la data del 4 Settembre 1780.

<sup>(68)</sup> PIETRO LEOPOLDO D'ABSURGO LORENA, *Relazioni sul governo della Toscana*, cit., I, p. 236.



lezioni, diminuire il tempo delle vacanze, che è eccessivo, montarla sul piede delle Università moderne, abolire i lettori duplicati in diverse scienze, che sono di poca utilità; e andrebbero invece stabilite quelle letture che vi mancano e stabilito il sistema di avere ogni lettura un lettore di grido per accreditare l'Università e di un secondo lettore giovane, che abbia di poco finiti i suoi studi e che serva per ripetere le lezioni del suddetto lettore ai giovani ».

A tal fine Pietro Leopoldo, che ha meditato sulle osservazioni formulate dal Wan Swieten e dal Perelli, recependole in parte, richiede anche al Fabbroni una memoria sull'università pisana, in particolare sul numero dei lettori necessari all'esigenze dello Studio. Dall'esame di tale memoria <sup>(69)</sup>, si riceve l'impressione che il provveditore non si distacchi, nella sostanza, dalle proposte espresse precedentemente dalla Deputazione del '67, (di cui, dopo la morte del Cerati, nel '69, ha fatto anche parte), e da quanto già rilevato in una precedente memoria del '75 <sup>(70)</sup>; la posizione del mondo accademico, impersonato dal Fabbroni, è, ancora, di so-

<sup>(69)</sup> A.S.F., *Segreteria di Gabinetto*, f. 118, fasc. n. 18, ins. 1, *Proposizione di Monsignor Fabbroni sopra l'Università di Pisa ed osservazioni del Segretario Seratti sopra la medesima* ripot. in append. 2 e s.

<sup>(70)</sup> A.S.P., *Università*, sez. G 79, *Zibaldone Fabbroni*, vol. III, ins. non num. Nella memoria, ove esordisce affermando che il granduca può « chiamarsi contentissimo della sua università di Pisa per il merito dei Professori e per il metodo degli studi », il Fabbroni, pur rilevando certe pecche del mondo accademico, come quella, ad es., dei lettori di medicina, che istruiscono privatamente i loro scolari, « e ciò coll'unico fine di assicurare per loro l'emolumento delle lauree », finisce, poi, solo col sottolineare la carenza di certe strutture universitarie, carenze di cui auspica il superamento (« la cattedra di chimica non ha un laboratorio provveduto d'istrumenti necessari e gli assegnamenti per le esperienze sono troppo meschini ... la distinzione non solo di nome, ma che porta seco delle scalità considerevoli, nel collegio legale, di Professori Institutisti, Straordinari e Ordinari ») e col richiedere, « essendo la speranza del premio la sola che guidi gli uomini al bene operare », oltre che « la possibilità di far pratica a Roma per gli scolari che avessero date prove di onestà e di sapere in Pisa », anche, e soprattutto, che i professori più meritevoli siano « eletti a qualcuna delle cariche legali che sono in Firenze e in Siena ». Una posizione, quella del provveditore, di chiusura verso eventuali riforme che trovino se non la fonte, almeno il loro centro di elaborazione all'interno stesso dell'università, le cui manchevolezze sono attribuite, più che altro, a un'insufficiente intervento, dall'esterno, dell'autorità centrale, sul piano della concessione di emolumenti e privilegi.

stanziale chiusura ad innovazioni che incidano sul metodo degli studi e diminuiscano quei privilegi di cui l'università gode. Si preferisce, così, formulare proposte generiche basate su considerazioni vaghe e poco pertinenti agli intenti del granduca. Si pone, più che altro, l'accento sulla « gloria e sul puro lusso letterario » dell'università, in funzione, soprattutto, dei quali si sostiene l'utilità di chiamare ad insegnare, nell'università di Pisa, « Professori non già di mediocre dottrina e di dubbia fama, ma tali che siano al corpo cui appartengono e al sovrano cui servono » (71). Solo da tali docenti gli studenti riceveranno « sicura utilità ». Si rivela, ancora una volta, la preferenza del mondo accademico verso le lezioni domestiche, che dovrebbero esser tenute, però, da tutti i professori, anche dagli ordinari (72): a giustificazione di tale richiesta si nota come le « lezioni private non dipendano dal capriccio degli scolari » e che « in alcune facoltà son così necessarie che rendono poco men che ridicole le pubbliche », il cui numero si chiede sia dimezzato e ridotto a trentacinque. Ciò, oltre tutto, sembra anche contraddire le pretese di « puro lusso letterario e gloria » dell'università, avvertite dal mondo accademico, che, forse più coerentemente, dovrebbe avanzare richieste tese ad un aumento delle le-

(71) A.S.F., *Gabinetto*, fl. 118, fasc. 18, ins. 2, 9.

(72) Per il corpo docente, il Fabbroni sostiene l'opportunità dell'abolizione della distinzione fra professori ordinari e straordinari, qualifiche, queste, attribuite ai docenti in base al corso da loro tenuto (« *lecturae ordinariae et extraordinariae* »). Non è chiaro il significato di questi nomi. Forse il criterio distintivo nasce dai libri che si commentano, o dal luogo, pubblico o privato, dove si insegna. La distinzione fra *lecturae ordinariae* ed *extraordinariae*, cui si riporta, dal Guadagni (A.S.F., *Gabinetto*, f. 117, ins. 18, 1r.), quella dei professori, è, da tale docente, attribuita ad una circostanza pratica, l'essere talune materie trattate « ordinariamente e comunemente in tutte le Università ». La distinzione, che non viene applicata alla facoltà di teologia, indica, comunque, nell'epoca medicea e lorenese, una preminenza almeno economica in capo agli ordinari (sulle condizioni economiche dei professori, cfr. FABBRONI, *Historia*, cit., III, 108 ss., ove si nota come, sotto il profilo economico, specie ai tempi degli ultimi granduchi di casa Medici, i professori versassero in condizione di disagio, nè tali condizioni sono sicuramente migliorate sotto la reggenza lorenese). La distinzione fra ordinari e straordinari, che sul piano degli insegnamenti ha già perduto nel periodo mediceo d'importanza, ed è solo il simbolo di tradizioni conservate, viene mantenuta, nonostante l'opinione contraria del mondo accademico, nel Progetto Generale delle Scuole pubbliche dal Granducato, da Pietro Leopoldo, soprattutto per ragioni economiche.

zioni accademiche (73). È quanto si oppone dal segretario di Gabinetto, Seratti, espressione della autorità centrale, preoccupata di attirare e di organizzare, quanto più possibile, entro l'orbita delle direttive granducali, l'istituto universitario; si sottolinea, a Firenze, criticando i suggerimenti del Fabbroni, come anche le proposte più tecniche, tese all'istituzione di nuove cattedre, e, quindi, all'aumento dei lettori, per insegnamenti, però, certo non rispondenti pienamente ai bisogni di una società che, nel corso del secolo diciottesimo, ha visto, in tutti i campi del sapere, profondamente mutare ed arricchire se stessa, si traducano, più che altro, in un appesantimento gratuito del corso degli studi (74). Il vero problema, si sottolinea a Firenze (75), è che nell'università vi « resta molta dell'antica polvere da cui potrebbe scuotersi ». Da parte

---

(73) Va, però, rilevato che, dalle testimonianze dei Professori e dei Provveditori, la gioventù studentesca è spesso arbitra delle lezioni tenute in Sapienza; al che si intende in vari modi porre rimedio, o coll'aumentare le lezioni domestiche, a scapito delle pubbliche, o col cancellare, nei casi più gravi, dal ruolo degli studenti i soggetti più turbolenti (sono queste le proposte del mondo accademico) o coll'aumentare le funzioni di polizia degli organi preposti al governo della Università (è questa la linea tenuta dal governo granducale). Pietro Leopoldo si dimostra sempre interessato alla moralizzazione dell'ambiente universitario, moralizzazione che si intende attuare, soprattutto con riferimento agli studenti dei collegi, di cui, nel Progetto Generale dell'educazione, si modificherà la procedura d'accesso, attraverso un sistema di severi controlli « sulla condotta e capacità d'ognuno e quello che promette (cfr. Pietro Leopoldo. Relazioni, cit., II, 321), che, sotto forma di note da inviare all'auditore, possa fornire, per tutti gli studenti, informazioni sulla loro condotta, l'assiduità agli studi, la loro condizione sociale (cfr. A.S.F., *Gabinetto*, f. 117, ins. 18; fogli sparsi, contenenti informazioni sugli studenti del collegio di Sapienza, raccolte per l'anno accademico 1782-83, dal suo rettore, il professore Cesare Malanima.

(74) Così, ad esempio, per la facoltà giuridica, si criticano le proposte del Fabbroni di istituire due nuove cattedre, una per l'interpretazione del Codice, l'altra per quella del Decreto, rilevandone la superfluità, della prima dovendo il lettore delle Pandette « per necessità discendere anco all'interpretazione del Codice nell'indicare le leggi di questo che derogano o aggiungono alle prime », della seconda in quanto il suo lettore sarebbe stato costretto ad interpretare, del Decreto, « anco tutto quello che non sussiste, a differenza dell'Istitutista e dell'ordinario che presciegliè quei soli canoni che son conformi alla retta ragione, e sono riconosciuti per autentici » (A.S.F., *Gabinetto*, f. 118, fasc. 18, ins. 1, cc. 2, 3. La memoria è del dicembre 1782).

(75) A.S.F., *loc. ult. cit.*, cc. 5 ss.

del provveditore si avanza sì qualche richiesta fondata, quella, ad esempio, di eliminare, nella facoltà teologica, le lezioni di fisica, a stampo aristotelico, che poca utilità possano ormai apportare a tali studi. Ma, — e questo si rimprovera al Fabbroni, che suggerisce « minute prescrizioni adattate alle piccole scuole, e non ad una Università » — che dire dei punti che si assegnano alle lauree, « immutabili da duecento anni in quà » per il dottorato in utroque, di quelli tratti dai testi aristotelici, per il dottorato in filosofia, o di quelli tratti dai testi di Ippocrate per il dottorato in medicina? Non sarebbe forse più utile proporre la soluzione di problemi più moderni e più consoni allo stato di avanzamento di ciascuna scienza? « Si risveglierebbe tra gli scolari e i lettori il punto d'onore, ed una qualche emulazione, e delle produzioni che ne venissero molto vi sarebbe di mediocre, e qualcosa di buono » (76).

Ma la posizione del mondo accademico è restia di fronte ad innovazioni che vadano al di là di un mero riconoscimento normativo della realtà universitaria esistente, con i suoi istituti e le sue tradizioni più o meno sclerotizzate, e a fonti diverse ed estranee all'università pisana dovrà ricorrere Pietro Leopoldo, venendo quasi meno al suo solito modo di procedere sulla via delle riforme, per ricevere consigli e suggerimenti circa i modi di intervenire sull'università e, più in generale, su tutto il sistema scolastico toscano. Una posizione, quella del mondo accademico, che Pietro Leopoldo così riassume, poco prima di partire definitivamente per Vienna, ove cingerà la corona imperiale, nel suo Copialettere (77): « Fierissima opposizione e rumori suscitati da tutti i lettori che dubitavano di dover durare maggiore fatica ed applicarsi di più fece sempre svanire ogni proposizione e l'unica cosa fu di abolire i privilegi e gli abusi degli scolari ». Amara considerazione per quell'Università che ha attratto l'attenzione del principe, ma che si è, sostanzialmente, mostrata inadeguata a farsi centro di elaborazione e di sviluppo dei principi illuministici, presenti, anche se mai apertamente affermati o imposti, nel suo spirito. Un'università rivela insensibile ai problemi di una cultura vista in funzione di una rinnovazione, cauta e graduale, ma profonda, dello Stato

(76) A.S.F., *loc. ult. cit.*, c. 7.

(77) Cfr. PIETRO LEOPOLDO D'ABSURGO LORENA, *Relazioni*, cit., II, 236.

e della vita civile; sorda ai principi e ideali di cui essa è, piuttosto, proclive a diluire la carica di rottura illuministica.

Dei piani di rinnovamento dell'Università pisana vedono così la luce solo provvedimenti che, lungi dal realizzare i propositi di Pietro Leopoldo, regolano solo particolari aspetti, sebbene a volte anche di una certa importanza, della vita universitaria.

Nel dicembre dell'86 è emanato un regolamento in merito al conferimento del dottorato <sup>(78)</sup>: il provvedimento, dettato per regolare un limitato momento della vita universitaria, riesce, tuttavia, a mostrare lo zelo adoperato dal granduca nonchè lo scrupolo con cui, operando in modo da non intaccare se non minimamente i privilegi del mondo accademico <sup>(79)</sup>, Pietro Leopoldo traduce in provvedimenti concreti le sue idee sull'istruzione dei giovani.

Punto nodale di tale riforma è la sostituzione di un esame alla recita dei « puncta ». Si tenta di superare l'antica impostazione erudita e nozionistica degli studi col dare ad essi un indirizzo più rigorosamente scientifico, e tale intento si cerca di realizzare col cominciare a rendere più seria ed impegnativa la prova per il con-

<sup>(78)</sup> *Regolamento per la funzione accademica del Dottorato*, in *Osservazioni*, ecc., appendice a stampa; A.A.P., *Dottorati*, Reg. 44, c. 4 e s. Tale registro contiene i dottorati conferiti dopo l'emanazione del Regolamento suddetto fino al 1810.

<sup>(79)</sup> Pare sintomatica di ciò, ad esempio, la circostanza che il granduca, nel dettare il nuovo regolamento sul conferimento del dottorato, avendo disposto la diminuzione degli emolumenti percepiti anteriormente dai lettori, in modo da essere per questi indifferente il partecipare ad un numero minore o maggiore di dottorati (si noti che, per assicurarsi le propine di laurea, molti docenti, specie nella facoltà medica, istruivano privatamente i giovani, disertando le lezioni pubbliche, circostanze rilevate anche dal Fabbroni e criticate come « fonti di molti mali », A.S.P., *Università*, Sez. G 9, 79; *Zibaldone Fabbroni*, Vol. III, ins. non num., 2r.), si preoccupi dell'eventualità che essi possano non accettare tali innovazioni e non volere, perciò, « l'imbarazzo di fare le orazioni o dissertazioni » che accompagnano il conferimento della laurea, disponendo che, in tal caso, essi possano, addirittura, astenersi dal partecipare alla relativa funzione. È la posizione di un Principe che pur avendo in animo di innovare, in qualche punto, le vecchie norme regolanti un'istituzione secolare, è restio ad imporre dall'alto e a far accettare, tout court, le proprie, determinazioni. E diversi lettori, specie nella facoltà medica, quasi polemicamente, si varranno di tale disposizione e rifiuteranno di partecipare alla funzione del dottorato (cfr. A.S.P., *Università*, Sez. G 9, cc. 142 r, 142 v., 143 v.).

seguimento del grado dottorale <sup>(80)</sup>. Mentre nel sistema precedente l'esame preliminare — fatta eccezione per la teologia, facoltà in cui, comunque, esiguo è il numero degli studenti —, o mancava del tutto, come nel caso del dottorato in medicina e filosofia, o si riduceva ad un colloquio con un solo professore che, scelto dal candidato, proponeva poi questo alla recita dei punti; nel nuovo sistema, che inizia ad essere operante nell'anno accademico 1786-'87, all'espletamento di tale esame, che deve essere « rigoroso » <sup>(81)</sup>, provvedono almeno cinque professori del collegio legale o di quello medico-filosofico, almeno tre del collegio teologico, a seconda delle facoltà scelta dal candidato. Questi, per essere « approvato », dovrà dare prova « fintantochè il Collegio non sia soddisfatto dell'abilità del Postulante » delle sue conoscenze specifiche sulla teologia dogmatica e morale, se laureando in teologia; sulle istituzioni civili e canoniche, se laureando in utroque iure; sulla medicina e la fisica, infine, se laureando in filosofia e medicina. Sono tenuti all'esame, « dovendo il dottorato essere un riscontro nonequivoco del merito di chi lo consegue » <sup>(82)</sup>, anche gli studenti che non hanno studiato nell'Università di Pisa e che vogliano conseguire in essa il grado dottorale. Sono da esso esclusi solo quelli che aspirano a ricoprire le cattedre di letture straordinarie, se risultati « eletti » a tal compito, a seguito di esame da parte del Collegio di appartenenza <sup>(83)</sup>.

« La laurea dottorale deve essere una prova più sicura dell'applicazione e del profitto de' Giovani negli studi », dichiara Pietro Leopoldo, disponendo che il candidato, una volta approvato, possa senz'altro chiedere al Provveditore di conseguire il grado dottorale <sup>(84)</sup>. Viene aumentato il numero delle materie qualificanti,

<sup>(80)</sup> Anche per l'Università senese, nel successivo anno accademico, sarà dettato per il conseguimento del dottorato, un regolamento, che ricalca quello precedentemente dettato per lo Studio pisano (A.S.P., *Università*, Sez. G 9, cc. 302 ss.).

<sup>(81)</sup> *Regolamento per la fusione accademica del dottorato*, cit., 2, V.

<sup>(82)</sup> Ivi, 7 XVIII.

<sup>(83)</sup> Ivi, 7, XIX.

<sup>(84)</sup> Come per il passato la laurea viene conferita dall'Arcivescovo o dal suo vicario, dopo che il candidato ha fatto, nelle mani del cancelliere arcivescovile, la « professione di fede », tralasciando, però, « il giuramento di fedeltà e di obbedienza a S.A.R., che prima si faceva, e che si riguarda come ingiusto rispetto ai

con frequenza obbligatoria: per la laurea in giurisprudenza sono necessarie, ora, anche diritto pubblico e istituzioni criminali, a garanzia di un'effettiva preparazione dello studente nei vari campi del diritto. Per la laurea in medicina e filosofia sono necessarie, in aggiunta alle precedenti, ma con l'esclusione della logica, anatomia <sup>(85)</sup>, chimica e fisica. Si intende dare, con ciò stesso, alle facoltà scientifiche un indirizzo rigorosamente tecnico. Per la teologia non più filosofia naturale, legata al vecchio sapere filosofico di stampo scolastico, ma, in aggiunta alle precedenti, storia ecclesiastica. Il nuovo regolamento sul conferimento dei dottorati è, nel pensiero di Pietro Leopoldo, uno dei primi concreti passi nella via della ristrutturazione dell'università pisana.

Nello stesso torno di anni, il Granduca continua a chiedere suggerimenti e a collezionare memorie ed osservazioni sui problemi dell'università pisana.

È del 1788 una memoria sulla situazione universitaria toscana, in particolare sulla pisana, del professore illuminista tedesco Augusto Guglielmo Zimmermann <sup>(86)</sup>, consigliere del Braunschweig,

---

non sudditi, e come inutile, e non inducente alcun nuovo legame rispetto ai sudditi » (*Regolamento*, cit., 2, VIII).

<sup>(85)</sup> Relativamente alla produzione di tale fede, Pietro Leopoldo ribadisce quanto già stabilito dal Consiglio di reggenza con ordine del 1759: cfr. A.S.P., *Università*, sez. G, 5; *Ordini e negozi*, 155 r., cit. alla nota 6) del precedente paragrafo.

<sup>(86)</sup> A.S.G., *Segreteria di Gabinetto*, f. 117, ins. 11, « *Proposizione del Professore Zimmermann sull'Università di Pisa e suoi Studi* ».

Lo Zimmermann (1743-1815) noto matematico, fisico, naturalista, antropologo e geografo, dopo aver studiato nelle università di Halle, Berlino, ove è allievo di Eulero, e di Gottinga, insegna matematiche superiori nel Collegio Carolino del Braunschweig e dedica vari anni della sua vita a visitare diversi stati europei per approfondire le sue conoscenze naturalistiche e geografiche nonchè per condurre studi statistici e di politica economica. Attorno al 1770 si reca in Svezia, Danimarca, Lituania e Russia, ove poi rifiuterà di tornare nel 1786, quando vi sarà chiamato per diventare membro dell'Accademia Russa delle Scienze di San Pietroburgo. È socio onorario di diverse accademie, a Bologna, Gottinga, Londra. Lo Zimmermann, studioso molto stimato anche da celebri scienziati, come Federico C. Gauss, viene a Firenze durante un viaggio della durata di due anni, iniziato in Inghilterra, continuato in Francia, Germania, Svizzera e che lo porta, infine, in Italia, prima in Toscana e poi a Napoli, viaggio durante il quale egli dedica la sua attenzione, oltre che alla geografia dei vari Paesi, anche alla fondazione e al funzionamento di università e accademie (cfr. A. WANDRUSZKA, *Leopold II*,

studioso noto anche internazionalmente. Questi, venuto a Firenze al termine di un viaggio condotto in vari stati europei, durante il quale si era occupato anche del funzionamento di diverse università

---

cit., II, p. 156 s., il quale riporta anche qualche passo della « *Proposizione* », citata. Cfr. pure *Allgemeine Deutsche Biographie*, Leipzig, 1875-1912, Vol. 45, p. 256 s. Pietro Leopoldo dà l'incarico a questo studioso di redigere una memoria sulle università toscane, in particolare su quella di Pisa, e di fare delle proposte per il suo perfezionamento e potenziamento. Tale memoria, risentendo forse della brevità di tempo in cui viene stesa, circostanza di cui anche l'Autore si lamenta, contiene delle imprecisioni sulla situazione universitaria pisana, specie in relazione alla parte relativa al piano degli studi suggerito, il quale, a volte, non tiene conto di insegnamenti che, magari sotto altro nome, sono già praticati nell'ateneo pisano. Il piano di studi suggerito dallo Zimmermann si caratterizza, peraltro, per l'elevato numero di insegnamenti che l'Autore, specie nel campo scientifico, suggerisce con visione tanto moderna da non poter essere accolta se non in minima parte da Pietro Leopoldo, che mai persegue l'intento di modifiche radicali per l'università pisana. Si sottolinea l'importanza, nella facoltà teologica, degli insegnamenti catechistici, che non si vuole siano retaggio solo delle lezioni seminariali, spesso ignote alle autorità statali. Si suggerisce, per la facoltà giuridica, l'introduzione degli insegnamenti di storia del diritto, di politica e scienza dello stato, del diritto toscano, che si sarebbe dovuto comparare con quello degli stati circostanti, di medicina forense, così che « il giudice non dipenda, nello studio legale di persone ferite o uccise ... solo da quanto gli viene detto dal medico o dal chirurgo, ma sia lui stesso in grado di giudicare (*Proposizione*, cit., 12 r), di matematica, che « ha importanza grande ... nella descrizione delle divisioni e delle interursorie » (*Proposizione*, cit., 12 r). Per la facoltà di medicina si sottolinea l'importanza di discipline ignote nell'ateneo pisano, quali la farmaceutica, l'ostetricia, insegnamenti che Pietro Leopoldo prevederà nel citato Regolamento, la fisiologia, l'anatomia comparata. E si suggerisce la creazione di insegnamenti in qualche modo collegati all'università, come la medicina veterinaria, l'agrimensura, l'architettura, corsi di estetica, di nautica ecc. Una visione, dunque, forse in notevole anticipo sui tempi e sulla mentalità accademica pisana, che tiene conto, però, dei progressi compiuti dalle varie scienze nello scorcio del diciottesimo secolo, e che, in parte, a Pisa, sarà tradotta in pratica mezzo secolo più tardi, con le riforme di cui l'università sarà oggetto, sotto Leopoldo II. Nel 1840 l'università di Pisa sarà costituita, infatti, dalle sei facoltà di teologia, giurisprudenza, filosofia e filologia, medicina e chirurgia, scienze matematiche, scienze fisiche e naturali, facoltà comprendenti, in tutto, quarantesei cattedre. Nella facoltà giuridica vengono introdotti nuovi insegnamenti: economia sociale, diritto toscano e commerciale, storia e filosofia del diritto. Alla facoltà di filosofia e filologia si aggiungerà, nel 1841, quella di storia della filosofia, a quella di scienze naturali quella di agraria e pastorizia. Sull'opera riformatrice di Leopoldo II, cfr. BALDASSERONI, *Leopoldo II, Granduca di Toscana, e i suoi tempi*, Firenze, 1871, p. 136 s.



ed accademie, prendendo spunto dalla favorevole situazione in cui, a suo avviso, la Toscana si trova per l'incremento e la diffusione degli studi, anche per la tranquillità politica in essa regnante, auspica, per una migliore loro organizzazione, l'incorporazione della università senese nella pisana <sup>(87)</sup> e l'aumento del numero delle cattedre di questa ultima, con l'introduzione di nuove discipline nelle sue varie facoltà.

Di alcuni suggerimenti dello Zimmermann Pietro Leopoldo tiene conto, accogliendoli nel « Regolamento generale delle scuole pubbliche del Granducato » redatto esso pure nel 1788: tra questi, particolare rilievo assume quello relativo all'istituzione delle cattedre di storia patria e geografia, che dovrebbero contribuire, nel pensiero del granduca, alla formazione della cattedra di storia nazionale, disciplina molto ampia e importante, che « tratterà specialmente degli affari civili e politici, avvertirà le cause dello ingrandimento e della decadenza delle arti e delle scienze, parlerà degli uomini illustri che in essa son fioriti. Del commercio interno ed esterno: e qui avrà luogo di fare le opportune riflessioni sopra l'economia pubblica » <sup>(88)</sup>.

---

<sup>(87)</sup> Si suggerisce Pisa come sede più adatta all'accoglimento degli studenti, per essere tale città ubicata in posizione geografica particolarmente favorevole e fornita di uno Studio già ricco di attrezzature tecniche. Un concentramento delle università, al fine di una migliore organizzazione degli studi e di un miglior controllo della condotta dei lettori e degli studenti è, probabilmente, anche vagheggiato da Pietro Leopoldo che, ad es., nel 1784, ha soppresso lo Studio fiorentino: A.S.P., *Università, Ordini e negozi*, sez. G 8, cc. 692-4: sono lettori nello studio fiorentino in quell'anno: Antonio Filippo Montelatici, Fiovanni Ottaviano Targioni Tozzetti, Francesco Bucelli, Giuseppe Moretti, Giuseppe Sardiiani; a questi si aggiungono quei lettori « addetti allo studio di Pisa, ma che leggono in Firenze »: Pietro Ferroni e Alessandro Bicchierai. Questi lettori, in base alle loro specifiche competenze, continuano ad insegnare o nelle accademie di Firenze, specie nella « Fiorentina », o in quella dei « Georgofili », della cui attività negli anni immediatamente precedenti si è preoccupato il granduca e alle quali, anche nel citato « *Regolamento generale* », vengono attribuite diverse mansioni (v. infra), o nell'ospedale di S. Maria Nuova, ove come negli altri di Siena, Pisa e Pistoia si dispone l'istituzione degli insegnamenti pratici della facoltà medica (cfr. *Regolamento generale ecc.*, cit., 10 v, 11 r.).

<sup>(88)</sup> A.S.F., f. 117 (40), *Filza sopra le scuole*, 1788, ins. 1, *Regolamento generale*, cit., f. 4 r.

Pietro Leopoldo farà suoi, altresì, i rilievi dello Zimmermann sull'esiguità del numero delle lezioni, imponendo che « nella mattina seguente del 2 novembre si darà principio alle lezioni che dovranno proseguire fino al quindici di luglio »<sup>(89)</sup> e abolendo buona parte delle vacanze di cui godevano professori e studenti nel corso dell'anno accademico.

Nel progetto di regolamento generale per le scuole granducali confluiranno anche i consigli di altri collaboratori del granduca<sup>(90)</sup>, che, sul finire del 1788, ha abbozzato, almeno nelle sue linee maestre, un piano completo e organico di riforme del sistema scolastico toscano.

#### 6. *Il « Regolamento generale per tutte le scuole pubbliche del Granducato ».*

Punto nodale del progetto del regolamento generale scolastico è l'istituzione, in Firenze, di un soprintendente generale, di cui si disciplinano le attribuzioni e il cui compito principale consiste nelle « fissare un metodo uniforme di studi »<sup>(91)</sup> e nel prescrivere i libri e gli autori che di anno in anno debbono leggersi nelle varie scuole.

Il governo centrale si riserva il controllo sul metodo e sulla natura delle dottrine insegnate: si abolisce il sistema di dettare le

<sup>(89)</sup> Ivi, ff. 5 r e 5 v.

<sup>(90)</sup> Nell'ultimo periodo di permanenza di Pietro Leopoldo in Toscana, collabora alla formazione dei piani di riforma del sistema scolastico Antonio Longinelli, canonista e teologo, seguace del Ricci e simpatizzante della politica giurisdizionalistica e anticuriale leopoldina. Molto stimato dal granduca, subentra, nel 1772, all'abate Pietro Cinganelli nella direzione del collegio eugeniano, carica che regge fino al 1783, anno in cui viene eletto professore di eloquenza e retorica nella Regia Scuola Leopoldina di Firenze, che ha preso il posto dell'istituto fino ad allora retto dai PP. Barnabiti. Nel 1785 è canonico della primaziale, dignità che tiene fino alla morte, avvenuta il 9 aprile del 1800. Cfr., sul Longinelli, G. PREZZINER, *Storia del Pubblico studio e delle società scientifiche e letterarie di Firenze*, Firenze, 1810, rist. anast. Bologna 1975, II, 1, VI, pp. 204-5, 208. A cura del Longinelli è steso il progetto sulle scuole pubbliche del granducato, e suoi sono i suggerimenti che seguono il piano stesso. Cfr. A.S.F., *Gabinetto*, 117 (40), *Filza sopra le scuole* (1788), ins. 1, *Regolamento generale*, cit., ff. 13 r., 17 r. Tale progetto reca la data del 23 settembre 1788.

<sup>(91)</sup> A.S.F., f. 117, *Filza scuole, Regolamento generale*, cit., 1 v.

lezioni e vi si sostituisce la spiegazione di libri di testo che, ove affrontino materie ecclesiastiche o giurisdizionali, devono essere approvati dal soprintendente, che deve « invigilare che non s'insegnino cose contrarie alla sana dottrina e ai diritti della sovranità » <sup>(92)</sup>.

La nomina dei professori di ogni ordine e grado continua ad essere riservata al granduca, su designazione del soprintendente che, per tramite della Segreteria di Stato, deve tenerlo informato del generale andamento del sistema scolastico e proporgli « tutti quei mezzi che possono maggiormente contribuire all'avanzamento dello studio, alla estirpazione degli abusi che si fossero per avventura introdotti nelle pubbliche scuole » <sup>(93)</sup>.

L'ufficio del soprintendente generale rappresenta il vertice di un apparato di controllo articolato, alla base, da un lato, attraverso i soprintendenti locali, ecclesiastici, il cui compito è, a un tempo, quello di fare eseguire e controllare l'attuazione delle istruzioni trasmesse dal sovrintendente generale e quello di vigilare sull'attività degli insegnanti e sul profitto degli studenti, i più esperti dei quali si vuole siano segnalati all'autorità centrale; dall'altro attraverso i vicari regi che, parallelamente ai soprintendenti locali, devono tenere informato il Presidente del Buon Governo « sulle medesime cose » <sup>(94)</sup> di cui vien fatto carico ai Soprintendenti locali.

Un sistema di controllo che, anche per essere fin troppo articolato, vale a dimostrare, attraverso la cura posta da Pietro Leopoldo nella creazione e nella preparazione di una burocrazia attenta all'andamento del sistema scolastico, da una parte lo zelo pedagogico che anima il granduca quando tenta di risolvere i problemi del vigente sistema scolastico, dall'altra una marcata rivendicazione, in capo all'autorità centrale, della direzione di quel delicato settore della vita pubblica rappresentato dall'istruzione. Ciò si realizza attraverso gli estesi poteri attribuiti ai soprintendenti, le cui assegnazioni non rappresentano per il granduca, aperto sì alle nuove idee della filosofia dei lumi, ma pur sempre espo-

---

<sup>(92)</sup> Ivi, 2 r.

<sup>(93)</sup> Ivi, 2 r.

<sup>(94)</sup> Ivi, 3 r.

nente dell'ancien régime, solo un tentativo per controllare l'opera e la disciplina di docenti e studenti, ma anche il mezzo per riservarsi l'effettiva guida delle istituzioni scolastiche.

Per quanto attiene, più specificamente, all'università pisana, nel disciplinare l'insegnamento nelle varie facoltà, si fissa il tempo in cui i professori debbono tenere le loro lezioni e quello complessivo entro cui son tenuti a dare i loro corsi: la giustificazione ne è che ora « accade che alcuni o danno ogni anno quasi gli stessi trattati, o non terminano giammai il corso o lo terminano in un lungo corso di anni, di guisa che i giovani nei quattro o cinque anni che studiano nelle università non hanno che pochissimi trattati » <sup>(95)</sup>.

Si vuole che sia ampliato il numero delle discipline, ristrutturando i vecchi insegnamenti e prevedendo, accanto alle vecchie cattedre, quelle di chirurgia ed ostetricia, di chimica farmaceutica, di meccanica ed idraulica, di storia nazionale e geografia. Ma perchè la riforma dia i suoi frutti, occorre che le lezioni siano regolarmente tenute e frequentate dagli studenti: ci si preoccupa, allora, di disciplinare minutamente la lezione, che deve essere, a un tempo, spesa « nel dettare, nello spiegare e nel far ripetere ai giovani in dettaglio la lezione del giorno antecedente » <sup>(96)</sup>, al fine di avere un immediato riscontro della preparazione degli studenti. Le lezioni vengono, come già notato, aumentate, e si aboliscono le domestiche, delle quali preoccupava che dipendessero solo dalla volontà degli insegnanti e soprattutto che sfuggissero al controllo dell'autorità di governo. Si ribadisce la necessità, per il conseguimento del dottorato, dell'esame preventivo, che, però, si cerca di rendere più difficile e meno influenzabile da possibilità di previe intese tra professori ed esaminando, col disporre l'estrazione a sorte degli argomenti, tratti dalle materie su cui deve vertere l'esame <sup>(97)</sup>.

Ma si può superare una prova seria e difficoltosa per il conseguimento del dottorato solo se il precedente corso di studi sarà stato seguito con diligenza e passione dagli studenti, di cui, allora, si cerca di stimolare il senso di emulazione e la preparazione tecnica, con promesse di premio per coloro che meglio avranno meritato

---

<sup>(95)</sup> Ivi, 14 r.

<sup>(96)</sup> Ivi, 5 r.

<sup>(97)</sup> Ivi, 7 v.

per operosità e titoli scientifici <sup>(98)</sup>. La loro preparazione tecnica non si realizza, poi, solo con gli studi universitari; questi devono essere un complemento di nozioni ricevute nelle scuole precedenti; di qui la necessità di disciplinare i titoli di ammissione all'università, col fissare le materie da insegnarsi nelle scuole medie e maggiori, materie i cui principi devono essere conosciuti dai futuri studenti universitari.

Nelle scuole medie si impartiscono, nel sistema vagheggiato da Pietro Leopoldo, lezioni di grammatica, umanità e retorica; nelle maggiori, lezioni di filosofia, matematica, morale <sup>(99)</sup>. Per queste scuole, oltre che per le « minori, di leggere, scrivere e d'abaco » si ribadisce, riprendendo una costante idea del granduca, la possibilità di avvalersi degli ecclesiastici per l'insegnamento, purchè essi non disperdano il loro tempo in noiosi ed inutili esercizi e pratiche di culto, ma impieghino « il tempo che avanza alla soddisfazione dei doveri parrocchiali » all'istruzione dei loro fedeli, « ufficio di carità » questo, « così analogo al loro ministero che gli consacra tutti al vantaggio non solo spirituale, ma anche temporale de' Popoli alla loro cura affidati » <sup>(100)</sup>. A tal fine si sottolinea l'opportunità di erigere e regolare nuovi collegi per ecclesiastici nelle maggiori città del granducato e di stimolare i prelati, con promesse di concessione di benefizi, a dedicarsi con maggiore impegno all'insegnamento ai giovani <sup>(101)</sup>. Si stabilisce, inoltre, che i seminaristi, finiti i loro corsi nei seminari, studino le scienze sacre nelle accademie ecclesiastiche, di cui si fissa il metodo d'insegnamento <sup>(102)</sup>; ciò per controllare meglio l'opera dei lettori di scienze sacre, (ai cui insegnamenti si fomeranno molti dei futuri insegnanti delle scuole pubbliche medie e maggiori), col sottrarre la loro elezione ai vescovi e coll'obbligarli a leggere solo nelle accademie

---

<sup>(98)</sup> Ivi, 6 r, 6 v, 7 r. A tal fine si dispone anche un maggior controllo sull'assegnazione dei posti gratuiti nei collegi, coll'approvare le scelte operate dalle Comunità, di cui si vuole eliminare ogni possibilità d'arbitrio nell'indicazione degli studenti, i quali debbono superare anche un esame condotto da parte dei soprintendenti locali (*Regolamento generale*, cit., 6 r.).

<sup>(99)</sup> A.S.F. f. 117 *Filza scuole. Regolamento generale*, cit., 10 r.

<sup>(100)</sup> Ivi, 11 v.

<sup>(101)</sup> Ivi, 11 v.

<sup>(102)</sup> Ivi, 8 r.

ecclesiastiche (103). Istituzioni, queste, già create o da fondarsi successivamente nelle principali città toscane, il cui scopo, in armonia con le vedute giurisdizionalistiche leopoldine, è di favorire l'uniformità ideologica del clero toscano, di orientarne la spiritualità e di determinarne la formazione culturale. Questa viene concepita come funzione propria dello stato che non tollera, in materia, ingerenze di autorità estranee (104).

Per meglio intendere l'importanza che si attribuisce agli ecclesiastici nell'insegnamento medio e la cura con cui si disciplinano le loro mansioni e con cui ci si preoccupa della loro formazione culturale, va ricordato che, parallelamente agli sforzi del granduca per riportare in capo all'autorità centrale la direzione dell'istruzione pubblica più elevata, attorno agli anni '80 inizia un movimento tendente a far entrare, in modo e con effetti man mano sempre più incisivi, nell'ambito delle attività di governo anche i problemi scolastici dell'insegnamento medio. Le sue tappe sono date dalla fissazione, nel 1777, di un metodo uniforme per gli insegnamenti di grammatica, umanità e retorica (105), dall'allontanamento, nel 1781, dei PP. Barnabiti, già depositari dell'insegnamento medio, la cui dipendenza, come clero regolare, dagli organi centrali romani,

---

(103) È la franca giustificazione che ne fornisce il Longinelli (A.S.F., f. 117, *Filza scuole*, ins. 1, *Giustificazione delle Mutazioni e aggiunte fatte al piano delle scuole*, 15 r.), il quale, però, si dice persuaso che tale innovazione troverà difficoltà presso le alte gerarchie ecclesiastiche toscane, contrarie a che la formazione del clero sfugga al loro controllo. Tali gerarchie, in effetti anche per questo, si oppongono alle idee giurisdizionaliste e anticuriali leopoldine, affermandi principi tipicamente regalistici, quali quelli del « dominio eminente » del sovrano su tutti i beni posti nel suo territorio e della fedeltà e devozione al principe del clero nazionale. Sulla politica ecclesiastica leopoldina, cfr., oltre agli AA. cit. nella nota 2) del par. I, l'acuta sintesi di M. ROSA, *Giurisdizionalismo e riforma religiosa nella politica ecclesiastica leopoldina*, in *Rassegna Storica Toscana*, XI (1965), p. 257 s., ove anche ampie indicazioni bibliografiche. Sulle accademie ecclesiastiche, cfr. A. ZOBÌ, *Storia civile della Toscana*, cit., Firenze, 1850, t. 2, 1, VI, cap. IV, p. 475-8. Sulle funzioni delle accademie ecclesiastiche nel pensiero di Pietro Leopoldo, cfr. G. FABBRI, *Brevi cenni sugli inizi della accademia ecclesiastica pisana*, in *Boll. Stor. Pis.*, XLIVXLV, (1975-6), *Studi in memoria di N. Caturegli*, pp. 232-46.

(104) Su tale atteggiamento avranno inciso, probabilmente, anche infussi della politica giuseppinistica austriaca, che, in quel torno di anni, si arroga la funzione dell'educazione civile e religiosa del clero.

(105) A.S.P., Com. D., 228.

mal doveva conciliarsi con le affermazioni e la politica giurisdizionalistica leopoldina e dal decreto del 1782 che affida l'insegnamento medio a maestri approvati ed eletti in un regolare concorso sotto la sorveglianza di un funzionario statale <sup>(106)</sup>, il viceauditore, la cui funzione non è solo quella di « far passare l'educazione dei giovani nelle mani di preti secolari » <sup>(107)</sup>, ma anche quella di un loro controllo, previo accertamento della loro cultura e lealtà al sovrano. Nel progetto di regolamento generale per le scuole granducali, tale funzione viene affidata addirittura al sovrintendente generale, il quale dovrà anche, « dopo prese le più esatte informazioni dei bisogni e dell'utile e di ogni altra circostanza de' rispettivi luoghi » fissare « il numero, la qualità, lo stipendio dei maestri ... in tutto il granducato » <sup>(108)</sup>.

Oltre delle ecclesiastiche, Pietro Leopoldo si preoccupa anche delle accademie secolari: ciò anche al fine di promuovere e dirigere la formazione culturale dei ceti più abbienti e della nobiltà, specie di quella fiorentina e pisana <sup>(109)</sup>, ceti che nelle accademie, forse meglio che nelle università, e, comunque, oltre che in queste, possono trovare terreno adatto al completamento della loro educazione e affidamento culturale.

Si fissano, dunque i metodi di studio delle principali accademie toscane, delle fiorentine e di quella pisana della « Caravana », la sola istituzione sopravvissuta dell'ordine stefaniano dopo la sua riorganizzazione strutturale, economica e contabile, attuata in-

---

<sup>(106)</sup> Tali innovazioni, come notato dal CATUREGLI, *La scuola media in Pisa*, estr. dal *Boll. Stor. Pis.*, Pisa, 1938, p. 69 s., sono « freddamente accolte a Pisa, per la vecchia mentalità di vedere nella scuola un'istituzione tutta paesana, da dirigersi e regolarsi completamente dal comune che la manteneva ». L'espulsione dei PP. Barnabiti è, invero, effetto dell'autorità centrale che con la stessa facilità rimuove ora quei regolari che in precedenza, sin dal 1663 (cfr. CATUREGLI, *op. ult. cit.*, p. 44), ha posto alla direzione delle scuole, sottraendo, comunque, ai consigli priorali la nomina dei maestri e attribuendola ora al generale dei barnabiti (il che si è anche tradotto in un cambiamento di metodo, essendosi sostituito un insegnamento a stampo religioso e moralistico ai vecchi insegnamenti a stampo umanistico), ora ad un funzionario statale, il Viceauditore.

<sup>(107)</sup> Così CATUREGLI, *op. cit.*, p. 55 s.

<sup>(108)</sup> A.S.F. 117 *Filza scuole*, ins. I, *Regolamento generale*, cit., 12 r, 12 v.

<sup>(109)</sup> Sulla nobiltà fiorentina e pisana il granduca ha spesso manifestato giudizi negativi, anche per la mancanza di talento e l'insufficiente cultura (Cfr. WANDRUSZKA, *L'opera riformatrice di Pietro Leopoldo*, cit., 186-7.

torno alla metà del XVIII secolo e culminata nel regolamento del 20 agosto 1775, che abolisce la « Carovana » in servizio attivo nautico e dispone che essa « ... in avvenire serva per promuovere nei Giovanni Cavalieri la buona cultura e le scienze, ed a formarsi in loro dei cittadini abili a servire alla Religione e alla Patria »<sup>(110)</sup>. Tale accademia, controllata dal granduca, dal quale dipendono immediatamente gli organi direttivi<sup>(111)</sup>, può, nel pensiero di Pietro Leopoldo, contribuire a indirizzare la formazione spirituale della nobiltà pisana: è prevista la gratuità delle lezioni<sup>(112)</sup>; accanto ai vecchi insegnamenti di storia e geografia, di lingua francese, tedesca e di morale, vengono aggiunti quelli di lingua inglese, di matematica, di disegno e di belle lettere<sup>(113)</sup>.

Con orientamenti e disposizioni analoghi a quelli della Carovana pisana, per la nobiltà fiorentina si prevede il potenziamento del locale « Istituto dei Nobili »<sup>(114)</sup>.

<sup>(110)</sup> A.S.P., arch. Stef., f. II di *Memorie Diverse*, 3537, ins. 49, riportato in G. GUARNIERI, *L'ordine di Santo Stefano nei suoi aspetti organizzativi interni e navali sotto il Gran Magistero Lorenese*, Pisa, 1965, p. 74. È noto come già nel periodo della Reggenza lorenese la marina stefaniana sia ormai tramontata, oltre che per proprie deficienze (nel XVIII secolo è ormai tramontato il periodo della marina remiera), anche per la mutata situazione politica del Mediterraneo, dopo i trattati di pace e di libero commercio raggiunti nel 1747 da Francesco III coi turchi e gli stati barbareschi, contro i quali era fondamentalmente diretta la politica dell'ordine equestre pisano. Cfr., diffusamente, G. GUARNIERI, *I Cavalieri di Santo Stefano*, Pisa, 1960, p. 282 s.

<sup>(111)</sup> L'articolo 1) del citato regolamento del 20 agosto 1775 dispone, ad es., che « Il gran priore debitore ai sensi dell'art. 3, della esecuzione del regolamento sarà in avvenire il solo Superiore e Direttore della Carovana con la dipendenza immediata del Serenissimo Gran Maestro, cioè del granduca. Gli art. 25 e 26 dispongono che il gran priore, avuto mensilmente dai lettori « un riscontro dell'applicazione, talenti, profitto e Buona condotta di ciaschedun carovanista », ne trametta, a fine anno, la nota a Firenze al Gran Maestro, « che permetterà o negherà a ciascheduno la continuazione della carovana ».

<sup>(112)</sup> *Regolamento generale*, cit., 9 r. La previsione della gratuità delle lezioni può spiegarsi con l'intento di far sì che non siano indirizzati esclusivamente agli insegnamenti domestici i giovani nobili che, perchè siano maggiormente interessati a frequentare la Carovana, riceveranno, in essa, anche insegnamenti cavallereschi, a loro certo congeniali, quali quelli di spada e ballo.

<sup>(113)</sup> *Regolamento generale*, cit., 9 r. I precedenti insegnamenti erano previsti dall'art. 20 del citato regolamento del 20 agosto 1775.

<sup>(114)</sup> Su cui cfr. G. PREZZINER, *Storia del Pubblico studio*, cit., p. 184.



Di altre due istituzioni fiorentine Pietro Leopoldo si preoccupa nel « Regolamento »: dell'« Accademia di Belle Arti », che, nel 1784, ha già avuto una nuova costituzione <sup>(115)</sup>, e dell'« Accademia Fiorentina », che, con motuproprio del 7 luglio 1783 ha assorbito quella della Crusca e il cui fine è attendere a una sempre maggiore cognizione della storia antica, soprattutto sotto il profilo della legislazione e dell'economia <sup>(116)</sup>.

Nessun cenno, invece alle vecchie accademie collaterali <sup>(117)</sup> alla università pisana, già tramontate, la cui riapertura era stata pur chiesta dai provveditori dell'università <sup>(118)</sup> e dalla Deputazione del 1767 <sup>(119)</sup> in base al rilievo che in esse i giovani potevano segnalarsi negli studii. L'atteggiamento negativo del granduca <sup>(120)</sup> verso la riapertura di tali accademie, formalmente auto-

<sup>(115)</sup> Ivi, 211.

<sup>(116)</sup> Ivi, 216 s.; E. COCHRANE, *Tradition and Englightment*, cit., pp. 67-9; 93 s.

<sup>(117)</sup> Queste, oltre a quelle di recitazione e alle filosofiche, avevano, soprattutto nel seicento, stimolato e ravvivato l'ambiente colto pisano. Sulle accademie, alcune delle quali, specie teatrali, ad es. l'« Alfea » o quella degli « Stravaganti » sopravvivono ancora nel diciottesimo secolo, cfr. *Osservazioni sulla giurisdizione*, cit., pp. 567-9; G. NICCOLAI, *Antiche accademie universitarie pisane*, in *Boll. Stor. Pis.*, I (1932), fasc. I, p. 62 s.; E. W. COCHRANE, *op. ult. cit.*, p. 209; A. SEGRE, *Teatro pubblico di Pisa nel 600 e 700*, Pisa, 1902; e, diffusamente, M. MAYLENDER, *Storia delle Accademie d'Italia*, Bologna, 1926, rist. anast. 1976, I, p. 146; II, p. 211; III, p. 1; IV, p. 49, 121; V, pp. 45, 272.

<sup>(118)</sup> Il Cerati, nel 1734. (A.S.P., *Università*, sez. A III, I, ff. 7, 8 (ne aveva chiesto il potenziamento (cfr. N. CARRANZA, *Monsignor Gaspare Cerati*, cit., 224 e nota 69); nel 1775 monsignor Fabbroni ne sollecita addirittura il « rinnovamento ... per moltiplicare gli impulsi ai giovani di segnalarsi negli studi, e i mezzi ai Professori di giudicare sicuramente del loro profitto ». Delle accademie universitarie più importanti, infatti, quella filosofica dei « Rozzi », ricostituita nel 1735, dopo l'appello del Cerati, cessa di funzionare pochi anni più tardi (Maylender rileva che le sue ultime notizie possono farsi risalire attorno al 1743; in A.S.F., *Reggenza*, 634, ins. non num., è una lettera del Cerati, in data 7 dicembre 1753, in cui si sottolinea come alcuni lettori, tra cui il Bianucci, lettore di logica, si adoperino per farla risorgere), mentre quella legale degli « Ombrosi » è già spenta sin dal 1737 (cfr. G. NICCOLAI, *Antiche accademie*, cit., p. 70).

<sup>(119)</sup> A.S.F., *Reggenza*, f. 984, ins. 6, p. B), cit., 15.

<sup>(120)</sup> Significativamente Pietro Leopoldo prevede, per stimolare la preparazione degli scolari, una serie di prove da esperirsi entro l'ambito universitario. Tali « esperimenti » sono, nel citato Regolamento generale, cit., 6 r., 6 v., 7 r., minutamente regolati e ad essi « devono assoggettarsi tutti i giovani che si vogliono addottorare ».

nome dall'università, potè forse essere ispirato dal timore di favorire tendenze centrifughe agli indirizzi della cultura ufficiale.

L'esame della politica leopoldina evidenzia, infatti, il tentativo del granduca, sovrano illuminato ma pur sempre assoluto e alieno da rotture con i cardini del vecchio sistema, di avocarsi la guida del sistema educativo.

I principi della cultura illuministica, che emergono, tutto compreso, timidi e generici, si smussano in un riformismo pratico e graduale.

Sono conseguenza di questi principi l'importanza che si attribuisce alle scienze per la vita dell'uomo, l'opportunità di dare inizio all'educazione dei sudditi sin dai primi anni <sup>(121)</sup>, la modernità di vedute di un principe che, nel sancire la possibilità, anche per coloro che non sono scolari, « dell'accesso » financo « nelle Scuole della Sapienza, e nel tempo che i professori faranno la spiegazione magistrale » <sup>(122)</sup>, sottolinea, con spiccata sensibilità l'opportunità di un atteggiamento non corporativo della cultura e di un innesto più moderno dell'università nel tessuto della vita cittadina.

---

<sup>(121)</sup> Sono, per Pietro Leopoldo, gli anni del contatto epistolare con il Pestalozzi, che gli va esponendo principi secondo cui organizzare in modo razionale e naturale l'istruzione popolare e che intende conciliare l'idea rousseiana di un'educazione mirante alla libera formazione della personalità, con l'esigenza (propria della pedagogia di derivazione tedesca), anche in vista di fini politico-sociali (tanto cari, fra l'altro, al granduca), di una cultura cui partecipi il maggior numero di sudditi, tesa alla concreta conoscenza del mondo civile e delle sue leggi.

<sup>(122)</sup> *Regolamento generale*, cit., 5 r.

## APPENDICE

### I.

A.S.F., F. 117, F. Scuole, 1788, ins. 1

Regolamento generale per tutte le Scuole pubbliche del Granducato.

1 Uno degli oggetti che fin dal nostro avvenimento al Trono abbia maggiormente interessato la nostra attenzione, e il nostro zelo è stato certamente quello della pubblica istruzione della Gioventù. Persuasi che molti dei disordini i quali turbano la pubblica quiete derivano in gran parte dall'ignoranza e dalla cattiva educazione, non abbiamo mancato in diversi tempi di arrecarvi i più efficaci rimedi. 2 Quindi è che dopo aver provveduto alla migliore educazione delle fanciulle coll'istituire nuovi Conservatori e nuove Scuole Pubbliche per le differenti condizioni delle medesime; dopo avere esteso la paterna Nostra premura alla istruzione dei Giovinetti coll'erigere nuove scuole di Arti Liberali, di Lettere, di Scienze, abbiamo creduto necessario al perfetto compimento dell'opera di stabilire un sistema uniforme per tutte le scuole del Granducato facendo tutte quelle variazioni che abbiamo giudicato opportune pel conseguimento del fine che ci siamo proposti. 3 Con questo mezzo ci lusinghiamo che la gioventù dei nostri felicissimi stati educati nel santo timor di Dio ed istruite nelle scienze e nelle buone virtù si renderà sempre più utile al Principe, alla Patria, ed a se stessa. Ci promettiamo altresì di tutto lo zelo e vigilanza per parte di quelli che noi incarichiamo in generale e in particolare della sovrintendenza alle scuole ed alla pubblica istruzione, onde siano fedelmente adempite le sovrane nostre intenzioni in un affare di tanta importanza. Con la pienezza pertanto della nostra Reale autorità ci è piaciuto di stabilire quanto appresso:

#### TITOLO PRIMO: *Del sovrintendente Generale alle scuole.*

Capitolo primo: *Delle incombenze del medesimo.*

1 Ci sarà in Firenze un sovrintendente a tutte le scuole pubbliche del Granducato con un Segretario e un Copista in aiuto del Segretario. 2 Il sovrintendente generale dovrà fissare un metodo uniforme

degli studi specialmente ecclesiastici col prescrivere il metodo e gli autori da doversi spiegare generalmente tanto nelle Università che nei Seminari dei Vescovi, Accademie Ecclesiastiche e Conventi dei Regolari. 3 Fissati che saranno i libri se ne procurerà la ristampa con ogni possibile vantaggio e con obbligo a tutti di prevalersi delle edizioni fatte in Toscana. 4 Al Sovrintendente Generale sarà commessa l'approvazione dei libri che in materia ecclesiastica e giurisdizionale si vorranno dare alla luce con facoltà di prevalersi dei provvisori regi, invigilando che non s'insegnino cose contrarie alla sana dottrina e ai diritti della sovranità. 5 Proporrà al Governo la qualità, il numero delle scuole, i luoghi dove debbano fissarsi una volta per sempre gli stipendi dei maestri delle scuole pubbliche le quali debbono conservarsi senza la minima variazione sul piede in cui attualmente si trovano fin tanto che non siano dati i necessari provvedimenti. 6 Dopo prese le più esatte informazioni intorno all'abilità e morigeratezza dei soggetti destinati ad occupare le Scuole, ne farà al Governo la proposizione a cui apparterrà la nomina di tutti i maestri pubblici. 7. Proporrà similmente al governo tutti quei mezzi che possono maggiormente contribuire all'avanzamento dello studio, alla estirpazione degli abusi che si fossero per avventura introdotti nelle pubbliche scuole. 8 Renderà conto di tutte queste commissioni a Sua Altezza Reale per mezzo della Segreteria di Stato. 2 r.

## TITOLO 2: *Dei Soprintendenti locali alle Scuole.*

### Capitolo primo: *Delle incombenze dei medesimi.*

1 Per maggiormente facilitare l'esecuzione delle Sovrane determinazioni ci sarà in ogni Diogesi un Soprintendente particolare a tutte le Scuole pubbliche della medesima; perciò sarà fissato un Canonicato di nomina regia o del governo cui sarà annessa per sempre una tale Soprintendenza ed ove mancasse un canonicato di questa specie sarà deputato a quell'effetto un ecclesiastico qualificato del luogo. 2 Questi dovrà invigilare alla osservanza di tutte le particolari Istruzioni che dal Sovrintendente Generale gli verranno trasmesse per comunicarsi a' diversi maestri in ordine al metodo, ai libri, e ad ogni altro oggetto relativo alla direzione delle scuole. 3 Due volte l'anno visiterà le Scuole per assicurarsi del profitto dei Giovani; rimetterà la nota degli attuali Scolari notando in particolare i più abili e i più studiosi e se attesa la vastità di qualche Diogesi, non potesse personalmente visitare tutte le Scuole potrà sostituire un ecclesiastico dei rispettivi luoghi che supplisca per quella volta in sua vece, bene inteso che egli solo dovrà rispondere di tutto. 4 Prima della metà di aprile e di settembre rimetterà al segretario del Soprintendente generale l'esatta dimostrazione di tutto. 5 Terrà l'esame per i posti gratuiti nell'Università che si conferiscono dal Governo o dalle Comunità come anche ogni altro esame che 2 v.

- 3 r. dal Sovrintendente Generale gli fosse commesso in qualche circostanza relativamente alle scuole.

Capitolo due: *Delle incombenze dei Vicari Regi relativi alle Scuole Pubbliche.*

1 Affinchè non restino in alcuna parte defraudate le Sovrani intenzioni tutti i vicari regi contemporaneamente ai Sovrintendenti ecclesiastici dovranno due volte l'anno render conto separatamente delle medesime cose al presidente del Buon governo. 2 Perciò sarà loro cura di intendersela con i rispettivi Giudicenti compresi nel distretto del loro Vicariato. 3 Nel caso poi che nascessero degli inconvenienti ne dovrebbero render conto volta per volta senza aspettare il tempo determinato.

TITOLO TRE: *Delle Università.*

Capitolo primo: *Del numero dei Lettori dell'Università di Pisa.*

- 1 Nell'Università di Pisa ci saranno i seguenti Lettori: 1 di Scrittura Sacra e Storia Ecclesiastica, 1 di Luoghi Teologici, 1 di Teologia Dommatica e Morale, 1 di pandette, 1 di Ordinaria Civile, 1 di Ordinaria Canonica, 1 di Straordinaria Canonica, 1 di Gius Pubblico, 1 di Gius Feudale, 1 di Gius Criminale, 1 di Medicina Teorica, 1 di Medicina Pratica, 1 di Clinica, 1 di Anatomia, 1 di Chirurgia ed Ostetricia, 1 di Chimica Farmaceutica e Storia naturale, 2 di Fisica, 1 di Fisica Sperimentale, 1 di Astronomia, 1 di Algebra, 1 di Geometria, Meccanica ed Idraulica, 1 di Logica e Critica, 1 di Metafisica ed Etica, 1 di Storia Nazionale e Geografia, 1 di lettere umane e Lingua greca, 1 di Lingue Orientali, 1 Bibliotecario. Il Professore di Scrittura Sacra e Storia ecclesiastica darà il corso in cinque anni, quello di Teologia Dommatica e Morale parimenti in cinque anni, quello di Luoghi Teologici in un anno, quello di Istituzioni canoniche in una anno, il Trattatista canonico in quattro anni. I suddetti Professori di Scienze Sacre in ordine al metodo ed ai libri riceveranno le istruzioni dal soprintendente generale. Il Professore di Pandette detterà il corso in cinque anni: esporrà i punti più interessanti del Codice e delle Novelle, omettendo le questioni inutili ed accennando di passaggio le leggi corrette da altre leggi posteriori. I Professori di Istituzioni civili, di Gius Pubblico, di Gius Criminale, di Gius Feudale, di Anatomia, di Logica e critica daranno il corso in un anno. I professori di Chimica Farmaceutica e di Storia Naturale, di Fisica, di Fisica Sperimentale, di Astronomia, di Algebra, di Metafisica ed Etica, di Medicina teorica, daranno il corso in due anni. I Professori di Medicina pratica, di Chirurgia ed Ostetricia, di Geometria, Meccanica ed Idraulica, daranno il corso in tre anni, i Professori di clinica dovranno istruire al letto dell'ammalato gli stu-

denti di medicina che sono prossimi di due anni al dottorato, gli avvezzerà a giudicare dal polso e dagli altri sintomi, del genere e del corso della malattia; della qualità, efficacia e quantità e tempo in cui si debbono applicare i medicamenti. Dovrà inoltre esercitargli e fare per scritto dei consulti ragionati. Il professore di Storia Nazionale tratterà specialmente degli affari civili e politici, avvertirà le cause dello ingrandimento e decadenza delle arti e delle scienze, parlerà degli uomini illustri che in essa son fioriti. Del commercio interno ed esterno: e qui avrà luogo di fare le opportune riflessioni sopra l'economia pubblica. Non lascerà di rappresentare come in quadro lo stato delle altre Nazioni per rapporto alla Toscana. Perciò che riguarda la Geografia, tratterà specialmente la parte storica, supponendo i giovani bastamente istruiti nel resto. I Professori di Lettere Umane e Lingua Greca e di Lingue Orientali proseguiranno sul piede di prima. 4 v.

Capitolo due: *Del numero dei Lettori dell'Università di Siena.*

Nell'Università di Siena ci saranno i seguenti Lettori: 1 di Scrittura Sacra e Storia Ecclesiastica, 1 di Luoghi Teologici, 1 di Teologia Dogmatica e Morale, 2 di Gius Civile, cioè un Istituitista e un Trattatista, 1 di Istituzioni Canoniche, 1 di gius criminale e feudale e Legislazione nazionale, 1 di Logica, Metafisica ed Etica, 1 di Fisica, 1 di Farmaceutica e Chimica, 1 di Botanica e Storia Naturale, 1 di Medicina Teorica, 1 di Medicina pratica e Clinica, 1 di Anatomia, Chirurgia ed Ostetricia, 1 Bibliotecario.

I Professori delle Scienze sacre daranno il corso entro quel tempo che è stato prescritto ai Professori di Pisa e con quel metodo e libri che saranno fissati dal Sovrintendente Generale. Il Trattatista civile darà in cinque anni venti dei trattati più importanti del corso civile. L'istitutista civile darà il corso in un anno, il Professore di Gius criminale e Feudale e Legislazione Nazionale in tre anni, il Professore di Logica, Metafisica ed Etica in due anni, di Fisica in due anni, di Chimica e Farmaceutica in 1 anno, di Botanica e Storia naturale in un anno, di Medicina teorica e clinica in quattro anni: instruirà due volte la settimana a letto dell'ammalato gli studenti di Medicina e più prossimi di due anni al dottorato, secondo il metodo che si è accennato parlando dei Professori di Clinica dell'Università di Pisa. Il Professore di Anatomia, Chirurgia ed Ostetricia darà il corso in quattro anni, l'Anatomia in un anno, la Chirurgia in due e l'Ostetricia parimenti in un anno. 5 r.

Capitolo tre: *Delle lezioni nelle Università.*

1 Abolite le lezioni domestiche e quelle di mera formalità d'ora in avanti tutti i Professori daranno le loro lezioni ogni giorno nelle rispettive scuole della sapienza per lo spazio di un'ora e mezza. 2 Distribuiranno questo tempo nello spiegare, nel dettare e nel fare ripetere

ai giovani in dettagli la lezione del giorno antecedente. Quelli poi che adoperano un libro, lo divideranno il tempo nello spiegare, nel dettare. 3 È permesso a tutti, oltre gli Scolari, l'accesso nella Scuola della Sapienza nel tempo che i Professori faranno la spiegazione magistrale.

#### Capitolo 4: *Delle Vacanze delle Università.*

1 Nel giorno dopopranzo del 2 Novembre il Professore di Lettere Umane reciterà la solita Lezione inaugurale degli Studi e nella mattina seguente si darà principio alle lezioni che dovranno proseguirsi fino al 5 v. 15 di Luglio. 2 Si aboliscono tutte le vacanze con riserva delle sole feste di intero precetto, di una vacanza la settimana che non ci avrà luogo qualora oltre la domenica vi sia un'altra festa di intero precetto, degli ultimi otto giorni di Carnevale, della settimana santa e le tre feste consecutive di Pasqua.

### TITOLO QUATTRO: *Degli Studenti dell'Università.*

#### Capitolo primo: *Dei loro requisiti.*

1 I Giovani che si presenteranno per essere ammessi nelle Università dovranno giustificare di avere studiato non solo la lingua latina, la umanità e la retorica, ma anche la logica e la metafisica. Oltre a questi quelli che vogliono attendere alla Legge e alla Medicina, dovranno giustificare di aver studiato la matematica e quelli che vogliono attendere alla Teologia, Geometria e l'Etica. 2 Oltre le solite fedi necessarie pel Dottorato, per gli Studenti di Legge saranno di Fede le Pandette invece della Straordinaria Civile; per gli Studenti di Medicina la Fisiologia, la Chirurgia e l'Ostetricia, per gli Studenti di Teologia la Fisica, essendo necessario che gli Ecclesiastici non ignorano questa scienza, onde non abbiano ad attribuire a cause soprannaturali gli effetti di cause meramente naturali, e così fomentare nei popoli la superstizione. 3 Per ottenere la laurea sarà necessario di aver continuato per cinque anni lo studio nelle Università.

#### 6 r. Capitolo due: *Degli esami per i posti gratuiti nelle Università.*

I giovani concorrenti a posti gratuiti che si conferiscono dalle Comunità, precedentemente allo squittinio da farsi per l'elezione dei medesimi dovranno essere esaminati in scritto sopra la lingua latina, sopra le scienze preliminari nonchè (...) dal Soprintendente della Diocesi, alla presenza del Cancelliere comunitativo e quelli tra i concorrenti che dal suddetto Sovrintendente non saranno trovati idonei saranno esclusi dallo squittinio. Per i luoghi gratuiti del Governo, si terrà l'esame come sopra e nel resto si seguirà lo stile praticato finora.

Capitolo 3: *Degli Esperimenti da farsi nell'Università nel corso degli Studi.*

1 Si faranno nelle rispettive Scuole della Sapienza due pubblici Esperimenti l'anno in scritto, uno cioè nella settimana precedente le vacanze del Carnevale e l'altro in quella che precede le vacanze dell'autunno. 2 Il giorno avanti l'esperimento, ciascun professore consegnerà al Bidello la nota dei principali articoli di tutti i Trattati che avrà spiegato fino a quel giorno. 3 Nell'atto che è per farsi l'esperimento s'imborsaranno e se ne estrarranno almeno sei. 4 I giovani delle rispettive Scuole dovranno in lingua latina o volgare estenderne uno o più a loro scelta a misura della difficoltà e vastità della materia estratta. 5 Non sarà loro permesso di portare libri o fogli di sorte alcuna. Ma saranno loro consegnati i fogli necessari marcati col sigillo dell'Università. Potranno bensì in qualche difficoltà consultare il Professore che dovrà essere presente per tutto il tempo dell'esame. Ed i Bidelli dovranno invigilare all'adempimento delle regole prescritte riguardo a fogli e libri. 6 Terminato che avranno di estendere gli articoli, ci apporranno i loro nomi e gli consegneranno al Professore, il quale dopo avergli firmati gli darà al Bidello e questi gli consegnerà al Provveditore degli Studi. 6 v.

7 Questi esperimenti si continueranno nei giorni consecutivi fin tanto che gli Studenti non avranno dato saggio delle loro capacità in tutte quelle facoltà che sono di Fede. 8 Giorno per giorno si apriranno i fogli degli Sperimenti fatti in quella giornata alla presenza del Provveditore dello Studio e i rispettivi Professori ci apporranno il grado dell'Esame: Optime, Bene, Mediocriter. 9 Terminati gli esperimenti, e fatta la scelta dei giovani che hanno avuto l'otprime e fra questi di quelli che hanno esteso più articoli degli altri, si devrà all'assegnazione di premi di 5 zecchini l'uno dei quali nell'Università di Pisa 6 saranno destinati pei Legali, 4 per i Medici e 2 per i Teologi; e nell'Università di Siena 4 per i Legali, 2 per i Medici, 1 per i Teologi. 7 r.

10. Se il numero dei giovani prescelti superasse quello dei premi, in questo caso si farà lo squittinio di ciascuno dei prescelti e deciderà la pluralità dei voti; ed in caso di parità deciderà il Provveditore dello Studio. 11 Lo stesso metodo si praticherà negli esperimenti successivi con questo divario: - 1 si imborsaranno non solo gli articoli dei Trattati spiegati dall'ultimo esperimento in poi, una anche tutti gli altri spiegati dal principio del corso, fintantochè non siano imborsati gli articoli di tutti i trattati delle rispettive facoltà. - 2 Si osserverà di mettere in una borsa tutti gli articoli spiegati dal principio del corso fino al giorno in cui si fa l'esperimento; ed in un'altra borsa separata quelli soltanto spiegati dall'ultimo esperimento in poi e da questa borsa si estrarranno parimenti sei articoli, affinchè tanto gli studenti anziani che i novizi abbiano luogo di esercitarsi in questi esperimenti. 12 si dovranno assoggettare a tali esperimenti tutti i giovani che si vogliono dottorare; perciò alle altre fedi



necessarie pel dottorato ci si dovrà aggiungere anche quella di aver fatto gli esperimenti.

7 v. Capitolo quarto: *Degli Esami del Dottorato.*

1 Si imborseranno gli articoli principali di tutti i trattati di quelle facoltà che sono di fede e se ne estrarranno 2 per ogni Facoltà, sopra dei quali sarà in libertà dei Professori di fare quelle interrogazioni che vorranno perchè l'Esame non duri meno di venti minuti per giovane. 1 In ogni nuovo esame si estrarranno nuovi articoli ed i Giovani esaminandi staranno in una stanza separata dagli esaminati.

TITOLO CINQUE: *Delle Scuole nei Seminari, Accademie Ecclesiastiche, Accademie secolari, Collegi, Ospedali e delle altre Scuole nelle città, terre, e Castelli e campagne aperte dal Granducato.*

Capitolo primo: *Dei Seminari.*

1 Le Diogesi mancanti di Seminari manderanno i Chierici nei Seminari seguenti: Chiusi e Pienza in quello di Montepulciano; Sovana in quello di Siena o in altro a disposizione del Vescovo; Grosseto in quello di Montalcino, Massa in quello di Volterra, Pontremoli avrà il suo Seminario. 2 Sarà permesso non solo a Chierici Diocesani, ma anche a Scolari di frequentare le Scuole dei Seminari.

8 r.

Capitolo due: *Delle Accademie Ecclesiastiche.*

1 Nell'Accademie Ecclesiastiche ci sarà un Lettore di luoghi Teologici e di Istituzioni Canoniche: uno di Scrittura Sacra e Storia Ecclesiastica: ed uno di Teologia Dommatica e Morale, oltre il Rettore. 2 Gli alunni del Seminario, dopo terminato il corso delle Lettere, della Filologia e Matematica, dovranno indispensabilmente passare a convivere nelle Accademie Ecclesiastiche. 3 Nessun Ecclesiastico potrà esser promosso a cura di anime se non sarà stato almeno per due anni a convivere in queste Accademie dove gli Ecclesiastici saranno formati al ministero del Parroco. 4 Tutti gli Ecclesiastici, prima di esser promossi al Sacerdozio dovranno assolutamente aver terminato il corso degli studi sacri a forma del sistema che sarà stabilito dal Sovrintendente generale. Sarà permesso a tutti gli Ecclesiastici, anche non convittori, di frequentare le Lezioni delle Accademie. 6 Per ciò che riguarda le due Accademie Ecclesiastiche di Pisa e Siena gli Alunni delle medesime frequenteranno per le Scienze Sacre le lezioni delle rispettive Università. 7 Tutte quelle Religioni che hanno lo Studio e che inoltre hanno un Convento del loro Istituto in Pisa e in Siena, sono esortati a mandare i loro Stu-

8 v.

denti alle Università; ed il Governo si lusinga di tutta la docilità per parte dei Superiori Regolari nel secondare le mire e sì giuste e conformi all'Ordine che nel 1542 fu mandato dal Granduca Cosimo I a tutte quelle Religioni che avevano Convento in Pisa. 8 Si stabilirà un'Accademia Ecclesiastica per quella Diogesi e per quella di Fiesole e di Romagna. 2 Una similmente se ne stabilirà in Montepulciano per quella Diogesi e per quella di Chiusi e Pienza. 10 L'Accademia di Arezzo servirà per quella Diogesi e per quelle di Cortona e Borgo San Sepolcro. 11 Quella di Pistoia servirà per quella Diogesi e per quelle di Prato e Pescia. 12 Quella di Volterra per quella Diogesi e per quelle di Colle Miniato e della Lunigiana. 14 Quella di Siena per quella Diogesi e per quelle di Sovana, Montalcino e Grosseto.

### Capitolo tre: *Dei Rettori dell'Accademie Ecclesiastiche.*

1 Rettori delle Accademie Ecclesiastiche dovranno istruire ed esercitare gli alunni col fornire un buon Catechismo e la spiegazione del Vangelo, nel modo di assistere gli ammalati, nella Liturgia, specialmente in ciò che riguarda la sua origine, il suo significato nelle Cerimonie Sacre. 2 Perciò nel corso della settimana il Rettore commetterà per turno ad uno dei Giovani il Catechismo e ad un altro la spiegazione del Vangelo della domenica corrente e tutto questo si dovrà fare alla presenza di tutta la comunità. 3 Per avvezzare i Giovani ad attingere la Sacra Dottrina da fonti primarie, dovrà il Rettore, specialmente nel tempo delle vacanze commettere ai giovani l'esame delle opere più interessanti dei SS. Padri e dopo aver corretto queste analisi in ciò che fossero difettose le farà ridurre in buona forma e conservare nella Libreria per uso degli alunni. 9 r.

### Capitolo quattro: *Delle Accademie Secolari.*

1 Nella Caravana di Pisa ci saranno le lezioni di Etica, di Matematica, di Storia, di Geografia, di Belle Lettere, di Disegno, di Lingua Tedesca, Francese ed Inglese, di Spada e Ballo. 2 Sarà permesso ai Nobili di mandarvi i loro figli a prendervi gratis le lezioni. Si faranno due pubblici sperimenti, uno nel Carnevale di esercizi cavallereschi, di lingua e di disegno, e l'altro prima delle vacanze autunnali di esercizi letterali e di scienze consistenti non già nel recitare a mente i componimenti non suoi, ma nel rendere conto all'udienza degli studi fatti, dei quali se ne distribuirà ai presenti un prospetto, affinchè possano interrogare i giovani intorno a quanto in esso si conterrà. 4 i rispettivi Maestri, un mese prima del pubblico esperimento dovranno fare ai giovani la ripetizione di quanto hanno loro insegnato fino a quel tempo ed addestrarli a rispondere a quesiti che potessero loro esser fatti. In ciascuno di questi esperimenti saranno distribuite due medaglie d'oro e quei Giovani che si saranno distinti sopra gli altri al giudizio del Gran Priore sentito il 9 v.

- parere dei rispettivi maestri. 5 Dell'Accademia dei Nobili in Firenze. Sarà ristabilita a Firenze l'Accademia detta altre volte dei Nobili, in cui senza verun convitto ci saranno i Professori di Etica: di Geometria e Matematica, di Storia e Geografia; di Disegno e di Architettura: di Spada e Ballo: di Lingua Francese, inglese e tedesca. 2 Ci sarà un Cavaliere Sovraindendente che invigilerà al buon ordine e al buon regolamento delle Scuole. 3 Si praticheranno gli stessi esercizi e l'istesso metodo e si distribuiranno i medesimi premi che nella Caravana di Pisa. 4. Tutti i Nobili ci potranno mandare gratis i loro figli.

Capitolo 6: *Dell'Accademia delle Belle Arti in Firenze.*

I maestri dell'Accademia delle Belle Arti continueranno sullo stesso piede a riserva della lettura di Matematica che resta abolita.

Capitolo 7: *Dell'Accademia Fiorentina.*

I Questa pure seguirà sul medesimo sistema a riserva della lettura di Lingua Toscana che resta abolita e lo stipendio fissato per la medesima sarà riunito per sempre al lettore di Lingua Greca, il quale farà 3 volte la settimana la lezione in una delle stanze annesse alla Libreria Magliabecana. 2 Continueranno altresì in Firenze i due Professori di Gius Civile e Arte Notoriale ed i Criminale Pratica.

Capitolo otto: *De Collegi.*

- v. 10 I Ferma stante la manutenzione del Collegio Tolomei di Siena come è al presente, di quello di Prato e di quello di Volterra e di Castiglione Fiorentino degli Scolopi: nel Collegio Tolomei sarà accordato l'accesso a tutti i giovani Nobili Sanesi per prendere gratis le lezioni, in specie di Lingue ed Arti Cavalleresche. 2 Negli altri Collegi predetti sarà similmente permesso l'accesso a Giovani non convittori che vorranno attendere allo studio delle Lingue e delle Scienze.

Capitolo nove: *Degli Spedali.*

I Per tutti gli Spedali ove sono Professori come Firenze, Siena, Pisa e Pistoia, abolita ogni altra lezione, si terranno solamente quelli di Medicina Pratica, o sia Clinica al letto dell'ammalato, di Chirurgia pratica, Anatomia, di Farmaceutica, Botanica e Chimica per ciò che influisce nella formazione dei medicamenti e di Ostetricia. 2 I Lettori di Medicina Pratica e di Chirurgia dovranno tenere il sistema che s'è prescritto parlando del Professore di Clinica dell'Università di Pisa, con questo di più: che si faranno render conto dei sintomi che i Giovani avranno osservato negli ammalati intanto che erano di guardia. 3 I Lettori degli Spedali di concerto col rispettivo Commissario dei medesimi

adotteranno i giovani più anziani e abilitati per fare agli altri la spiegazione in dettaglio delle lezioni avute. 4 In tutti gli altri Spedali in quali non ci è un Professore di Ostetricia, questa lettura dovrà riunirsi all'Infermiere che avrà l'obbligo di istruire le donne del paese che si tirano avanti per fra le levatrici. II r.

Capitolo 10: *Delle altre Scuole nelle città, terre e Castelli del Granducato.*

1 Le scuole saranno di tre sorte. - 1 Le Scuole minori di leggere e scrivere ed Abaco. - 2 Scuole Medie di Grammatica, Umanità e Rettorica: di Architettura e Disegno. - 3 Scuole Maggiori di Filosofia, Matematica e di Morale. 2 Si stabilisce per massima generale che la direzione delle Scuole Pubbliche per quanto è possibile si debba affidare agli Ecclesiastici come quelli che per vocazione sono disimpegnati dagli affari del secolo e perciò sono più liberi di attendere con tutto l'impegno a questo impiego. Nei luoghi dove saranno più Cappellani curati o se ne dovranno aggiungere di nuovi, l'impiego di maestro sarà riunito a quello di Cappellano curato ovvero di semplice Cappellano all'effetto di conservare e di celebrare l'ultima messa per comodo del popolo. 4 Nei luoghi ove sarà una Collegiata o un Canonicato di nomina regia o del Governo sarà annesso al detto Canonicato per sempre l'onere di fare scuola di lingua latina con un decente aumento di provvisione. Nei luoghi da nominarsi a suo tempo ove sarà una Collegiata o un Convento di Religiosi e dove sarà creduto utile lo stabilimento di una lettura di Teologia Morale per gli Ecclesiastici, se nei suddetti luoghi si troveranno insieme Collegiate e Convento, nell'esame da farsi per ottenere questa lettura, in parità di merito il Canonico sarà preferito al religioso. 7 Nella campagna aperta vengono vivamente esortati ed animati i curati e i cappellani curati a prestarsi alla Scuola di leggere e scrivere ed Abaco, non potendo essi impiegar meglio il tempo che avanza alla soddisfazione dei doveri Parrocchiali, quanto in questo ufficio di carità, così analogo al loro ministero che gli consacra tutti al vantaggio non solo spirituale, ma anche temporale de' Popoli alla loro cura affidati. 8 Sarà considerato come un requisito l'aver servito per più anni in qualità di maestro nelle Comunità, all'effetto di esser promosso a Scuole più lucrose ed ottenere Benefizi Ecclesiastici. 9 Sarà proibito d'ora in avanti ai Regolari di fare scuola a secolari sotto qualunque titolo, alla riserva degli Scolopi che fanno ciò per Istituto e di qualche altro Religioso distinto per merito ed abilità singolare, il quale ne dovrà chiedere la permissione al Governo, che l'accorderà verificate le condizioni sopraccennate e l'utilità del pubblico. 10 Il Governo nominerà tutti i Maestri delle Scuole pubbliche; perciò stipendierà i Maestri delle Scuole che si erigono di nuovo e supplirà allo stipendio dei Maestri delle Scuole già erette le quali debbono essere stabiliti e in tutti i luoghi dove saranno credute necessarie e mai sarà minore di quello che sarà II v.

fissato per tutte le differenti sorte di maestri. 11 I Maestri stipendiati dal Governo si nomineranno dal medesimo a proposizione del Soprintendente generale. Quelli poi stipendiati in tutto o in parte dalla Comunità si nomineranno dal Governo a proposizione delle Comunità medesime, le quali in caso di vacanza delle Scuole trasmetteranno la nota dei soggetti al Governo, il quale, sentito che occorre, prescieglierà il soggetto che sarà giudicato più idoneo. 12 Potranno inoltre le Comunità, trovandosi mal servite portare al Governo i motivi del loro malcontento, tanto per riguardo ai Maestri stipendiati da essi, che riguardo a quelli stipendiati dal Governo. 13 In quanto a fissare il numero, la qualità e lo stipendio dei Maestri nelle diverse città, terre e Castelli del Granducato ne resta incaricato il Sovrintendente Generale il quale dopo prese le più esatte informazioni dei bisogni e dell'utile e di ogni altra circostanza de' rispettivi luoghi, ne farà al Governo la proposizione di mano in mano, secondo l'opportunità si andranno stabilendo e sistemando le scuole. Frattanto tutte quelle che attualmente esistono dovranno continuare senza la minima variazione, ed in caso di vacanza avanti alla sistemazione generale, dovranno le Comunità partecipare la vacanza al governo prima di divenire alla elezione dei nuovi maestri.

## II.

(A.S.F., Reggenza, F. 984, fasc. 6, parte B), cc. 1-19)

*Resultato delle conferenze sopra la Riforma dell'Università di Pisa tenute dai Deputati eletti da S.A.R. con Motu-proprio del di 4 Luglio 1767 nell'Estate del detto anno e nella seconda Terzeria del 1770 ...*

Dopo un lungo esame e previe le rispettive Relazioni dei Deputati commissionati di esporre in carta il Loro sentimento è stato deliberato che non si proponga a S.A.R. innovazione alcuna sopra i seguenti articoli.

1. Sopra il numero delle Lezioni Accademiche giacchè i giorni delle vacanze intermedie tra le Lezioni pubbliche e tra Terzeria e Terzeria è bene che siano consacrate alle lezioni domestiche, o sia private che si credono più utili delle pubbliche.

2. Sopra le vacanze grandi egualmente che sopra le vacanze minori, o sia sopra le intermedie tra Terzeria e Terzeria: Giacchè le vacanze minori sono necessarie per le lezioni domestiche e le maggiori, o sia quelle comprese tra l'Ascensione ed il Novembre lasciano a comodo degli Scolari una estensione di Tempo capace di comprendere oltre le settanta lezioni pubbliche circa cento delle private.

3. Sopra l'ora delle lezioni sia pubbliche che private, la destinazione delle quali si rilascia all'arbitrio del Provveditore dello Studio compatibilmente con il comodo delli Professori.

4. Sopra i circoli o sia sopra le dispute pubbliche tra i professori le quali da lungo tempo sono andate in desuetudine ...

6. Sopra la esenzione, di cui sono in Possesso i Professori Ordinari, di dettare e spiegare i Loro Scritti in casa, cioè sopra l'esenzione delle lezioni domestiche.

Le innovazioni che la Deputazione ha concordato di dover proporre a S.A.R. sono le seguenti.

I. Apertura dell'Università — che la solenne apertura dell'Università si celebri nel di 10 Novembre nel qual giorno dovranno indispensabilmente essere in Pisa tutti li Scolari e i Professori.

II. Rassegne deli Scolari. La prima rassegna si aprirà il di 6 Novembre, e si chiuderà il di 9, giorno precedente alla solenne apertura dell'Università. La prima rassegna della seconda terzeria si aprirà il di primo di Quaresima e si chiuderà il Sabato successivo. La prima rassegna della Terza Terzeria si aprirà il venerdì in Albis e si chiuderà nel successivo Martedì. Le Rassegne finali di ciascheduna Terzeria si apriranno nel giorno precedente all'ultima lezione, e si chiuderanno due giorni dopo detta ultima Lezione.

III. Sopra la Giurisprudenza. La Deputazione avendo trovato plausibile e non suscettibile in conseguenza di correzione il metodo che si osserva attualmente nello Studio della Giurisprudenza, ha creduto di non dover proporre in questa parte innovazione alcuna quanto ai Professori e che rispetto ad essi si osservi il vegliante Ruolo perpetuo. Ha creduto bensì di dover proporre che sia ordinato, che li scolari debbano di necessità, e con il seguente ordine prendere le seguenti Lezioni, sicché senza le Fedi dei rispettivi Professori non possano essere ammessi al Dottorato.

IV. Lezioni di obbligo in Giurisprudenza. Dovranno li scolari che si appigliano allo studio della Giurisprudenza.

Nel primo anno studiare la Logica e le Istituzioni Civili.

Nel secondo le Istituzioni Canoniche e l'Ordinaria Civile.

Nel terzo, l'Ordinaria Canonica.

Nel quarto la Straordinaria Civile.

Nel quinto, l'Ordinaria Canonica e l'Ordinaria o Straordinaria Civile.

V. Sopra la Medicina. Nella medicina è stato osservato che il Collegio è troppo numeroso, e che sarebbe desiderabile che un giorno fosse ristretto a soli otto valenti Professori, due cioè di Medicina teorica, due di Medicina Pratica, uno di Anatomia, uno di Chirurgia, uno di Chimica, ed uno finalmente di Botanica.

Premessa questa osservazione che può aver luogo a suo tempo, ha dovuto la Deputazione adattare il metodo degli Studi al numero ed al grado dei Professori, alcuni dei quali sono straordinari, altri Ordinari: sicchè lasciata la rispettiva Provincia all'Anatomico, al Chimico, al Botanico, ed al Professore di Chirurgia, ha creduto che rispetto ai Professori di Medicina debba osservarsi il seguente metodo ed in conseguenza il seguente Ruolo perpetuo.

Gli Ordinari e Straordinari di Medicina Teorica insegneranno le Istituzioni Fisiologiche, la Fisiologia e la Terapeutica.

Gli Ordinari e Straordinari di Medicina Pratica, daranno i seguenti Trattati: 1 Delle Febbri; 2 De' Mali Universali; 3 De' Mali Particolari. Fu osservato parimenti non potersi la Medicina apprendere compiutamente nella parte più utile, cioè, nella pratica, senza che le Lezioni siano accompagnate dalle particolari osservazioni fatte al Letto del Malato. Non potendosi questo ottenere a Pisa, ha creduto la Deputazione, che debba pregarsi S.A.R. di ordinare che si tengano in Firenze a comodo dei Giovani, che hanno compito il corso delli Studi di Medicina in Pisa, due Cattedre, annesso alle quali sia il peso di accompagnare Le lezioni con le osservazioni pratiche al Letto degli Infermi del Regio Spedale di S. Maria Nuova, ove la molteplicità dei Malati e dei Mali, apre ai Professori un campo spazioso per insegnare ed alli scolari per apprendere.

Lezioni d'obbligo per i Medici. Le lezioni d'obbligo per quelli che vogliono conseguire la Laurea in Medicina saranno le seguenti, e col seguente ordine.

Nel primo anno gli elementi di Euclide, le Istituzioni mediche, la Logica e le Istituzioni o almeno le Ostensioni (?) Anatomiche.

Nel secondo la Fisica generale, le Istituzioni Mediche, l'Anatomia.

Nel Terzo la Fisica particolare, la Medicina Pratica, l'Anatomia.

Nel quarto la Fisica particolare e la medicina pratica.

Nel quinto come nel quarto.

VII. Sopra la Teologia. Per rapporto alla Teologia, dopo qualche contrasto, fu concordato, che senza riflesso o servitù alle Sentenze delle Scuole Agostiniana, Tomistica, Scolastica, debbe osservarsi una piena libertà sicchè non si abbia nell'insegnare altro Legame, altra regola, che quelle che nella nostra religione Cattolica Son regole di Fede.

Fù in seguito prescritto nella Facoltà il seguente metodo.

I Teologi Dommatici daranno i seguenti Trattati.

Anno primo. 1 De Locis Theologicis; 2 De Deo uno, ejusque Scientia, voluntate, et praedestinatione; 3 De Deo Trino.

Anno secondo. 1 De Deo Creatore, Lapsu primi hominis et peccato originali; 2 De Verbi Incarnatione; 3 De Gratia Christi.

Anno terzo. 1 De Iustorum praemiis, et impiorum poenis in futura vita; 2 De cultu Sanctorum et Suffragio mortuorum; 3 De Sacramentis in genere et Baptismo.

Anno quarto. 1 De Confirmatione, et Paenitentia; 2 De Eucheristia; 3 De Ordine, Matrimonio et extrema unctione.

Morale. Il Teologo Morale dovrà nel corso di quattro anni dare i seguenti Trattati. 1 De Conscientia; 2 De Actibus humanis, et Vitiis et Peccatis; 3 De Iustitia et jure; 4 De Decalogo.

VIII. Lezioni d'obbligo in Teologia. Dovranno li Scolari che si applicano alla Facoltà prendere col seguente metodo Le seguenti Lezioni. Nel primo anno, Logica et Metafisica, Istituzioni Civili, ed un Trattato di Dommatica. Nel secondo, Istituzioni Canoniche, un Trattato di Dommatica, ed uno di Morale. Nel Terzo, due Trattati di Dommatica ed uno di Morale. Nel quarto, un Trattato di Dommatica, uno di Morale, ed ad Libitum, o la Scrittura Sacra o l'Istoria Ecclesiastica. Nel quinto come nel quarto.

È da osservarsi che la Deputazione nel determinare Le Lezioni d'obbligo in Giurisprudenza, in Medicina e in Teologia, nelle quali Facoltà unicamente si conferisce la laurea, non solo non riprova Le Lezioni delle Scienze affini alle dette Facoltà, ma, restando aperte a comodo dei Giovani, che vorranno distinguersi, Le Cattedre di Pandette, di Criminale, di Gius Pubblico quando sarà conferita per i Legali, della Chimica, Chirurgia per i medici, delle Scienze Sacre per i Teologi, e di Lingua Greca per tutti, crede che i Professori rispettivi si faranno un debito di indirizzarli ad esse in Linea di consiglio.

Fu parimenti concordato che si dispensassero dalle Lezioni di Logica, e delli Elementi di Euclide quei Giovani, i quali per averle studiate fuori dell'Università saranno, mediante l'esame da farsi dai rispettivi Professori, trovati sufficientemente istruiti.

IX. Geometrie. Nelle Geometrie fù concordato che i Professori debbano osservare il seguente metodo. Quelli di astronomia compiranno ogni anno il corso delle Istituzioni Astronomiche. Quello di algebra compirà il suo corso in due anni, nel primo dei quali insegnerà L'Aritmetica e L'Analisi dei Finiti, e nel Secondo l'Analisi degli Infiniti. Quello di Geometria insegnerà ogni anno ai principianti gli Elementi, ed ai più provetti relativamente alla loro capacità o La Trigonometria, o Le Sezioni Coniche, o altra parte delle Matematiche, fuori che l'Algebra e l'Astronomia.

X. Filosofie. Osservò la Deputazione, che essendo il mondo celeste assegnato all'Astronomo, ed il Regno Animale e Vegetabile, e Fossile all'Anatomico, al Botanico, al Medico, all'Istorico naturale, ed al Chimico, sarebbe bene di sgravare i Professori di Fisica dei Trattati relativi alle riferite Scienze, e rapporto a Loro fissare il Ruolo perpetuo nella forma seguente.

Nel primo anno De Natura, et affectionibus corporum in genere.

Nel secondo De Aqua, et Universa fluidorum Doctrina.



Nel Terzo De igne, aere, et meteoris.

Nel Quarto De Terra, et praecipuis globi Terraquei phenomenis.

XI. Arte Notaria. Credè la Deputazione di proporre a A.S.R. di ordinare che si apra nell'Università una Cattedra di Arte Notaria, e nel caso che piaccia a S.A.R. di aderire alla proposizione, fù prescritto al Professore il seguente metodo. Nelle Lezioni accademiche dovrà illustrare quei Titoli del corpo civile che sono relativi ai Contratti, di cui poco o niente si tratta nelle Istituzioni di Giustiniano, come dei Censi, dell'Ipoteca, del Pegno, della Dote. Nelle lezioni private dovrà spiegare il Formulario Fiorentino e Le Leggi Patrie pubblicate posteriormente alla compilazione del medesimo, come dei Fidecommissi, dell'Ammortizzazione ed istruire i Giovani nei doveri del Notaro. Dipenderà poi da S.A.R. il rendere utile questa cattedra a quelli che vogliono iniziarsi al Notariato, prescrivendo se, e per quanto tempo debbano studiare nell'Università di Pisa.

Le Soprariferite Proposizioni, essendo dirette a Somministrare agli Scolari i mezzi onde profittare, La Deputazione persuasa, che egualmente e più possa conferire a promuovere il profitto dei Giovani in primo Luogo il promuovere L'esercizio nelle rispettive facoltà, ed in Secondo L'esigere da essi nel corso del periodo Scolastico, non meno che alla fine di esso, qualche esperimento, ha concordato che debba pregarsi S.A.R. di ordinare che ...

XII. Accademie. Siano rimesse in piede Le Accademie, Le quali, istituite nei tempi più antichi sono andate da trent'anni in qua in desuetudine, e che ad effetto d'invitare i Giovani ad esercitarvisi S.A.R. abbia la clemenza di manifestare esser sua volontà che quelli che si distingueranno nelli esercizi prescritti nelle rispettive Accademie Siano preferiti nel conseguimento delle Letture Straordinarie, ed avuti in considerazione all'effetto di conseguire La dispensa dal quinto anno.

XIII. Dispense dal quinto anno. Ha creduto la Deputazione che si debba pregare S.A.R. di negare assolutamente le Dispense del quinto anno, riserbando per grazia speciale, a quelli unicamente i quali si saranno, come sopra, distinti nelle Accademie, ed avranno alla fine del quarto subito felicemente L'esperimento dell'Esame come in appresso.

XIV. Esame previo al Dottorato. Si premetterà al Dottorato L'Esame dei Laureandi da farsi nel tempo, e Luogo indicato negli Atti della Riforma avanti i rispettivi Collegi. L'esame si farà in Lingua Italiana in un tempo continuato nella guisa che si rileva negli Atti della Riforma. Senza esser passato all'Esame non potrà il Candidato esporsi al Dottorato, La forma del quale ha creduto la Deputazione di lasciare nell'antico piede: E per assicurarsi di questo anco rispetto a quelli, che per Dottorarsi abbisognano della grazia, fù concordato, che alle

Fedi solite annettersi ai Memoriali, Si aggiunga la Fede dell'Esame Soscritta dal Priore del Collegio.

XV. Lauree a Turno. Hà creduto la Deputazione di proporre che Le Lauree d'ora innanzi si facciano a Turno tra i Professori del Collegio da estrarsi a Turno tra i Professori del collegio da estrarsi Sul piede che Si osserva nell'elezione del Priore e che debba fissarsi il regalo al Professore estratto di soli cinque zecchini, e finalmente fu concordata la Formula della Laurea da recitarsi indistintamente nei rispettivi Collegi.

XVI. Terzo Bidello. Fù creduto dovesse pregarsi S.A.R. di accrescere un Terzo Bidello eguale agli altri, giacchè i due che sono attualmente al Ruolo non sono sufficienti al servizio delle Funzioni, ed Estensioni Accademiche, della Biblioteca, del Tribunale, e dei Ministri dell'Università, e Studio in tutto ciò che può interessare la pulizia del Corpo.

XVII. Istruzioni Segrete. Dopo un Lungo dibattimento ed esame Se convenga che Li scritti che i Professori dettano alli Scolari abbiano una qualche approvazione, la Deputazione si è rimessa pienamente in ciò che crederà di suggerire, che parrebbe ben fatto, che ai Professori specialmente di Etica, Metafisica, Fisica, e Canonì, fossero date delle Istruzioni Segrete per Loro governo rispetto a tutto ciò che può interessare direttamente e indirettamente la religione e il Diritto Regio.

Questo è quanto la Deputazione ha creduto bene di dover proporre a S.A.R. in ordine alla prima e Seconda parte della Riforma.

Rispetto alla Terza che interessa i Privilegi dell'Università e delli individui che la compongono, e tra essi Privilegi specialmente il più insigne, e decoroso, cioè il Tribunale dello Studio, saranno umiliate a parte in Agosto, per il canale dell'Auditore dai Professori Leopoldo Guadagni e Tosi, a tale effetto incaricati dalla Deputazione, quelle Proposizioni, che saranno credute più degne della Sovrana Reale approvazione.

### III.

(A.S.F., Segreteria di Gabinetto, f. 118, ins. n. 1)

*Proposizione di Monsignor Fabbroni sopra l'Università di Pisa ed osservazioni del Segretario Seratti sopra la medesima.*

#### I.

Nel sistema introdotto in tutte l'Università par che tutto il saper umano si riduca a queste classi, a Teologia, al Diritto, alla Fisica, e alla Fisiologia (sic!): siccome questa divisione ha il suo fondamento, così

non credo, che convenga di variarla. La prima classe appartiene agli studi ecclesiastici; ha ora quattro professori, due di Teologia dommatica, uno di morale, e un altro di Scrittura Sacra. Si può essa riguardare, come la meno utile delle altre perchè per quel che appartiene a morale, e a pura Teologia si trova in tutti i Conventi di Frati chi parla questo linguaggio, e ben rari sono quelli che vengono a Pisa per studiarvi queste materie. Ciò non ostante l'aver in esse qualche valentuomo importa per la

- 2 Gloria dell'Università. Può occorrere al Governo d'impiegare la penna di uno di questi Professori; non è raro che si consultino da Università o Principi Stranieri, e sarà sempre utile allo Stato, che invece d'una scienza di inutili controversie, al che per lo più si riduce la Teologia, che s'insegna ne' Conventi, mostri con critica ed erudizione l'origine delle Divine cose.

Quattro Professori in questa classe, anche senza voler fare essenziali variazioni potrebb'er bastare; uno di Bibbia, uno di Storia Ecclesiastica, uno di Teologia Dommatica, e il quarto di Morale. Se si volessero moltiplicare i concorrenti a Pisa per gli Studi sacri, giacchè ora in questa classe gli scolari si riducono a soli Preti Pisani, basterebbe che S.A.R. manifestasse il voler suo di non dare certi benefizi, se non a quelli, che avessero studiato teologia in Pisa, e sicuramente l'invito sarebbe efficace. Un collegio ancora di persone addette unicamente agli studi sacri,

- 3 che fosse un Plantario da cui il Principe potrebbe cavare delle Persone illuminate e ben disciplinate per i maggiori benefizi Ecclesiastici, potrebbe essere di grande utilità allo Stato ...

Nel collegio legale il numero dei Professori potrebbe fissarsi in cinque

- 4 Institutisti, due di jus Canonico, due di jus Civile, e uno di Criminale, a due Professori di jus controverso, uno per il jus civile e l'altro pel jus canonico, ad un Professore di Pandette, ad uno del Codice, ad uno del decreto di Graziano e finalmente all'Juspublicista, ommettendo il Professore di Jus Feudale che è poco men che superfluo, come lo sarebbero quelli dello jus nautico, e patrio, potendo massime i Professori dell'jus controverso dar notizia delle più solenni leggi, che appartengono all'uno e all'altro di quei diritti ...

Necessiterebbe l'abolizione della distinzione fra ordinari e Straordinari e fissare che l'anzianità si desuma dal tempo in cui uno insegna ... e obbligare indistintamente alle Lezioni domestiche e negare gli aumenti a quelli che non giustificcheranno d'averle fatte ...

- 5 Nel collegio medico due Professori d'istituzioni e altrettanti per i mali particolari. Un Professore istruisca i Giovani al letto dell'infermo ...

- 8 L'Università debbano riguardarsi in due aspetti: in uno di pura gloria e di un certo lusso letterario, in un altro di sicura utilità. Per servire all'uno e all'altro di questi fini importa, che non manchino gl'istrumenti del sapere, ma che anzi abbondino, e che si eleggano Professori, non già di mediocre dottrina, e di dubbia fama, ma tali che siano per fare onore al corpo cui appartengono e al Sovrano a cui servono ...

Nel presente sistema riducendosi l'esame a mera formalità, si fanno proposte e risposte di convenienza. Che produrrebbe un vigoroso esame? Già si sa quanto sia equivoca la prova del merito, o del demerito, che si deduce dagli esami. Il privare del premio della laurea i meno dotti scemerebbe di molto il concorso all'Università. L'obbligo di tornare e ritornare ad essa quelli che non son passati, vorrebbe dire impoverire molti, che appena hanno la possibilità di star pochi anni allo studio. In alcune Università si è introdotto un grado superiore al Dottorato, e potrebbe anche introdursi nella nostra col nome di Licenza per quei pochi, che volessero subire una prova non comune di sapere e lasciar sussistere il Dottorato per le tre facoltà suddette nel sistema che ora si pratica conseguirlo. Vi sono molti impieghi, che non domandano un'uomo di singolar dottrina ...

Quel che al mio credere sarebbe più importante è di fissare un buon metodo di studi e questo col consiglio dei Professori di quel tal Collegio, a cui deve servire questo metodo; poi obbligare gli scolari a riportare ogni anno le fedi sigillate da quel tale Professore, che è obbligato di ascoltare secondo il metodo scritto. Attualmente i Professori non si ricordano se uno abbia o no frequentato le lor lezioni e se con profitto ...

Le lezioni private non dipendono dal capriccio degli studenti e sono in alcune facoltà così necessarie che rendono poco men che ridicole le pubbliche. Scemerei il carico delle pubbliche, riducendole a sole 35 ...

## II.

Non ho trovate nell'annessa memoria che Proposizioni Generali, vaghe e molte in contraddizione tra di loro.

Si dice che l'acquisto degli uomini grandi, ancorchè non attivi è utile, perchè servono al credito dell'Università, ed in qualsivoglia forma loro piaccia servono anche all'Istruzione dei Giovani.

All'incontro si rileva come il massimo male dell'Università che i lettori ordinari legisti non abbiano l'obbligo di fare le lezioni in casa oltre quelle di Sapienza.

Nel tempo che si rileva questo abuso nei Legisti si declama contro la troppa attività degli istitutisti medici, perchè in casa danno tutto il corso della loro professione. Si fanno molte proposizioni unicamente dirette al Lusso letterario, e nello stesso tempo si propone di diminuire le lezioni pubbliche di Sapienza dalle 70 alle 30 perchè servono più al Lusso che al profitto degli scolari, il che non credo anco vero.

Si propone di istituire due nuove cattedre di Legge, una per l'interpretazione del Codice, l'altra del Decreto. Mi sembrano inutili l'una e l'altra. La prima perchè il Lettore di Pandette deve per necessità discendere anco all'interpretazione del Codice nell'indicare le leggi di questo che derogano aggiungono alle prime. Non quella del Decreto perchè il Lettore dovrebbe interpretarli anco tutto quello che non sus-

siste, a differenza dell'Istitutista, e dell'Ordinario che presceglie quei soli canonici che son conformi alla retta ragione, e sono riconosciuti per autentici.

Si propone di abolire gli Ordinari Civili, e Canonici, ma di creare dei Lettori di gius controverso. Questo non è che una ridicola muta-  
 4 zione di nome. Solo non vi sarebbe male a togliere la distinzione delli Straordinari, aggiungendo i loro titoli agli ordinari. Son pure (per quanto mi pare) inezie l'aggiungere al Dottorato il grado della Licenza. Le fedi sigillate dei Professori, il non conferire i luoghi di Sapienza ai Novizi, Il valutare per necessità il dottorato nella collazione dei Benefizi e simili.

Si propone di dare agli scolari più abili qualche premio; e si propone nel tempo stesso di togliergli quello che hanno delle quattro piccole let-  
 5 ture. Si propone giustamente di dispensare i Teologi dalla lezione di Fisica. Questa era stabilita quando non si conosceva altra fisica che quella di Aristotile; E che il modo di ragionare sulla forma, la materia, la qualità, e le quiddità (?) aveva sommo rapporto col ragionar teologico di quei tempi.

Ma vi resta molto dell'antica polvere da cui potrebbe scuotersi l'Università.

I punti del Dottorato in Fisica sono essi pure tratti da Aristotile. Quelli di Medicina da Ippocrate.

Quelli in Teologia da Pietro Lombardo e

Quelli in Legge dai testi Civile e Canonico.

Non sarebbe meglio se per il dottorato si proponessero per lo scioglimento dei Problemi più utili in ciascheduna scienza, e non sempre li stessi come son quelli da 200 anni in quà che si danno nell'Università di Pisa? I Lettori in ciascheduna Professione potrebbero al principio dell'Anno fissare un numero di tali Problemi. Quindici giorni avanti il dottorato se ne potrebbe tirare uno a sorte sul quale dovesse il dottorando dissertare.

O forse lui, o il Lettore che li dà la Laurea il quale travagliasse sul soggetto dato, si risveglierebbe tra li scolari, ed i Lettori il punto d'onore, ed una qualche emulazione, E delle produzioni che ne venissero molto sarebbe di mediocre, e qualcosa di buono. Da qualche provvedimento di questa natura crederei che si potesse sperare più vantaggio che da tutte le minute prescrizioni adattate alle piccole scuole, e non ad una università.

#### IV.

A.S.F., Segreteria di Gabinetto, F. 117, ins. II.

wage ich es, beikommende geringe Bemerkungen über die Universitäten des Grosherzogl. Landes Höchst Derselben unterthänigst zu

Füssen zu legen. Ew. Königl. Hoheit haben die Gnade diese unbedeutende Arbeit auch noch desswegen mit Huld und Nachsicht zu beurtheilen, weil sie unter steter Unruhe und Zeitmangel aufgefasst ist. Glücklicherweise würde ich mich schätzen wenn irgendetwas davon brauchbar sein sollte; glücklich wenn es nicht völlig Ew. Königl. Hoheit Aufmerksamkeit unwürdig wäre!

Mit grösster Verehrung und tiefster Devotion (?) ...

Durchlauchtigster Grossherzog Gnädigster Herr  
Ew. Königl. Hoheit

allerunterthänigster Knecht Eberh. Aug. Wilhelm Zimmermann  
Braunschweigscher Hofrath S. Professor

Florenz d. 6 April 1788

I.) *Unterthanigstes Promemoria.*

Toscana ist unter allen Ländern des eigentlichen Italiens, ajetzt ohnstreitig in der bequemsten Laage, auf Verbesserung des Studienwesens und eben daher auf Verberitung und Vervollkommnung der Wissenschaften selbst sein Augenmerk zu richten. Es ist von Ländern umgeben, die etweder wegen ihrer geringen Bedeutung, wegen geringerer innerer Stärke, zu wenig hirauf zuverwenden vermögen, oder durch die schwankende, stets wechselnde übel eingerichte(te) Regierungsform, sich hiezu unfähig finden. Im ersten Falle sind die Herzog thümer Parma, Modena, die Republic Lucca der Zweyte trif(f)t natürlicherweise den Kirchenstaat. Neapel, der bedeutenste, von Natur reichste Theil der Halbinsel, wo für die Wissenschaften am meisten geschehen müs(s)te, am meisten geschehen könnte, ist aber noch zu sehr zurück, hiezu noch wie zu unreif, es hat noch viel zu drückendern, der Menschheit näher liegende Bedürfnisse in Ordnung zu bringen, hier sind noch zuerst, Unterdrückung des Aberglaubens Bändigung der vielen kleinen Eigenthums-Herrn Bestätigung der Ordnung der Civil-Verfassung vorzunehmen, ehe es an blos wissenschaftliche Einrichtungen mit Wirksamkeit denken kann Hiezu rechne mann von der andern Seite die Glückseligkeit der Toskanischen Länder in Rücksicht der inneren Ruhe und Sicherheit, seiner weit grösseren Ordnung, Reinlichkeit, Betriebsamkeit; die jedem Menschenfreunde Thränen ablockende Heiterkeit, des Wohlbehagens der Bewohner des GrHerzogthums, alles durch die verehrungswürdigste, unablässig thätige Weisheit seines heutigen Regenten hervorgebracht. Auch hat sich Toskana nicht nur von jeher vor allen Ländern Italiens in de Wissenschaften ausgezeichnet, sondern es sind auch seiner heutigen Einrichtungen in Rük(c)sicht der Universitäten, gegen die der übrigen Italienis(c)hen Staaten allerdings die vorzüglichsten.

Setzt man die Population des Gross-Herzogthums auf eine Million, so ist die jetzige Anzahl der studierenden hinreichend um eine *einzig*e Universität blühend zu machen. Da nemlich *Pisa* und *Siena* 700 Studierende halten, so ist dies, da es grösstentheils Einländer sind stets ein bedeutendes hinreichendes Verhältniss gegen seine Bevölkerung; a:/ allein diese Summe wäre mit weit grösserem Vortheil in einen einzigen Ort zusammen zubringen. Es ist nemlich gewiss das bey einer solchen Einrichtung, bey der Vereinigung beyder Universitäten, nicht nur alles mit mehrerer Reichhaltigkeit kann betrieben werden, es kommen weit weniger Lücken in den Wissenschaften selbst vor, und der Hülfsmittel sind mehrere und bessere. So wie überhaupt die Grösse der Population zu grösseren Werth des Staats dient, so wie eine volkreichere Stadt wegen des grösseren Verkehrs und Aufwandts mehrere Bequemlichkeit mehr Erwerbsmittel darbietet, so ist gerade auch hier der Fall. Die Wissenschaften bieten einander die Hand, die ausgesuchtesten Lehrer werden nicht zertheilt und die auf einen einzigen Ort angewandte Summe Geldes, bringt hier ein vollkommneres Ganze(s) hervor, da eben dieses Geld, zertheilt, auf zwey Universitäten gewandt, in jeder nur Bruchstücke liefern kann. Hiezu kommt noch das bey einer einzigen Universität das Ganze nicht nur leichter zuübersehen leichter nach einen und demselben Plan auszuführen steht, dass der ärmere Student selbst, da hier mehrere Bedürfnisse vorkommen auch leichtern Unterhalt, leichteres Fortkommen findet. Ist daher ein Land nicht zu gross, nicht zu sehr volkreich, wie gerade dies bey Toskana der Fall ist, so ist eine solche Zersplitterung jederzeit nachtheilig. In mehreren Ländern hat sich der Souverain das Recht vorbehalten, seinen Einwohnern das Besuchen fremder Universitäten zuverbieten. b:/ Sobald der Unterthan auf seiner Landesuniversität alles dasjenige in hinreichender Güte gelehrt findet, was dem jetzigen Zustande der Wissenschaften angemessen ist, dem hat ohnstreitig der Souverain nicht Unrecht; im wiedrigen Falle aber, ist dies Verbot nicht nur mehr als bloss hart, es ist auch zwe(c)kwiedrig, da es dem Unterthan selbst zu den Dienst des Landes minder ges(c)hickt macht, und also dem Lande schadet. Benimmt nun eine grössere Summe, einer einzigen Universität zugewandt ihr weit mehrere Mängel, so darf der Unterthan auch weniger oder gar nicht an Auswandern denken. Es kann nemlich dann der Lehrer besser gesetzt oder salarirt werden; man kan daher mehr von ihm fordern, man kann

---

a:/ Bey anderer Gelegenheit werde ich das Maximum oder die möglichste Zahl der Studierenden gegen die Population eines Landes untersuchen, natürlicher weise muss man bey den vielen grösseren Summen der Geistlichen in katholis(c)hen Ländern, mehr Studi(e)rende annehmen als bey den Protestanten allein mir deucht man könnte dennoch dein gewisses Verhältniss bestimmen die hanöveris(c)hen Lande haben bey 840000 Menschen über 600 einländische Studenten.

b:/ Es ist dies der Fall in Preussischen und wie ich glaube auch im Kaisel(ichen) ich weis nicht ob es hier gleichfalls sei.

bessere Männer herziehen, die Hilfsmittel (?), z.B. die Freystellen für Studenten die Bibliothec, der Botanis(c)he Garten, das Observatorium, das Naturaliencabinet, das Laboratorium, die Exercitien kurz alles wird vollkommener. Hiezu kommt noch dass die Zusammendrängung mehrerer Studirenden, den Lehrer nicht bloß ermuntert, sondern ihm mehr enträgt ihn also thätiger macht, dass endlich der ärmere Student mehr Gelegenheit zu seinem Fortkommen findet.

Aus diesem Grunden, verglichen mit dem was ich in Pisa und Siena gesehen habe, scheint mir dir Vereinigung der beyden Universitäten sehr wichtig. *Pisa* hat aber *desswegen* Vorsüge, und würde daher unter beyden der zuwählende Ort seyn, weil:

1.) dort schon mehr angewandt ist, es fehlt weniger; so ist dort ein gutes Observatorium, ein besserer Botanischer Garten, Naturalien — Cabinet u.s.w.

2.) weil es dem Ausländer bequemer liegt; denn obgleich jede Landesuniversität eigentlich für das Land selbst calculirt seyn muss, so ist es doch nicht zweckwiedrig den Ausländer Ursache zum Herckommen anboten zu können, und dadurch Circulation, Betriebsamkeit und Nacheiferung reger zu machen. Da es am Meer liegt so sind die Reisen dahin nicht nur leichter, sondern auch wohlfeiler, dabey erleichtert es auch den Ankauf literarischer Producte Instrumente, Naturalien u.s.w. ferner kann der See — Oficier, der Handelsmann, da er in der Nahe der Universität ist, von ihr Nutzen zieher, sich Kenntnisse erwerben. In rü(c)ksicht von *Siena* wage ich einen Vorschlag, wodurch diese Stadt nicht nur schadlos gehalten würde, sondern vielleicht selbst mehr Nutzen Stiftete.

Es sind in *Pisa* besonders aber in *Siena* Erziehungsanstalten für den jungen Adel /: Coleg: di Nobili :/ diese, zumahl da sie Stiftungen sind, würden stets bleiben, und könnten sodann nach einen, etwa dem Collegio Carolino in Braunschweig ähnlichen Plan das Mittel zwischen der Schule und der Universität halten. Alles was nicht der dreyen Facultäten eigentlich bedürfte z.B. der junge Edelmann der sich dem Militair, dem Hofe, der Landwirthschaft widmen wollte, auch der bemittelte bürgerliche Güterbesitzer, kurz diejenigen die s(c)hon in ihre niedrigeren Schulen A: die ersten Anfangsgründe gelegt hätten und sich dereinst zu keiner der dreyen Facultäten eigentlich schlagen wollten, würde in *Siena* befriedigt. Man könnte dort dann bloß die Wissenschaften lehren, die hiezu nöthig sind, und da *Siena* zugleich der Sitz vieler Adlichen Häuser ist so würde der Umgang mit denselben den jungen Adel zugleich zur feineren Welt bilden. Es könnten daher sehr viele der jetsigen Professoren dort verbleiben, und zu diesem sodann viel ansehnlicheren Institute brauchbar werden. Pla(t)z wäre dazu völlig

---

A:/ Es könnten auch die niedrigen Schulen, oder Klassen damit verbunden bleiben, nur das diese dann in einem eigenen Gebäude wären.



indem die dortigen Universitäts — Gebäude, denn der grösseren Anzahl junger Leute eingeräumt würde. Diese Veränderung hat under andern noch diesen Grund für sich, dass nemlich die zwey Institute von verschiedener Art, die Universität und das Coll. dei Nobili nun einander nicht mehr zu nahe wären, die zuvor stets ein unzusammenhängendes Ganze ausmachten, nicht zu einen Plan gehörten. Freylich müsste das, dann grössere Colegio dei Nobili in *Siena* anders eingerichtet werden, und besonders den jungen Oficier mehr angemessen werden. Es scheint so wie est jetzt da ist /: ich rede von dem Coll. Tolomei /: nicht seinen Endzwe(c) völlig zu entsprechen, weder in physischen noch in wissenschaftlichen. A:/

## II.) Studienplan, Vorlesungen, und fehlende Wissenschaften

Über den Studienplan selbst, nemlich den 5 jährigen Cursus des Theologen, Juristen, Mediciners, und Philosophen kan ich blos aus dem, in den Lections-Catalogus von *Siena* beygebrachten Königl. Rescript (p. 9 et 10) urtheilen, hierüber sey es mir denn erlaubt folgendes anzumerken.

*Theologie.* Den Theologen scheinen hierin zwey wesentliche Stücke zu entgehen, nemlich die Natur-Lehre, und das Catechisiren. 1/ Jedermann müsste wenigstens die Gründe der Naturlehre inne haben, aber ein Geistlicher ganz vorzüglich. Keine Wissenschaft ist so nutzbar den Aberglauben, und seine fürchterlichen Folgen zvernichten, dem gemeinen Mann richtigere Begrif(fe) von der Weisheit Gottes zu geben; ferner auf der anderen Seite von dem Verhalten beym Gewitter, bey verschiedenen Kranckheiten und andern Vorfällen zu unterrichten, als die Physic. Hat nun der Geistliche selbst hierin richtige Kentnisse so kann er, der das Vertrauen seiner Pfarrkinder besitzt, unendlichen Nutzen stiften. Im Brauns(c)hweigis(c)hen ist man deshalb so weit gegangen, das ich den Auftrag erhielt, eine eigene *Physic für den Landmann*, die ein geschic)kter Geistlicher geschrieben hatte in Ordnung zu bringen, sie ist unter den Schullehrern auf dem Lande vertheilt worden, wovon man wirklich sehr gute Folgen verspürt. 2/ Das Catechisiren ist unstreitig, ein für die Moralität der Gemeinden fast noch wichtigere Einrichtung als die Predigt. So sehr auch ein geistlicher

---

A:/ den Eleven wenigstens den jüngeren waren zuviel in einer niedrigen Schlafkammer, die nicht zureichende Reinlichkeit hatte, ihr Anzug war zu sorglosk Das die ersten Anfänger oder Kinder von Geistlichen unterrichtet werden, mag immer seinen Nutzen haben, allein die aelteren, grössern müssen nicht blos in inrer Gewalt seyn; es wäre zu umständlich hier ins Detail zu gehen, allein das Ganze gleicht zu sehr einer Einrichtung wie die des Wäysenhauses in Halle die im Oberrn Deutschlande nicht mehr als nachahmenswerth angesehen wird. Das Collegio Ferdinando in Pisa hatte ich nicht Gelegenheit zu sehen.

Redner seine Zuhörer lenken, und ihnen die christliche Moral ans Herz legen kann, so ist dies doch weder so individuel noch so dauernd, als wenn eben solche Lehren durch die Catechisation beygebracht werden. Ich bin freylich in Ansehung der Römisch(c)hen Kirchenverfassung in diesen Stücken unkundig, allein ich bin gewiss, dass wen das Catechisiren hier nicht eingeführt ist, es mit den grössten Nutzen einzuführen seyn würde, eingeführt werden müsste. Der Prediger geht nemlich darin die Hauptlehren der Religion, nicht blos mit der Jugend, sondern /: besonders auf dem Lande :/ selbst mit den Erwachsenen fragweise durch. Hier lernt er nicht nur die ganze Gemeinde individuel kennen, sondern er ist auch im Stande durch Erläuterung der Religions — Wahrheiten, die beste Moral einflissen zulassen.

Es muss jedem Menschenfreunde, er gehöre zu was für einer Religions-Parthey er wolle, keine geringe Freude seyn, eine Gelegenheit zu sehen wo die Christliche Moral so individuel, so practisch, so jeden Vorfällen angemessen, kann eingepägt werden. Auch macht dies bey dem Protestanten ein wichtiges Studium, dessen Wirksamkeit sich in den schätzbarsten Folgen zeigt. Es ist aber viel besser 1.) das diese Lehren von den Prediger selbst und nicht von den blossen Schullehrern vorgetragen werden. Den einmal kennt der Pfarrer seine Gemeinde dadurch selbst besser als durch die Beichte, zweitens hat es auch mehr Eindruck, als wenn dies blos von Schulmeistern geschicht 2.) das dies in der Kirche selbst geschieht, weil durch die Feierlichkeit des Orts selbst die Jugend ruhiger, sittlicher zuhört, und aufmerksamer wird, besonders wann, wie bey uns der Vortrag sich mit einen Gebete anfängt und endigt.

*Jurisprudenz.* Die Medicina Forensis dürfte wohl auf keinen Fall ausgelassen werden eben so wenig als die Mathesis Forensis.

Bey legalen Untersuchungen, Verwundete, Ermordete u.s.w. muss der Richter sich nicht blos auf den Medicus oder Chirurgus zuverlassen gezwungen seyn, er muss selbst urtheilen können. Die Mathesis Forensis und also natürlicherweise die Mathematic ist aber im Recht von even noch häufigern Vorkommen, z.B. beym Artikel de lege falcidia, bey der Bevortheilung über die Hälfte, bey den Interusurien und ähnlichen Berechnungen; bey den Untersuchungen der Bestimmung der Felder ihrer Theilung und Gränzen. Ich habe selbst das Glück gehabt onre Jurist zu seyn die Beendigung eines Processes durch die Auflösung eines Problems aus der Optic zubefördern. Bey dem Artikel *Fehlende Wissenschaften*, wird noch verschiedenes hie(r)her gehöriges vorkommen.

*Medicin.* Hoffentlich ist nur aus Versehen die Physiologie unangeführt geblieben, oder man hat sie unter den Theoretischen Medicin begriffen gedacht, eben wie Therapeutic u.s.w. also rede hievon nicht. Was aber nicht minder wichtig ist, wäre, 1.) die Stellung oder Ordnung der Wissenschaften, da ich hier zum B. die Geometrie, Naturhistorie,

Botanik und Chemie zuletzt angeführt finde die doch augenscheinlich voran gehen müsste. 2.) Ist gar der Chirurgie und Hebammenkunst nicht gedacht, obgleich die erstere sich im *Catalogo* angeführt findet, so dass sie dem Referte zufolge doch nicht zu den Wissenschaften gehörte, die bey dem Examine vorkommen. Die Hebammenkunst scheint aber ganz zu fehlen, wenigstens finde ich nur im *Lecht(ions) Catalogo* von Pisa den Professor Vespa mit der Bemerkung *emeritus*. Ob nun übrigens die *Clinic* am Krankenbette practisch gelehrt wird, wie es seyn müste, kann ich weder bejahen noch verneinen und verweise auf den vortreflichen Plan des Professor *Franks*, das ganze *Medicinal* wegen der *Lombardey* betreffend, welcher nächstens gedruckt werden wird.

*Philosophie*. Es ist auf hiesigen Universitäten in der *Physic*, die Theorie von der simplen Vorzeigung der Experimente getrent. Daher giebt dann eigene Lehrer der *Physic* und andere der *Experimental-Physic*. Es scheint gar kein Grund vorhanden warum in einer Wissenschaft die doch ihre ersten Gründe aus Erfahrung und Versuchen herleitet, blosser Speculation, ohne Versuche vorgetragen werden soll. *Mathematische Physic*, nemlich solche die sich nur auf die Versuche beruft, sie als bekannt annimmt, sit angewandte *Mathematik*, und selbst diese kann nicht stets ohne alle Versuche seyn.

Ein gründlicher *Physiker* muss stets ein guter *Mathematiker* seyn, allein der *Mathematiker* hat doch stets der Versuche nöthig. Nimmt man aber die Wissenschaft, blos als *Spekulation*, theoretis(c)he *Physic*, die sich lediglich mit Untersuchungen des letzten *Endwe(c)ks* der ersten Ursachen, der Grund — *Substanzen* und der unendlichen Systeme hi(e)rüber beschäftigt, so scheint diese in unsern Tagen ziemlich unbrauchbar, da jeder vernünftiger *Physiker* sich gewiss hierüber selbst gefangen geben wird, und seine Untersuchungen besonders auf brauchbare Anwendungen der *Thatsachen* lenkt. Die fehlenden Wissenschaften kommen in der Folge vor:

*Vorlesungen*. Auf allen Universitäten Italiens, ich nehme nur *Pavia* aus, ist die ganze Anzahl der *Vorlesungen* zu geringe. Hieran sind zum theil freylich die vielen Feste schuld, theils hat man ausserordentlich *Ferien* eingeführt. *Pisa* hat noch nicht 100 *Vorlesungen* ..... und *Siena* nur 102, die *extraordinairen* wovon mehrere auf den *Sonntag* fallen, sind wohl grösstentheils für *Theologen*, wenigstens nicht allgemein.

Es wird also hier noch nicht ein drittel des ganzen *Jahr(e)s* brauchbar angewandt.

Freilich ist das *Clima* nicht mit unsern *Deuts(c)hen* zuvergleichen, allein wenn man auch zwey oder drey der höchsten *Sommer - Monate* als unbrauchbar ansehen wollte, so liesse sich doch in den neun übrigen, selbst wann die *Hauptfeste* auch noch abgingen, viel mehr thun. Der *Schaden* dieser *Unthätigkeit* ist vielfach gross; einmal wird der

Student zu lange auf der Universität hingehalten, die Eltern müssen ihm dort lange erhalten; ferner dauert ein Cursus so sehr lange, dass man schon den Anfang der Wissenschaft, bey den letzten Theil(e)n der Vorlesung(e)n vergessen hat. Was kann in 100 Stunden in irgend einer Wissenschaft von grossen Umfange gelehrt werden? Besonders da doch stets die Vorlesung nur was über eine halbe Stunde dau(e)rt! Die Pandect(e)n brauchen in Teutschland nicht nur ein volles Jahr täglich eine Stunde sondern man muss zule(t)zt verdoppeln. Die Physic und mehrere Wissenschaften sind in demselben Fall. Lässt man sie aber nur erst in mehreren Jahren endigen, so fällt dies in den oben angeführten Fehler. Hiezu kommt das der Student selbst zur Unthätigkeit gewöhnt wird. Zwar geben die Lehrer noch eine zweite Stunde in ihren Häusern, allein so viel ich sehe, nicht ein und jedes mal in eben demselben Theil der Wissenschaft

Es ist allerdings wesentlich, das jeder Lehrer eine Richtschnur ein bekanntes Buch oder Compendium zum Grunde legt, worüber er seine Vorlesungen hält.

Der Nutzen hievon ist doppelt Einmahl kann man hiedurch den Mann beurtheilen, er macht sich dadurch öffentlich zum Bekenner, dieser oder jener Grundsätze; zweitens aber kann der Student sich dadurch selbst helfen. Zwar könnte man Hauptsätze dictiren, allein, nicht zudenken dass sodann der erste wichtige Vortheil wegfällt, so geht dadurch der grösste Theil der Zeit verlohren, die durch Aufschreiben der Erläuterung dieser gedruckten Sätze viel lehrreicher angewandt würden. Es ist kein unbedeutendes Gesetz bey der neuen Einrichtung der *Mainzer* Universität, dass jeder Professor sein eigenes Lehrbuch drucken lassen muss, denn ob es gleich beynahe eben so gut ist wenn er sich eines jeden andern von ihm selbst gewählten gedruckten Compendiums bedi(e)nt so hat doch fast jeder seine eig(e)ne Ordnung, seinen eignen Gang im Denken wozu er sich allerdings am bequemsten die Hauptsätze an einander hangend selbst aufsetzen und, zum befolgen, bekannt machen kann. Ein Mangel bey allen Universitäten in Ansehung der Lehrart scheint bis jetzt der zu seyn, dass der Lehrer nirgends Repetitions-Stunden anstellt. Es drü(c)ken sich Kenntnisse nie so tief ein, selbst bey einen fähigen Kopfe, dass ein einmahliger Vortrag hiezu hinreichend wäre, so dass eine Wiederholung der vorgetragenen Sätze, nach der 3 ten oder 4 ten Stunde von ausserordentlichen Nutzen ist. Ist die Anzahl nur gering so s(c)hlüge ich jederzeit, ein noch viel wichtiger(e)s Hülfsmittel vor, nemlich ein wirkliches Examinatorium nach der 4. ten Stunde, wodurch sich der Lehrer seiner Zuhörer viel besser versichert.

FEHLENDE WISSENSCHAFTEN. Hauptsächlich nach den Lections-Catalogus von Pisa, def bey weiten vollständiger als der von Siena ist, bringe ich die fehlenden Wissenschaften bey, indess mag ich mich

in sofort vielleicht irren, oder zuviel als fehlend annehmen, dass vielleicht in andern Jahren die hier von mir als fehlende angesetzte gelehrt werden.

*Theologie.* 1.) Homiletic und Catechetic. Es kann seyn dass in den Seminarien der Bischöfe wenn anders dergl. hier sind, dieses gelehrt wird allein wie schädlich es sey die Bildung dem Geistlichkeit lediglich diesen bis jetzt grös(s)tentheils verheimlichten Unterricht anzuvertrauen, habe nicht nöthig auseinander zu setzen.

2.) *Die Christliche Moral* müsste doch dauernd vorgetragen werden, ich finde bloss die Ethic gedacht, also wohl bloss philosophische Moral.

*Jurisprudenz.* 1.) *Historia juris.* 2 t.) *Jus. patria* 2 tte.) die Rechte des Kirchenstaats müsste in der Laage in welcher sich der hiesige Staat befindet, doch von Zeit zu Zeit gelehrt werden. Bey den *Jure patriae* könnte indess leicht ein Vergleich, dieses mit den Landesrechten der umliegenden Staaten beygebracht werden dies wäre besonders auch deswegen zuerwarten, weil der Ausländer dadurch mehr befriedigt würde. 4 te.) Es finden sich bey der *Jurisprudenz*, wie bei den übrigen Wissenschaften, eine Menge einzelner Theile, aber fast nirgend ein Ganzes. Wenn indess in den *Quinquennio* alles gelehrt wird, so kann der Student freylich in soweit nicht klagen, nur wird ihm dass unangenehm werden, dass da nicht jeder gerade zu Anfang des *Cursus'* ankommt, er sich gezwungen sieht den Anfang der Wissenschaft z.B. der *Pandecten* die in drey Jahren geendigt werden erst nach dem Mittel und Ende derselben, nemlich bey dem Anfang eines neuen *Cursus'* zuhören.

Lehren mehrere Professor zur gleichen Zeit dieselbe Wissenschaft, nur dass sie ihren *Cursus* zu verschiedenen Zeiten anfangen so wird dieser Fehler vermindert. Diese Bemerkung gielt auch für die *Medicin*.

*Medicin.* 1.) *Physiologie.* 2.) *Pharmaceutic* 3.) die Kunst *Recepte* zu schreiben. 4.) Die *Hebammenkunst.* 5.) Es ist aus den *Catalogus*, der nur natürlicherweise für ein Jahr gielt, nicht zubestimmen, wieviel in den ganzen *Quinquennio* gelehrt wird, ich enthalte mich daher zu fragen ob die Lehre der *Bandage*, der *Augenkrankheiten* u.d.gl. darinn vorkommen.

6.) *Anatomia comparata.*

7.) *Viehartzeneikunst.* In Italien /: die *Lombardey* ausgenommen :/ ist keine *Ecole Veterinaire* die doch so schätzbar seyn würde, und sich leicht mit einer Universität verbinden liesse wovon ich aber wegen Mangel der Zeit, hier nichts weiter beybringen kann. 8.) *Medicina Forensis.*

**HISTORIS(C)HE WISSENSCHAFTEN** u.s.w. 1.) Hier fehlt /: wenigstens in diesem Jahrgange :/ die ganze Geschichte! Dies ist nur deswegen

unbegreiflich, weil wenigstens ein Theil davon vorkommen müsste, wenn sie anders gelehrt würde.

- 2) Historia patriae besonders
- 3.) Historia philolopia.
- 4.) Politic und Staatskunde
- 5.) Geographie sowohl alte als neue.

6.) Die Aesthetic oder ein Cursus der schönen Wissenschaften diese angeführten lassen sich nicht in einem Jahre das hier nur hundert Stunden hält beendigen. Sie oder doch ihre Theile würden also doch in diesem Jahrgange haben vorkommen müssen. Die folgenden führe ich nur in soweit als fehlende an, weil sie gerade in diesen einzeln Jahre nicht aufgeführt sind, ich kann indess nicht behaupten, ob sie nicht sonst vorkommen oder gelehrt sind.

- 7.) Griechis(c)he und römis(c)he Antiquitäten.
- 8.) Feldmessenkunst.
- 9.) Nautic
- 10.) Mathesis Forensis
- 11.) A(r)chitectur.

Überdem finde ich nichts von den Leibesübungen hoffentlich sind diese nicht vergessen, ohne gerade im Catalogus zustehen, wie dies in Teuschland der Fall ist.

EINZELNE BEMERKUNGEN. Nichts befördert die Verbreitung der Wissenschaften so sehr als Nothwendigmachung derselben und Aufmunterung. Beydes kann durch die Regierung leichtli(c)h erhalten werden. Das erste nemlich durch unpartheische strenge Examina. Diese müssten sich nicht bloß auf dem Doctorem medicina und juris oder auf den Advocaten einschränken, sondern jeder Geistliche, besonders der Pfarrer müsste nicht etwa unter der blossen Gegenwart eines Bischofs u.s.w. examinirt werden er müsste öffentliche Proben seines Vortrags, seiner Lehrmethode für unpartheis(c)he Beurtheiler ablegen. In Ansehung der Medicin müsste aber jeder angehende Medicus noch ein oder zwey Jahr das Hopsital in Florenz besuchen, und da ihn hierin verschiedene Kranke anvertarut würden die Historiam morbi sowohl als sein ganzes Verfahren der Cur dem Coll. medico vorlegen. Ebenfalls müsste der Jurist schärfer examinirt werden, auch könnte man von jedem der ein Amt bey den verschiedenen Departements erhielt in dies Fach schlagende Aufsätze und Vortrage verlangen.

Vor kursem hat man bey uns um Nacheif(e)rung unter die Studenten zu bringen, von seiten der Regierung, Preysssfragen für jede Facultät aufgegeben die bloß von den auf der Universität studierenden jungen Leuten zu beantworten sind. Sie werden mit einer Medaille beloynt, un die gewinnende Arbeit gedru(c)kt. Hiedurch werden nicht nur mehrere Studenten zu grösseren Thätigkeiten gebracht, sondern der Landesherr lernt die brauchbaren Köpfe kennen, auht bringt es oftmahls sehr gute literarische Producte hervor.



ERK VOLKMAR HEYEN

POSITIVISTISCHE STAATSRECHTSLEHRE  
UND POLITISCHE PHILOSOPHIE.  
ZUR PHILOSOPHISCHEN BILDUNG  
OTTO MAYERS

I.

Otto Mayer (1846-1924) gilt nicht nur als einer der Großen in der europäischen Verwaltungsrechtswissenschaft, sondern auch als ein hervorragender Vertreter des staatsrechtlichen Positivismus im kaiserlichen Deutschland. Nach seinem Verständnis politischer Philosophie zu fragen mag daher auf den ersten Blick verwunderlich anmuten, wird doch diese wesentlich mit den Namen Carl Friedrich von Gerbers (1823-1891) und Paul Labands (1838-1918) verbundene Schule publizistischen Denkens nicht zuletzt durch das Bemühen gekennzeichnet, von den überkommenen philosophischen Überlegungen zu Staat, Recht und Politik eine genuin juristische, nämlich die logisch erfaßbaren Formen rechtlichen Handelns herausstellende Betrachtung abzusondern.

Die positivistische Staatsrechtslehre jener Zeit pflegt man heutzutage, ja eigentlich schon seit dem Zusammenbruch des Kaiserreichs, wenig freundlich zu beurteilen. Man erblickt in ihr, dabei unbedenklich die Absicht ihrer Wortführer und die Wirkung ihrer Forschungsergebnisse miteinander verbindend, kaum mehr als eine Verirrung, da sie durch die methodologische Aufblähung eines Aspekts den Gegenstand verzerrt und ihn politisch außer Frage gestellt, mithin zu einer Verflachung und Erstarrung des Staatsrechtsdenkens geführt habe. So spricht beispielsweise Ulrich Scheuner davon <sup>(1)</sup>, durch die « konstruktive Jurisprudenz »

---

<sup>(1)</sup> *Hegel und die deutsche Staatslehre des 19. und 20. Jahrhunderts* (1960), in ders., *Staatstheorie und Staatsrecht. Gesammelte Schriften*, hrsg. von JOSEPH LISTL WOLFGANG RÜFNER, Berlin 1978, S. 81-100 (93).



Gerbers sei « die sittliche Grundlage des Staates verloren » gegangen, und schon Rudolf Smend vermochte sie allenfalls noch als « Denktechnik für Bürokraten » zu empfehlen <sup>(2)</sup>.

Sicherlich hat sich Laband, dem man gemeinhin die Hauptverantwortung für diese Entwicklung zuschreibt, in seinem « Staatsrecht des Deutschen Reiches » von 1876 bewußt auf eine logisch-begriffliche Analyse des geltenden Rechts beschränken wollen. Was er damit anstrebte, war jedoch nicht die Abwertung der bislang vorherrschenden historischen und politisch-philosophischen Betrachtungsweisen, sondern nur die Anerkennung des eigenen methodischen Weges, den einzuschlagen er um der Verfassungsstaatlichkeit des Reiches willen für unerläßlich hielt. Wenn er im Vorwort zur zweiten Auflage von 1887 diese sich keiner Selbstüberhebung schuldig machende Absicht nochmals ausdrücklich klarzustellen versucht, so liegt darin keine bloß nachträgliche und somit wohlfeile Geste wissenschaftlicher Toleranz. Von Anfang an ging es ihm nicht darum, die Brücken zur reichen Tradition der Staatswissenschaften hinter sich einzureißen, sondern um die, wie man heute zu sagen beliebt, Ausdifferenzierung dieser Wissenschaften zum Zwecke ihres Fortschritts.

Man kann diese Haltung u. a. an Labands achtungsvollem Verhältnis zu Johann Caspar Bluntschli (1808-1881) ablesen. Von Georg Jellinek (1851-1911), neben Laband auch ein großer Repräsentant der Staatsrechtslehre im kaiserlichen Deutschland und jenem freundschaftlich verbunden, ist ja bekannt, daß er Bluntschli, seinem Vorgänger auf dem Heidelberger Lehrstuhl, einen wohl warmherzig zu nennenden Geburtstagsartikel gewidmet hat <sup>(3)</sup>. Schon als Privatdozent aber war er ihm höchst bewundernd gegenübergetreten. Nachdem Bluntschli seine Arbeit über die rechtliche Natur der Staatenverträge wohlwollend besprochen hatte, ergriff Jellinek die Gelegenheit zu einem kennzeichnenden Dankesbrief an den « bewährten Meister der Staats-

---

<sup>(2)</sup> *Politisches Erlebnis und Staatsdenken seit dem 18. Jahrhundert* (1943), in ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin 1955, S. 346-362 (356).

<sup>(3)</sup> *Johann Caspar Bluntschli. Zu seinem 100. Geburtstag* (7. März 1908), in ders., *Ausgewählte Schriften und Reden*, hrsg. von WALTER JELLINEK, Bd. I, Berlin 1911, S. 284-293.

wissenschaft » (4): « Jene Universalität und Werte der wissenschaftlichen Bildung, welche das Jahrhundert Humboldts hervorgebracht hat, ist der jungen Generation, die allzuoft über das Fachwissen die Wissenschaft vergißt, nicht mehr zu Theil. Wohl aber können und müssen wir stets zu den bahnbrechenden Männern des universellen Gedankens als unseren Vorbildern emporblicken ». Zu diesen Vorbildern zählte er eben auch Bluntschli, ohne allerdings seine Bewunderung mit einem Verzicht auf die engere juristische Methode zu verbinden. Denn, so begegnete er dem Vorwurf einer « scholastischen » Auffassung des Rechtsbegriffs, « unsere modernen deutschen Juristen in ihrer Einseitigkeit und Beschränktheit werden ihr widerwilliges Verhalten gegen das Völkerrecht erst dann aufgeben, wenn man sie mit ihren eigenen Waffen erfolgreich bekämpft, wenn man festen Muthes den Boden betritt, von dem aus sie so vornehm auf Alles herablächeln, was sich nicht gleich in ihre Schablonen pressen läßt ».

Durchaus vergleichbar, wiewohl trockener im Ton, sind nun auch die Beziehungen Labands zu Bluntschli gewesen. Auf dessen Kritik an der Methode seines staatsrechtlichen Werkes erwiderte er (5): « Mir ist ein so freundschaftlicher und sachgemäßer Widerspruch viel angenehmer, als ein phrasenhaftes und unaufrichtiges Lob. Aber ich glaube, daß zwischen unseren Auffassungen eine so große Differenz gar nicht besteht, als Sie anzunehmen scheinen. Auch ich bin überzeugt, daß die formell juristische Auffassung des Staates eine einseitige und unzulängliche ist und auch ich halte es für verfehlt, wenn Abgeordnete keinen anderen Standpunkt als den des Kreisrichters zu finden wissen. Aber ich bin überzeugt, daß die Vermischung von Staatsrecht und Politik beiden Wissenschaften nicht zum Nutzen gereicht und daß die Kenntniß des Wesens staatlicher Einrichtungen nicht gefördert wird, wenn man politische Erwägungen für Staatsrecht und juristische Sätze für Politik ausgiebt. Deshalb hielt ich es für geboten, mich lediglich auf die juristische Analyse und Konstruktion zu beschränken. Ich weiß, daß ich dadurch nur eine Seite des deutschen Reichs zu beleuchten vermag, und ich verkenne keineswegs

(4) 4. November 1880 (Zentralbibliothek Zürich, FA Bluntschli 7.424).

(5) 12. Februar 1876 (Zentralbibliothek Zürich, FA Bluntschli 8.481).

den Werth, welchen die Wissenschaft der Politik für die Beleuchtung der andern Seite hat. Nur ist es, wie ich glaube, förderlich für das Ganze, wenn Jeder zunächst auf dem Gebiete arbeitet, dessen Bearbeitung ihm verhältnißmäßig leichter gelingen kann». Dieser Auffassung hat Laband auch wenig später öffentlich Ausdruck gegeben. In seiner Besprechung der 1876 erscheinenden fünften Auflage von Bluntschli «Allgemeinem Staatsrecht» wird dessen «ethisch-politische» Art der Betrachtung als eine der «Individualität entsprechende wissenschaftliche Aufgabe» durchaus anerkannt und es «zweifello» zugegeben, daß eine wissenschaftliche Untersuchung des Staates, «wengleich sie den Bedürfnissen und Anforderungen der Rechtswissenschaft nicht entspricht, dessen ungeachtet von bedeutendem Wert sein und mittelbar auch die eigentliche Rechtskenntniss fördern» kann (6).

Auf Mayer freilich hat Bluntschli keinen besonderen Eindruck gemacht. In Sommersemester 1866, als Mayer in Heidelberg studierte, schien jener ihm «so öde» zu sein, daß er «schon nach wenigen Vorlesungen weglieb» (7). Sein späteres Verhältnis zur wissenschaftlichen Position Bluntschli läßt sich leicht an der scharfen methodologischen Kritik ermessen, die Edgar Loening (1843-1919), Verwaltungsrechtler und Bearbeiter der sechsten Auflage von Bluntschli Staatslehre, an Mayers wegweisender «Theorie des Französischen Verwaltungsrechts» von 1886 geübt hat (8). Gleichwohl wäre es voreilig, Mayer staatsrechtlich ganz auf die Seite Labands stellen zu wollen. Bemerkenswerterweise öffnet sich gerade seine Staatsbestimmung den weiten Horizonten Bluntschli. In Übereinstimmung mit Laband, für den der Zweck des Staates in dessen rechtswissenschaftlichen Begriff keinen Eingang finden darf (9), definiert Mayer zwar anfangs den Staat noch

(6) *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, 4 (1877), S. 198-200 (198).

(7) Otto Mayer, in HANS PLANITZ (Hrsg.), *Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, Leipzig 1924, S. 153-176 (155).

(8) *Die konstruktive Methode auf dem Gebiete des Verwaltungsrechtes*, in *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich*, 11 (1887), S. 541-569. Vgl. dagegen die gerade den methodischen Ansatz lobende Besprechung von Laband, in *Archiv für öffentliches Recht*, 2 (1887), S. 149-162.

(9) *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Bd. I, 4. Auflage, Tübingen/Leipzig 1901, S. 63.

schlicht als « das handlungsfähige Gemeinwesen, zu welchem ein Volk unter einer obersten Gewalt, der Staatsgewalt, zusammengefaßt ist » (10). In seiner späteren kritischen Auseinandersetzung mit der ihm allzu gängig gewordenen Lehre von der juristischen Persönlichkeit des Staates kommt es aber zu einer erheblichen Bereicherung der Anschauung (11): Der Staat hat danach « die Aufgabe und die Wirkung, Volkseinheiten zu schaffen und zu erhalten, Menschengemeinschaften, die in solcher Gestalt zusammengebunden ihre Eigenart entfalten und zur Geltung bringen sollen gegenüber den andern und handelnd und duldend mitarbeiten an dem Gange der Geschichte der Menschheit ». Wenn Bluntschli den allgemeinen Staatszweck in der « Entwicklung des Volkes », die im Einklang mit der « Bestimmung der Menschheit » stehen müsse, erblickt (12), so läßt sich in solcher sittlichen Grundlegung des Staates eine beachtliche Verwandtschaft Mayers zu ihm nicht einfach von der Hand weisen.

Man tut also gut daran, wenigstens bei den Wortführern der positivistischen Staatsrechtslehre die Verhaftung mit der staatswissenschaftlichen Tradition oder doch deren Kenntnis davon nicht zu unterschätzen. Sie waren nicht weniger neuhumanistisch gebildet als die übrige juristische Professorenschaft ihrer Generation. Welche Wirkungskraft einer solchen Orientierung zukommen konnte, läßt sich an der um die Jahrhundertwende lebhaft erörterten Frage veranschaulichen, ob auch Realgymnasiasten, die zwar in lateinischer, aber nicht in griechischer Sprache Unterricht erhalten hatten, ohne zusätzliche Sprachprüfung zum Jurastudium zugelassen werden sollten. Mayer hat diese Frage verneint. Zwar ließe sich das zur juristischen Praxis benötigte Handwerkszeug

(10) *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. I, 1. Auflage, Leipzig 1895, S. 3.

(11) *Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht*, in *Staatsrechtliche Abhandlungen. Festgabe für Paul Laband zum fünfzigsten Jahrestage der Doktor-Promotion*, Bd. I, Tübingen 1908, S. 1-94 (47). Dementsprechend lautet die Definition in der 2. und 3. Auflage des *Deutschen Verwaltungsrechts*, jeweils S. 1: « Der Staat ist das geordnete Gemeinwesen, zu welchem ein Volk zusammengefaßt ist, um seine Eigenart in der Geschichte zu entwickeln und zur Geltung zu bringen ».

(12) *Lehre vom modernen Staat*, I. Teil *Allgemeine Staatslehre*, 6. Auflage, Stuttgart 1886, S. 362.

gewiß auch ohne Griechischkenntnisse erlernen, nicht aber der bisherige, auf eine wissenschaftliche Einstimmung Bedacht nehmende, « gemeinsame Grundton » des deutschen Juristenstandes bewahren. Denn dessen eigentümliches « geistiges Gepräge » rühre nun einmal daher, « dass seine Angehörigen in ihren jungen Jahren ausgiebig eingetaucht worden sind in den Geist des klassischen Altertums, von dem unsere Kultur kommt und unsere Staatsidee, und von dem alles, was wir denken über Staats- und Rechtsordnung, maßgebend bestimmt ist » (13). Im Kern dieselbe Haltung nahmen alle anderen Professoren ein, deren Antworten zu dieser Frage die « Deutsche Juristen-Zeitung » veröffentlicht hat. Man darf davon ausgehen, daß sie auch Laband als Herausgeber dieser Zeitschrift teilte, obwohl eine ausdrückliche Stellungnahme von seiner Seite dazu fehlt.

Ob hier nicht berufsständische Rückzugsgefechte unter dem Deckmantel eines zunehmend hohl gewordenen Bildungsanspruchs ausgetragen wurden, mag dahinstehen. Das Verhältnis eines namhaften Vertreters der positivistischen Staatsrechtslehre zur politischen Philosophie untersuchen zu wollen, muß jedoch nunmehr wohl weniger Verwunderung als Neugier erwecken. Diese wird im Falle Mayers noch gesteigert, wenn man sieht, wie er, ansonsten kein Freund abstrakter methodologischer Auseinandersetzungen, an markanter Stelle die « Eigenart » seiner « juristischen Methode » betont und dabei, über den impliziten Bezug zu Laband hinausgehend, auf Hegel hinweist (14): « Sie beruht auf dem Glauben an die Macht allgemeinerer Rechtsideen, die in den Mannigfaltigkeiten des wirklichen Rechts zur Erscheinung und Entfaltung kommen, zugleich aber auch ihrerseits in der Geschichte sich wandeln und fortschreiten. Er hängt bei mir wohl mit Hegelischer Rechtsphilosophie zusammen, vielleicht auch noch mit ganz Unjuristischem, mußte aber schon recht stark sein, daß ich es wagen konnte, solchen Ideen auch in dem zerfahrenen und unfertigen deutschen Verwaltungsrecht nachzugehen, um sie herauszuheben und aufzuweisen ».

(13) Soll das Rechtsstudium den Realgymnasiasten zugänglich gemacht werden? Eine Enquête, in *Deutsche Juristen-Zeitung*, 5 (1900), S. 257-262, 281-286 (282).

(14) *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. I, 2. Auflage, München/Leipzig 1914, S. VIII (Vorwort).

Dieser Hinweis auf Hegel zeigt, daß dessen Einfluß nicht, wie man allgemein gern unterstellt, mit der Durchsetzung des Positivismus im Staatsrechtsdenken aufhört und seine spätere Wirkung sich einer Renaissance verdankt, sondern mehr oder weniger eingestanden im Verborgenen fortwirken kann. Es liegt allerdings nahe, diesen Einfluß bei Mayer nicht in der dialektischen Methode, sondern in gewissen inhaltlichen Vorstellungen der politischen Philosophie Hegels zu suchen. Wie wenig Mayer die Methode zusagt, zeigt deutlich seine Kritik an Lorenz von Stein (1815-1890). Er beklagt, daß « jene souveräne und hochgemuthe Rechtsphilosophie, wie Hegel sie sich erlauben durfte », auch Stein « sie sich erlaubt hat »<sup>(15)</sup>, insbesondere daß « die alte Hegel'sche Dialektik » dank dessen Einfluß in der Staatsrechtswissenschaft Österreichs « eine Nachblüthe feiert »<sup>(16)</sup>: « Ein gewisser allgemeiner Eindruck von dem wirklichen Rechte fasst sich in ein Wort zusammen, das dann im Denken seine Begriffselemente entfaltet und von der Wirklichkeit verlangt, dass sie diesen entspreche. Dass dabei die heimischen Einrichtungen unbewusst zum allgemein Massgebenden gemacht werden, ist nur zu naheliegend. Nahm ja auch schon bei Hegel die Wirklichkeit der sittlichen Idee in ihren begriffssnothwendigen Entfaltungen einfach die Gestalt des kgl. preussischen Staatswesens an ». Solche « Hegelei » bedeutet Mayer eine für die Rechtswissenschaft unzulässige « Verhüllung der Wirklichkeit »<sup>(17)</sup>. Über Steins Art, unter Zugrundelegung einer staatswissenschaftlichen Systematik das Verwaltungsrecht nach Verwaltungszwecken zu ordnen und daraus abzuleiten, heißt es schließlich kritisch, er habe es « unter Benutzung Hegelischer Ausdrucksformen » verstanden, « die Einzelheiten der staatlichen Tätigkeit als wissenschaftlich notwendige Offenbarungen der dahinter stehenden großen Ideen » vorzutragen<sup>(18)</sup>.

<sup>(15)</sup> Rezension, in *Verwaltungsarchiv*, 11 (1902), S. 348-352 (349).

<sup>(16)</sup> Rezension, in *Archiv für öffentliches Recht*, 3 (1888), S. 482-487 (485).

<sup>(17)</sup> Rezension, in *Archiv für öffentliches Recht*, 12 (1897), S. 493-503.

(494).

<sup>(18)</sup> *Verwaltungsrecht*, I<sup>2</sup> (Anm. 14), S. 19; in diesem Sinne schon die 1. Auflage (Anm. 10), S. 17 Anm. 5. In seiner Nachschrift der verwaltungsrechtlichen Vorlesung Mayers im Sommersemester 1901 hat Karl König unter § 2 (S. 8 des Manuskripts Hs 4165, Hessische Landes- und Hochschulbibliothek Darmstadt) über

Diese methodologischen und systematischen Fragen der Verwaltungsrechtswissenschaft sollen hier jedoch nicht weiterverfolgt werden. Vielmehr wird versucht, Art und Umfang der philosophischen Bildung Mayers darzulegen und dabei insbesondere sein Verhältnis zu den Klassikern der politischen Philosophie zu beleuchten. Man wird dann sehen, welches Licht von daher auf die Grundlagen seiner Verwaltungsrechtswissenschaft fällt.

## II.

Den wesentlichen Anstoß, sich über die akademische Rechtswissenschaft hinaus mit einer weitergreifenden Philosophie des Politischen zu befassen, erhielt Mayer in Berlin, wohin er im Herbst 1866 für zwei Semester zur Fortsetzung seines Jurastudiums gekommen war. Als er bemerkte, in welch hohem Ansehen Hegel bei nicht wenigen Juristen noch stand, wünschte er, sich in dessen Rechtsphilosophie « hineinzuarbeiten »<sup>(19)</sup>: « Ohne ordentliche Anleitung, ganz autodidaktisch wollte ich alles durch ein hartnäckiges Ringen mit den schwerfälligen Texten erreichen. Ganz ohne Erfolg blieb es nicht; insbesondere gewann ich jetzt eine ganz andere Hochachtung vor dem Staate ».

Das Buch, mit dem Mayer damals arbeitete, ist erhalten geblieben<sup>(20)</sup>. Die Spuren der Durcharbeitung sind verhältnismäßig gering und in ihrer Art zurückhaltend. Die fast durchweg kommentarlosen Anstreichungen lassen das Bemühen erkennen, sich die Gliederung des Ganzen zu verdeutlichen und dabei einige Kern-

---

Stein notiert: « Er ist ein Fanatiker des philosophisch zugespitzten Systems ». — Die C. Auflage des *Deutschen Verwaltungsrechts* bringt für die Fragestellung dieses Aufsatzes kaum etwas Neues und wird daher im folgenden nur ausnahmsweise zitiert.

<sup>(19)</sup> *Oelbstdarstellung* (Anm. 7), S. 155; für Holtzendorffs Begriffsbestimmung « Staat ist das sich als dauernd darstellende räumliche Zusammenwohnen der Menschen miteinander » hatte er daraufhin nur noch das bissige Urteil übrig: « Botokudenstaat ».

<sup>(20)</sup> Es handelt sich um ein Exemplar der *Grundlinien der Philosophie des Rechts, oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, hrsg. von EDUARD GANS im Rahmen der Werkausgabe des « Vereins von Freunden des Verewigten », Bd. 8, 3. Auflage, Berlin 1854 (Privatbesitz).

sätze festzuhalten. Besonders wichtige Bestimmungen, wie etwa zum Willen, Recht u.ä., sind darüber hinaus an geeigneter Stelle nochmals handschriftlich notiert worden. Folgende Punkte verdienen hervorgehoben zu werden.

In der Vorrede ist nur eine einzige Stelle angestrichen, und zwar nicht der berühmt-berüchtigte Ausspruch « Was vernünftig ist, das ist wirklich; und was wirklich ist, das ist vernünftig », sondern der kurz darauf folgende Satz, es komme darauf an, « in dem Scheine des Zeitlichen und Vorübergehenden die Substanz, die immanent, und das Ewige, das gegenwärtig ist, zu erkennen ». Dazu paßt der in der Einleitung (Anmerkung zu § 3) von Mayer herausgehobene Satz, daß die Rechtshistorie gegenüber einer solchen philosophischen Betrachtung « ihr Verdienst und ihre Würdigung » durchaus behaupten kann und diese nicht stören muß, « insofern nämlich die Entwicklung aus historischen Gründen sich nicht selbst verwechselt mit der Entwicklung aus dem Begriffe, und die geschichtliche Erklärung und Rechtfertigung nicht zur Bedeutung einer an und für sich gültigen Rechtfertigung ausgedehnt wird ».

Gewinnen diese Sätze ihren eigentümlichen Reiz im Hinblick auf das von Mayer angewandte rechtswissenschaftliche Verfahren, so berührt der nächste Punkt, das Eheverständnis Hegels, bereits seine politischen Vorstellungen und darüber hinaus in einem noch persönlicheren Sinne ihn selbst. Gut zwanzig Jahre nach seiner ersten Hegellektüre hat er auf dem Deutschen Juristentag ein von ihm lebhaft verteidigtes Gutachten für die Durchsetzung eines strengen Ehescheidungsrechts abgegeben, das von der Ehe als einem für den Staat lebenswichtigen sittlichen Institut ausgeht. Die Ehe erzieht dazu oder gewöhnt zumindest daran, heißt es dort <sup>(21)</sup>, « Pflichten zu haben und Pflichten getreulich zu erfüllen, auch wenn sie nicht schmecken sollten », und diese « Schule » liegt im « Interesse des Staates, des Volkes ». Diese Auffassung dürfte nicht zuletzt von Hegel beeinflusst worden sein. Wenigstens er-

---

(21) *Empfiehl es sich, die Ehescheidungsgründe in der vom Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches beabsichtigten Weise zu beschränken?*, in *Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentages*, Bd. II, Berlin 1889, S. 92-109; *Diskussionsbemerkungen dazu ebd.*, Bd. IV, S. 372-380, 406 f. (374).



fährt dessen Eheverständnis eine der wenigen handschriftlichen Zusammenfassungen in Mayers Hegelausgabe, wobei eines von den insgesamt drei aufgeführten Momenten der Ehe lautet: « zur Aufhebung des Einzelwillens und Hingabe an den allgemeinen Willen führend ». Dem entspricht es, wenn in § 162 besonders herausgehoben wird: « Objektiver Ausgangspunkt » der Ehe « ist die freie Einwilligung der Personen und zwar dazu, Eine Person auszumachen, ihre natürliche und einzelne Persönlichkeit in jener Einheit aufzugeben, welche nach dieser Rücksicht eine Selbstbeschränkung, aber eben, indem sie in ihr ihr substantielles Selbstbewußtseyn gewinnen, ihre Befreiung ist ». In dem ebenfalls herausgehobenen § 166 liegt eine treffliche Beschreibung — was hier nicht näher begründet werden kann — von Mayers eigener Ehe. Danach hat der Mann « sein wirkliches substantielles Leben im Staate, der Wissenschaft und dergleichen, und sonst im Kampfe und der Arbeit mit der Außenwelt und mit sich selbst, so daß er nur aus seiner Entzweiung die selbstständige Einigkeit mit sich erkämpft, deren ruhige Anschauung und die empfindende subjektive Sittlichkeit er in der Familie hat, in welcher die Frau ihre substantielle Bestimmung und in dieser Pietät ihre sittliche Gesinnung hat ».

Von besonderem Interesse sind schließlich naturgemäß noch die Anstreichungen im Abschnitt über den Staat, welchen Mayer im Verständnis Hegels u.a. als « objektiven Volksgeist (praktisch) » zu charakterisieren versucht. Hier fällt namentlich der ungewöhnlich stark herausgehobene Anfang der Anmerkung zu § 258 ins Auge: « Wenn der Staat mit der bürgerlichen Gesellschaft verwechselt und seine Bestimmung in die Sicherheit und den Schutz des Eigenthums und der persönlichen Freiheit gesetzt wird, so ist das Interesse der Einzelnen als solcher der letzte Zweck, zu welchem sie vereinigt sind, und es folgt hieraus ebenso, daß es etwas Beliebiges ist, Mitglied des Staates zu seyn. — Er hat aber ein ganz anderes Verhältniß zum Individuum, indem er objektiver Geist ist, so hat das Individuum selbst nur Objektivität, Wahrheit und Sittlichkeit, als es ein Glied desselben ist. Die Vereinigung als solche ist selbst der wahrhafteste Inhalt und Zweck, und die Bestimmung der Individuen ist, ein allgemeines Leben zu führen; ihre weitere besondere Befriedigung, Thätigkeit, Weise des Verhaltens

hat dieß Substantielle und Allgemeingültige zu seinem Ausgangspunkte und Resultate ».

Wie von seiner Randnotiz zu § 157, in der er Hegels Gliederung der Sittlichkeit in Familie, bürgerliche Gesellschaft und Staat mit den Worten « fehlt die Nation! » kommentiert, nicht anders zu erwarten, beindrucken Mayer auch noch die Schlußparagrafen 330 ff. Schließlich ist er als bayerischer Staatsangehöriger schon wenige Monate nach der Schlacht von Königgrätz in die Hauptstadt des siegreichen Preußen zum Studium gekommen, so sehr haben seine nationalen Hoffnungen Auftrieb erhalten. Der Satz in § 331 « Das Volk als Staat ist der Geist in seiner substantiellen Vernünftigkeit und unmittelbaren Wirklichkeit, daher die absolute Macht auf Erden » findet sich dementsprechend dick angestrichen. Dasselbe gilt für § 349: « Ein Volk ist zunächst noch kein Staat, und der Uebergang einer Familie, Horde, Stammes, Menge u.s.f. in den Zustand eines Staats macht die formelle Realisirung der Idee überhaupt in ihm aus. Ohne diese Form ermangelt es als sittliche Substanz, die es an sich ist, der Objektivität, in Gesetzen, als gedachten Bestimmungen, ein allgemeines und allgemeingültiges Daseyn für sich und für die Anderen zu haben, und wird daher nicht anerkannt; seine Selbstständigkeit, als ohne objektive Gesetzlichkeit und für sich feste Vernünftigkeit nur formell, ist nicht Souverainetät ».

Mayer hat aber aus Hegels Rechtsphilosophie nicht nur für sein politisches Denken gelernt, er hat sie auch [anfangs in seinen zivilrechtlichen Arbeiten dogmatisch zu verwerthen gesucht. Als er im Rahmen seiner Dissertation nach einer « inneren Begründung » der Eigentumsersitzung sucht, d.h. einer Begründung, die nicht von der Nützlichkeit und Zweckmäßigkeit, sondern von der Systematik des Rechtsinstituts her argumentiert, glaubt er, daß Hegels Eigentumslehre, namentlich dessen Satz « 'Eigenthum ist die äusserlich erkennbare Gegenwart des freien Willens in der Sache' », hierfür die « richtige Basis » liefert <sup>(22)</sup>. Rückblickend

---

<sup>(22)</sup> *Die Justa Causa bei Tradition und Usukapion. Ein Versuch auf dem Gebiete des römischen Rechts*, Erlangen 1871, S. 117 f. Daran hält sich auch noch die Exegese: *Versuch einer Rettung der L. 4 pr. D. pro suo 41, 10*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 55 (1872), S. 64-100 (71).

hat er über diese Arbeit recht zurückhaltend geurteilt, die Geringsfügigkeit der ihm erreichbaren Literatur betonend <sup>(23)</sup>: «Doch ging ich mutig dran im Vertrauen auf meinen Hegel, der ja auch Auseinandersetzungen mit der damaligen neuen Literatur nicht sehr geneigt war, und bohrte mich nur mit einem gewissen Fanatismus in mein Corpus juris hinein. Zu einer Art geschlossener Auffassung kam ich ja auch dabei; ob sie der Wirklichkeit des Rechtes entsprach, schien mir weniger wichtig zu sein; dafür war mir der Sinn damals noch nicht aufgegangen».

Den Sinn für die «Wirklichkeit des Rechtes» erhielt Mayer während seiner Anwaltspraxis, die er von 1872 bis 1882 im Elsaß ausübte. Es verwundert daher nicht, daß der neuerliche Hinweis auf Hegels Eigentumslehre in seiner wettbewerbsrechtlichen Habilitationsschrift nur noch dekorativen Charakter trägt. Eine deutliche, wenn auch nicht böswillige, eher humorige Distanz kommt zum Ausdruck, wenn die Untersuchung mit dem Satz eingeleitet wird <sup>(24)</sup>: «Unseren Philosophen, wenn sie auf die Rechtsphilosophie zu sprechen kommen, ist es immer ein Lieblingspunkt, daß Bücher von Natur aus eine ganz besondere rechtliche Eigenschaft an sich trügen, vermöge deren sie ohne Erlaubniß des Verfassers nicht nachgedruckt werden dürfen». Kräftiger bereits und selbstgewiß ist der Ton, wenn am Schluß noch einmal vor den «Nebelgestalten rechtsphilosophischer Spekulation» gewarnt wird, «welche uns unter den Händen zerfließen» <sup>(25)</sup>. Hier fügt sich die bereits erwähnte Kritik an Lorenz von Stein ohne weiteres ein.

Nach seiner Emeritierung im Sommer 1918, als er von Leipzig nach Heidelberg, in die Nachbarschaft des ihm durch den Kriegsausgang als Alterssitz verschlossenen Straßburg, übergesiedelt

<sup>(23)</sup> *Selbstdarstellung* (Anm. 7), S. 156 f.

<sup>(24)</sup> *Die concurrence déloyale. Ein Beitrag aus dem französischen Rechte zur Lehre vom geistigen Eigentum*, in *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht*, 26 (1881), S. 363-437 (363). Bloße Zierde sind hier ebenfalls die Hinweise auf die Meinungen Kants und Schopenhauers.

<sup>(25)</sup> *Ebd.*, S. 435. Im selben Sinne wurde schon kurz vorher, ohne Philosophen namentlich zu nennen, von der «Metaphysik» gesprochen, «wo es greifbare Gestalten nicht mehr gibt», s. *Die dingliche Wirkung der Obligation. Eine Studie zum Mobiliareigentum des Code civil und des deutschen Handelsgesetzbuches*, Erlangen 1879, S. 40.

war, suchte und fand Mayer wieder stärker den Zugang zur Philosophie. Wie die nähere Untersuchung der juristischen Schriften noch zeigen wird, ist der Kontakt zu ihr zwar nie abgerissen. Das gilt insbesondere auch für Hegel, den Mayer vor dem Unverständnis der Juristen und ihren Fehldeutungen in Schutz nahm <sup>(26)</sup> und sogar in seinen Novellen manchmal zur Sprache brachte <sup>(27)</sup>. Aber er hatte nun doch mehr Muße, und außerdem erhielt sein philosophisches Interesse eine andere Dringlichkeit, die sich im Zusammenhang mit seinen theologischen Studien einstellte <sup>(28)</sup>.

Zwei Briefe aus jener Zeit machen die persönlichen Umstände anschaulich. « Wir haben dieses Jahr zum ersten Mal den ganzen Sommer hier zugebracht und unsere Rosen blühen sehen und unseren Wald von Edelkastanien », berichtet Mayer aus Hilpertsau, einem Dorf im badischen Murgtal, wo ihm seit 1905 eine Ferienvilla gehört. « Ich möchte am liebsten gar nicht mehr nach Heidelberg zurück. Aber ich verwildere hier etwas, das ist wahr. Der einzige gebildete Mensch, mit dem ich verkehre, ist unser Herr Pfarrer, und der wohnt 5 Kilometer entfernt. Mangel an Bibliothek spüre ich kaum — auch ein Zeichen von Verwilderung. Das Allernötigste habe ich hier (sehr wenig!), und in der Hauptsache treibe ich jetzt Philosophie; dazu braucht man nicht viel Literatur. Mit Hegel und Schopenhauer bin ich seit 6 Monaten ausge-

---

<sup>(26)</sup> Vgl. beispielsweise Rezension, in *Verwaltungsarchiv*, 15 (1907), S. 128-131 (130 f.); *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. II, 2. Auflage, München/Leipzig 1917, S. 578 Anm. 7; *Völkerrecht und Völkermoral*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 38 (1918), S. 1-37 (14 Anm. 21).

<sup>(27)</sup> Vgl. (jeweils unter dem Pseudonym EDUARD DUPRÉ veröffentlicht) *Fortunatus Laatschy. Eine oberelsässische Geschichte aus dem Anfang der neuen Zeit*, in ders., *Fortunatus Laatschy. Dina. Zwei Erzählungen*, Leipzig 1899, S. 1-164 (83); *Die deutsche Flotte*, in ders., *Nach dem Kriege. Erzählungen eines alten Advokaten*, Leipzig 1906, S. 175-239 (238).

<sup>(28)</sup> Rechenschaft darüber gibt die posthum veröffentlichte, als Manuskript gedruckte Schrift: *Mein Bekenntnis. Verwandten und Freunden zum Andenken an Prof. Dr. Otto Mayer*, Halle a.d.S. 1927. Aufgrund seines vielfältigen kirchlichen Engagements war er bereits 1916 von der theologischen Fakultät in Leipzig zum Ehrendoktor ernannt worden, vgl. des näheren meinen Aufsatz: *Otto Mayers Kirchenrecht und die Verfassungsreform der evangelisch-lutherischen Kirche in Elsaß-Lothringen und Polen*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung*, 96 (1979), S. 239-264.

kommen ». Die kalten Wintermonate müssen in der Stadt zugebracht werden. « Hier ist nicht viel los, was mir ja gar nicht so unlieb ist », schreibt Mayer über Heidelberg. « Ich habe anstandshalber meine Besuche gemacht bei juristischer und theologischer Fakultät — eigentlich müßte ich solche jetzt auch bei der philosophischen machen, nachdem man in Bonn so liebenswürdig war, mich auch noch für res. pol. zu doktorieren. Aber man legt hier wenig Wert auf Formen. Die Besuche sind zum Teil jetzt noch nicht zurückgegeben. ... Die Zeiten sind ja ungünstig für Geselligkeit. Mehr als ein Zimmer findet man nirgends geheizt ». Erneut wird betont, daß die « Juristerei » ganz in den Hintergrund getreten ist: « Ich bin zu meinen Philosophen zurückgekehrt: Kant, Hegel, Schopenhauer, Hartmann; die hatte ich seit 30 Jahren sehr vernachlässigt, so daß sie mir jetzt wie neu vorkommen ». <sup>(29)</sup>

Die Namen dieser Philosophen treten auch in Mayers theologischer Bekenntnisschrift auf. Von Hegel heißt es, das Studium seiner Philosophie habe dazu beigetragen, ihn am Ende der Studienzeit wieder der Kirche anzunähern und zum regelmäßigen Besuch ihrer Gottesdienste zu veranlassen <sup>(30)</sup>. Kants Ethik wird herangezogen, um die Eigentümlichkeit der Bergpredigt zu verdeutlichen. Danach hat die Ethik « ihre eigenen sehr weltlichen Absichten, wenn sie die Leute in gute Zucht und edle Gesinnungen führen will, und dadurch ihren Wert vermehren für die menschliche Gesellschaft ». Sie bleibe weltlich, auch wenn Kant « für sein Sittengesetz die Hüterschaft Gottes für notwendig erkennt ». Denn verglichen mit den scharfen Forderungen der Bergpredigt, die « sehr leicht für absurd erklärt » werden könnten, erscheine die « berühmte Formel » des kategorischen Imperativs als « sehr verständig vom Standpunkt des Staatsmanns aus ». <sup>(31)</sup>

---

<sup>(29)</sup> Briefe an Victor Ehrenberg vom 20. September 1919 und 2. Februar 1920 (Staatsbibliothek Preußischer Kulturbesitz, Berlin (West), Nachlaß Ehrenberg).

<sup>(30)</sup> *Bekennnis* (Anm. 28), S. 21. An Theologen wird außer den Reformatoren nur noch Schleiermacher namentlich genannt, s. ebd., S. 3.

<sup>(31)</sup> Ebd., S. 49. In Kants Eidesauffassung sieht Mayer den « Standpunkt des Unglaubens », den es genauso zu vermeiden gelte wie den « Standpunkt des Aberglaubens », s. *Zur Frage des Zeugeneides*, in *Die Christliche Welt*, 13 (1899),

Der Hinweis auf Schopenhauer und Hartmann schließlich erfolgt bei der Frage nach dem Verhältnis von Gott und Welt <sup>(32)</sup>: « Es gibt für den menschlichen Willen ein 'Gebiet der Freiheit', da die sinnliche Kausalität nichts zu sagen hat, und wenn Gott hier regieren will, so braucht er dazu kein Naturgesetz durch Wunder zu durchbrechen, um die Menschen zu bestimmen und zu führen und durch die so bestimmten wieder andere, im Bereich der Naturgesetze oder wieder außerhalb. Sollte nicht auch der Wille, der im Tiere lebt, in ähnlicher Weise von innen heraus zu fassen sein, ohne daß dafür das Naturgesetz ein zu durchbrechendes Hindernis, ohne daß ein Wunder notwendig wäre? Wenn man sich die Welt als eine Erscheinung des 'Willens zum Leben' vorstellt in der Weise Schopenhauers oder als ein Herrschaftsbereich des 'Unbewußten' nach der Formulierung E. v. Hartmanns, dehnt sich das Gebiet solcher Zugänglichkeiten und damit die Möglichkeit einer göttlichen Weltregierung von selbst noch weiter aus, auf das Pflanzenreich oder gar auf die anorganische Natur. Ohne die monistischen Scheuklappen ist die Welt viel reicher und schöner anzusehen. Gott aber bleibt uns jedenfalls der, den wir erkannt und erlebt haben: 'der die Herzen der Menschen leitet wie die Wasserbäche' ». Dieser angesichts der Zeitumstände überraschend zukunftsfrohe und gar nicht weltabgewandte Ton kontrastiert zur angerufenen « pessimistischen Philosophie » noch deutlicher, wenn Mayer sich nicht der Resignation in die Schlechtigkeit der Welt überlassen will und eine weitere Evolution des Menschen für möglich hält, nicht, im Sinne Nietzsches, « zum kindischen Zerrbild des Übermenschen », sondern « näher zu Gott » durch eine « neue Hebung der geistigen Seite unserer Seele » <sup>(33)</sup>.

---

Sp. 554-562 (557 f.). Nicht minder weltlich und damit im Gegensatz zur Bergpredigt stehend gilt natürlich auch die Nikomachische Ethik des Aristoteles, s. Rezension, in *Deutsche Zeitschrift für Kirchenrecht*, 20 (1910-11), S. 389-396 (389 f., 395).

<sup>(32)</sup> *Bekenninis* (Anm. 28), S. 30 f.

<sup>(33)</sup> Ebd., S. 50 f., 55 f. Wiederum ohne Nietzsche namentlich zu nennen, kritisiert er auch das « eingebildete Titanentum » der zeitgenössischen Weltanschauungsmode, s. *Ist eine Änderung des Verhältnisses zwischen Kirche und Staat anzustreben? Vortrag bei der 22. Generalversammlung des Evangelischen Bundes in Mannheim*, Halle a.d.S. 1909, S. 9. Die Zivilisationskritik der Lebensphiloso-

Mit Schopenhauer und Hartmann griff Mayer auf eine Philosophie zurück, die den Höhepunkt ihrer Popularität bereits in den Anfangsjahren des neuen deutschen Reiches, also als er noch verhältnismäßig jung war, erreicht hatte <sup>(84)</sup>. Was ihn wie viele der Gebildeten jener Zeit daran offensichtlich bewegte, war das Bemühen, die modernen Wissenschaften, die den überkommenen christlichen Glauben untergraben und oft schon ganz zerstört hatten, mit einem tieferen, über die Interpretationsangebote eines materialistischen Monismus hinausgreifenden Daseinsverständnisses zu vereinbaren. Die religionsphilosophischen Antworten Schopenhauers und Hartmanns hat Mayer sich aber doch nicht zu eigen machen können. Dafür blieb er, bei allem Abstand zur Orthodoxie, den seine Bekenntnisschrift erkennen läßt, zu sehr mit Herz und Hand der evangelischen Kirche verhaftet. Im übrigen dürfte ihm an Schopenhauer wohl die Anknüpfung an die Erkenntnislehre Kants und die Polemik gegen Hegels dialektische Methode zugesagt haben, nicht jedoch die in der Blindheit des « Willens zum Leben » liegende pointiert anti-idealistische Ablehnung einer vernunftvollen Entwicklung von Natur und Geschichte, wie sie namentlich von Hegel vertreten worden ist. Insofern steht ihm Hartmann näher, der einen Weltzweck durchaus anerkennt und auch sonst Schopenhauer und Hegel miteinander zu verbinden sucht <sup>(85)</sup>.

---

phie findet keine Erwähnung. Was Mayer selbst hier zu sagen hat, ist wesentlich religiös begründet und auch religiös bewältigt.

<sup>(84)</sup> Deren Willensmetaphysik erscheint andeutungsweise erstmalig im *Deutschen Verwaltungsrecht*, Bd. II, 1. Auflage, Leipzig 1896, S. 367, wo dem rechtswissenschaftlichen Willensbegriff derjenige « der Philosophie » gegenübergestellt wird. Namen werden freilich nicht genannt. Ebenso die 2. Auflage (Anm. 26), S. 573; immerhin wird im Zusammenhang damit ebd. S. 578 Anm. 7 Schopenhauer erwähnt, wie übrigens auch Hegel, « dessen Rechtsphilosophie ganz auf der Idee des Willens aufgebaut ist ».

<sup>(85)</sup> Heute kennt man Hartmann eigentlich nur noch aus der Philosophiegeschichte, wo er, wie schon zu seinen Lebzeiten, als Außenseiter figuriert. Immerhin hat sich für ihn, einen Vorarbeiter des Vitalismus, Max Scheler eingesetzt, d.h. ein maßgeblicher Förderer der philosophischen Anthropologie, die auch den Staats- und Rechtswissenschaften als Grundlagendisziplin zu dienen vermag, vgl. zu deren Status meinen Aufsatz: *Zum Verhältnis von philosophischer und wissenschaftlicher Anthropologie*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 64 (1978), S. 509-533.

Die nur fragmentarisch entwickelte politische Philosophie Schopenhauers hat auf Mayers Anschauungen keinen spürbaren Einfluß genommen. Der individualistische Rückzug Schopenhauers aus der Verantwortung für Staat und Gesellschaft sowie seine aristokratische Mitleidsethik stehen in deutlichem Gegensatz zu Mayers eigenem persönlichen Einsatz für kirchliche, karitative und kommunale Belange <sup>(36)</sup>. Der Abstand zwischen beiden auf diesem Felde wird aber auch noch mittelbar deutlich werden, wenn nunmehr die Fragen der philosophischen Grundlegung von Staat und Recht in den Blickpunkt rücken. Mit ihnen hat Mayer sich weitmehr beschäftigt als man gemeinhin aus der Kenntnis seines verwaltungsrechtlichen Hauptwerks annimmt. Wie sich den Vorlesungsverzeichnissen entnehmen läßt, hat er bereits in Straßburg, nachdem 1896 sein Lehrauftrag entsprechend erweitert worden war, Allgemeines Staatsrecht gelesen, und in Leipzig, wo man für ihn einen Lehrstuhl für öffentliches Recht eingerichtet hatte, las er regelmäßig und mit beeindruckender Stundenzahl Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht, Sächsisches Staatsrecht, Allgemeines Staatsrecht (zuweilen zusammen mit Politik), Allgemeine Staatslehre und Völkerrecht.

### III.

Mehr als antiquarisches Interesse gewinnt die Philosophie des Politischen für Mayer erst in der Neuzeit. Verglichen mit Thomas von Aquin, dem « Klassiker der päpstlichen Staatsphilosophie » <sup>(37)</sup>, erscheint ihm Bodin als ein bemerkenswerter Fort-

---

<sup>(36)</sup> Vgl. meinen Aufsatz: *Die Verwaltungspraxis Otto Mayers in Straßburg und Leipzig. Kommunalpolitik auf dem Wege vom liberalen zum sozialen Rechtsstaat*, in *Verwaltungsarchiv*, 71 (1980), H. 1 Wenn Mayer dafür eintritt, die evangelische Kirche auch nach ihrer Verselbständigung vom Staat als Volkskirche und nicht als Religionsverein zu gestalten, so geschieht dies mit der bemerkenswerten Begründung, daß die Volkskirche das « brüderliche Verantwortungsgefühl » zum Ausdruck bringe, s. *Änderung* (Anm. 33), S. 3: « Statt in aristokratischem Egoismus sich abzuschließen, sollen die Christen dafür sorgen, daß je mehr desto besser von ihren Volksgenossen die rechte Lebensluft zu atmen bekommen ».

<sup>(37)</sup> *Staat und Kirche*, in ALBERT HAUCK (Hrsg.), *Realencyklopädie für protestantische Theologie und Kirche*, Bd. 18, 3. Auflage, Leipzig 1906, S. 707-727 (711).



schrift. « Er ist bekannt als der Entwickler des Souveränitätsbegriffs. Fälschlicherweise auch als Vertreter des Absolutismus, ebenso fälschlich als Vertreter der modernen Staatsidee. Auch ihm ist die Staatsgewalt immer noch nicht mehr als ein Conglomerat an einzelnen Hoheitsrechten. Seine geschichtliche Bedeutung liegt in der Heraushebung des Staates aus der Vielzahl ähnlicher Gebilde, mit welchen er vom Mittelalter her im Gemenge lag. Man muß nur das Bild der abendländischen politischen Welt sich vergegenwärtigen, wie es ein Thomas von Aquino zeichnet. Da wimmelt es von allerlei selbständigen Obrigkeiten, verschieden im Grade der Macht und des Glanzes, aber wesensgleich: reges, principes, comites, duces, marchiones, barones, castellani; dazwischen noch die civitates, die selbständigen Städte. Wesensverschieden ist nur die Spitze: der Papst mit seinem Gehülfen, dem Kaiser. Bei Bodinus sind nun diese Spitzen weggefallen, dafür ist aus der Masse der übrigen Gewalten eine Aristokratie herausgehoben nach dem Merkmal der Souveränität. Diese bilden die Staaten und diese Staaten allein sollen von nun an die Handelnden sein in dem großen Drama der neuen europäischen Geschichte ». (38)

Aus dem Schrifttum des 17. Jahrhunderts, das sich an Bodin anschließt, ragt in Mayers Augen unzweifelhaft Grotius hervor. Das « warme Herz », der « milde menschliche Sinn, der aus dem ius belli et pacis leuchtet », haben es ihm angetan (39). Grotius stützt sein Völkerrecht auf die alte Idee des Naturrechts, wobei er dessen Verbindlichkeit nicht von der Existenz und Wirksamkeit Gottes abhängig machen will (40): « Es ist, als wenn er schon vorsorgen wollte für den Fall, daß man wenigstens an dem göttlichen Ursprung des Naturrechts nicht mehr festhalten würde. Zuzutrauen sind ihm solche Gedanken ». Wie schon im Falle Bo-

---

(38) *Der Wert des Völkerrechts. Rede zur Feier des Geburtstages des sächsischen Königs am 20. Mai 1915*, unveröffentlicht (Privatbesitz).

(39) *Portalís und die organischen Artikel. Rede zur Feier des Geburtstages Sr. Majestät des Kaisers am 27. Januar 1902 in der Aula der Kaiser-Wilhelms-Universität Straßburg*, Straßburg 1902, S. 8.

(40) *Völkerrecht* (Anm. 26), S. 4 f. Anm. 6; weitere Bezugnahmen auf Grotius' Völkerrechtslehre ebd., S. 1 Anm. 1, 5 Anm. 8, 10 Anm. 17.

dins, so betont Mayer auch bei Grotius, daß er « die eine allmächtige Staatsgewalt » noch nicht gekannt habe <sup>(41)</sup>.

Der neuzeitliche Staat, der kraft seiner Souveränität « unbedingter Herr und Meister aller Rechtsordnung » zu sein beansprucht <sup>(42)</sup>, entwickelt sich nur langsam. Zwischen Fürsten und Gott setzt Hobbes, anders als noch Bodin, den Staat als « mortalis Deus », als « homo artificialis »; « die Idee der juristischen Person konnte nicht besser zum Ausdruck kommen » <sup>(43)</sup>. Diese Staatsidee verwirklicht sich nach und nach. Mayer anerkennt zwar, daß auch die nachfolgende Naturrechtslehre ihr weiter den Weg geebnet hat, aber er bringt ihren Vertretern immer weniger Achtung entgegen <sup>(44)</sup>.

Pufendorf wird noch ohne Polemik, aber doch nur eher beiläufig erwähnt <sup>(45)</sup>. Wolff hingegen wird als « Modephilosoph » abqualifiziert <sup>(46)</sup>. Zwar ist bei ihm die Rechtsauffassung des Polizeistaates, in dem die Staatsidee ganz in den Vordergrund tritt, « am klarsten entwickelt » <sup>(47)</sup>: « Sein Rechtstitel liegt, wie die Rechtsphilosophie ausführt, in der natürlichen Bestimmung des Menschen

<sup>(41)</sup> Rezension, in *Archiv für öffentliches Recht*, 19 (1905), S. 420-424 (421); auch hier bleibt es also beim « hergebrachten Konglomerat von jura majestatis ». Das « Urbild der Inventarisierung der Hoheitsrechte », die dann bei Pütter höchst kunstvoll vorgenommen wurde, soll jedoch von Bodin stammen, s. *Verwaltungsrecht*, I<sup>2</sup> (Anm. 14), S. 28 Anm. 7. Zu den jura majestatis und den jura quaesita bei Bodin und Grotius s. des weiteren ebd., S. 34 Anm. 18 u. 19 — wie auch schon die 1. Auflage (Anm. 10), S. 33 An. 20 —; *Verwaltungsrecht* II<sup>2</sup> (Anm. 26), S. 526 Anm. 17; *Die Entschädigungspflicht des Staates nach Billigkeitsrecht. Vortrag gehalten in der Gehe-Stiftung zu Dresden am 19. März 1904*, Dresden 1904, S. 4.

<sup>(42)</sup> *Das Staatsrecht des Königreichs Sachsen*, Tübingen 1909, S. 11, 47.

<sup>(43)</sup> *Völkerrecht* (Anm. 26), S. 3 Anm. 5. *Verwaltungsrecht*, II<sup>1</sup> (Anm. 34), S. 369 spricht im Blick darauf auch vom « Leviathan »; ebenso *Republikanischer und monarchischer Bundesstaat*, in *Archiv für öffentliches Recht*, 18 (1903), S. 337-372 (353).

<sup>(44)</sup> In Rezension (Anm. 31), S. 389 spricht er durchaus anerkennend von ihrer « ehrwürdigen Ahnenreihe » bis zu Thomas von Aquin und Cicero, hat aber Bedenken, ob Aristoteles so ganz dazugehört.

<sup>(45)</sup> Vgl. *Person* (Anm. 11), S. 26 Anm. 1; Rezension (Anm. 31), S. 394; *Verwaltungsrecht*, II<sup>2</sup> (Anm. 26), S. 527 Anm. 17; *Völkerrecht* (Anm. 26), S. 5 Anm. 8.

<sup>(46)</sup> *Wert* (Anm. 38).

<sup>(47)</sup> *Verwaltungsrecht*, I<sup>1</sup> (Anm. 10), S. 250 f.u. Anm. 15; s.a. Rezension, in *Archiv für öffentliches Recht*, 17 (1902), S. 464-469 (467).

und daraus sich ergebenden natürlichen Pflichten, die der Staat berufen und berechtigt ist geltend zu machen und zwangsweise durchzuführen. Gerade vermittelt der Annahme solcher allgemeiner gegebener Pflichten wird der Satz, daß die Obrigkeit alles rechtlich muß thun können, was zur Erfüllung ihrer Aufgabe nötig ist, aus einer bloßen Forderung für die Gestaltung der Dinge zur unmittelbaren rechtlichen Wirklichkeit». Wolff aber als «offiziellen Staatsphilosophen» Friedrichs des Großen herauszustellen, hält Mayer für ungerechtfertigt, dafür sei er mit der «Süßlichkeit» seiner Schriften und den ihnen eigenen «Verflachungen» zu weit von der Art des preußischen Staatswesens entfernt<sup>(48)</sup>. Ungeachtet aller historischen Verdienste der Naturrechtslehre insgesamt vermag Mayer in ihr aufgrund des zweifelhaften wissenschaftlichen Verfahrens, das sie anwendet, in seiner Zeit nicht mehr zu sehen als «eine höchst anziehende geschichtliche Erscheinung», und wer es, wie Cathrein, gleichwohl noch unternimmt, in ihrer Weise zu argumentieren, sieht sich dem Verdacht ausgesetzt, eher ein «europäisches Kulturrecht» als ein «Naturrecht» zu vertreten und dabei aus konfessionellen Gründen noch nicht einmal «unparteiisch» zu verfahren, worin sich wiederum nur die grundsätzliche «Schwäche» aller Naturrechtslehre bezeugt, «sich anzupassen an die Wünsche dessen, der es lehrt»<sup>(49)</sup>.

Hat sich der moderne Staat als Polizeistaat auch aller vorgegebenen Rechtsschranken entledigt, so ist er doch auf dieser Stufe seiner Entwicklung nicht stehen geblieben, sondern hat sich als Verfassungs- und Rechtsstaat erneut einer Rechtsordnung unterworfen, jedoch diesmal einer von ihm selbst verantworteten, ihm selbst aufgegebenen Rechtsordnung. So jedenfalls sieht es Mayer, und Montesquieu mits einer Lehre von der Teilung der Gewalten ist ihm hier der wegleitende Philosoph. Sie stellt er an den Anfang seines ersten großen öffentlichrechtlichen Werkes<sup>(50)</sup>.

<sup>(48)</sup> *Verwaltungsrecht*, I<sup>1</sup> (Anm. 10), S. 38 Anm. 1; ebd., S. 106 Anm. 6 mokiert sich Mayer über die von Wolff behauptete «schöne rechtsverbindliche Pflicht für Regenten und Unterthanen, 'sich unter einander zu lieben'». Zu dessen Völkerrechtslehre s. *Völkerrecht* (Anm. 26), S. 5 Anm. 8, 10 Anm. 17.

<sup>(49)</sup> Rezension (Anm. 31), S. 389, 392; Rezension, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 39 (1920), S. 258-260 (260).

<sup>(50)</sup> *Theorie des Französischen Verwaltungsrechts*, Straßburg 1886, S. 1 ff.

Wenn er auch nicht verkennt, daß diese Lehre nur teilweise zur Wirklichkeit des Verfassungsstaates geworden ist <sup>(51)</sup>, so nimmt er doch wohl für sich in Anspruch, ihr unter den deutschen Staatsrechtslehrern erst zum angemessenen Widerhall verholfen zu haben <sup>(52)</sup>.

Der Kern der Teilung in eine gesetzgebende und eine vollziehende Gewalt liegt Mayers Auffassung nach bei Montesquieu in der « Herrschaft des Gesetzes », die allein die « unbedingte Zuverlässigkeit » der Rechtsordnung und damit den « freien Staat » ermögliche. « Die Erfahrung hat gelehrt: so lange ein und dieselbe Willensmacht über die Gesetze verfügt und über ihre Handhabung, ist kein Verlaß auf sie. Es bedarf einer Hemmungsvorrichtung, damit diese Dinge nicht wieder ineinanderfließen, und die liefert allein die Selbständigkeit (Trennung) der zweierlei Gewalten: ein anderer Wille muß noch hinzukommen, der das Recht und die Aufgabe der einen Gewalt als sein Recht und seine Aufgabe verteidigt und der verletzt wird durch Übergriffe darein ». Es soll also weder die Einheit des Staates in Frage gestellt noch eine bloße Beschreibung und Gliederung seiner « Funktionen » gegeben werden. <sup>(53)</sup>

Eine solche « Herrschaft des Gesetzes » setzt war, wie das Beispiel der Justiz lehrt, nicht notwendigerweise die Beteiligung

Erst *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. I, 3. Auflage, München/Leipzig 1924, S. 56 Anm. 3 bemerkt, Locke sei der « eigentliche Begründer » der Gewaltenteilungslehre, Montesquieu wolle ihn « nachahmen ». Was diesem die « Wirklichkeit » der britischen Verfassungszustände « verhüllte und entstellte » war seine « praktische Tendenz, die Absicht, einen bestimmten Eindruck zu machen und zu drängen auf bestimmte Einrichtungen », s. Rezension, in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 63 (1907), S. 541-546 (542).

<sup>(51)</sup> Vgl. *Verwaltungsrecht*, I<sup>1</sup> (Anm. 10), S. 57; Rezension, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 43 (1922), S. 364-365 (365).

<sup>(52)</sup> Vgl. Rezension, in *Archiv für öffentliches Recht*, 18 (1903), S. 96-103 (99); *Verwaltungsrecht*, I<sup>1</sup> (Anm. 50), S. 3 Anm. 3.

<sup>(53)</sup> *Verwaltungsrecht*, I<sup>2</sup> (Anm. 14), S. 44 u. Anm. 11, 58 u. Anm. 3. Auch Rezension (Anm. 51), S. 365 betont, daß es sich nicht um « Funktionen », sondern um « Wirkungskräfte » handelt: « Die Trennung soll ein Zusammenarbeiten nicht ausschließen; sie fordert auch keine volle Unabhängigkeit der bezüglichen Trägerschaften. Es genügt eine gewisse Selbständigkeit und Widerstandskraft, die ein Hemmnis für die andern zu bieten vermag ».

einer Volksvertretung voraus <sup>(54)</sup>. Aber in der Verwaltung, und das ist für die Ausbildung des Verfassungsstaats zum Rechtsstaat entscheidend, hält Mayer sie für « thatsächlich nur zu verwirklichen, wo das Gesetz durch die Teilnahme der Volksvertretung jene Selbständigkeit und Unverbrüchlichkeit erhalten hat, die eben nur die Verfassung in dem prägnanten Sinn des konstitutionellen Systems gewährleistet » <sup>(55)</sup>: « Das ist auch der wahre Kern in Montesquieus Lehrsatz, dass die bürgerliche Freiheit bedingt sei von der Trennung der Gewalten ».

Den Gedanken der Gewaltenteilung versucht Mayer anfänglich auch noch bei der Bestimmung des Bundesstaatsbegriffs heranzuziehen und stützt sich dabei auf den « geistreichen » Tocqueville <sup>(56)</sup>. Später freilich wird dessen Auffassung nur noch für den republikanischen Bundesstaat als berechtigt anerkannt <sup>(57)</sup>. Ansonsten schätzt Mayer Tocqueville als Gewährsmann für die französische Staats- und Verwaltungsgeschichte <sup>(58)</sup>. Über dessen ausgreifende Perspektiven zur Entwicklung von Freiheit und Gleichheit äußert er sich jedoch nicht.

Wie Mayer diese Entwicklung bewertet, wird immerhin abschätzbar, wenn er den « glücklichen Grundzug » der napoleonischen Gesetzgebung bewundernd herausstellt, nämlich « das Wiederanknüpfen an die geschichtlich gewordenen Formen, mit welchen die Revolution ihr willkürliches Spiel getrieben hatte » <sup>(59)</sup>. Bei solcher Haltung ergibt sich die Achtung Burkes fast von allein <sup>(60)</sup>: « Die kraftvolle Gestalt des englischen Parlamentsman-

<sup>(54)</sup> Mayer weist darauf hin, daß Montesquieu die Idee der Gewaltenteilung schon in seiner Lehre von der (absoluten) Monarchie entwickelt, *Verwaltungsrecht*, I<sup>2</sup> (Anm. 14), S. 58 Anm. 4; s.a. *Justiz und Verwaltung. Rede zum Antritt des Rectorats der Kaiser-Wilhelms-Universität Straßburg*, Straßburg 1902, S. 11.

<sup>(55)</sup> Rezension (Anm. 47), S. 466; ähnlich auch *Verwaltungsrecht*, I<sup>2</sup> (Anm. 14), S. 48 Anm. 18. Zur Erläuterung des Gesetzesbegriffs werden übrigens noch andere Philosophen — Bodin, Wolff, Kant, Hegel — beigezogen, s. ebd., S. 43 Anm. 9, 45 Anm. 13.

<sup>(56)</sup> *Verwaltungsrecht*, II<sup>1</sup> (Anm. 34), S. 464 Anm. 18.

<sup>(57)</sup> *Bundesstaat* (Anm. 43), S. 340, 357.

<sup>(58)</sup> *Theorie* (Anm. 50), S. 54 Anm. 2, 88 Anm. 1, 98 Anm. 3, 497 Anm. 3; *Verwaltungsrecht*, I<sup>1</sup> (Anm. 10), S. 58 Anm. 9, 380 Anm. 6.

<sup>(59)</sup> *Portalis* (Anm. 39), S. 7.

<sup>(60)</sup> Rezension, in *Die Christliche Welt*, 13 (1899), Sp. 67. Burke wird auch

nes wird in Deutschland immer verwandt anmuten. Die Richtung, die er vertritt, ist auch in unserem öffentlichen Leben eine geistige Macht. Unsere historische Schule hat sie in der Lehre von Recht und Staat erfolgreich zur Geltung gebracht, und was wir jetzt Realpolitik nennen, ist größtenteils von diesem Geiste bestimmt ».

Damit ist auch schon abzusehen, wie Mayer sich zu Rousseau stellen wird, dem « großen Propheten der neuzeitlichen Demokratie » und ihrem « berufensten Apostel », dem « feurigsten Verkünder » der Volkssouveränität <sup>(61)</sup>. Eine gewisse Bewunderung fehlt hier sicherlich nicht, ebensowenig wie für den Calvinismus, den « großen Erzieher zur politischen Freiheit » <sup>(62)</sup>, als dessen Vollen der im gewissen Sinne Rousseau ihm erscheint. Mayer spricht von der « zorndurchglühten Literatur » der Monarchomachen, die das Staatsdenken revolutionierten, und von dem « wunderbaren Weg, auf welchem der Calvinismus an dem Königtum, das ihn zertrat, schließlich seine Rache gehabt hat » <sup>(63)</sup>. Aber seine Zustimmung für Rousseau hört eben dort auf, wo die für Burke beginnt: beim Ausmaß und Gewicht der historischen Orientierung.

Zustimmung liegt zunächst für die Betonung der Souveränität des Staates, seiner rechtlichen Allmacht, vor. Mayer hält Rousseaus « *puissance souveraine des allgemeinen Willens* » für durchaus in Übereinstimmung mit der Erklärung der Menschenrechte von 1789 <sup>(64)</sup>: « Was dadurch beschränkt wird, ist lediglich das Königtum, die vollziehende Gewalt. Und zwar in echt demokratischer Weise. Die wichtigsten Seiten, an welchen der Mensch und Bürger der Staatsgewalt gegenüber empfindlich ist, werden

---

sonst stets zusammen mit der historischen Schule (Eichhorn, Savigny) erwähnt, s. *Portalis* (Anm. 39), S. 7; *Person* (Anm. 11), S. 51 Anm. 2; *Fichte über das Volk. Rede des antretenden Rektors, in Rektorwechsel an der Universität Leipzig am 20. November 1913*, Leipzig 1913, S. 17-27 (25).

<sup>(61)</sup> *Die Neuorientierung und ihr Einfluß auf die Kirche*, in *Deutsch-Evangelische Monatsblätter für den gesamten Protestantismus*, 9 (1918), S. 385-394 (386); *Bundesstaat* (Anm. 43), S. 349 Anm. 14; *Verwaltungsrecht*, I<sup>1</sup> (Anm. 10), S. 57.

<sup>(62)</sup> Rezension, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 36 (1917), S. 231-232 (232).

<sup>(63)</sup> *Fichte* (Anm. 60), S. 20; *Staat* (Anm. 37), S. 713.

<sup>(64)</sup> *Verwaltungsrecht*, I<sup>2</sup> (Anm. 14), S. 72 Anm. 12. Dagegen bedeuten noch für Rezension (Anm. 31), S. 394 « diese Menschenrechte den reinen Gegensatz zu Rousseaus Staatsabsolutismus ». In diesem Sinne wohl auch *Theorie* (Anm. 50), S. 174 f.

unter die Obhut des Gesetzes und damit der Nationalversammlung genommen, die dafür gut steht, daß es nicht allzuschlimm wird; das ist ihr Pakt mit der Masse. Das Gesetz kann alles; alle Freiheitsrechte, Art. 4 bis Art. 11 der Erklärung, sind durch das Gesetz beschränkbar. Das Gesetz ist aber auch der Staat». Für Rousseau beruhe die Freiheit des Menschen im Staate darauf, daß er nicht nur «sujet», sondern auch «citoyen» sei, d.h. «Anteil an der Staatsgewalt» habe und insofern «nur sich selbst gehorcht, wenn er dieser gehorcht» <sup>(65)</sup>.

In dieser Herausstellung des Gesetzes sieht Mayer zugleich eine Anerkennung des Verfassungsstaates, und auch dem kann er natürlich nur zustimmen <sup>(66)</sup>: «Die Form, in welcher das Volk seine oberste Gewalt ausübt, soll gerade darin bestehen, daß es die Gesetze macht, d.h. allgemeine Regeln, welche nun alle Beamten des Staates gleichmäßig verbinden, richterliche und andere, das Staatsoberhaupt selbst mit eingeschlossen: sie haben sämtlich nur thätig zu werden selon la direction de la volonté générale d.h. gemäß dem Gesetz». Auch Rousseau wolle in seinem «état régi par des lois» eine «Trennung der Gewalten» im Sinne Montesquieus <sup>(67)</sup>.

Die Lehre von der Volkssouveränität selbst hingegen stößt bei Mayer auf Ablehnung. Was Rousseau zur volonté générale ausführt, sind ihm gar nur sehr schwer aufzuhellende «wirre Gedanken» <sup>(68)</sup>. Kaum anders wird er die Ansicht beurteilt haben, was von den unveräußerlichen Rechten des Volkes abweiche für «Wahnsinn und Verbrechen» zu halten <sup>(69)</sup>: «Rousseau hat das geglaubt und mit loderndem Feuer geschrieben. Es ist bekannt, wie es

<sup>(65)</sup> *Verwaltungsrecht*, I<sup>2</sup> (Anm. 14), S. 14 Anm. 2; *Bundesstaat* (Anm. 43), S. 349 Anm. 14. Mayer meint hier in dem Sinne von «Untertan» sprechen zu dürfen und zu sollen wie Rousseau von «sujet».

<sup>(66)</sup> *Verwaltungsrecht*, I<sup>1</sup> (Anm. 10), S. 57; ebd., S. 6 Anm. 6 spricht davon, Rousseau habe «den alten Gesetzesbegriff ... einfach der neuen Idee der Volkssouveränität angepaßt».

<sup>(67)</sup> *Verwaltungsrecht*, I<sup>2</sup> (Anm. 14), S. 58 Anm. 3. In diesem Sinne wohl auch schon *Theorie* (Anm. 50), S. 2 Anm. 3. Rezension (Anm. 51), S. 365 hält ebenfalls, unter Hinweis auf die Lage in Frankreich, die hergebrachte Gewaltenteilungslehre mit der Volkssouveränität für vereinbar.

<sup>(68)</sup> Rezension, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 36 (1917), S. 369-370 (369).

<sup>(69)</sup> *Fichte* (Anm. 60), S. 21.

gezündet hat ». Daß Rousseau aber selbst hierin nicht das geistige Format abgesprochen werden soll, zeigt sich daran, wie Mayer Verlautbarungen seiner philosophischen Vorgänger auf diesem Felde beurteilt <sup>(70)</sup>.

Über Aristoteles, den « Vater der Wissenschaften und Begründer auch der allgemeinen Staatslehre », und die von ihm unterschiedenen Staatsformen heißt es <sup>(71)</sup>: « Bei allen drei Staatsformen ist es Glückssache, ob wirklich die Herrschaft der Areté dabei herauskommt. Doch sind die Aussichten bei der Herrschaft der Vielen am günstigsten. Denn mag auch der einzelne nicht viel Areté mitbringen, zusammengerechnet macht das immerhin einen größeren Haufen, als von dem einzigen oder den wenigen geliefert würde; wie bei einem Gastmahl, zu dem viele zusammensteuern, was sie gerade haben, bei einem Picknick würden wir sagen, doch zuletzt etwas Ansehnliches herauskommt, — ein echt hellenisches Rechenexempel! » Auf Marsilius von Padua, so scheint es, fällt ein günstigeres Licht. Immerhin wird dessen « Defensor pacis », der im « Herrscherberuf des Volkes ein Gegengewicht gegen die Priestermacht » sucht, ein « wunderbares Buch » genannt. Doch dürfte Mayer die hier angewandte naturwissenschaftliche Begründung, die vom Vergleich des Staates mit einem Tier ausgeht und dann eine Organlehre entwickelt, die dem Volk als Seele den maßgeblichen Einfluß auf dieses Tier beimißt, wohl nicht als heute noch überzeugend anerkannt haben <sup>(72)</sup>. Die « Idee des staatsgründenden Vertrages » schließlich erscheint ihm von nicht viel höherem Wert. Zu unterschiedlich sind die Folgerungen, die die Monarchomachen, Hobbes, Locke und Wolff daraus haben ziehen können.

Rousseau ist nun zweifellos derjenige, anerkennt Mayer, der solchen « Schwächlichkeiten » ein Ende bereitet und « keine Rücksicht nimmt » <sup>(73)</sup>. Aber er begreift das Volk eben, darin die alte Vertragslehre doch fortsetzend, im Sinne einer Genossenschaft, als « Kollektivname für die 'associés' », während Mayer hier ein

<sup>(70)</sup> Zum folgenden s. ebd., S. 19 f.

<sup>(71)</sup> Seine Staatslehre wird auch noch einmal kurz in *Person* (Anm. II), S. 57 Anm. I erwähnt.

<sup>(72)</sup> Ebd., S. 57 f. wird auch diese Organlehre nochmals erwähnt.

<sup>(73)</sup> *Fichte* (Anm. 60), S. 21.



entschieden anderes Volksverständnis dagegen: das Volk als einer « natürlich sich erneuernden Menschengemeinschaft », als « geschichtliche Größe » (74). Insofern Rousseau auch die « trauliche Studierlampe deutscher Gelehrter » hat « aufflammen » lassen, sind sie von dieser Kritik natürlich nicht weniger betroffen (75): « Es mutet wehmütig an, seinen Formeln auch in des großen Kant Alterswerk zu begegnen. Unser Fichte schwimmt natürlich ganz in diesem Fahrwasser ».

Aber der Name Fichtes steht bei Mayer zugleich auch für ein Umdenken in der deutschen politischen Philosophie. « Nicht immer leicht verständlich und zu eigensinnigen Schrullen mehr geneigt, als es selbst einem deutschen Professor zukommt, aber mit der herrlichen Gabe ausgestattet, immer voll tiefster Überzeugung an das zu glauben, was gerade zu sagen war », dermaßen begabt sieht Mayer Fichte nach dem « unerhörten Zusammenbruch » Preußens wie verwandelt: « Vom deutschen Volke spricht er, um die Betrübteten aufzurichten, mannhaft und tröstlich. ... Und das Volk, das seine Seele sucht — er nennt es jetzt vorzugsweise ' Die Nation ', — es ist nicht mehr die verfassungsmäßig versammelte Bürgerschaft, deren Rechte er sonst mit dem Behagen des künstlerischen Schaffens ausgemalt hatte. Es bedeutet Höheres, Unvergängliches: Das Volk als die geschichtliche Größe ist ihm in diesen Tagen der Trauer aufgegangen in all seiner Herrlichkeit. ' Es handelt sich ', sagt er, ' um ein höheres Leben und dieses bringt nicht der Geist der ruhigen bürgerlichen Liebe der Verfassung, sondern die Flamme der Vaterlandsliebe, die die Nation als Hülle des Ewigen erfaßt ' ». (76)

(74) *Verwaltungsrecht*, II<sup>2</sup> (Anm. 26), S. 638 Anm. 8. Den Gegensatz von Genossenschaft und Volk, dem « kein Verein, kein contrat social » zugrunde liege, das vielmehr durch die « geschichtliche Entwicklung » bestimmt sei, betont schon die 1. Auflage (Anm. 34), S. 386; s.a. *Person* (Anm. 11), S. 48, 52.

(75) *Fichte* (Anm. 60), S. 21. Kant wird zwar als « Apostel des Rechtsstaates und der Freiheit » bezeichnet, s. *Verwaltungsrecht*, I<sup>1</sup> (Anm. 10), S. 251 Anm. 15, steht dabei aber im Zusammenhang mit als etwas verschoben empfundenen Argumentationen, vgl. ebd.; *Portalis* (Anm. 39), S. 9; *Bundesstaat* (Anm. 43), S. 352 Anm. 18; Rezension (Anm. 26), S. 130; *Änderung* (Anm. 33), S. 3.

(76) *Fichte* (Anm. 60), S. 18, 22 f. Mayer gibt danach noch weitere Textproben aus den « Reden an die deutsche Nation », wie etwa S. 24: « ' Volk und Vaterland liegt weithinaus über den Staat im gewöhnlichen Sinne des Wortes, als der bloßen

Dieses von Rousseau sich abwendende Verständnis des Volkes als einer « geschichtlichen Größe » findet Mayer aber nicht nur bei Fichte oder Burke, sondern vor allem auch bei Hegel. Dort habe « die deutsche Auffassung von diesen Dingen » ihren wohl « vollendetsten Ausdruck » gefunden (77): Was als « ' sittliche Substanz ' » den Menschen in Anspruch nimmt, ist der « ' wirkende Geist ' seiner Familie, seines Volkes, und dieses Volk ist nichts anderes als Fichtes Nation mit ihrem höheren Leben, in dem der einzelne aufgehen soll; der Staat bedeutet nur die formelle Realisierung der Idee, das dem Volke gegebene Rechtsgewand, in welchem es durch die Weltgeschichte schreitet, ' das Volk als Staat ' ». Ihm gelte, heißt es an anderer Stelle, Hegels « Hohes Lied auf den Staat », daß er « die konkreten Ideen, die Völkergeister, für den Weltgeist formt, ' um dessen Thron sie als die Vollbringer seiner Verwirklichung und als Zeugen und Zierraten seiner Herrlichkeit stehen ' » (78).

Wie die bereits eingangs zitierte Staatsbestimmung Mayers zeigt und auch die angeführten Heraushebungen in seiner Hegel-Ausgabe nahelegen, ist das, was er als die Auffassung Hegels beschreibt, auch die seine. Nicht unmittelbar auf Förderung der « bürgerlichen Gesellschaft », nur auf das Volk im Sinne der « geschichtlichen Größe » sieht er den Zweck des Staates gerichtet. « Natürlich, um dieser zu dienen, werden die Träger der Staatsgewalt, Fürst oder Volk-Bürgerschaft, sich um die gegenwärtige Menge zu kümmern haben, in welcher sie erscheint; sie werden sie hegen und pflegen, zahlreich und kräftig werden lassen um jenes Zweckes willen, werden aber auch nicht zaudern dürfen, sie dafür, wenn es sein muss, auf das Schwerste zu belasten, sie hinzuopfern, massenweise — damit dabei kund werde, wie Hegel es so kräftig gesagt hat, dass der Endzweck des Staates nicht ' die Sicherung des Lebens und Eigentums der Individuen ' sei, dieses vielmehr ' als ein verschwindendes Moment gesetzt ist ' gegenüber

---

Ordnung für gewisses Recht, inneren Frieden und Fristung des sinnlichen Daseins. Das ist nur Mittel, Bedingung und Gerüst des Aufblühens des Ewigen und Göttlichen in der Welt ' ».

(77) Ebd., S. 25; er nennt Hegel « unseren größten Rechtsphilosophen ».

(78) *Person* (Anm. 11), S. 47. Mayer spricht anderwärts von einer « großartigen Vision », s. *Fichte* (An. 60), S. 25; *Wert* (Anm. 38).

der Wirklichkeit der sittlichen Idee. Nur der geschichtliche Volksbegriff wird dem ganzen Ernst der Sache gerecht. » (79)

Der Ernst des Weltkrieges läßt Mayer aber doch bald schwanken, ob Hegel, « den der Jurist in aller ihm geziemenden Bescheidenheit immer geneigt sein wird für einen recht großen Philosophen zu halten », noch so ohne weiteres zuzustimmen ist, wenn er den Krieg dafür preist, « daß er die sittliche Gesundheit der Völker hebe in ihrer Indifferenz gegen das Festwerden der endlichen Bestimmtheiten, der Partikularitäten Besitz und Leben, die er gefährdet und zerstört, um ideale Werte dafür höher steigen zu lassen ». Dem weithin schon beobachtbaren Niedergang des Völkerrechts soll eine « bewußte Vermenschlichung der staatlichen Dinge » wehren. « So lange Macht und Reichtum und äußere Ehre die alleinigen Triebfedern staatlichen Handelns sind », glaubt Mayer, « kommen wir über Machiavelli nicht hinaus », und mit diesem kann das Völkerrecht « nie viel wert sein ». Wenn Schopenhauer seinen « Lieblingssatz 'homo homini lupus' » nicht zuletzt auch auf Staaten anwendet und Nietzsche « in seiner bekannten flotten Manier » den Staat als das « 'kälteste aller kalten Ungeheuer' » bezeichnet, so scheinen ihm beide nicht völlig unrecht zu haben, aber er möchte es nicht dabei bewenden lassen. Die Idee einer « civitas maxima », wie sie etwa Kant sich wünscht, erscheint ihm allerdings auch nicht sehr verlockend. « Selbstverständlich, die Staaten sollen ihrer Natur gemäß blühen und gedeihen und wachsen. Wie der starke Waldbaum seinen schwächeren Nachbarn verkümmern macht, so geht es auch hier. Gewalt und List und Unterdrückung sind dabei nicht völlig zu vermeiden. Das gehört mit zu dem Erdenloos, das uns beschieden ist ». Aber die « sittliche Gebundenheit » dieser Verhältnisse gilt es nachdrück-

---

(79) *Person* (Anm. 11), S. 51. Zur Abgrenzung von Volk und « bürgerlicher Gesellschaft » vgl. auch *Verwaltungsrecht*, II<sup>2</sup> (Anm. 26), S. 640 Anm. 9. Den « Zusammenhang zwischen bürgerlicher Gesellschaft und Polizei » habe « immer noch am besten » Hegel dargelegt, sagt *Verwaltungsrecht*, I<sup>1</sup> (Anm. 10), S. 258 Anm. 1; ähnlich *Verwaltungsrecht*, I<sup>2</sup> (Anm. 14), S. 221 Anm. 1, wo von dessen « wuchtiger Weise » die Rede ist. In der Verbreitung der « Anerkennung der allgemein höheren Natur des Staatswillens » sieht Mayer « vor Allem das Werk der Hegelischen Schule », s. *Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge*, in *Archiv für öffentliches Rechts*, 3 (1888), S. 3-86 (30 Anm. 39).

lich ins Bewußtsein zu heben, und dafür ist eine « neue Denkweise » erforderlich: « Selbst in der hohen Politik darf die Gewissensfrage nie unterdrückt werden: Bleibt hier unsere Machtentfaltung noch in dem schönen Maß, das allen guten Gebilden eigen ist? Wie spüren es die anderen? Geht es nicht mit milderer Mitteln? Vielleicht kommt auch noch die ständige Frage auf: Wie können wir, ohne unserem Staate zu schaden, ihnen nützlich sein »? <sup>(80)</sup>.

Was sich hier abwägend, aber doch mit entschiedener Deutlichkeit zu Wort meldet, ist das angesichts der bedrückenden Wirklichkeit verständliche Bedürfnis und Verlangen nach einem deutlicheren sittlichen Maßstab staatlichen Handelns, den Mayer wohl bei Hegel vermißt oder wenigstens nicht hinreichend ausgebildet findet. Schon vor dem Krieg und diesmal im innerdeutschen Zusammenhang hat er die Unerläßlichkeit eines solchen Maßstabes betont und mehr « eidgenössischen Sinn », größere « Bundes-treue der Fürsten » verlangt, wenn anders das Deutsche Reich vom Bundesstaat sich nicht zum Einheitsstaat entwickeln soll. Dabei greift er bemerkenswerterweise auf Montesquieu und dessen Lehre von den « ' principes des gouvernements ' » zurück <sup>(81)</sup>: « Jeder Staatsform entspricht danach eine bestimmte Art von Gesinnung der Menschen, die ihr Prinzip, ihre Lebenskraft ausmacht; sowie sie beginnt zu verschwinden, ist auch der Untergang der Staatsform nahe ».

Die Frage nach einer Ergänzung und Stützung des Völkerrechts durch eine besondere « Völkermoral » hält Mayer auch über den

<sup>(80)</sup> *Wert* (Anm. 38). Auch schon in *Änderung* (Anm. 33), S. 8 f. steht der Name Machiavellis für die, allenfalls scheinheilig überdeckte, « äußerlichste Machtbefriedigung » des Staates. Knappe Hinweise auf Hegels Völkerrechtsverständnis enthalten noch *Völkerrecht* (Anm. 26), S. 14 Anm. 21, 23 f. Anm. 37; Rezension, in *Juristische Wochenschrift*, 48 (1919), S. 20-21 (20).

<sup>(81)</sup> *Bundesstaat* (Anm. 43), S. 370; « bei der Demokratie ist es la vertu, die strenge Zucht aller, bei der Monarchie dagegen l'honneur, die Ehrsucht der herrschenden Stände ». Ähnlich *Schiffahrtsabgaben II. Kritische Bemerkungen zum Entwurf eines Reichsgesetzes, die Erhebung von Schiffahrtsabgaben betreffend*, Tübingen 1910, S. 62 f., wo « vertu » mit « schlichter Bürgersinn » und « honneur » mit « Standesstolz der Bevorrechteten » übersetzt wird. Diese Lehre Montesquieus kommt auch zur Sprache in *Zum hundertsten Geburtstage des Code civil*, in *Frankfurter Zeitung und Handelsblatt*, 20. März 1904 (Nr. 80), S. 1 (Sp. 1); *Staat* (Anm. 37), S. 727; *Staatsrecht* (Anm. 42), S. 296 Anm. 10.

Krieg hinaus für vordringlich. Bewertung statt Anerkennung der politischen Wirklichkeit steht im Vordergrund. « Nicht die Weltgeschichte allein ist das Weltgericht mit der Wucht der Geschehnisse, durch die sie schließlich ihr Urteil spricht, sondern auch die Geschichtsschreibung beteiligt sich, um den Verantwortlichen zu finden, die Art und das Maß seines Verschuldens festzustellen »<sup>(82)</sup>. Die Anwendung sittlicher Maßstäbe ist aber nicht dem Rückblick vorbehalten, vielmehr erscheint sie noch dringlicher zur Bewältigung der Gegenwart. Von der Weltanschauung, die hinter den politischen Führungsansprüchen eines naturwissenschaftlich-technischen Denkens steht, heißt es<sup>(83)</sup>: « Die unseres Kant ist es nicht. Und gerade jetzt wollen wir hoffen, daß sie für die Zukunft des deutschen Volkes nicht führend wird ».

Damit ist der Kreis der von Mayer namentlich erwähnten Klassiker der politischen Philosophie abgeschritten. Sichtbar geworden ist ein durchaus beachtlicher Zusammenhang philosophiegeschichtlicher Interpretationen, der den Kern seiner eigenen Staats- und Rechtslehre deutlich erkennen läßt. Natürlich ist manches wenig durchgearbeitet, erscheint unausgewogen oder auch zweifelhaft: Aus der griechischen Philosophie wird kein Gewinn gezogen; das englische politische Denken tritt gegenüber dem französischen in den Hintergrund; das Verhältnis zu Kant ist zwispältig; das der rationalistischen Aufklärung entgegengesetzte nationale Denken Rousseaus findet keine Würdigung; der Kontinuität im Denken Fichtes, der seine menschheitlichen Ideale keineswegs aufgibt, wird nicht ausreichend Rechnung getragen. Noch anderes ließe sich hinzufügen. Vieles entspricht freilich den zeitgenössischen Auffassungen. Das gilt insbesondere auch von der Neigung, Fichte, die historische Schule und Hegel zusammenrücken zu lassen, unter Ablehnung der dialektischen Methode des letzteren. Im Hinblick auf Mayers eigene Staats- und Rechtslehre und damit auch die Grundlagen seiner Verwaltungsrechts-

<sup>(82)</sup> Rezension, in *Juristische Wochenschrift*, 50, I (1921), S. 319-320 (319).

<sup>(83)</sup> Rezension, in *Juristische Wochenschrift*, 48 (1919), S. 486-487 (487). Von « unserem Kant » ist schon die Rede in *Verwaltungsrecht*, I<sup>1</sup> (Anm. 10), S. 251 Anm. 15; *Bundesstaat* (Anm. 43), S. 352 Anm. 18.

wissenschaft verdient vor allem festgehalten zu werden, daß er kein Vertreter liberalistischer Positionen war <sup>(84)</sup>.

Was schließlich das Verhältnis der positivistischen Staatsrechtslehre zur Tradition politischer Philosophie betrifft, so wird man wohl, ohne ihren philosophischen Sinn überzubewerten, sagen dürfen, daß ihre großen Vertreter nicht in ganz so engen Bahnen dachten, wie manche heute meinen. Wer dem damaligen Juristen « mit einem gewissen Behagen » vorhalten zu können glaubt, « daß er mit seinen Formeln den Staat nicht völlig zu fassen vermag, daß hier Dinge am Werke sind, die sich seiner eigenartigen Rechenkunst entziehen », der muß sich von Mayer sagen lassen <sup>(85)</sup>: « Aber das weiß natürlich niemand besser als wir; wie könnte man das nicht spüren, wenn man sich mit dem Staate beschäftigt! »

---

<sup>(84)</sup> Dieses Ergebnis wird gestützt durch meine bereits in Anm. 36 aufgeführte Untersuchung zur Verwaltungspraxis Meyers. Wenn es in der Vorlesungsnachschrift (Anm. 18), § 4 (S. 17) heißt, Kant begreife den Rechtsstaat in dem Sinne, « daß der Staat möglichst wenig thut », so teilt Mayer dieses Rechtsstaatsverständnis also nicht.

<sup>(85)</sup> *Schiffahrtsabgaben* (Anm. 81), S. 63.



SEVERINO CAPRIOLI

SATURA LANX 13. UNA LETTERA PER ACCURSIO,  
OVVERO FILOLOGIA MISTICA

Nessuno pensa che gli «ideali storici nazionali» siano empie invenzioni, o malevole insinuazioni del Huizinga (1). Ai pochi giovani studiosi che impiegano tenacia e pazienza per attuare un modesto programma preaccursiano; ed ai molti, che si tengono rispettosamente lontani da quelle vecchissime scritte, e preferiscono per buone ragioni esercitare l'ingegno su materiali assai meno distanti nel tempo, oggi propongono di meditare su paginette che quarant'anni or sono il Guardasigilli dettava (2) caldeggiando da par suo un progetto accursiano, che non era scevro d'ambizione e meritava ben altro patrocinio (3). Chi vuol darsi conto esatto dell'ambiente che s'esprime nel codice italiano novecentesco, non può ignorare l'episodio marginale che s'intitola ad Accursio. Indaffaratissimo com'era «nella fase conclusiva della codificazione», il Conte Grandi trovava il tempo per «riferire largamente al Duce» su «tutti i precedenti» dell'impresa e proporgli «di affidare alla Accademia d'Italia il compi[men]to di curare l'attuazione dell'opera» — a quel «grande e maggior organo della cultura italiana» —. E di fatto la lettera, datata al 14 gennaio 1941 — diciannovesimo dell'era fascista, come si contava allora —,

---

(1) J. HUIZINGA, *Sugli ideali di vita ispirati alla storia* (1915), trad. P. Bernardini Marzolla, nel volume *La mia via alla storia e altri saggi*, con introduzione di O. Capitani, Bari 1967, p. 103 ss.

(2) O faceva scrivere sotto altrui dettatura: l'ispirazione di Pier Silverio Leicht si lascia congetturare facilmente. Nel contesto cui appartiene questa lettera — il nostro recente medioevo — sarebbe del tutto irragionevole ogni ricerca di paternità.

(3) L'osservazione è già nel programma *Per uno schedario di glosse preaccursiane. Struttura e tradizione della prima esegesi giuridica bolognese*, nella miscellanea *Per Francesco Calasso*, Roma 1978, p. 90 e n. 39.



si conserva fra le carte della Commissione accursiana presso l'Accademia Nazionale dei Lincei, felicemente succeduta quest'ultima alla propria erede (è il destino di Bulgaro: « ordine turbato, succedis Bulgare nato » (4)). Lascio da parte ogni proposito di commento esauriente, e neppure m'arrischio ad una sommaria bibliografia. Dalla quale risulterebbero segni chiarissimi di quella strana maniera di vivere che fu praticata sulla terra del Si nel tempo che trascorse fra il 1928 ed il 1945 — per limitare il termine iniziale all'anno in cui la piccola vicenda accursiana cominciò a svolgersi —. Un abbozzo di commento prenderebbe l'avvio da una frasetta latina che — salvo il rispetto per gli antichi — potè scrivere il Professor Leicht nel presentare il frutto delle fatiche altrui:

Benitus Mussolinius, summus Italicae rei Administer atque Moderator, qui omnibus patriae industriis agitationibusque miram oculorum mentisque aciem intendit, magnum cepit consilium, ut haec studia renouarentur et eorum cultoribus uniuersis sincerum integrumque hoc Accursianum opus praesto esset (5).

A ben altro latino sono avvezzi questi giovani studiosi, che troveranno meno accidentata la prosa irta di Burcardo (« ... ad petitionem Mathilde comitisse renouauit »). Ma bisogna pure che non ritraggano lo sguardo da queste righe, se non vogliono inibirsi la comprensione dell'italico Führerprinzip in qualche sua stravagante applicazione. Di fatto un lettore ingenuo — dico ingenuo al punto da scorrere quella bibliografia — si trova disorientato e rischia di perdere ogni residua fede nella cronologia, insomma d'abbandonare ogni eresia rankiana. Pone a se stesso la domanda semplice, degna della sua ingenuità: chi prese l'iniziativa di quell'edizione critica d'Accursio, su cui pochissimi studiosi

(4) Da Giovanni si rifà la testimonianza di Odofredo, riportata da F. C. SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* IV, Heidelberg 1850, p. 93 n. a.

(5) Queste sono parole che si leggono nella presentazione dell'Accvrsi Florentini *glossa ad Institutiones Iustiniani imperatoris (Liber I)*, Bononiae (1939), p. v. Che « in questa impresa grandiosa » debba « considerarsi opera sua [di Pietro Torelli] tutto » constatò G. DE VERGOTTINI: vedi il suo discorso stampato nel volume P. TORELLI, *Scritti di storia del diritto italiano*, Milano 1959, p. XXXVI (cfr. p. XXXVIII, dov'è pure messa in rilievo la « molta disinvoltura » impiegata dal Sindacato degli avvocati e procuratori nel redigere, o far redigere, il progetto)

avrebbero per anni esercitata così generosa ed infeconda pazienza: il sindacato degli avvocati e procuratori, come risulta dalla relazione che il Professor Leicht poté leggere il 9 luglio 1928 dinanzi al direttorio nazionale di questo <sup>(6)</sup>; oppure il *summus Italicae rei Administer atque Moderator*, come scriverà il medesimo professore una diecina d'anni più tardi? Per scendere al volgare italico d'una scrittura stampata nel 1929, che soccorre il successivo latino di Pier Silverio Leicht, furono « l'idea e l'ordine di S(ua) E(ccellenza) Mussolini » ad imporre che « l'Italia [...] provvedesse alla restituzione e alla ristampa del maggior testo della più importante scuola di diritto del medioevo »: idea ed ordine « con fervido fervore accolti dal Sindacato degli avvocati e procuratori » <sup>(7)</sup>? Qualcheduno oggi, in vena di masochistiche analisi, viene meditando sopra un consenso plebiscitario dei sudditi al tiranno; ed ha ragione, purtroppo. Soltanto dimentica una constatazione che appartiene al buon senso, a quel buon senso che trovò forma in parolette latine — davvero latine, queste, e di tanti secoli fa —: *coactus, tamen uolui*. Il problema storiografico s'intrica in quel piccolo *tamen*; e tutto appare vero, come tutto appare falso.

L'attenzione si fissa qui su Pietro Torelli, giacchè il suo nome onorato compare nella lettera del Conte: sullo studioso di Mantova — della terra, degli uomini —, su un professore ch'era finalmente l'opposto, fatto persona, d'ogni retorica <sup>(8)</sup>. E ripete la domanda ingenua: l'impresa accursiana poté concepirsi perchè esisteva quello strenuo lavoratore; oppure costui venne strappato al naturale

<sup>(6)</sup> P. S. LEICHT, *Per la nuova edizione della Glossa accursiana* (1928), rist. fra gli *Scritti vari di storia del diritto italiano* II, I, Milano 1948, p. 192.

<sup>(7)</sup> G. ERMINI, *Per un'edizione critica della glossa di Accursio*, nella *Rivista di storia del diritto italiano* II, 1929, p. 166 s. Il medesimo siglava le notizie sui *Lavori per la nuova edizione della glossa accursiana*, comparse in quell'annata, a pp. 329-331; ed il breve ragguaglio che si può leggere nel volume IV, 1931, p. 176 s. Ma vedrai con dispiacere anche F. PATETTA, *Presentazione di La «Glossa torinese» e le altre glosse del ms. D. III. 13 della Biblioteca Nazionale di Torino*, a cura del dott. A. ALBERTI, Torino 1933, p. 8.

<sup>(8)</sup> Per cogliere nella sua realtà, complessa ma non sfuggente, la figura del Torelli, è necessario prestare attenzione almeno ai dati cui mi riferisco in *Struttura e tradizione*, cit., p. 89 s. e n. 38 s.; ed in *Satura lanx 7. Breve escursione nei paraggi del 'Principio maggioritario' di Edoardo Ruffini*, negli *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia*, s. II, V, 1976, p. 48 n. 5.

isolamento, perchè si cercavano due braccia robuste, capaci di stringere un oggetto sfuggente? Tale è il Führerprinzip, ed insomma la teoria dell'oracolo, che il dubbio trova una sua ragionevolezza. Il *summus Italicae rei Administer atque Moderator* gira attorno gli occhi aguzzi, la sua *mira oculorum mentisque acies*, che il Professor Leicht ebbe il privilegio di scrutare, ed il *magnum consilium* è concepito: quest'edizione critica dell'incognito Accursio s'ha da fare in Italia, e si farà. L'ingenuo lettore, dalla parte del quale mi trovo, consumerà tutte le riserve di discrezione, per trattenersi dal chiedere all'onniveggente chi mai fosse quel Carneade. E di fatto non importa che per decenni il problema-Accursio abbia potuto restare aperto, insoluto; non importa che gente non sciocca — basta dire Emil Seckel, e guardare quegli occhi da fratello di Nietzsche sul tomo quarantaseiesimo della Savigny, sezione romanistica — si sia affannata per decenni a districare l'enigma, affrontandolo da ogni lato e magari sperando di trovare il bandolo della matassa più in là nel tempo. Tutto ciò che seguendo una propria logica è venuto a maturazione, s'imputa alla concreta entità del capo, secondo il detto risalente, verace mistificazione d'ogni possibile botanica: « Non cade foglia ... ». Tutto converge in quel punto di riferimento, e il tempo acquista l'inedito carattere della reversibilità. « Sorge il sole, canta il gallo ... » (libere parole d'un poeta novecentesco) ed ecco animarsi la piccola corporazione dei professori: e Leicht e Besta e Mor<sup>(9)</sup> ed Ermini, e quanti altri ancora saranno coinvolti nell'impresa<sup>(10)</sup>. E tutto

---

(9) Ma in paesaggi meno angusti dev'essere oggi ricordato Carlo Guido Mor: per l'escursione del 16 agosto 1925, oltre il Piccolo San Bernardo, in compagnia di Federico Chabod e di Natalino Sapegno, accompagnatori pur essi di Gaetano Salvemini (gli statuti di Predappio vanno segnati sul conto del virtuosismo filologico). La gita in montagna sarà poi narrata dallo stesso G. SALVEMINI nelle *Memorie di un fuoruscito*, III edizione, Milano 1965, p. 28; ma particolari gustosi ho potuto cogliere di recente dalla conversazione dello stesso Mor; e li considero un dono per me, indiscreto sollecitatore dell'altrui memoria.

(10) Penso a Federico Patetta, che veniva chiudendosi con la più ostinata determinazione dentro il bozzolo d'una finissima — ed appunto ermetica — filologia (sono da sviluppare gli accenni di *Struttura e tradizione*, cit., p. 91 s. note 42, 44; e di *Satura lanx* 7, cit., p. 48 n. 5); ed a Guido Astuti, che avrebbe poi riassunto le proprie esperienze di curatore delle glosse ai *Prota Digestorum* discutendo *L'edizione critica della glossa accursiana*, negli *Atti del congresso internazio-*

perde in questa mistica visione i propri lineamenti determinati. La più umile delle attività — magari la critica delle scritture medievali —, perchè riferita al capo, si fa centro essa stessa dell'universo. E non si riesce a parlare od a scrivere d'altro che di « glorie del passato », di « monumenti immortali » (credevo che soltanto le anime fossero esenti da quell'incidente spiacevole cui abbiamo dato il nome di morte), di « monumenti immortali » che « giganteggiano » (la *mira oculorum acies* del capo sa discernere soltanto piramidi), di « orme incancellabili ». Tutto vero, e nulla di vero (del resto neppure il fascismo, quella parentesi o malattia, o come altrimenti lo si voglia diagnosticare, potrà mai cancellarsi). E l'anacronismo si fa regola: tentate d'immaginare, ad esempio, un avvocato italiano del secolo XX che si dia a compulsare, prima di stendere una comparsa, il « breve commentario » che nelle sue grandi linee era stato progettato dal Professor Leicht quale arricchimento prezioso dell'edizione accursiana <sup>(11)</sup>. È questo il punto in cui la mistica del Führerprinzip si manifesta come filologia capovolta (propriamente mistificata); e tutto porta i segni della contaminazione. Ma non è tristo privilegio dell'impresa accursiana: Piero Calamandrei dovrà spendere parole necessarie nel 1945, per mettere in chiaro la « tattica annessionistica » del regime fascista, che aveva preso per bersaglio anche i codici <sup>(12)</sup>; e non era un caso. Se questi giovani, che nel gennaio

*nale di diritto romano e di storia del diritto. Verona, 27-28-29 settembre 1948 I, Milano 1951, pp. 326, 333.*

<sup>(11)</sup> P. S. LEICHT, *Per la nuova edizione*, cit., p. 197: « ... sarebbe sommamente utile per la pratica aggiungere a piè di pagina un breve commentario, nel quale si tenga conto di quelle glosse o dei brani d'opere di giuristi posteriori ad Accursio, che furono aggiunti via via nelle successive edizioni dell'apparato. Il riportarle in esteso sarebbe costoso ed inutile, mentre il darne cenno riuscirebbe di vantaggio in ispecie per i fini pratici. È evidente, infatti, che il giurista attuale [...] si gioverà non solo della glossa Accursiana, ma anche di queste opinioni di giuristi posteriori ... » (questa parte del progetto è largamente riferita da G. ERMINI, *Per un'edizione critica*, cit., p. 167). È vero che simili proponimenti fiorivano sotto il vigore del codice civile del 1865, ed erano perciò meno svianti di quanto appaia a prima vista (ricorda le opinioni dei Brugi, dalle quali prendeva l'avvio F. CALASSO, *Tradizione e critica metodologica, nell'Introduzione al diritto comune*, Milano 1951, p. 3 ss.); ma la prospettiva rimane tuttavia esilarante.

<sup>(12)</sup> P. CALAMANDREI, *La crisi della legalità (1944)*, rist. fra gli *Scritti e discorsi politici* a cura di N. BOBBIO, I. *Storia di dodici anni* I, Firenze 1966, pp. 74

1941 se ne stavano beati *in mente Dei*, prestano attenzione al primo capoverso della lettera, scoprono che l'Accursio criticamente ricostruito da Pietro Torelli doveva figurare tra i monumenti illustrati ed esposti in quella « Mostra del diritto », di cui era già fissato il « nome »: *Dalle Dodici Tavole alla Carta del Lavoro*. Una insegna nient'affatto singolare, ed anzi coerentissima all'immagine che il Conte Grandi avrebbe poi schizzato alla brava nel tentativo di caratterizzare l'intera codificazione:

... il diritto della nostra razza: quel diritto che, sorto in Roma, quando questa era ancora la *civitas*, resse poi tutti i sudditi dell'Impero romano e, attraverso i secoli dell'èvo medio, rielaborato sapientemente dalle nostre fiorenti università, fari luminosi di scienza, e adattato dalla esperienza dei nostri giuristi pratici, potè adeguarsi alle esigenze dei tempi nuovi, e giungere fino a noi sempre vivo e attivo, capace di regolare i rapporti della vita sociale nelle più diverse condizioni di tempo e di civiltà.

L'intera storia giuridica d'Occidente, ridotta ad affresco di corte:

Il codice riafferma [...] la nostra millenaria ininterrotta tradizione, romana e italiana, e riporta alle sue origini romane il diritto del nostro popolo (13).

Codificazione e filologia si prendono così a braccetto (14); e il Guardasigilli, mentre partecipa a ben altre decisioni (15), può dar l'avvio con questa lettera a prelibati *otia* critico-testuali. Ma è

s., 79; e *Sulla riforma dei codici* (1945), li stesso, pp. 86-99; F. VASSALLI, *In tema di « epurazione ». Deduzioni alla commissione ministeriale*, Roma 1945, pp. 10-12. Tutti sanno che il dibattito su questo tema non è sopito.

(13) Questo ed il brano precedente si leggono nella *Relazione alla maestà del re imperatore*, presentata dal Ministro Guardasigilli (Grandi) nell'udienza del 16 marzo 1942-XX per l'approvazione del testo del codice civile, Roma 1943, p. 34 (rispettivamente par. 12 ed 11).

(14) Non è possibile dare altro senso ad una tesi di Paolo Ungari, qual'è riferita da I. ZANNI ROSIELLO, *I nuovi metodi della ricerca storica*, nella *Rassegna degli archivi di Stato* XXXII, 1972, p. 563 (« ... l'uso della filologia nella storia del diritto [...] ha sottinteso un'ideologia di ispirazione conservatrice »).

(15) I dati sono raccolti di nuovo da M. PICCIALUTI, *Documenti d'archivio sulla codificazione del 1942*, nella miscellanea *Per Francesco Calasso*, cit., p. 565 s.

benigno Allah: senza merito, contro la volontà di chi aveva organizzato e di chi patrocinava l'impresa, ci ha scampati dal pericolo d'ammirare, in mezzo ai trofei d'un Blitzkrieg e magari collocata in un padiglione disegnato dal Piacentini, l'edizione critica d'Accursio preparata da Pietro Torelli. Ed ora passiamo al mesto divertimento di questa lettura, accantonando ogni altra domanda.

Il Guardasigilli  
Ministro di Grazia e Giustizia

Roma, 14 gennaio 1941 XIX

Eccellenza,

mentre ferve l'opera di elaborazione del nuovo diritto fascista nella fase conclusiva della codificazione, sembrami degno compito ricordare le glorie giuridiche del passato, anche in relazione al progetto approvato dal DUCE di organizzare nell'Esposizione Universale, che avrà luogo a Roma dopo la guerra vittoriosa, una Mostra del diritto che dovrà chiamarsi «Dalle Dodici Tavole alla Carta del Lavoro».

Nel piano di realizzazione di questo programma ho trovato del massimo interesse l'iniziativa della ricostruzione del testo originale della Glossa di Accursio, che metterebbe in piena luce la gloria non solo del grande giurista, ma anche di tutta la Scuola di Bologna.

La Glossa accursiana giganteggia infatti come monumento immortale nella cultura del medio evo, tanto che fu ritenuta valere più del testo stesso, perchè Accursio sottopose a revisione e a coordinamento tutte le Glosse precedenti, raggruppò le migliori in forma chiara e precisa, manifestò compiuti giudizi sulle varie tendenze e le varie scuole, e impresse alla esposizione un carattere personale, segnando nell'opera un'orma incancellabile del suo pensiero.

Nella storia del nostro diritto perciò le opere di Accursio debbono essere considerate tra i documenti più significativi dell'attività del pensiero italiano rivolto, per la prima volta, per merito dei glossatori, a costruire la teoria della scienza del diritto. Ma l'opera di Accursio, come tutte quelle che ebbero, prima dell'invenzione della stampa, una grande diffusione nel mondo, fu oggetto di numerosissime interpolazioni; così che oggi è difficile in molti casi ristabilire il genuino pensiero di quel grande, e spesso si cade nell'errore di riconoscere come situazione giuridica del 1250 quella che fu la situazione di un secolo dopo quando gli interpolatori compirono largamente l'opera loro.

L'importanza storico-giuridica della ricostruzione del testo originario della Glossa di Accursio fu sempre riconosciuta da tutti gli studiosi del mondo e il tedesco Claussen si rese iniziatore, con apposita pubblicazione, fin dal principio del secolo scorso, di un progetto di una nuova edizione della Glossa di Accursio al corpus iuris per concorrere alla efficienza degli studi relativi alla interpretazione del corpus

iuris sia dal lato storico che da quello dogmatico. Ma il progetto del Claussen non ebbe seguito, pur essendosi determinato un largo movimento a favore di esso.

Solo per l'intervento del DUCE è stato possibile dar vita nel 1928 ad una iniziativa italiana.

L'incarico fu dall'inizio dato al Sindacato degli avvocati e procuratori, che nominò una Commissione della quale fu presidente l'Eccellenza il prof. Leicht, che subito stabilì di procedere agli studi per l'edizione della Glossa delle Istituzioni e ne affidò l'incarico al prof. Pietro Torelli.

Malgrado la brevità del testo, il lavoro di confronto e di classificazione dei numerosissimi codici durò a lungo; il Torelli diede conto dei suoi ingenti lavori preparatori in una relazione che fu presentata in succinto al congresso internazionale di diritto romano, convocato a Bologna nel 1933 e poi in esteso nella Rivista di Storia del diritto italiano. Ci vollero ancora sei anni di lavoro per poter compiere la stesura del testo della Glossa così ricostruito, nonchè del testo delle Istituzioni riprodotto secondo la *litera bononiensis* usata dai glossatori. Ora tale lavoro è compiuto ed il primo libro è già finito di stampare.

Nel contempo però la Commissione non poteva fare a meno di occuparsi delle rimanenti parti del *corpus iuris civilis* e furono infatti tenute alcune sedute per decidere circa i lavori successivi e fu deliberato di continuare le indagini relative al *volumen* l'ultima delle cinque parti del *corpus iuris civilis*, nella quale sono contenute oltre alle Istituzioni, le Novelle (cioè l'*Authenticum*), i tre libri cioè il X, XI e XII libro del Codice, la pace di Costanza ed i *Libri Feudorum*, tutte di grandissimo interesse per la storia della dottrina giuridica.

Fu affidato l'incarico di curare gli studi relativi ai *tres libri* al prof. Francesco [ ] Ermini, ordinario nella R. Università di Perugia, e per l'*Authenticum* al prof. C. G. Mor, ordinario nella R. Università di Modena, mentre al prof. Enrico Besta, ordinario nella R. Università di Milano, fu dato il compito di preparare le indagini preliminari per l'edizione della Glossa del Digesto, opera di mole ingentissima per la quale sarà necessaria la collaborazione di vari studiosi.

Il Ministero di grazia e giustizia si è molto interessato al successo dell'opera, ma un attento esame del lavoro compiuto e delle difficoltà scientifiche e pratiche che si dovranno superare per realizzare il programma già fissato mi ha convinto che per il migliore successo dell'iniziativa debba affidarsene l'attuazione alla Reale Accademia d'Italia, ossia al grande e maggior organo della cultura italiana, garanzia sicura del pieno compimento della aspirazione degli studiosi del diritto.

Perciò di tutti i precedenti ho riferito largamente al DUCE, il quale ha rinnovato la sua approvazione al progetto e, su mia proposta, ha deciso di affidare alla Accademia d'Italia il comp[imen]to di curare l'attuazione dell'opera.

Sono lieto di dare a Voi, Eccellenza, comunicazione dell'alta decisione del DUCE, sicuro che l'impulso che da essa viene ai difficili lavori troverà nella organizzazione e nell'attività dell'Accademia d'Italia, già tanto benemerita, la più degna rispondenza per la realizzazione di un'opera che sarà nuovo lustro per la nostra storia giuridica.

Il Ministro  
Grandi

Eccellenza Cavaliere Dr. Luigi Federzoni  
Presidente della Reale Accademia d'Italia  
Roma

Districare pazientemente quanto è contratto in queste paginette, alla stessa maniera firmate ed anonime o piuttosto collettive — dichiarazione d'una fede pratica in foggia di persuasione storiografica —; individuare gli apporti che poterono confluire in esse e separare le componenti da cui risultano, sarebbe delineare una storia della storiografia giuridica — e ciò vuol dire pure una storia della giurisprudenza — italiana di questo secolo. E nulla varrebbe obiettare che son tutte miserrime cose. Ma sono segni d'un'epoca <sup>(16)</sup>; e proprio perchè nessuno prende in parola un'età su ciò che questa racconta od immagina di se stessa, non è lecito però metterle da un canto: anche rappresentazioni simili valgono come dati. E con esse bisogna che ci si confronti. Sono fra i pochissimi per i quali ancora storiografia significa liberazione dalla storia <sup>(17)</sup>, tutt'altro che un culto per « le glorie del passato »; e ben persuaso che questa lunga epistola avrebbe meritato di dormire sonni secolari fra le scartoffie che compongono il piccolo archivio accursiano dei Lincei, se non costringesse a riflettere sopra temi che hanno poco da spartire con filologie di assai dubbia purezza. In tempi, nei quali stenta ad accendersi una polemica nuova sul medio evo (ciò che la dimostra urgente), questa lettera non è più che un filo di paglia asciutta. E come tale può servire. L'immagine del nostro medio evo giuridico, che s'esprime in essa, l'ispi-

<sup>(16)</sup> Fino al dettaglio dello scrivere « la parola Duce [...] sempre tutta in lettere maiuscole ». Con questa grafia veniva osservata una « prescrizione » dell'8 febbraio 1933: vedila riferita da A. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario* (1965), Torino 1974, p. 187 n. 1.

<sup>(17)</sup> B. CROCE, *La storia come pensiero e come azione* (1938), Bari 1966, pp. 33-35, 37, 39.



razione storiografica da cui è sorretta, sembrano assai poco lontane dalla rappresentazione e dall'ispirazione che circolano ancora oggi per i manuali ed in altre scritture meno togate <sup>(18)</sup>. In tempi nei quali impiegare giornate a mettere in chiaro il molto d'oscuro che avvolge la galassia medio evo, sembra un andar contro corrente, quest'epistola sgradevole costringe alla domanda ingenua, scevra di mediazione: perchè studiare oggi un'età così fortunatamente remota? Infatti la lettura di quest'epistola sermocinante incoraggia fortemente chi per altri motivi è già propenso a voltar le spalle, e a dar per insignificante la domanda stessa. Ma questa lettera dottissima d'un Guardasigilli della nostra era fascista non è un episodio fuori tempo di preraffaellitismo: sarà poi davvero passata quella certa età di mezzo?

---

<sup>(18)</sup> Una rassegna ha tentato L. BERLINGUER, ma le sue *Considerazioni su storiografia e diritto*, in *Studi storici* XV, 1974, p. 3 ss., sono limitate da un'accezione pre-marxiana dell'ideologia (specialmente p. 19 ss.): citare buoni testi non serve.

MASSIMO BRUTTI

## STORIOGRAFIA E CRITICA DEL SISTEMA PANDETTISTICO

1. Riccardo Orestano ha dedicato, tra gli anni 50 ed il 1968, una parte essenziale delle sue ricerche all'analisi critica delle sistematiche pandettistiche, alla ricostruzione del loro influsso sul pensiero giuridico e storiografico contemporaneo. Tre saggi in particolare, ora ripubblicati in un unico volume, affrontano questa problematica, con l'intento di storicizzare alcuni dogmi formati nell'ottocento, compiutamente definiti dalla scienza tedesca ed in vario modo legati alla stagione del 'diritto romano attuale' (1).

Orestano intraprende lo studio di questa cultura giuridica, mirando a raggiungere una consapevolezza più puntuale degli strumenti euristici che gli storici del diritto romano usano quando leggono le fonti antiche, e ne ricavano schemi normativi e concettuali. Su questo terreno egli sviluppa una riflessione antidogmatica, destinata a trovare un'eco anche oltre il quadro degli studi da cui nasce. Contemporaneamente, si dissolve nelle sue

---

(1) Cfr. R. ORESTANO, *Azione diritti soggettivi persone giuridiche*, Bologna 1978. I tre saggi sono *Azione (storia del problema)*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, IV, Milano 1959, p. 785 ss.; *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto, linee di una vicenda concettuale*, in *Jus*, II, 1960, p. 149 ss.; 'Persone' e 'persone giuridiche' nell'età moderna, capitolo II del volume *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, I, Torino 1968. Sul libro che raccoglie ora i tre saggi, vedi le recensioni di G. TARELLO, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 9, 1979, n. 1, p. 281 ss.; e A. CALORE, in *Democrazia e diritto*, 20, 1980, n. 1, p. 129 ss. La prima delle due recensioni riprende tesi già espresse in G. TARELLO, *Quattro buoni giuristi per una cattiva azione*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 7, 1977, p. 147 ss., spec. p. 162 ss.

indagini la persuasione tenace secondo cui il diritto privato moderno è connesso agli istituti romani, può ancora utilizzarne gli schemi (spesso però arbitrariamente definiti) ed appartiene alla medesima vicenda plurisecolare, non interrotta, di cui essi segnano l'origine. Proprio nei saggi che ho appena citato sono più volte messe in luce le cesure storiche per le quali è inutile delineare un simile processo di 'evoluzione' lineare degli istituti, dalla giurisprudenza romana all'età contemporanea. Una visione piattamente continuistica non spiegherebbe nulla del diritto moderno, ma ne dilaterrebbe all'infinito le categorie. Al contrario, lo studio storico deve circoscrivere e distinguere. L'autoproiezione è secondo Orestano un procedimento da evitare, anche se ad esso si affidano numerosi tentativi di legittimare, sul piano ideologico, il mestiere del romanista.

Dopo la prolusione di Genova e negli anni in cui redige la seconda stesura della *Introduzione allo studio storico del diritto romano* <sup>(2)</sup>, sembra quasi che l'impegno prevalente dell'autore sia di natura teorica e consista nel delineare i caratteri di uno storicismo giuridico sottratto alle ipoteche speculative del neocidealismo, volto piuttosto a ricercare le proprie radici nell'umanesimo del cinquecento e nella scuola storica tedesca. Un pensiero che considera con attenzione la relatività, il mutamento del diritto e soprattutto le sue manifestazioni extralegislative, o — per usare parole caratteristiche dell'antiformalismo italiano del secondo dopoguerra — l'esperienza giuridica, la vita concreta dell'ordinamento.

---

<sup>(2)</sup> Cfr. R. ORESTANO, *Il diritto romano nella scienza del diritto*, in *Jus*, 2, 1951, p. 141 ss. La prima edizione della *Introduzione* è pubblicata a Torino nel 1953. La seconda nel 1961. Rispetto alla prima edizione, mentre la parte generale viene rielaborata ed arricchita, non è più riprodotta la parte speciale *Su talune concezioni del diritto nell'esperienza giuridica romana*. Essa rappresentava il punto d'arrivo di ricerche avviate intorno alla fine degli anni 30. Cfr. R. ORESTANO, *Dal 'Ius' al 'Fas'*, in *BIDR*, 46, 1939, p. 194 ss.; *Id.*, *Elemento divino ed elemento umano nel diritto di Roma*, in *RIFD*, 21, 1941, p. 1 ss. Sulla prolusione genovese, come punto di svolta nel dibattito intorno ai rapporti fra dogmatica e storiografia giuridica, si sofferma ora P. COSTA, *Emilio Betti: dogmatica, politica, storiografia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 7, 1978, p. 311 ss., spec. pp. 388-93.

Ma non bisogna tacere che il retroterra di tale riflessione è in gran parte interno alla storiografia giuridica. Cercherò in queste pagine di analizzarne alcuni aspetti, mettendo in luce quali siano le tematiche da cui le indagini di Orestano prendono le mosse e quali gli autori che hanno più influito sul suo lavoro. Sono convinto che in tal modo emerga chiaramente la novità dei problemi storiografici che egli ha posto.

2. I moventi primi dell'approfondimento metodologico, come anche delle ricerche dedicate da Orestano all'umanesimo giuridico ed alla scuola storica tedesca, si trovano nel dibattito che attraversa la romanistica italiana a partire dal primo dopoguerra. Vediamo intrecciarsi in esso due questioni di fondo. Da un lato, il rapporto fra dogmatica giuridica e studio storico <sup>(3)</sup>. Dall'altro, il problema del diritto giustiniano, della sua formazione, della continuità o dell'estraneità dei suoi principi rispetto alla tradizione classica.

Le nozioni con le quali si rappresenta il diritto appaiono, soprattutto a causa dell'influsso che la dottrina tedesca è venuta esercitando in Italia fin dagli ultimi decenni dell'ottocento, come un dato precedente alle norme, una sostanza alla quale storici e vigentisti possono riferire attributi diversi. Questo è il lascito più duraturo della pandettistica e riguarda le coordinate dell'educazione giuridica, prima ancora che i suoi contenuti dottrinali. Abituata ad isolare nella tradizione un nucleo di concetti, dei quali si può postulare la validità, oltre ogni mutamento storico. Al tempo stesso, il modello tedesco contribuisce ad imporre la cen-

---

(3) Sul punto, oltre l'articolo di P. Costa, già citato, cfr. E. PARESCHE, *Dogmatica giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano 1964, p. 671 ss., ora in *La dinamica del diritto. Contributi ad una scienza del diritto*, Milano 1975, p. 7 ss.; W. HELLEBRAND, *Kleiner Beitrag in juristischer Absicht zum Spannungsverhältnis zwischen Dogmatik und Historik*, in 'Sein und Werden im Recht'. *Festschrift für U. von Lübtow*, Berlin 1970, p. 137 ss.; A. DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, Milano 1974, p. 576, nt. 350; 632 ss. e nt. 507; A. SCHIAVONE, *Negozio giuridico. Storia: diritto romano*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVII, Milano 1977, p. 906 ss.; ID., 'Il nome' e 'la cosa'. *Appunti sulla romanistica di Emilio Betti*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 7, 1978, p. 293 ss.

tralità del diritto romano, come radice e paradigma del presente; il che implica tra l'altro un elevato prestigio culturale ed accademico degli studiosi di tale disciplina.

Tuttavia, è proprio il dibattito romanistico a sollevare quesiti e dubbi rispetto alla persuasione che il sistema sia l'approdo obbligato del pensare giuridico. Il problema teorico è già chiaramente formulato negli anni 20 e non si può passare sotto silenzio che ad affrontarlo con maggiore lucidità siano due studiosi, Pietro De Francisci ed Emilio Betti, entrambi fortemente influenzati dall'insegnamento di Bonfante. I loro scritti rivelano una duplice tendenza: portare dentro l'indagine romanistica metodi e prodotti di altre ricerche; rivendicare l'autonomia della riflessione giuridica, nei confronti dei filosofi, respingendo il tentativo di fissare uno statuto generale del sapere, esterno alle scienze particolari. Questa difesa del proprio campo di ricerca è un motivo caratteristico delle polemiche condotte da Pietro Bonfante contro Gentile e Croce (4). Ma non è un atteggiamento isolato nel pensiero giu-

(4) La polemica nasce dalla prolusione tenuta da BONFANTE a Roma il 20 gennaio 1917, dal titolo *Il metodo naturalistico nella storia del diritto*, in *Scritti giuridici varii*, IV, Roma 1926, p. 46 ss. La prima recensione a questo scritto è di G. GENTILE, in *La Critica*, 15, 1917, p. 254 ss. Gli interventi di B. CROCE, tra il 1918 ed il 1919 sono in *Pagine sparse*, Napoli 1919, p. 348 ss., 350 s. Bonfante sostiene con forza, in tre brevi articoli, tutti del 1918, le proprie scelte di metodo, rivendicando l'indipendenza della ricerca storico-giuridica. Cfr. *L'autonomia della scienza del diritto e i confini della filosofia*, in *Scritti giuridici*, cit., IV, p. 70 ss.; *Postilla*, ibid., p. 85 ss.; *Per la scienza del diritto*, ibid., p. 90 ss. Appena qualche anno dopo, la polemica è riesaminata da A. E. CAMMARATA, *Su le tendenze antifilosofiche della Giurisprudenza moderna in Italia*, in *RIFD*, 2, 1922, p. 234 ss., su cui cfr. A. DE GENNARO, *op. cit.*, p. 14 ss. Il fatto è che la storiografia romanistica italiana non sembra subire un vero e proprio influsso del neoidealismo, anche quando trae da questi suggerimenti e conferme alle proprie scelte di metodo, come nel caso di Betti, che del resto è attento a recuperare anche le tesi bonfantiane (su Betti ed il neoidealismo, spunti utili in P. COSTA, *op. cit.*, p. 315 ss. e *passim*). L'altro seguace del 'metodo naturalistico', Pietro De Francisci, incontra negli anni 30 l'attualismo, di cui condivide la scelta decisionistica, circa i rapporti fra politica e diritto, e la storicizzazione della dogmatica (anche su ciò cfr. P. COSTA, *op. cit.*, p. 362 ss.). È da tener presente la valutazione che egli stesso dà della storia del suo pensiero in *Arcana imperii*, I, Milano 1947, rist. Roma 1970, p. 29, nt. 2. La vicenda è sintetizzata come un passaggio — sul piano del metodo — dalla costruzione di una morfologia esterna degli istituti all'analisi dei loro contenuti spirituali (che lo storico

ridico italiano del novecento: basta pensare alla prospettiva 'afilosofica' più volte ribadita da Santi Romano, nella definizione teorica dell'istituzionismo (5).

De Francisci e Betti, pur rifacendosi al naturalismo di Bonfante, lavorano a due diverse prospettive teoriche. A rileggere l'*Introduzione* di Orestano, si vede come egli faccia i conti con le loro posizioni: l'analisi della società proposta da De Francisci; il tema della storicità del conoscere su cui riflette Betti.

Si tratta di stabilire se l'oggetto della storiografia romanistica si costruisca partendo dagli schemi della dogmatica odierna e subordinando ad essi i documenti antichi, oppure muovendo dall'esterno del materiale giuridico e combinando con altri dati storici i dogmi coevi all'esperienza studiata, in modo tale da integrare la testimonianza delle fonti giuridiche (6).

si propone comunque di tipizzare). Cfr. R. ORESTANO, *Introduzione*<sup>2</sup>, cit., p. 290 s.; S. MAZZARINO, *De Francisci fra 'storicismo' e sociologia. Saggio introduttivo*, in *Arcana imperii*, rist. 1970, I, cit., p. 1 ss. In realtà, come vedremo tra poco, nel primo De Francisci, quello più bonfantiano, non vi era soltanto evoluzionismo. A questo già si accompagnava una visione della vita pratica non aliena da spunti antirazionalistici.

Le critiche d'impronta neoidealistica al pensiero di Bonfante verranno riproposte, nel secondo dopoguerra, da P. VOCC, *Esame delle tesi del Bonfante su la famiglia romana arcaica*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, I, Napoli 1953, p. 101 ss. Infine, sull'intero dibattito, cfr. M. BRESTONE, *Il 'naturalismo' del Bonfante e la critica idealistica*, in *Labeo*, 5, 1959, p. 275 ss.

(5) Cfr. SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa 1918, II ed. 1946, rist. 1962, p. 96 ss. Qui Romano, concludendo la prima parte del volume, sul concetto di ordinamento, dichiara di essersi voluto mantenere « rigorosamente sul terreno di una concezione positiva del diritto ... evitando ogni veduta giusnaturalistica ». Né ha considerato l'ordinamento sociologicamente, ma « in sé e per sé ». Alle obiezioni più lontane dall'analisi giuridica replica, nella seconda edizione della sua opera, rifiutando il terreno filosofico come base di dibattito (*op. cit.*, p. 47 s., nt. 33 bis; 99 s., nt. 69 bis; 137 s., nt. 94 bis). Questo aspetto non sfugge ad Orestano: v. *infra*, nt. 24.

(6) Cfr. E. BETTI, *Problemi e criteri metodici d'un manuale d'istituzioni romane*, in *BIDR*, 34, 1925, p. 225 ss.; ID., *Metodica e didattica del diritto secondo Ernst Zitelmann*, in *RIFD*, 5, 1925, p. 49 ss.; *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *AG*, 99-100, 1928, p. 129 ss. e p. 26 ss. Vedi d'altro canto P. DE FRANCISCI, *I presupposti teoretici e il metodo della storia giuridica*, in *Rivista it. di sociologia*, 20, 1916, p. 46 ss.; ID., *La scienza del diritto comparato secondo recenti dottrine*, in *RIFD*, 1, 1921, p. 233 ss.; ID., *Dogmatica e storia nell'educazione giuridica*, in *RIFD*, 3, 1923, p. 373 ss.

Il dibattito romanistico pone inoltre in primo piano il problema dei rapporti fra continuità ed innovazione nella genesi del diritto giustiniano. Si discutono così gli indirizzi della critica testuale, legandoli volta a volta ad un giudizio complessivo sulle ragioni di mutamento o, come si dice, sui fattori di evoluzione del diritto romano, dallo *ius civile*, di impronta giurisprudenziale, alla codificazione del VI secolo.

La ricerca di Orestano utilizza in più occasioni i contributi di De Francisci e Betti, traendo specialmente dal primo alcuni spunti significativi, ma è comunque più direttamente legata al programma di interpretazione generale del diritto romano proposto e sviluppato fin dal 1915 da Salvatore Riccobono. Vi è nell'opera di questo autore una visione storicistica del diritto, che porta ad affermare il primato della scienza giuridica, la sua capacità di unificare gli ordinamenti ed infine la continuità della compilazione giustiniana rispetto alla tradizione classica (?). Tutti motivi che ritroviamo, assai articolati e con elementi problematici nuovi, nel lavoro storiografico condotto da Orestano durante gli anni del secondo dopoguerra, mentre si fa più vigile ed autonoma la sua riflessione teorica, tra l'altro diretta ad una definizione del diritto come esperienza, che utilizza il pensiero di Giuseppe Capograssi.

Dunque l'influsso più forte, che è quello di Riccobono, si manifesta all'interno della ricerca romanistica, nella scelta dei temi, tra i quali il primo è la *cognitio extra ordinem*, e nelle pratiche interpretative (8). Lo stesso interesse per la tradizione giuridica

(?) V. a questo proposito M. BRUTTI, *Ordinamento giuridico. Profili storici*, in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milano 1980, p. 654 ss., spec. pp. 660-66.

(8) Orestano ascolta casualmente la prolusione romana di Riccobono, nel dicembre del 1931. Da questo incontro, la scelta degli studi romanistici. Si laurea discutendo con lui, nel 1932, una tesi sulla *cognitio extra ordinem*. Questo argomento, che ritornerà più volte nei suoi lavori, è all'origine di un duplice interesse: per i meccanismi processuali e per il principato. Il secondo dei due temi viene affrontato sul versante pubblicistico, che era meno consueto nella scuola di Riccobono. Cfr. R. ORESTANO, *Il potere normativo degli imperatori e le costituzioni imperiali*, I, Roma 1937, rist. Torino 1962; ID., *Gli editti imperiali (Contributo alla teoria della loro validità ed efficacia nel diritto romano classico)*, in *BIDR*, 44, 1936-37, p. 219 ss.; ID., *Augusto e la 'cognitio extra ordinem'*, in *Studi Economico-Giuridici Univ. Cagliari*, 26, 1938, p. 151 ss.

che nasce dalle fonti romane è già un aspetto comune a varie indagini di Riccobono, anche se negli studi di Orestano, specie dopo la prolusione di Genova, le vicende storiche che accompagnano la formazione del diritto moderno ed anzitutto delle sue dottrine appariranno molto più complesse, segnate da innegabili discontinuità.

3. Orestano conosce presto, negli anni della sua formazione, il pensiero di De Francisci sul metodo della storiografia giuridica. Dal novembre del 1928 al gennaio del '29 frequenta le lezioni di Storia del diritto romano e due anni dopo prepara l'esame sul primo volume del manuale di De Francisci, che era stato pubblicato a Roma nel 1926 <sup>(9)</sup>. Proprio all'inizio, l'autore ha posto un capitolo nel quale è condensata la sua teoria dello studio storico, già espressa fondamentalmente in due saggi, uno del 1916, l'altro del '23. Soprattutto il secondo (la prolusione di Padova) poteva considerarsi nel '26 un punto di arrivo <sup>(10)</sup>. Si tratta di formulazioni che ad un lettore giovane, all'inizio degli anni 30, dovevano sembrare insolite, perché non apparivano contagiate dal neoidealismo dominante, né ancora dalla identificazione tra diritto e volontà statuale. Esse piuttosto utilizzano le critiche di Jhering alla pandettistica, inoltre richiamano la sociologia giuridica di Ehrlich a cui è connessa un'attenzione particolare per il problema dell'organizzazione, e mostrano nel complesso la tendenza a considerare il movimento della realtà come base e criterio di verifica delle nozioni giuridiche. Una sorta di pragmatismo, insomma, non alieno da suggestioni antirazionalistiche <sup>(11)</sup>. D'altro canto, il punto di vista 'sociologico' ed il proposito di cogliere ciò che è fuori

---

<sup>(9)</sup> P. DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, I, Roma 1926. La seconda edizione, riveduta e con mutamenti anche sostanziali, ma presentata dall'autore come una ristampa, appare a Milano nel 1939.

<sup>(10)</sup> Cfr. P. DE FRANCISCI, *I presupposti teoretici e il metodo della storia giuridica*, in *Rivista italiana di sociologia*, 20, 1916, p. 46 ss.; ID., *Dogmatica e storia nell'educazione giuridica*, cit. Sull'ambiente culturale entro cui questo romanista comincia a lavorare, v. ora C. LANZA, *De Francisci, 'Il Rinascimento' e una recensione a Ferrero*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 9, 1979, p. 241 ss.

<sup>(11)</sup> Cfr. P. DE FRANCISCI, *Dogmatica e storia*, cit., p. 383 ss.



del dato normativo, determinano, nel primo De Francisci, una visione pluralistica del fenomeno giuridico.

Su questi argomenti, dopo la lettura giovanile, Orestano tornerà, con un esame più puntuale, in una conferenza tenuta nel 1956, pubblicata un anno dopo ed in gran parte rifiuta nella seconda stesura dell'*Introduzione* <sup>(12)</sup>.

Voglio ora mettere in luce la presenza, nei primi scritti di De Francisci, di due temi che più tardi saranno punti di riferimento ricorrenti entro l'indagine di Orestano: l'ordinamento ed il rapporto giuridico. Non intendo stabilire con ciò un nesso immediato di derivazione, ma soltanto mettere in luce una convergenza, nel rifiuto della equazione diritto-legge: un punto di vista comune alle vedute storicistiche e a quelle sociologiche.

Già nel 1916, utilizzando le categorie proprie del naturalismo bonfantiano, De Francisci aveva tracciato una prospettiva per l'indagine storico-giuridica, che singolarmente rassomiglia alla teoria generale formulata negli stessi anni da Santi Romano, pur muovendo da punti di vista diversi. Nel postulare una connessione inscindibile tra società e diritto, De Francisci definiva quest'ultimo come « l'insieme dei principi regolanti l'organizzazione che ogni società naturalmente assume per il raggiungimento di ... fini » <sup>(13)</sup>. Riprendendo le tesi elaborate dalla scuola storica tedesca, l'allievo di Bonfante escludeva che il diritto potesse tutto identificarsi in norme espresse. Perciò riteneva che la teoria e la storiografia dovessero andare al di là dell'interpretazione.

Anche questa ricerca del diritto oltre i precetti si trova un anno dopo nelle pagine de *L'ordinamento giuridico* di Santi Ro-

<sup>(12)</sup> Cfr. R. ORESTANO, *Sociologia e studio storico del diritto*, in *Jus*, 8, 1957, p. 199 ss. Sulla polemica di Gentile e Croce contro Bonfante, vedi p. 203 s. Gli scritti del primo De Francisci sono secondo Orestano coraggiosi, perché sfidano la nascente egemonia neoidcalistica. Essi vengono inseriti in una linea di ricerche che comprende Padelletti, Brugi, Carle, Bonfante e che può assumere come precedenti più remoti Vico, Giannone, Romagnosi. I romanisti citati possono considerarsi pionieri della sociologia o sociologi inconsapevoli. V. anche R. ORESTANO, *Introduzione*, cit., p. 288 ss.; 485 ss.

<sup>(13)</sup> P. DE FRANCISCI, *I presupposti teoretici*, cit., p. 64.

mano. La terminologia stessa del primo De Francisci rivela un modo di pensare vicino all'istituzionalismo <sup>(14)</sup>.

Egli denuncia come un limite della dogmatica il fatto di assumere la legge ad esclusivo punto di partenza. D'altro canto le forme entro le quali questa attività di sistemazione giuridica costringe la realtà sono troppo anguste. Tradiscono il più delle volte la molteplicità dei principi e la diversità delle stratificazioni giuridiche. Vi sono elementi *irrazionali* incoercibili negli schemi dogmatici. Essi rappresentano residui storici di istituti e norme anteriori a quelli da cui muove la concettualizzazione giuridica. Nell'analisi di tali sopravvivenze cogliamo un riflesso del naturalismo di Bonfante. Ma gli elementi « che non quadrano col sistema » possono anche essere principi nuovi che si manifestano nei fatti <sup>(15)</sup>.

De Francisci continuerà a riflettere sul movimento del diritto e sui fenomeni di stratificazione, sempre presupponendo, anche nelle indagini più tarde, la critica del sapere giuridico formulata nei primi scritti metodologici e la ricerca, che questi proponevano, di una conoscenza più compiuta della società e delle sue contraddizioni. Una ricognizione solo descrittiva, libera dalle finalità ordinanti della dogmatica, e che ha il merito di allargare, di storicizzare l'oggetto degli studi romanistici <sup>(16)</sup>.

---

<sup>(14)</sup> Cfr. P. DE FRANCISCI, *I presupposti teoretici*, cit., p. 63 s.: « ... risalendo verso le origini, il diritto, come giustamente scrive l'Ehrlich, non è altro che l'ordinamento dei diversi gruppi nei quali si organizza l'umanità: quasi lo statuto del gruppo. Noi riscontriamo infatti che l'ordinamento primitivo della società riposa sopra un complesso di nuclei vari, famiglia, *gens*, *Sippe*, *vicus*, accostati gli uni agli altri, aventi il carattere di gruppi militari, religiosi, economici, giuridici, con comunanza di lingua, di costumi, di credenze. Col progresso della società ... sorgono gruppi di altra specie, i quali si assumono le antiche funzioni, nonché delle nuove, come il comune, l'associazione religiosa, politica, economica, il sindacato, la lega ecc.; ma su tutti viene affermandosi lo Stato, il quale compare come organo della società intiera e impone alla stessa le norme della sua organizzazione ». Le prime enunciazioni generali della teoria di Santi Romano appaiono un anno dopo: la prima parte de *L'ordinamento giuridico* è infatti pubblicata dagli *Annali delle Università toscane* nel 1917.

<sup>(15)</sup> Cfr. P. DE FRANCISCI, *Dogmatica e storia*, cit., p. 380 s.

<sup>(16)</sup> Cfr. P. DE FRANCISCI, *Dogmatica e storia*, cit., p. 383 ss. (cfr. p. 377 s.). V. anche R. ORESTANO, *Introduzione*, cit., p. 425 ss.: a suo giudizio, la ricognizione

In realtà i contributi di De Francisci, fino a metà degli anni 20, hanno in sé un elemento di somiglianza sostanziale con le teorie di Santi Romano. Al pari di queste, tendono ad emancipare la rappresentazione del diritto dagli schemi dell'esperienza statuale, dalla linearità e dalla esclusività che segnavano il rapporto fra cittadino e stato nelle forme liberali, ove anche l'organizzazione pubblica era ricondotta ad una rete di rapporti regolati da norme (i 'limiti' all'azione dello stato) (17).

Viene così revocata in dubbio la priorità della legge, come unica espressione e sistemazione della dicotomia autorità-libertà nelle sue forme storiche. Per comprendere tutte le manifestazioni complesse di potere e di autonomia, che costituiscono larga parte della vita sociale, bisogna andare al di là degli enunciati normativi, identificando il diritto nella organizzazione, distinguendo diversi gruppi organizzati, analizzandone i mezzi di coesione, i fini, la capacità di dirigere i comportamenti. « Se logicamente e storicamente noi non possiamo concepire il diritto che come il principio di organizzazione del gruppo, come una regola di azione determinata dai fini del gruppo stesso e formulata in norme imposte poi dal gruppo ai suoi membri perché quei fini eudemonologici possano essere raggiunti, è evidente — sosteneva De Francisci nel suo primo scritto teorico — che per la conoscenza del diritto non è sufficiente conoscere le norme formulate, che rappresentano il diritto solo imperfettamente e parzialmente, ma bisogna ricostruire tutto l'ordinamento del gruppo e porlo in relazione coi fini, vale a dire tener conto insieme della forma, della materia e dello scopo dell'organizzazione: è necessario pas-

---

non si risolve mai in una mera attività descrittiva; accertamento, elaborazione e valutazione del dato si intrecciano.

(17) Ho avuto occasione di descrivere, in breve, i lineamenti di tale modello, di cui la stessa dottrina liberaldemocratica analizza oggi la crisi, nell'articolo *Teoria e trasformazione dello stato negli scritti di Norberto Bobbio*, in *Democrazia e diritto*, 18, 1978, n. 1, p. 35 ss., spec. p. 36; 48 ss. Vedi in proposito D. CORRADINI, *Garantismo e statualismo*, Milano 1971, p. 8 ss.; 26 ss.; e cfr. M. NIGRO, *Il 'segreto' di Gerber*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2, 1973, p. 293 ss., su un caso 'anomalo' di liberalismo (ora vedi M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*, Milano 1979, p. 127 ss.). Si tenga presente infine R. ORESTANO, *Azione diritti soggettivi persone giuridiche*, cit., p. 146 ss.

sare al di là delle norme, che sono manifestazioni esteriori, analizzare i principi dei quali sono espressione, i fini a cui questi mirano » (18).

Qual è il modello teorico su cui De Francisci ricalca il concetto di organizzazione e quindi di ordinamento? Le pagine del 1916 identificano tale schema con il complesso dei rapporti giuridici. La medesima riduzione viene invece esclusa da Santi Romano, preoccupato di porre l'accento sull'unità della struttura organizzativa e sulla presenza necessaria, in essa, di un'autorità personale o impersonale, incompatibile con la figura paritaria e di origine privatistica del rapporto giuridico (19).

Questa nozione, di cui De Francisci rammenta alcuni usi storiografici, proviene in realtà dal *Sistema* di Savigny, ove rappresentava un punto di sutura logica fra elemento politico ed elemento tecnico del diritto. Essa adempiva alla funzione di ritrarre in modo diretto il movimento della società civile: « ... il rapporto giuridico ci è dato dagli avvenimenti della vita pratica, sicché ci appare immediatamente nella sua concreta connessione e complessità » (20). Oltre lo schermo delle norme, veniva rappresentata così la vita pratica: quella che la profonda ostilità rispetto alle leggi, manifestata dalla scuola storica, aveva fatto considerare come il principio del diritto (21).

(18) P. DE FRANCISCI, *I presupposti teoretici*, cit., p. 62 s.

(19) Cfr. Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 12; 14 s.; 20; 25 s.; 42 ss.; 55; 57. Sulle componenti autoritarie del pensiero di S. Romano, v. qualche spunto in S. LANARO, *Nazione e lavoro. Saggio sulla cultura borghese in Italia. 1870-1925*, Venezia 1979, p. 234 ss. Sulla matrice storica 'giolittiana' della visione pluralistica degli ordinamenti giuridici, vedi S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de 'L'ordinamento giuridico' di Santi Romano*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I, 1972, p. 243 ss. Un analogo pluralismo mi sembra di cogliere nei tre scritti di De Francisci pubblicati tra il 1916 ed il '23.

(20) Cfr. F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin 1840-49 (in otto volumi), traduzione it. di V. Scialoja, Torino 1886-96. La formulazione citata è nel primo volume, p. 10, trad. it., p. 39 (ma nel breve passo che ho riportato non segue la versione di Scialoja).

(21) Questa è la valutazione di G. F. W. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1820-21) hg. v. J. Hoffmeister, Hamburg 1954, rist. 1967, p. 9 s., trad. it. a cura di F. Messineo (1913), III ediz., Bari 1965, p. 9 s.

De Francisci sottolinea che la figura stessa del rapporto è un'astrazione, costruita dall'osservatore dei fatti sociali e giuridici. Nella realtà ci troviamo di fronte agli istituti. Essi appaiono come unità storico-naturali, da esaminare in connessione con i rispettivi fini.

Questo è un punto su cui Orestano ritornerà, scrivendo nel 1951 le *Ventotto pagine necessarie* che costituiscono l'introduzione al volume sul matrimonio romano <sup>(22)</sup>. Non so quanto vi sia qui una reminiscenza delle posizioni di De Francisci, o piuttosto un autonomo ripensamento dei motivi che questi aveva sviluppato, dal finalismo jheringhiano, all'idea del sistema come ordine oggettivo dei rapporti, che è comune allo storicismo ed al positivismo, fino ad essere al centro delle tesi di Bonfante. Sta di fatto che Orestano teorizza il superamento dell'istituto così com'era di solito concepito, quale schema dogmatico capace di concettualizzare dati normativi. Egli propone al suo posto un'altra categoria storiografica, che può diventare schema di conoscenza e descrizione per il giurista, ma a condizione di rompere l'isolamento tradizionale del suo oggetto di studio. « Ci volle del tempo prima che me ne rendessi pienamente conto, ma i testi anziché apparirmi soltanto come il materiale normativo da servire per la ricostruzione di un'entità astratta, lineare e distaccata, l'*istituto*, venivano assumendo sempre più il valore di dati attraverso cui mi si disvelava una realtà concreta, complessa e vivissima: l'*istituzione*. Sicché a poco a poco, piuttosto che la costruzione dei lineamenti dell'istituto, andava prendendo sviluppo l'indagine ricostruttiva dell'istituzione nella sua consistenza umana e sociale, nella sua struttura giuridica, nella sua dinamica storica, nella molteplicità delle sue componenti e convergenze » <sup>(23)</sup>.

Dalla esigenza di ridefinire l'oggetto dell'analisi giuridica, oltre le forme della legge, scaturisce l'assunzione da parte di Orestano del concetto di ordinamento giuridico, inteso in senso istituzionale, come schema di rappresentazione storica. Egli studia Santi Romano all'inizio degli anni 50, quando già il problema dei rap-

---

<sup>(22)</sup> R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano. Dal diritto classico al diritto giustiniano*, Milano 1951, pp. VII-XXXIV.

<sup>(23)</sup> *Op. cit.*, p. xv.

porti tra essere sociale e dover essere giuridico ha costituito per lui oggetto di indagine storiografica. L'istituzionismo gli offre schemi euristici più complessi coi quali può descrivere, entro diversi contesti storici, il sorgere dei precetti ed il fondamento di ciò che si intende per normativo. Già nel '37 aveva proposto questo indirizzo di ricerca, in rapporto ad un tema specifico e senza implicazioni teoriche, delineando una 'costituzionalità al seguito dei fatti', per spiegare la genesi del principato. Durante gli anni 50, si sviluppa e si fa più chiara entro i suoi studi la consapevolezza del carattere vicariale di tali immagini (24).

Sia nella prolusione romana del '61, sia nel corso, pubblicato nel 1967, su *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, non troviamo più la ricerca di una corrispondenza tra nozione astratta e dinamica storica che ancora nel '51, forse per l'influsso di Capograssi, gli faceva attribuire alla scienza giuridica l'attitudine (vagamente giusnaturalistica) a disvelare la realtà oggettiva, in tutte le sue facce, risolvendo in essa il diritto.

A questa idea, che trova riscontro nell'uso universalizzante del concetto di esperienza giuridica, che non è l'unico possibile ed è il più raro in Orestano, si sostituisce il proposito di impiegare gli schemi dell'istituzionismo non come specchio di una realtà ordinata, ma per selezionare e mettere in luce l'esistenza e la varietà di strutture associative rilevanti nella storia giuridica romana. Un'operazione descrittiva assai circoscritta, che im-

---

(24) Cfr. R. ORESTANO, *Il potere normativo*, cit., p. 7 ss.; 29 ss. (sulla costituzionalità al seguito dei fatti: in questo scritto traspare comunque l'attenzione, al di là della esegesi delle *Res gestae* di Augusto, per un problema attuale verso la fine degli anni 30, che è quello del mutamento istituzionale realizzato di fatto, nelle pratiche politiche e di governo, senza vistose instaurazioni formali di un ordinamento nuovo); ID., *L'appello civile in diritto romano*<sup>2</sup>, Torino 1953, rist. 1966, p. 166 ss.); ID., *Concetto di ordinamento giuridico e studio storico del diritto romano*, in *Jus*, 13, 1962, p. 35 ss.; ID., *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino 1967, pp. 21-33; 69 ss. Orestano è sensibile — come ho detto — alla prospettiva 'afilosofica' di Santi Romano. La ribadisce nella prolusione romana (*Concetto di ordinamento*, cit., p. 36). Le idee centrali di questa mi paiono già abbozzate nel saggio *Diritto romano, tradizione romanistica e studio storico del diritto*, in *RISG*, 57, 1950, p. 156 ss., spec. p. 222 s., sulla specificità e l'autocostruzione della scienza giuridica, cfr. *Sociologia e studio storico*, cit., p. 209 ss.

plica però la critica del sintagma 'ordinamento giuridico' <sup>(25)</sup>. Esso risulta da un procedimento di unificazione che ha un'inevitabile coloritura ideologica. Attribuisce infatti compiutezza e coerenza interna alle forme giuridiche che descrive.

Nel saggio 'Azione: storia del problema', pubblicato nel '59, la critica dell'ordinamento come costruzione ideologica è espressa con grande chiarezza e pone le premesse, sul piano teorico, per una dissoluzione dell'ipostasi. Le medesime formulazioni che Orestano espone in queste pagine e dalle quali emerge la diffidenza per ogni immagine unitaria delle tecniche giuridiche, quando non sia ben chiaro il suo carattere convenzionale, verranno riprese, quasi vent'anni dopo, in un articolo di Giovanni Tarello, che suggerisce di confinare alla periferia del linguaggio giuridico il termine 'ordinamento', usandolo il meno possibile <sup>(26)</sup>.

«Già la nozione stessa di 'ordinamento giuridico', proprio come nozione — osserva Orestano — vuoi intesa in senso normativo, vuoi intesa in senso istituzionale, necessiterebbe nell'un caso e nell'altro di essere resa più articolata, al fine di poter ricondurre sotto di essa senza confonderle, le situazioni concrete diversissime che la storia conosce e che, se accomunate, fanno perdere alla nozione medesima ogni valore individuante» <sup>(27)</sup>. A ripercorrere oggi questa linea di ragionamento, ci si accorge che la critica rivolta al formalismo istituzionale di Santi Romano è tutt'uno con la messa in discussione delle categorie pandettistiche (come quelle di azione, diritto soggettivo, persona giuridica). Quando la storiografia mostra il carattere fantasmagorico di queste determinazioni astratte, non è una teoria generale sola ad essere respinta, ma ogni teoria generale, in quanto assume concetti alla stregua di sostanze e li sovrappone all'esperienza, che è il regno del molteplice <sup>(28)</sup>. L'indeterminatezza dei concetti non viene rilevata soltanto in rapporto al passato. Nella storiografia essi non

<sup>(25)</sup> Cfr. M. BRUTTI, *Ordinamento giuridico*, cit., p. 655 s., e nt. 1; 666 ss.

<sup>(26)</sup> Cfr. G. TARELLO, *Prospetto per la voce 'Ordinamento giuridico' di un'enciclopedia*, in *Politica del diritto*, febbraio 1975, p. 73 ss.

<sup>(27)</sup> R. ORESTANO, *Azione diritti soggettivi persone giuridiche*, cit., p. 91 s.

<sup>(28)</sup> *Op. cit.*, p. 76 ss.; 173 ss. sulla riconquista del molteplice e del concreto entro l'osservazione giuridica, cfr. p. 95 ss.

illuminano i fatti, anzi li confondono, li chiudono in una uniformità illusoria. Ma rispetto al presente essi occultano le crisi, le contraddizioni, le novità. L'immagine dei fenomeni di trasformazione della realtà come elementi irrazionali, che abbiamo visto in De Francisci (ma qui vi era un'apologia dell'irrazionale, sottratto in sostanza al controllo del pensiero giuridico), nasce proprio nel regno delle astrazioni e della dogmatica.

« Ma la genericità e astrattezza della nozione si rivela appieno quando si considera l' 'ordinamento giuridico' come un tutto unitario ed organico: è questo un concetto posto dalla scienza che non ha e forse non potrebbe avere alcun riscontro nella realtà effettiva. Anche se in ipotesi lo stato di perfezione che postuliamo attraverso il concetto fosse raggiungibile nel concreto, sicché all'armonia nel concetto corrispondesse un'uguale armonia nella realtà, solo un impossibile immobilismo potrebbe mantenerlo » (29). Si propone dunque di usare il termine ordinamento quando si ravvisi una 'tendenza all'organicità'.

La stessa critica può rivolgersi alle astrazioni prodotte dalla scienza privatistica. Anzi, è lo stile dei civilisti, che è all'origine delle scienze giuridiche moderne, dei loro ripetuti tentativi di conquistare un'autonomia, delle loro ambizioni sistematiche (30). Lo storico deve mettere a nudo le illusioni e le generalizzazioni su cui si fonda il sistema.

Il superamento di ogni visione naturalistica è evidente nei tre saggi di Orestano ora ripubblicati. Il sistema non è in essi che la risultante di proposizioni. Sostanze ed attributi, soggetti e predicati si legano in una catena logico-linguistica sorretta da un'ispirazione unitaria (31).

Si tratta di vedere, nella storia della cultura giuridica moderna, quali siano, a seconda dei diversi contesti, i procedimenti di sostanziazione da cui muove il discorso e su cui si fonda il sistema.

Orestano rivolge una particolare attenzione alla categoria del rapporto giuridico, sulla quale nei primi decenni del secolo si era costruita una teoria generale non normativistica e simile per

(29) *Op. cit.*, p. 92.

(30) *Cfr. op. cit.*, p. 35 ss.; 53 ss.; 59 ss.; 221 ss.

(31) *Op. cit.*, p. 71 ss.; 75 ss.; 175 ss.



qualche verso all'istituzionismo, come mostra la sintesi proposta da De Francisci <sup>(32)</sup>. In questo quadro bisogna leggere le critiche mosse da Cicala alla teoria savigniana del rapporto, che sarebbe ancora impregnata di soggettivismo <sup>(33)</sup>. Ma esse sollevano un problema storico.

A questo proposito, nel saggio su *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto* Orestano riesamina la figura del *Rechtsverhältnis*, che Savigny aveva elaborato, e coglie in essa un'aporia fondamentale, comune a tutta la pandettistica <sup>(34)</sup>.

Il sistema dei diritti soggettivi, quale era stato delineato dal giusrazionalismo, diventa nella scienza dell'ottocento un sistema di diritto oggettivo. Le sue nozioni inquadrano la disciplina concreta dei comportamenti, stabiliscono ed unificano le condizioni entro le quali si esercita ed è garantita la libertà dei singoli. Ciò implica delicati problemi, tenendo conto della materia giuridica che il sistema unifica, intrisa di residui feudali e non rispondente alle categorie giusindividualistiche. Orestano richiama l'attenzione sul complesso adattamento pratico dei modelli razionalistici all'esperienza di un diritto oggettivo ricco di difformità, non codificato, di cui è arbitra la scienza <sup>(35)</sup>.

L'assoluta priorità del soggetto, che aveva caratterizzato gli ideali giuridici del settecento, quando diventa guida teorica di un'elaborazione rivolta al diritto positivo, deve fare i conti con le norme e con il meccanismo concreto dello scambio, nel quale i soggetti intervengono. « Se la scuola del diritto naturale — scrive Orestano — aveva rappresentato la tendenza a rompere il nesso tra individuo e Stato, ad affermare l'individuo e il suo diritto come l'unica realtà, il criticismo kantiano, l'idealismo, la restaurazione, il romanticismo e lo storicismo, venivano portando ad una progressiva rivalutazione dell'elemento 'gruppo', 'società', 'nazione', 'Stato', cioè ad affermare un ordine oggettivo più o meno incumbente sull'individuo » <sup>(36)</sup>.

<sup>(32)</sup> *Op. cit.*, p. 140 ss.

<sup>(33)</sup> Cfr. F. B. CICALA, *Il rapporto giuridico* <sup>2</sup>, Firenze 1935, p. 2 ss.; e su ciò R. ORESTANO, *Azione diritti soggettivi persone giuridiche*, cit., p. 140 e nt. 37.

<sup>(34)</sup> R. ORESTANO, *op. cit.*, p. 142 ss. cfr. *Introduzione*, cit., p. 222 ss.

<sup>(35)</sup> R. ORESTANO, *Azione diritti soggettivi persone giuridiche*, cit., p. 132 ss.

<sup>(36)</sup> *Op. cit.*, p. 138.

Questa è una delle formulazioni in cui più nettamente e con più discutibile sintesi storiografica, le maggiori correnti del pensiero ottocentesco sono legate assieme, in una rappresentazione unitaria. Ad esse si attribuisce una comune tensione verso l'oggettività e l'ordine sovraindividuale. La pandettistica sarebbe tutta percorsa da un rapporto contraddittorio tra soggetto e norma. In realtà questa coppia concettuale è comune — sia pure con forme diverse — alle sistematiche postsavigniane ed emerge molto chiaramente nella teoria del negozio giuridico di Windscheid, dove la sovranità del volere è garantita e delimitata dal diritto oggettivo, che la riconosce sotto riserva di *causae cognitio* (37).

Una simile raffigurazione dell'ottocento giuridico e filosofico è già delineata nelle pagine di Gioele Solari. La ricerca dell'oggettività è secondo questo autore il riflesso di una tendenza intellettuale più vasta, per cui pensatori diversi, come Savigny, Hegel e Marx, scoprono nel secolo XIX il continente nuovo della società e della storia, integrando e superando il progetto astratto dell'illuminismo (38).

---

(37) Vedi in proposito C. SALVI, *Introduzione a Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, Milano 1978, p. 9 ss., spec. 24 s.

(38) Cfr. al riguardo G. SOLARI, *Filosofia del diritto privato. II. Storicismo e diritto privato*, Torino 1940 (ma il volume era già stato scritto nel 1915-16) p. 26 ss.; 152 ss.; 180 ss.; 239 ss.; 284 ss. La 'filosofia sociale del diritto' rappresenta il problema centrale dell'opera di Solari, e nasce all'interno di una riflessione etica che egli affronta con strumenti teorici volta a volta diversi, anche in contrasto tra loro, prima avvicinandosi alla psicologia sociale di Wundt ed al positivismo, poi al pensiero di Hegel sulla società civile. Cfr. N. BOBBIO, *L'insegnamento di Gioele Solari* (1949), in *Italia civile. Ritratti e testimonianze*, Bari-Perugia 1964, p. 145 ss.; ID., *L'opera di Gioele Solari (1952-53)*, ibid., p. 159 ss.; ID., *Lo studio di Hegel*, in AA. VV., *Gioele Solari. 1872-1952. Testimonianze e bibliografia nel centenario della nascita*, Torino 1972, p. 37 ss. (vedi anche i contributi di R. TREVES, *Gioele Solari sociologo e sociologo del diritto*, ibid., p. 13 ss.; L. PAREYSON, *Gioele Solari e l'idealismo tedesco*, ibid., p. 33 ss.). Nella frase di Orestano che ho citato viene utilizzata la prospettiva di unificazione degli storicismi ottocenteschi che Solari delineava come superamento dell'astrattezza illuministica e reintegrazione dell'individuo nel mondo sociale. Kant sarebbe stato il primo, entro una serie che giunge a Marx e va oltre, fino ai positivisti, a proporre una considerazione teleologica ed organica della società. Un altro aspetto delle indagini di Solari al quale Orestano dà rilievo è l'ipotesi di una contraddizione interna che attraverserebbe il pensiero della scuola sto-

La saldatura tra diritto soggettivo e diritto oggettivo sembra inoltre ad Orestano un veicolo attraverso cui si impongono progressivamente — anche ricorrendo a tecniche di accentramento statale che ricordano l'assolutismo — le ragioni della società su quelle dei singoli.

Il concetto di rapporto giuridico gli pare quindi un mezzo col quale Savigny per primo avrebbe cercato di realizzare tale saldatura, anche se in esso l'idea di ordine si riduce ad una coesistenza di libertà, ad un incontro di sfere soggettive, da cui il giurista deve districare la regola. Ma questa è appunto la contraddizione della pandettistica e il segno che in essa i dogmi dell'individualismo continuano a dominare, nonostante la scoperta del *Volksgeist*.

Anche Betti considera il liberismo ed il volontarismo caratteri peculiari della pandettistica. Questo autore tende anzi a stabilire una stretta affinità tra la dogmatica elaborata dai giuristi bizantini e quella proposta nelle trattazioni sistematiche dell'ottocento. Ciò avvalorata la convergenza, in certo senso simmetrica alla precedente, tra gli schemi desumibili — anche se non espressi — dal diritto romano classico ed il sistema postpandettistico che Betti vuol costruire. Sembra trovare così un'ulteriore legittimazione la dogmatica odierna, fondata sui concetti di autonomia e di utilità sociale, valida perché rispondente alle necessità oggettive dell'ordine giuridico.

All'inizio degli anni 50, mentre torna a riflettere sulle pagine di De Francisci e respinge l'illusione che questi (come Arangio-Ruiz) aveva in qualche modo accreditato, di poter fare stori-

---

rica. Da una parte lo 'spirito del popolo', che sembra un frammento, una espressione dello spirito oggettivo di Hegel; dall'altra l'elemento tecnico del diritto ed il sistema soggettivistico di ascendenza wolffiana, che irrigidisce il movimento spontaneo della vita entro le persuasioni della scienza. Entro un reticolo logico, che è privo di un vero fondamento sociale e che, secondo Orestano, è l'espressione più alta della tradizione scientifica del diritto civile, da cui lo stesso Savigny proviene. Perciò lo condiziona. Nel *Sistema* infatti egli quasi ritorna sui suoi passi, al modello di Heise. Cfr. R. ORESTANO, *Introduzione*, cit., p. 218 ss. Su questo problema v. ora, con un limpido profilo storico ed un'ampia discussione della letteratura recente, F. DE MARINI, *Introduzione a Savigny. Antologia di scritti giuridici*, Bologna 1980, p. 7 ss., spec. p. 19 ss. (in linea di massima concorde con l'impostazione di Orestano).

grafia giuridica impiegando soltanto le categorie del passato, coeve ai fenomeni studiati, Orestano critica anche l'indirizzo bettiano. L'impossibilità di fare a meno di nostri concetti nello studio storico non può condurci ad ignorare che la formulazione di categorie storiografiche implica uno sforzo continuo di lettura del passato, di interpretazione e sistemazione dei suoi documenti: un 'altro da sé' rispetto al soggetto conoscente. Vi è dunque un'incessante comparazione tra le immagini del presente e i dati che rimangono di epoche anteriori. Potremmo dire — con una metafora di Jean-Pierre Vernant — che lo storico del diritto deve abituarsi a respirare anche un'aria diversa da quella che gli è consueta. Perciò non deve « impiegare *sic et simpliciter* la medesima dogmatica che si è venuta creando per l'esperienza del nostro presente ».

Questa cautela si ritrova sostanzialmente nell'opera di Betti, quando egli esamina gli schemi più generali del diritto privato giustiniano, su cui si è sviluppata una tradizione che giunge fino all'ottocento. Così, nella teoria del negozio giuridico, ove si coglie il punto più significativo di distacco tra la pandettistica e la dogmatica odierna, la distanza del diritto giustiniano dai modelli dell'oggi è segnata con estrema chiarezza. Invece, le categorie che la scienza elabora per il presente corrispondono di più al diritto romano classico. Infatti, se guardiamo alla disciplina giuridica dello scambio, oggettivismo e tipicità dei negozi esprimono, in entrambi i sistemi, il prevalere di un punto di vista sociale sulla volontà multiforme degli individui.

Dunque le pagine di Betti delineano l'ipotesi di una consonanza ideologica tra le forme classiche del diritto romano e quelle che l'ordine giuridico contemporaneo viene costruendo sulle ceneri dell'individualismo liberale. Non è direttamente teorizzato il carattere sovrastorico della dogmatica, ma piuttosto si crede che vi sia un'intima congenialità tra questa e il diritto classico.

Si tratta di un presupposto che Orestano non condivide. Anche quando egli rileva somiglianze tra le forme giuridiche postpandettistiche e gli schemi romani, come riguardo al « problema delle persone giuridiche », ciò è sempre nell'ambito di una comparazione che non propone modelli, ma si limita a descrivere tendenze del presente, sullo sfondo di un passato complesso e ricco di

soluzioni eterogenee, che sta dentro la memoria storica del diritto moderno. I parallelismi, come le partizioni che segnano sotto un profilo cronologico i complessi di esperienze giuridiche, vengono così esplicitamente formulati in via induttiva e confessano la propria arbitrarietà, che dipende dal punto di vista scelto nella rappresentazione storiografica <sup>(39)</sup>.

4. A partire dagli anni 20, una decisa critica agli eccessi dell'interpolazionismo ed una progressiva sconfessione delle sue tecniche si delineano nelle opere di Salvatore Riccobono. Dapprima isolato, questo orientamento finirà con l'incidere a fondo nella storiografia romanistica, specie durante gli anni del secondo dopoguerra. Anche a voler sottolineare come il distacco dalle diagnosi e dal metodo dell'*Index interpolationum* vada al di là delle polemiche italiane, non si può non riconoscere a queste il merito di aver accelerato la svolta, inducendo i romanisti ad una lettura più cauta dei testi e a non considerare i sospetti formali come decisivi argomenti ai fini di una datazione del contenuto <sup>(40)</sup>.

<sup>(39)</sup> Sulla congenialità tra forme classiche e sistema postpandettistico cfr. E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, cit., 100, p. 32 ss.; 42 ss.; 47 ss. («... specialmente per la ricostruzione del diritto classico è indispensabile al romanista una salda preparazione di giurista. Ed è in quest'opera di ricostruzione, soprattutto, che la dogmatica odierna, rettamente intesa e saggiamente adoperata, gli appresta preziosi strumenti di precisione ...»). Ma ciò implica — occorre sottolineare — l'eliminazione delle sovrastrutture bizantine e di quelle pandettistiche); 58 ss.; ID., *Diritto romano. I. Parte generale*, Padova 1935, p. XXII ss. Sul punto v. A. SCHIAVONE, 'Il nome' e 'la cosa', cit., p. 296; 299; 305 ss. Cfr. invece R. ORESTANO, *Azione diritti soggettivi persone giuridiche*, cit., p. 281 s. (e già prima, p. 80). La metafora del 'cambiare aria' è in J.-P. VERNANT, *Mythe et pensée chez les Grecs. Etudes de psychologie historique*, Paris 1965, trad. it., Torino 1978, p. 4.

<sup>(40)</sup> Un bilancio storiografico di questa vicenda culturale è in R. ORESTANO, *Diritto romano*, in *Novissimo Digesto Italiano*, V, Torino 1960, p. 1024 ss.; ID., *Introduzione*, cit., p. 617 ss., spec. p. 678: «... Oggi la critica interpolazionistica vien sempre più considerata come uno strumento, indubbiamente prezioso, il cui impiego tuttavia non può essere fine a se stesso, e che anzi ha un valore meramente sussidiario. E ciò perché solo quando concorrono altri e più gravi elementi di ordine storico si può avanzare l'ipotesi che l'eventuale interpolazione possa avere un valore sostanziale, nel senso che essa riveli o comprovi una modifica giustiniana anche nella struttura delle istituzioni o delle dottrine». Orestano mette in luce tra l'altro, nelle conclusioni cui giunge l'interpolazionismo, un

L'interpretazione complessiva del passaggio dal diritto classico al diritto giustiniano, che troviamo negli studi di Riccobono, è certamente condizionata da una visione organicistica molto elementare. Nella ricerca dei 'fattori di evoluzione', dei 'germi' classici (dall'*interpretatio iuris*, alla fusione degli ordinamenti, al cristianesimo), che avrebbero determinato le tendenze equitative e l'apparente modernità del diritto di Giustiniano, scorgiamo chiaramente una semplificazione della storia, ridotta a *series causarum*, e in essa un'immagine del diritto come unità vivente ed irrelata (41).

---

duplice procedimento di 'pandettizzazione': vale a dire di inquadramento sistematico dei dati ricavabili dalle fonti. Da una parte il diritto giustiniano, dall'altra il diritto classico, con due distinte dogmatiche. Cfr. R. ORESTANO, *Introduzione*, cit., p. 667 s. Sul necessario rapporto tra analisi linguistica ed analisi giuridica nella critica dei testi, vedi già W. W. BUCKLAND, *The Interpolations in the Digest*, in *Yale-Law Journal*, 33, 1924, p. 343 ss.: «... To say that the compilers interpolated (the word is conveniently used to denote adding, altering and omitting) is non to say that they engaged in law reform ...». Sottolinea la necessità di un'autonoma analisi giuridica e si mostra assai cauto riguardo alle tendenze affioranti negli anni 50, che ipotizzavano un largo rimaneggiamento di testi, specie giurisprudenziali, nel periodo alto-postclassico, G. PUGLIESE, *Orientamenti e problemi attuali nello studio delle fonti romane*, in *Annali di storia del diritto*, 5-6, 1961-62, p. 71 ss., spec. 110 s. Su tutta questa problematica e con un'equilibrata valutazione delle insufficienze dell'interpolazionismo, vedi ora M. KASER, *Zur Glaubwürdigkeit der römischen Rechtsquellen (über die Grenzen der Interpolationenkritik)*, in *La critica del testo. Atti del secondo Congresso della Società it. di Storia del dir.*, Firenze 1971, p. 291 ss.

(41) Cfr. S. RICCOBONO, *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano. Compendio dei corsi di storia e d'esegesi del diritto romano*<sup>2</sup>, Milano 1949, p. 106 s.: «... i nostri storici si credettero autorizzati a immiserire il patrimonio giuridico romano rappresentato fermo nelle sue forme primitive, immobile sulle antiche basi, appunto per accrescere l'apporto delle scuole bizantine dal lato teorico e delle consuetudini provinciali dal lato pratico ...»; p. 42: «... il nucleo fondamentale delle istituzioni più antiche rimane sempre come lo scheletro saldo di tutto l'organismo giuridico, attorno al quale per altro si viene svolgendo tutta la trama di nuove forme e istituzioni che la esperienza e l'autorità dei magistrati e l'opera illuminata dai giureconsulti sperimentavano prima nella pratica ed inserivano poi nel corpo del diritto ...». Questo volume fornisce una sintesi, talvolta semplificante, dei risultati del lavoro storiografico di Riccobono fino agli anni 40. Un abbozzo di sistemazione teorica è già in S. RICCOBONO, *La fusione del 'ius civile' e del 'ius praetorium' in unico ordinamento*, in *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie. Festschrift Zitelmann*, 16, 1922, p. 503 ss.; ID., *Fasi*

Ma al di là di certe formulazioni, in cui l'organicismo diventa anche un modo per affermare la romanità del *Corpus Iuris*, le indagini di Riccobono implicano uno statuto teorico comune a tutta la romanistica del suo tempo ed una svolta assai rilevante nel modo di applicarlo. Lo storico, delimitato l'oggetto del suo discorso (le forme giuridiche e più specificamente quelle del diritto privato), muove in rapporto ad esso le categorie del *prima* e del *poi*, convinto che il richiamo ad un processo antecedente sia in grado di spiegare le diverse morfologie che l'oggetto gli manifesta. Se la compilazione giustiniana è in molta parte il risultato di un movimento di recezione e di trasformazione dell'eredità classica, quali sono i fili intorno a cui si costruisce la tela? Come spiegare per esempio il passaggio dalla tipicità delle azioni formulari, rigorosamente segnata nelle clausole edittali, alla unificazione ed alla irrilevanza delle diverse forme entro lo schema degli *extraordinaria iudicia*, ora sottinteso, ora espressamente richiamato dai compilatori? <sup>(42)</sup>.

Mentre le correnti storiografiche bizantinistiche avevano spiegato la peculiarità della recezione compiuta nel *Corpus Iuris* e i forti dislivelli tra ciò che si definiva classico e ciò che appariva giustiniano, partendo da un *prima* rispetto alla compilazione, e precisamente dall'esperienza postclassica — dottrine orientali e consuetudini delle province —, Riccobono sceglieva un *prima* diverso, l'epoca classica, per illuminare le stesse trasformazioni. Ma ciò implicava che questo periodo non fosse più considerato tutto al di qua dei mutamenti, estraneo alle tendenze equitative e 'moderne' che Giustiniano ratifica con la sua autorità.

---

e fattori dell'evoluzione del diritto romano, in *Mélanges de droit romain dédiés a G. Cornil*, Gand-Paris 1926, p. 237 ss. Sull'aspetto organicistico negli enunciati riccoboniani, vedi *infra*, nt. 50.

<sup>(42)</sup> Cfr. D. 3, 5, 47 (46), 1 (Paulus, 1 *sententiarum*): *Nec refert directa quis an utili actione agat vel conventiatur, quia in extraordinariis iudiciis, ubi conceptio formularum non observatur, haec suptilitas supervacua est, maxime cum utraque actio eiusdem potestatis est eundemque habet effectum*. Cfr., identico, Paul. Sent. I, 4, 10.

Vedi in proposito S. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, Palermo 1915-17, p. 553 ss.; E. LEVY, 'Pauli Sententiae'. *A Palingenesia of the Opening Titles*, Ithaca-New York 1945, p. 100 ss.

La tensione si sposta quindi entro l'età classica, ove sembrano coesistere più ordinamenti (qui il termine indica soltanto complessi di principi), ma soprattutto investe la giurisprudenza, alla quale spetta un compito di sintesi, di fronte alla varietà della produzione giuridica (43).

Insomma, attraverso il concetto di evoluzione, derivato più dalla scuola storica e dallo Jhering del *Geist* che dal positivismo, si sfumavano i confini del diritto classico e a lungo andare si colpiva la possibilità stessa di costruirlo come un sistema separato. Dunque le ricostruzioni di Riccobono tendevano a sopprimere quello che era parso alla dottrina precedente un fondamentale elemento di discontinuità nella storia giuridica romana: il salto dalla tradizione classica alla codificazione di Giustiniano. L'opera di questo imperatore andava invece compresa alla luce di tutta la storia precedente. I dogmi non sempre coerenti che egli impiega andavano studiati dalla loro origine (44).

(43) Cfr. S. RICCOBONO, *Fasi e fattori*, cit., p. 243 s.: « ... Ma soprattutto il Mitteis ... espresse ... il suo scetticismo sulla possibilità di stabilire tra le forme del diritto giustiniano e i diritti provinciali un rapporto di derivazione immediata ... Il Mitteis osserva, con il suo squisito senso storico guidato da una profonda conoscenza delle fonti romane, che quelle stesse forme il nuovo diritto romano avrebbe potuto assumerle in virtù di uno sviluppo interno, per evoluzione comunque maturatasi dei suoi stessi elementi; e nell'ultimo scritto, confrontando la struttura organica del diritto romano e la sua mirabile elaborazione scientifica con la varietà e inorganicità dei diritti delle città greche e con l'assenza di una scienza del diritto nel mondo greco, e, considerando inoltre lo stato frammentario in cui quelle consuetudini e norme giuridiche ci sono presentate dai papiri, ... conchiude che le affannose ricerche su quei documenti non avesser portato, e difficilmente avrebbero potuto portare nell'avvenire, quella luce che serva a schiarire la formazione del nuovo diritto nel periodo bizantino e nella codificazione di Giustiniano ». Riccobono si riferisce qui a L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, Leipzig 1891, pp. 6-10; 255. Egli cita anche una conferenza tenuta a Vienna il 3 giugno 1917: *Antike Rechtsgeschichte und romanistisches Rechtsstudium*, in *Mitteilungen des Wiener Vereins der Freunde des humanistischen Gymnasium*, Heft 18, 1918, p. 56 ss. Si trattava di un testo difficile da trovare. Riccobono lo traduce, aggiungendovi una lunga postilla. Cfr. L. MITTEIS, *Storia del diritto antico e studio del diritto romano*, in *Annali del Sem. Giuridico di Palermo*, 12, 1928, p. 477 ss. e S. RICCOBONO, *Punti di vista critici e ricostruttivi. A proposito della dissertazione di L. Mitteis*, ibid., p. 500 ss.

(44) Vedi S. RICCOBONO, *Fasi e fattori*, cit., p. 244.



La lettura riccoboniana delle fonti non ignorava certamente le preoccupazioni della romanistica tradizionale, assai proclive a denunciare, di fronte a divergenze ed antinomie testuali, interventi giustinianeï o glossemi, ma si ispirava al proposito di recuperare il più possibile dei materiali conservati nella compilazione e — ancora più — di quelli tramandati al di fuori. Far valere questa esigenza rispetto ai procedimenti di Beseler o di Albertario significava introdurre nell'esegesi giuridica una filologia più cauta ed avvertita.

Il distacco dall'indirizzo distruttivo di autori quali Gradenwitz, Eisele e soprattutto Beseler si realizza su due piani diversi: da un lato la valutazione dei testi, dall'altro una considerazione storica più generale dei rapporti tra la giurisprudenza romana, che fiorisce nell'età classica, e l'evoluzione del diritto fino a Giustiniano. I primi studi di Riccobono avevano avuto come scopo la ricostruzione di dottrine giurisprudenziali ed avevano sottolineato la forza creatrice, oltre che la coerenza interna, della letteratura giuridica romana. Questa — egli aveva sostenuto — « cresce e si sviluppa sempre attaccata alla tradizione del passato, ... dalla fine della repubblica alla metà del terzo secolo è nel periodo della sua forza espansiva e produttiva, ... trascina seco come sua sostanza quanto è prodotto di menti colte, educate alla riflessione giuridica, raffinate dall'esperienza quotidiana dei nuovi bisogni della vita » (45). Già qui, nelle immagini che idealizzano il lavoro dei giuristi, vi è il segno di un indirizzo di studi legato alle tematiche e all'ideologia dello storicismo ottocentesco. Si ripropone insomma il primato della scienza.

Durante i decenni successivi, Riccobono esprimerà in modo più analitico e compiuto, con un ancoraggio costante all'esegesi testuale, l'idea già accennata tra il '93 e il '95, che il diritto

---

(45) Cfr. S. RICCOBONO, *Studi critici sui libri XVIII di Paolo 'ad Plantium'*, in *BIDR*, 6, 1893, p. 119 ss.; *Id.*, *Libri VI Julianus ad Minicium*, in *BIDR*, 7, 1894, p. 225 ss.; 8, 1895, p. 169 ss., spec. p. 294. Nei decenni successivi, Riccobono continuerà a lavorare sui temi della giurisprudenza, sulla sua funzione di guida, che gli apparirà più chiara una volta delineato il processo di fusione tra *ius civile* e *ius honorarium*. Saranno espressioni più mature di tali ricerche scritte come *Ius est ars boni et aequi*, in *BIDR*, 49-50, 1947, p. 223 ss.; *La definizione del 'ius' al tempo di Adriano*, in *BIDR*, 53-54, 1948, p. 5 ss.

solitamente definito classico si risolve in un processo storico, vario al suo interno e dominato dalla vocazione all'unità che ispira la giurisprudenza. Orestano svilupperà questo punto di vista, e metterà in luce come l'idea stessa di diritto classico implichi un pensare sistematico prima che storico e vada perciò sostituita con schemi più individuanti <sup>(46)</sup>.

Muovendo da un esame dei primi lavori di Riccobono, Giovanni Baviera lo definisce nel '36 « il fondatore, non teorico e descrittivo, del metodo critico interpolazionistico in Italia » <sup>(47)</sup>. Dal 1893 al '95 egli, primo nel nostro paese, avrebbe compiuto un'indagine non episodica sulle interpolazioni, sulla loro reciproca dipendenza, sul mutamento sostanziale che determinano nel diritto preesistente. È singolare che Baviera non attribuisca alcun rilievo alla svolta segnata dalle ricerche del 1915-17, rispetto all'uso corrente del metodo interpolazionistico <sup>(48)</sup>. Una svolta che si fa sempre più netta con gli scritti degli anni 20, ove Riccobono ridimensiona seccamente l'incidenza delle prassi postclassiche e della cultura bizantina nell'impianto legislativo del diritto giustiniano, respingendo le tesi della dottrina dominante <sup>(49)</sup>.

<sup>(46)</sup> *Introduzione*, cit., p. 667: il 'diritto classico', a differenza di quello giustiniano, che ha una base legislativa unitaria, è una pura astrazione. Le sue radici sono già nel pensiero di Savigny: il Savigny sistematico, che si riavvicina al giusrazionalismo. Cfr. *Introduzione*, cit., pp. 646-49.

<sup>(47)</sup> Cfr. G. BAVIERA, *Salvatore Riccobono e l'opera sua*, in *Studi in onore di S. Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, I, Palermo 1936, p. XXIX ss., spec. p. XXXI.

<sup>(48)</sup> S. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, cit. Secondo quanto osserva lo stesso RICCOBONO, 'Stipulatio' ed 'instrumentum' nel diritto giustiniano, in *ZSS. RA*, 43, 1922, p. 262 ss. (Fortsetzung v. Band 35, 1914, p. 214 ss.), spec. p. 262, nt. I, per la prima volta in quella ricerca del biennio 15-17 egli ha delineato lo schema della unificazione tra *ius civile* e *ius honorarium*, come processo che consente di spiegare « l'enigma della struttura del *Corpus Iuris* ed insieme delle successive fasi e sviluppi del diritto sino ai Codici moderni ».

<sup>(49)</sup> Vedi *supra*, ntt. 41 e 48.

Cfr. al riguardo J. PARTSCH, rec. a S. RICCOBONO, *La fusione del 'ius civile' e del 'ius praetorium'*, cit., in *ZSS. RA*, 44, 1924, p. 559 ss., che tenta una mediazione fra la dottrina bizantinistica e la prospettiva di Riccobono (spec. p. 561); E. LEVY, rec. a *Studi in onore di S. Perozzi*, Palermo 1925, in *ZSS. RA*, 46, 1926, p. 413 ss., spec. pp. 419-23, con ulteriore bibl. sulla discussione di quegli anni; E. RABEL, rec. a *Mélanges de Droit Romain dédiés à G. Cornil*, cit., in

La novità di questa prospettiva sarà invece più volte messa in luce da Orestano. Essa supera a suo giudizio quegli indirizzi della critica, i quali scambiavano l'indagine storico-giuridica con una misurazione, puramente esteriore, di forme linguistiche. Una riflessione autonoma di Orestano sul problema delle interpolazioni si svilupperà solo nel dopoguerra. Le indagini sul fondamento umano e divino del diritto nel pensiero dei Romani, ed in particolare sul concetto di *ius naturale*, lo porteranno a discutere e il più delle volte a respingere, mettendo a frutto l'insegnamento del suo maestro, le esegesi demolitorie della critica, ancor più severe riguardo alle fonti che hanno un contenuto ideologico <sup>(50)</sup>.

Riccobono aveva cominciato molto presto la polemica contro questi indirizzi interpretativi, contestando le tecniche di cui si servivano. Nel 1893 egli aveva denunciato come un'esagerazione « il preconetto di credere che dovunque nel testo si presenti una irregolarità, per ciò stesso si debba vedere la mano di Triboniano ». Possiamo trovarci infatti di fronte ad una interpolazione sostanziale, oppure ad una solamente formale. Quest'ultima « non si può mettere in un fascio con quelle in cui è entrata in attività la testa dei commissari » <sup>(51)</sup>.

---

ZSS. RA, 47, 1927, p. 477 ss., spec. pp. 480-84 (sdrammatizza, sostenendo che l'idea della fusione non è nuova: « ... das Hauptergebnis, die Verschmelzung des Zivilrechts, des prätorischen Rechts, des Inhalts der Kaisererlasse und der Resultate des sogenannten ausserordentlichen Verfahrens entspricht zu sehr der Meinung, die vor etwa 20 Jahren herrschte, als dass ihre Wiederauffrischung und gelehrte Fundierung, die wir R. verdanken, Widerstand finden könnte »); L. WENGER, *Der heutige Stand der römischen Rechtswissenschaft*, München 1927, p. 23; 28 ss., con qualche riserva verso gli eccessi dell'interpolazionismo.

<sup>(50)</sup> A questi temi è dedicata la parte speciale, nella prima edizione della *Introduzione* (v. *supra*, nt. 2). Pur aderendo all'impostazione generale di Riccobono, Orestano non riprenderà mai espressamente le sue formulazioni più organicistiche, che suggeriscono l'idea di uno sviluppo meccanico del diritto romano e che avevano fatto dire a E. RABEL, *op. cit.*, p. 482: « ... muss ich noch nach den letzten Formulierungen des Verfasser zweifeln, ob er denn selber nicht an ein durch eigenes juristisches Denken der Zwischenzeit beeinflusstes, sondern an ein gewissermassen automatisches Ineinanderfliessen der klassischen 'Rechtsordnungen' zum byzantinischen Recht glaubt ». Ma il valore dell'opera di Riccobono e le novità storiografiche che essa introduce devono ricercarsi nel lavoro storiografico concreto, nella indagine sulle fonti e non nelle formulazioni teoriche.

<sup>(51)</sup> S. RICCOBONO, *Studi critici*, cit., p. 124 s.

È un ragionamento che tornerà più volte nelle esegesi di Riccobono. La sintesi legislativa del sesto secolo comporta necessariamente interpolazioni eseguite in maniera meccanica, per semplificare il materiale di origine classica. Nel 1926 egli sosterrà più recisamente « il carattere semplificativo e quasi unicamente formale delle innovazioni giustiniane » (52). Ciò gli sembrerà dimostrabile soprattutto in base ai confronti tra testi di cui possediamo due redazioni, una pregiustiniana e l'altra nella compilazione, o entrambe utilizzate nel *Corpus Iuris*, con varianti significative (53).

Ma il punto essenziale di questa diversa valutazione consiste nel negare la novità del diritto giustiniano e la potenza creatrice del mondo giuridico bizantino, scorgendo nel *Corpus Iuris* l'espressione intelligente di « mutamenti che si erano prodotti da se stessi, senza l'opera di un legislatore » e derivavano da un'evoluzione verso l'unità, già ravvisabile, come si è detto, durante l'epoca classica (54).

D'altro canto, l'ipotesi di una prevalenza di alterazioni formali nell'uso giustiniano dello *ius Romanum*, che Riccobono sostiene con vigore e che Orestano riproporrà negli anni 50, forte di un consenso maggiore, è assai più fondata dell'indirizzo beseleriano, anzitutto sotto il profilo dell'analisi testuale e dei criteri di verosimiglianza da cui questa dev'essere guidata.

In un articolo del 1934, sottolineando l'importanza dei frammenti di Gaio scoperti in Egitto un anno prima, per una corretta lettura del manoscritto veronese e contro le esagerazioni del così detto metodo critico, Giorgio Pasquali scriveva: « Io ritengo che qualche volta la critica moderna, quasi ubriaca della sua tecnica, sia andata troppo in là ... »; e più avanti: « I giuristi, ogniqualvolta trovano difficoltà in un testo, pensano ad alterazione consapevole; noi filologi sospettiamo, prima di tutto, corruzione meccanica, materiale » (55). Questo richiamo dimesso al buon senso

(52) S. RICCOBONO, *Fasi e fattori*, cit., p. 279.

(53) Cfr. al riguardo L. CHIAZZESE, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustiniane*, in *Annali del Sem. Giuridico di Palermo*, 16, 1931.

(54) Cfr. S. RICCOBONO, *Fasi e fattori*, cit., p. 288.

(55) Cfr. G. PASQUALI, *Il nuovo Gaio (Corriere della sera, 11 gennaio 1934)*, in *Pagine stravaganti* 2, I, Firenze 1968, p. 327 ss.

filologico sottintendeva, mentre era più aspro il duello scientifico tra Riccobono ed Albertario, l'adesione alle tesi del primo, al quale del resto Pasquali era legato da una consuetudine amichevole, fatta di riflessioni convergenti e di incontri, nella cornice del mondo accademico romano, durante gli anni 30.

Se i problemi tecnici legati all'analisi dei testi rappresentano un aspetto essenziale nell'insegnamento di Riccobono (e le parole di Pasquali mostrano come cogliesse nel segno la sua distinzione tra interpolazioni formali e sostanziali), non bisogna però dimenticare che la proposta filologica è tutt'uno con un progetto storiografico più generale. Questo — almeno nelle dichiarazioni di principio — si spinge oltre il diritto giustiniano, per indagare l'origine degli istituti moderni, riconducendoli alle fonti romane ed alla storia delle loro interpretazioni.

Orestano si inoltrerà più volte sul terreno delle dottrine intermedie e moderne, ma nel concreto della ricerca sottoporrà le tesi di Riccobono ad una critica radicale, sebbene non esplicitamente dichiarata.

5. Un saggio del 1911 sulla teoria romana del possesso, vista in rapporto alle dottrine moderne, chiarisce quale sia per Riccobono la possibile interazione fra studio del diritto moderno e indagine romanistica<sup>(56)</sup>. Egli prende le mosse dalle posizioni contrapposte di Savigny e Jhering. Il fondatore della scuola storica faceva consistere nella volontà l'elemento differenziale dell'istituto possessorio rispetto alla mera detenzione, mentre per Jhering la definizione è rimessa all'ordine giuridico, il quale in alcuni casi nega la tutela mediante interdetti al rapporto di fatto su cose corporali, qualificato di regola come possesso. Il codice tedesco del 1900 sembra recepire le tesi di Jhering, forse anche per l'influsso di correnti germanistiche.

Secondo Riccobono, la ricostruzione storica della teoria romana serve a cogliere le origini dei dogmi e nel medesimo tempo a valutare quanto (e se) le dottrine moderne rispettino gli schemi antichi che assumono a modello. La teoria della volontà appare,

---

<sup>(56)</sup> Cfr. S. RICCOBONO, *La teoria romana dei rapporti di possesso. Le dottrine dei moderni e le legislazioni*, in *BIDR*, 23, 1911, p. 5 ss.

in questa analisi genetica, la più fondata, sia pure con i temperamenti di un regime giuridico come quello romano, che evita ogni definizione in astratto di categorie e fattispecie.

Riccobono segue un procedimento analogo — pochi anni dopo — riguardo alla gestione degli affari altrui ed alla tutela contro l'ingiusto arricchimento, dal diritto romano al diritto moderno <sup>(57)</sup>. Allontanandosi dalla dottrina precedente, egli sostiene che la difesa giudiziaria accordata all'uno o all'altro soggetto della gestione di affari altrui si fonda sull'*animus aliena negotia gerendi*. In assenza di questa condizione soggettiva e dell'assunzione spontanea del negozio, il pretore interveniva con azioni utili ed *in factum*. Mettendo in luce la eterogeneità delle forme di tutela, Riccobono affronta il problema dei rapporti fra *ius civile* ed attività creativa del pretore. Non si ricava dalle fonti una figura unitaria della *negotiorum gestio* né esiste entro l'elaborazione classica un modello di azione generale ed autonoma contro l'ingiusto arricchimento. Vari rimedi pratici si sovrappongono l'uno all'altro, implicando di volta in volta l'attuazione di principi dello *ius civile* o un intervento equitativo del pretore. È la giurisprudenza ad avviare una fusione, ma essa viene portata a termine soltanto nella compilazione giustiniana. Si costituisce così uno schema formale unitario, che riassume in sé i mezzi coi quali si colpiva l'ingiusto arricchimento e li semplifica entro il quadro normativo della codificazione.

Nonostante la fusione raggiunta con il *Corpus Iuris*, resta nel materiale di origine classica il segno di vicende storiche complesse. La varietà dei meccanismi di tutela, legata alla stratificazione di principi e norme tra la repubblica e i Severi, è ancora visibile nella compilazione. Su questa unità non compiuta si esercita l'attività interpretativa della dottrina che, a partire dai Glossatori, assume i testi giustiniani come oggetto di discorso giuridico e fonte sempre valida del diritto vigente. Così vengono delineati due tipi di gestione senza mandato: uno segnato dalla consape-

---

<sup>(57)</sup> Cfr. S. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, cit., p. 209 ss.; 529 ss. V. anche, dello stesso autore, *La gestione degli affari altrui e l'azione di arricchimento nel diritto civile*, in *Rivista di diritto commerciale*, 15, 1917, p. 369 ss.

volezza che il gestore ha di condurre l'affare altrui; l'altro privo del requisito della volontà. Le due figure vengono di volta in volta distinte, in base ad elementi differenziali che l'*interpretatio* propone, o sommate insieme.

Lo studio delle fonti contribuisce a stabilire le occasioni da cui nasce la contraddittorietà delle dottrine moderne. Ma ciò offre anche un criterio per respingere costruzioni artificiose e ritrovare nella cultura del diritto comune argomenti e modelli utili all'interpretazione delle norme attuali.

Lo sviluppo apparentemente lineare delle dottrine giuridiche dell'Europa continentale, che muovono dal *Corpus Iuris*, viene denominato 'tradizione romanistica'. È uno schema concettuale (e linguistico) che ritroviamo in un'opera di Biondo Biondi del 1933, usato nello stesso senso e con il convincimento netto che si possa parlare di 'continuazione' del diritto romano fino all'epoca dei pandettisti <sup>(58)</sup>.

La *negotiorum gestio* (tema controverso nel pensiero contemporaneo) «è tutta in balia della tradizione romanistica, come una nave sperduta nell'oceano», scrive Riccobono. Questa tradizione che discende dal *Corpus Iuris* «è in sommo grado torbida e instabile» <sup>(59)</sup>. Essa può diventare più limpida se si squarciano l'unità e la prospettiva semplificatrice imposte superficialmente ai testi dai compilatori giustinianeî. Ma qual è, secondo Riccobono, l'utilità di un'indagine che individui, muovendo dalle fonti, i fili della tradizione romanistica? Essa ci aiuta a vedere, nel diritto privato contemporaneo, la «atmosfera densa che circonda ogni norma del codice». Offre perciò strumenti di lettura e d'interpretazione della legge: «vivifica ed integra le singole prescrizioni ... e gli istituti di diritto» <sup>(60)</sup>. Il caso della *negotiorum gestio* è emblematico. Se è vero che per tale istituto l'origine delle norme codificate e le stesse aporie che vi appaiono dipendono dalle dottrine del diritto comune, dovranno essere proprio queste la fonte dei principi generali di diritto, ai quali l'interprete è autorizzato a ricorrere, in base all'art. 3 del Codice Civile del 1865 <sup>(61)</sup>.

<sup>(58)</sup> Cfr. B. BIONDI, *Prospettive romanistiche*, Milano 1933, p. 1 ss.; 5 s.; 19 s.

<sup>(59)</sup> Cfr. S. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, cit., p. 529.

<sup>(60)</sup> *Op. cit.*, p. 574.

<sup>(61)</sup> *Op. cit.*, p. 574, nt. 1.

Vi è nella ritrovata alleanza tra ricerca romanistica e giurisprudenza attuale un'immagine precisa della storia da cui nasce il diritto moderno. In questa prospettiva, la tradizione non rivela fratture di nessun genere ed influisce tutta sul presente, come sosterrà Riccobono nel 1933, giustificando così l'utilità di un insegnamento di diritto romano comune, da istituire nelle facoltà giuridiche italiane <sup>(62)</sup>.

Dal *Corpus Iuris* al diritto moderno, l'evoluzione degli istituti e delle singole prescrizioni gli appare del tutto spontanea. Sono i bizantinisti ed i germanisti — a suo parere — che sovvertono ingiustamente questo modello, rappresentando prima la genesi del diritto giustiniano e poi la sua recezione nell'Europa moderna in termini di discontinuità.

Al concetto di tradizione romanistica si rifà anche Orestano, nei suoi studi degli anni 50 e 60. Proprio per rendersi conto meglio di tale tradizione e per stabilire un rapporto diretto con le fonti, egli analizza alcune fasi significative del pensiero giuridico europeo, dal medio evo in avanti. Le stesse ricerche sull'azione, sui diritti soggettivi, sulle persone giuridiche investono per più vie i rapporti tra l'esperienza romana e la genesi dei diritti moderni, guardata dal punto di osservazione della coscienza giuridica che ne è protagonista.

Ma egli adotta una prospettiva di ricerca affatto diversa da quella che Riccobono aveva segnato. Sottolinea infatti la necessità di distinguere storicamente il diritto romano dalla tradizione romanistica, soprattutto all'interno delle singole dottrine giuridiche, consegnate dai pandettisti alla cultura contemporanea. Anzi, la prima consapevolezza di un distacco dalla *vetus Roma* può già cogliersi nel diritto giustiniano. Non è necessario con-

---

<sup>(62)</sup> Cfr. S. RICCOBONO, *Per l'istituzione della cattedra di Diritto romano comune. Lettera aperta al Prof. G. Del Vecchio Preside della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Roma*, in *AG*, 110, 1933, p. 3 ss. Vedi su questo scritto F. CALASSO, *Il problema storico del diritto comune e i suoi riflessi metodologici nella storiografia giuridica europea* (1953), in *Storicità del diritto*, Milano 1966, p. 203 ss., spec. pp. 210-13 (sottolinea l'uso del concetto di 'tradizione romanistica' nel momento in cui la Germania «inaugurava» l'ostracismo al diritto romano).



dividere le scelte degli interpolazionisti per accorgersene <sup>(63)</sup>. D'altra parte la elaborazione epocale che si sviluppa intorno al *Corpus Iuris* è attraversata a più riprese dalla coscienza della storicità del proprio oggetto, ed ogni volta che questa affiora, rivela un mutare di concezioni e di metodi.

La storicizzazione è insomma per Orestano distacco dai paradigmi antichi; riesame dei procedimenti e dei materiali coi quali si costituiscono i concetti. I dati normativi contemporanei e le costruzioni ideologiche che lo storico-analista vuole sondare si risolvono fundamentalmente nel sistema pandettistico e nella logica delle ipostasi, trasmessa da questo a tutto il pensiero giuridico. Lo studio storico del diritto culmina nella scomposizione dei concetti: è dunque, prima di tutto, critica della scienza.

6. «La scienza si trova ... di fronte a questa esperienza non unitaria, non generale, non sistematica, non indipendente: si trova di fronte a un complesso di varie situazioni, di determinatissimo carattere storico, di varie esperienze tra di loro sconnesse o almeno connesse alla meglio, come si possono connettere interessi e rapporti di azione ... D'istinto, di fronte a questo caos la scienza sceglie il suo punto di prospettiva: e il suo punto di prospettiva è quello che è la caratteristica più appariscente di questa forma di esperienza, il comando » <sup>(64)</sup>.

Queste parole di Giuseppe Capograssi pongono un problema già presente nella storiografia romanistica: quale sia il rapporto fra la giurisprudenza (con la sua logica, la sua tradizione) e la pluralità dei comandi a contenuto innovativo. Nel 1937, con un'opera che influirà sui modi di pensare dei giuristi italiani fino agli anni 60, Capograssi delinea un'articolata descrizione dei procedimenti mentali ricorrenti nel lavoro quotidiano della scienza del diritto <sup>(65)</sup>. Quasi un saggio di psicologia giuridica, nel quale si narrano i movimenti e le scelte di valore di un soggetto ideale,

---

<sup>(63)</sup> Cfr. R. ORESTANO, *Diritto romano, tradizione romanistica e studio storico del diritto*, cit., p. 162 ss.

<sup>(64)</sup> Cfr. G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Roma 1937, II ed., con una *Introduzione* di P. Piovani, Milano 1962, p. 61 s.; ma già il saggio era stato ripubblicato in G. CAPOGRASSI, *Opere*, II, Milano 1959, p. 377 ss.

la 'scienza', che l'autore vuole pienamente identificare nella collettività dei giuristi e nell'esercizio consueto del loro mestiere <sup>(66)</sup>.

L'itinerario che la scienza segue rivela subito un'impronta ideologica. Il giurista parte dal comando, ma tutto il suo pensiero è volto a delimitare ed in ultima istanza a negare il primato della decisione, costringendo le innovazioni della politica entro una logica di compatibilità e di coerenze. Come si stabilisce il fondamento di un simile ordine, che è superiore ai singoli comandi e si impone nel mondo dei fatti? Come attingere a questa vocazione, che è anteriore ad ogni conoscenza e scaturisce dalle lotte tra gli uomini (i conflitti sociali, la difesa del diritto che ciascuno avverte come proprio), ma non è mai negata da esse? <sup>(67)</sup>.

La scienza risponde con una *pretesa*, che è l'atto di volontà costitutivo del mondo giuridico. Essa vuole stabilire il fondamento razionale di ogni legalità, muovendo da una considerazione dell'esperienza <sup>(68)</sup>. Purché si applichi al reale contenuto dei comandi e ne dia una sistemazione, la scienza non può mai prescindere da un'affermazione spirituale di verità, che colloca la regolarità e l'unità del diritto più in alto di qualsiasi autorità politica <sup>(69)</sup>. Anche lo statualismo neoidealistico di Gentile e dei suoi allievi, che intorno alla metà degli anni 30 offre in Italia

<sup>(65)</sup> A proposito dell'interesse che questo scritto suscita nei giuristi, fino a spingerli verso una 'riconciliazione' con la filosofia, vedi FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, III, Bologna 1970, p. 391 ss. Sulla tensione fra scienza e comandi innovativi, come tema storiografico, vedi B. BIONDI, *Prospettive romanesche*, cit., p. 30 s.; 40 ss.; 51 ss. Cfr. M. BRUTTI, *Ordinamento giuridico*, cit., pp. 662-64.

<sup>(66)</sup> Di «ricostruzione interna del contenuto della scienza» parla N. BOBBIO, *Giuseppe Capograssi (1956-57)*, in *Italia civile*, cit., p. 225 ss., spec. p. 228. Cfr. G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, cit., p. 63.

<sup>(67)</sup> Cfr. G. CAPOGRASSI, *op. cit.*, p. 55 ss.

Sull'attenzione di Capograssi al problema dell'antagonismo sociale, come lotta tra interessi divergenti, che nell'epoca contemporanea si trasforma in lotta dello spirito «contro l'assoluto predominio preso nella vita dal fatto naturale della produzione», vedi ora A. MASULLO, *La filosofia cattolica in Italia*, in *Critica marxista*, 14, 1976, n. 5-6, p. 175 ss., spec. pp. 200-204.

<sup>(68)</sup> Cfr. G. CAPOGRASSI, *Il problema*, cit., p. 124 s. Su questa linea v., dello stesso autore, *Leggendo la 'metodologia' di Carnelutti (1940)*, in *Opere*, cit., IV, p. 293 ss.

<sup>(69)</sup> Cfr. G. CAPOGRASSI, *Il problema*, cit., p. 21.

una base filosofica agli indirizzi decisionistici del fascismo, se diventa scienza giuridica si ispira — nonostante l'apparenza — al medesimo principio: che la volontà, sia pure dello stato, sia « una volontà essenzialmente razionale, la razionalità della vita concreta, del mondo sociale; così che se a parole si diceva che era diritto perché volontà dello Stato, nell'atto (nell'atto dell'effettivo svolgimento del lavoro scientifico) si riconosceva che era volontà dello Stato perché era diritto » (70).

Dunque la scienza svolge rispetto ai comandi una funzione non di semplice esegesi, ma di costruzione. La teoria si identifica qui con un modello normativo. « E perciò la funzione della scienza è di fronte al concreto immediato una posizione tipicamente critica: il pensiero, che non accetta il suo dato così come tale così come si pone nella sua particolarità e con la pretesa con cui si pone, ma è perennemente occupato a tradurre in termini di verità e di realtà questo continuo particolarizzarsi del concreto » (71).

La ricerca di ciò che per la scienza è verità e realtà apre — se non sbaglio — un varco all'impegno attivo dei giuristi in difesa di ciò che essi ritengano essere la legalità (un complesso di persuasioni proposte dalla scienza: un'ideologia dunque), anche contro i comandi positivi (72). Certo, essi rimangono un punto di

(70) G. CAPOGRASSI, *Il problema*, cit., p. 125. Cfr. in proposito G. ZACCARIA, *Esperienza giuridica, dialettica e storia in Giuseppe Capograssi. Contributo allo studio del rapporto tra Capograssi e l'idealismo*, Padova 1976, p. 55 ss.; 93 ss.

(71) G. CAPOGRASSI, *Il problema*, cit., p. 207.

(72) Cfr. G. CAPOGRASSI, *Il problema*, cit., p. 207 s.: « ... l'elaborazione del pensiero scientifico si riduce a un ritrovare come si è visto la razionalità intrinseca alle nuove posizioni; e poiché le nuove posizioni sono concrete sono quelle che sono in quanto rispecchiano la confusa e densa molteplicità di idee di esigenze e di interessi del concreto, il lavoro del pensiero scientifico si risolve in un giudizio che analizza l'amalgama che costituiscono le innumerevoli particolarità dell'esperienza, risolvendolo nei vari principi e nelle varie tendenze di cui è composto; e perciò nella determinazione di quello che è coerente e aderente alla logica totale dell'esperienza giuridica e di quello che non entra affatto in questa logica, e di più, di quello che in questo complesso è posizione di un principio e di quello che è posizione di un altro principio: risoluzione insomma dell'amalgama confuso con cui le novità della vita si presentano, in quelli che sono i principi da cui esse continuamente nascono ». La verità e la legalità che la scienza postula (e che costituiscono l'ideologia della scienza — mi pare — implicando la determinazione da parte sua di modelli normativi) sono raffigurate come preesistenti ai

riferimento obbligato per il giurista che cercherà, paziente, di attribuire loro un senso ed un valore.

Ma a leggere con attenzione il volume di Capograssi, scorriamo in controtuce, nella trama razionale di cui la scienza vuol farsi portatrice, il sistema pandettistico. Anzitutto, la priorità del diritto privato, che coincide con i comandi a contenuto originario e trova una solida garanzia nella intoccabile unità dell'esperienza <sup>(73)</sup>. In secondo luogo, la dicotomia che scinde il diritto oggettivo da quello soggettivo. Contro le critiche rivolte da Kelsen a questa irriducibilità, ove si riflette la trascendenza della sfera privata rispetto a quella statuale, Capograssi afferma che il potere giuridico della volontà, ineliminabile come termine autonomo, appartiene all'essenza stessa dell'ordinamento <sup>(74)</sup>. Da questo potere si passa al soggetto di diritto. Esso è tramite di volontà e centro d'imputazione, oltre che individuo fisico. Può essere quindi anche mera personalità giuridica, fondata su una «vivente unità di atti di volere». Non ha senso domandarsi se sia più corretta la teoria della realtà o quella della finzione, nella prospettiva di Capograssi, poiché la concettualizzazione giuridica e la vita delle individualità di cui si regolano gli atti fanno per lui tutt'uno nel formarsi dell'esperienza <sup>(75)</sup>.

Subito dopo vengono la categoria degli atti volontari e quella del negozio giuridico <sup>(76)</sup>. Nel momento in cui esse sono definite, si afferma la necessità per il giurista di tenere presenti le posizioni

---

comandi. «Ma con ciò — prosegue Capograssi — il nuovo, ogni nuova posizione della vita è già giudicata: poiché viene rilevato quello che è elemento estraneo e contrario alla natura stessa del mondo giuridico, e con ciò condannato dalla scienza; e vengono rilevate distintamente e cioè distinte quelle che sono le varie esigenze e i vari fini elementari e originali di cui il comando non è che posizione, venendosi così a distinguere e identificare per così dire le forze di cui è ricca la nuova posizione e preparare la via alla libera esplicazione di esse». Si descrive quindi (e si addita come ideale) un'attività duplice della scienza; essa giudica il comando e può anche condannarlo se è estraneo alla natura del mondo giuridico; ma contemporaneamente si sforza di distinguere in esso esigenze e posizioni della vita, recuperando tutto ciò che si accorda con i principi, con 'la logica e la verità dell'esperienza' (*op. cit.*, p. 209).

<sup>(73)</sup> Cfr. G. CAPOGRASSI, *Il problema*, cit., p. 67 ss.

<sup>(74)</sup> *Op. cit.*, p. 77 ss.

<sup>(75)</sup> Cfr. G. CAPOGRASSI, *Il problema*, cit., p. 80 ss.

<sup>(76)</sup> *Op. cit.*, p. 84 ss.; 89 ss.

particolari e concrete in cui si realizzano, a seconda dei diversi ordinamenti giuridici, nonché delle oscillazioni di ogni ordinamento <sup>(77)</sup>.

Questi concetti, presi ciascuno per sé, sono astratti ed arbitrari, ma trovano la loro verità, cioè il criterio in base al quale la scienza valuta i singoli comandi, nell'unità del sistema <sup>(78)</sup>.

La riflessione di Capograssi dà un'immagine tutta ideologica del sistema pandettistico, attribuendo ad esso un unico fondamento: la volontà di unificazione da cui la scienza è spinta a comporre i concetti costitutivi del diritto. Le categorie generali così elaborate rappresentano l'esperienza concreta dei rapporti ed al tempo stesso servono ad amalgamare i principi desunti dalle norme. Il fine è realizzare un mondo di valori, che coincide con l'indipendenza degli individui e l'equa distribuzione dei beni <sup>(79)</sup>.

Non è molto simile questa immagine alla *iurisprudencia*, com'è disegnata da Riccobono: una scienza autorevole e colta, che dirige la fusione degli ordinamenti, dà rilievo giuridico al volere individuale e si ispira all'*aequum et bonum*? <sup>(80)</sup>.

La teoria capograssiana offre insomma un modello capace di legittimare le abitudini intellettuali dei giuristi e la loro tradizione. Di più: essa riconosce al pensiero giuridico un'ansia — sia pure problematica — di assoluto ed indica nella difesa della legalità, anche contro l'imposizione politica, il suo compito più concreto. Ma il concetto di legalità non è positivisticò. Di fronte ad un regime che riveste l'autoritarismo con le forme della legge, il giurista si salva andando a cercare i propri valori nell'*esperienza*: nella verità dell'individuo <sup>(81)</sup>.

<sup>(77)</sup> Cfr. G. CAPOGRASSI, *Il problema*, cit., p. 90 e nt. 1. V. anche p. 83.

<sup>(78)</sup> *Op. cit.*, p. 91.

<sup>(79)</sup> Cfr. G. CAPOGRASSI, *Su alcuni bisogni dell'individuo contemporaneo* (1955), in *Opere*, cit., V, p. 483 ss.

<sup>(80)</sup> Vedi in proposito S. RICCOBONO, *La definizione del 'ius' al tempo di Adriano*, cit. p. 31 ss.; 38 ss.; 48 ss. Le due tematiche si incontrano nella riflessione di Orestano. Vedi, per esempio, sul tema della scienza unificatrice di ordinamenti, *Ventotto pagine necessarie*, cit., p. xxx.

<sup>(81)</sup> Su ciò cfr. E. OPOCHER, *La filosofia dell'esperienza giuridica*, in *La filosofia del diritto in Italia nel secolo XX. Atti dell'XI Congresso nazionale*, Milano 1976, p. 69 ss.

L'utilizzazione di questa teoria da parte di Orestano investe — mi sembra — piani diversi del suo lavoro. Anzitutto egli ne ricava uno schema euristico, da assumere in via convenzionale: la nozione di esperienza giuridica, che definisce il campo di ricerca dello storico. Una simile scelta gli consente l'esplorazione di fonti letterarie accanto a quelle giuridiche, l'indagine sul diritto applicato oltre che scritto, sulla sua genesi fattuale, sulla cultura che lo accompagna, per consacrarlo, o che si oppone ad esso. Si direbbe che la teoria dell'esperienza legittimi la volubilità dello storico, poiché comprende in sé ogni accertamento di fatti che questi voglia ricondurre al modo di pensare e vivere il diritto nell'epoca studiata <sup>(82)</sup>.

D'altra parte, in ogni esperienza esaminata — appartenga essa al passato o al presente — il problema centrale, ai fini delle stesse possibilità d'impiego dello schema euristico, è proprio quello della scienza, che individua i confini del giuridico. Orestano ripercorre, con le proprie indagini sulla tradizione romanistica, alcuni precedenti del modello capogrossiano. Le domande storiografiche nuove sono: come si costituisce la volontà di unificazione e costruzione giuridica nella scienza moderna? E come si accompagna alla consapevolezza della storicità del diritto, che è un elemento necessario in ogni costruzione, poiché serve a prendere le distanze dal passato?

Entro tale prospettiva si inquadrano le ricerche sull'umanesimo giuridico e sulla scuola storica tedesca.

Riguardo all'umanesimo, Orestano non condivide il giudizio liquidatorio pronunciato da Riccobono, che considerava semplici antiquari i giuristi culti <sup>(83)</sup>. Gli sembra anzi che essi sviluppino

---

<sup>(82)</sup> Cfr. R. ORESTANO, *Introduzione*, cit., p. 319 ss.; 359 ss. Ciò presuppone che vi sia sempre un 'giuridico': vale a dire, fuori da ogni metafisica, che lo storico prenda ad oggetto di esame società e culture in cui le tecniche di disciplina dei comportamenti e le immagini dei comportamenti disciplinati non si risolvano totalmente nella spontaneità dei comportamenti empirici, ma assumano un'autonomia, sia pure relativa: anch'essa un prodotto ideologico, che storicamente si esprime con forme mutevoli.

<sup>(83)</sup> Cfr. S. RICCOBONO, 'Mos italicus' e 'mos gallicus' nella interpretazione del 'Corpus Iuris Civilis', in *Acta Congressus Iuridici Internationalis* (1934), II, Romae 1935, p. 379 ss. Nella stessa prospettiva vedi G. ASTUTI, 'Mos italicus' e 'mos gallicus' nei dialoghi 'de iuris interpretibus' di Alberico Gentili, Bologna

un pensiero originale, anzitutto respingendo il normativismo che aveva segnato la cultura del medio evo <sup>(84)</sup>. A differenza dei glosatori, che con paziente analisi dei testi si sforzavano di tener ferma la logica interna del diritto giustiniano, considerandolo integralmente vigente, gli umanisti allontanano da sé il passato, ma per costruire un nuovo sistema <sup>(85)</sup>. La fortuna che ora incontra la tripartizione gaiana (*personae-res-actiones*), nella letteratura giuridica, rivela l'emergere pratico della figura individuale (*persona*), destinata a divenire il centro delle dottrine giusnaturalistiche: il soggetto di diritto <sup>(86)</sup>.

Le innovazioni sistematiche hanno un valore normativo. « Rotti infatti gli schemi tradizionali, era la vita reale, la vita 'contemporanea' che poteva più liberamente rifluire e circolare nella elaborazione della scienza » <sup>(87)</sup>. Anche l'indagine antiquaria, nella misura in cui dimostra la relatività del diritto romano, favorisce questo moto di rinnovamento. Le nuove costruzioni della scienza, alle quali Orestano, rinunciando alle vedute continuistiche, attribuisce un significato eversivo, diventano nuovo diritto. Basta pensare, per la Francia, alle redazioni cinquecentesche del *droit coutumier* ed alle *ordonnances* regie <sup>(88)</sup>.

L'umanesimo apre insomma una crisi del diritto ed una contestazione del principio di autorità. Ogni *ius civile* — sostiene Hotman nell'*Antitriboniano* — è *ius vernaculum*; anche il diritto romano. Orestano già aveva studiato quest'opera nel 1948 <sup>(89)</sup>. È il primo scritto umanistico sul quale riflette. Lo legge e lo cita in una traduzione latina, compresa, insieme ad altri saggi meto-

---

1937; ID., *La giurisprudenza culta e l'interpretazione del 'Corpus Iuris'*, Catania 1940, spec. p. 18, sul metodo dei culti come 'pericolo nei confronti della scienza'.

<sup>(84)</sup> Cfr. R. ORESTANO, *Introduzione*, cit., p. 35; 50 ss.

<sup>(85)</sup> *Op. cit.*, p. 53 s.

<sup>(86)</sup> *Op. cit.*, p. 59 ss.

<sup>(87)</sup> *Op. cit.*, p. 64.

<sup>(88)</sup> *Op. cit.*, p. 69 s. Cfr. anche R. ORESTANO, *Diritto e storia nel pensiero giuridico del secolo XVI*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche. Atti del I Congr. intern. della Società it. di Storia del diritto*, Firenze 1966, p. 389 ss.

<sup>(89)</sup> Cfr. R. ORESTANO, *Introduzione*, cit., p. 53, nt. 1; 181 s. Sull'*Antitriboniano* aveva tenuto una conferenza a Genova, nel '48. Vedi già *Diritto romano, tradizione romanistica e studio storico*, cit., p. 167 s. e nt. 1, con il riferimento all'*experientia*, su cui v. *infra*, nel testo.

dologici della medesima epoca, in una collezione settecentesca di *Opuscula* <sup>(90)</sup>. Vi è qui un problema politico: come creare una legislazione nuova ed unitaria per la Francia della seconda metà del cinquecento. La risposta di Hotman sembra delineare una visione del diritto in cui domina, più dei principi tradizionali, l'elemento pratico ed è molto importante la mediazione della scienza. Per un caso singolare, Orestano ritrova in queste righe (e naturalmente sottolinea) il termine *experientia*, che ha per lui echi capograssiani, anche se è usato nel testo di Hotman solo per indicare il prodotto degli usi, da cui, oltre che dai libri, può sorgere nuovo diritto.

Le formulazioni del giurista culto indicano una via per stabilire l'unificazione normativa e perciò la certezza nella definizione delle controversie:

*Interim ne nimium laxemus fraena licentiae in omnibus causis iudicandis, utile foret (meo quidem arbitrato) hoc in primis tempore, quo placuit Deo Solonem illum Galliae nostrae concedere (magnum dico Michaellem Hospitalium) convocare Jurisconsultos complures, simulque homines reipublicae gnaros, totidemque Advocatos et Pragmaticos, iisque iniungere, ut conferant in unum, quicquid elegerint, et excerpserint tam ex Libris Iustiniani (unde pulcherrima, et optima quaeque conquirere poterunt, qui revera thesaurus erit inestimabilis) quam ex libris Philosophorum, et denique experientia, quam ex usu rerum sibi pepererint* <sup>(91)</sup>.

L'istanza costruttiva giunge ad un punto più alto di espressione nell'opera di Hugues Doneau. Il fondamento degli schemi che la scienza delinea è ravvisato da questo autore nella natura e nell'ordine delle cose. Come il significato corrente delle parole — egli scrive — non può essere modificato da alcuna autorità

---

<sup>(90)</sup> Cfr. FRANC. HOTOMANNI *Antitribonianus*, in *Variorum Opuscula ad cultiorem Jurisprudentiam adsequendam pertinentia*. Tom. VII, Pisis 1771, p. 133 ss. (= *Antitribonien ou discours d'un grand et renommé jurisconsulte de notre temps sur l'étude des loix, fait par l'avis de feu Monsieur de l'Hopital chancelier de France en l'an 1567*, Paris 1603).

<sup>(91)</sup> FRANC. HOTOMANNI *Antitribonianus*, cit., p. 215 s.



(neppure dallo stesso Giustiniano) poiché deriva dall'uso, così anche la logica di cui si serve il giurista è necessitata dai fatti <sup>(92)</sup>.

Orestano stabilisce un nesso fra le tendenze sistematiche del tardo umanesimo cinquecentesco e quelle dell'ottocento. In entrambe le esperienze si va alla ricerca di una base oggettiva, naturale (il che significa non arbitraria) su cui reggere quello che Doneau chiama *l'ordo doctrinae* <sup>(93)</sup>.

Anche nella scuola storica tedesca si può quindi scorgere una vicenda di rinnovamento: un'altra cesura della tradizione romanistica <sup>(94)</sup>.

Il primato della scienza sembra riproporsi con maggiore forza, sotto la forma di una critica rivolta alle prescrizioni generali ed astratte, che sono i mezzi coi quali l'uniformità delle condizioni giuridiche dello scambio si va imponendo in Europa, dopo la rivoluzione francese <sup>(95)</sup>.

La scuola storica respinge il diritto uguale fissato autoritativamente dalla legge, ma costruisce le categorie scientifiche generali che gradualmente, anche in Germania, porteranno all'eliminazione degli *iura propria* di origine feudale <sup>(96)</sup>. Questa opera sistematica, che Orestano ritiene non coerente con lo storicismo

<sup>(92)</sup> Cfr. R. ORESTANO, *Introduzione*, cit., p. 198 ss. Vedi in proposito HUGONIS DONELLI *Commentarii de Iure Civili* (1589-96), in *Opera*, ed. Lucae 1764, tom. I, col. 10: ... *Ut enim verba bona, eorumque significationem Iustinianus, quamvis Princeps, mutare non potuit quae usu populi constant non cuiusquam arbitrio aut voluntate: sic nec efficere, ut non sit certa methodus ea, quam natura ipsa rerum et cohaerentia praescribit.*

<sup>(93)</sup> Cfr. R. ORESTANO, *Introduzione*, cit., p. 210 ss.; 220 s.

Riguardo al rapporto Doneau-Savigny, vedi, sulle orme di Orestano, G. MARINI, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milano 1965, p. 166 s.; ed ora A. MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*<sup>2</sup>, Napoli 1976, p. 32 ss.; 37, che tra l'altro mette in luce come il classico lavoro di A. P. TH. EYSEL (*Doneau, sa vie et ses ouvrages*, Dijon 1860) sia fondamentalmente orientato dalle vedute savigniane, in particolare dalla considerazione della sistematica come problema autonomo, già posto dal giurista cinquecentesco.

<sup>(94)</sup> Cfr. R. ORESTANO, *Introduzione*, cit., p. 28; 112; 211 ss.

<sup>(95)</sup> *Op. cit.*, p. 213 s.

<sup>(96)</sup> Ho esaminato in questa prospettiva alcuni profili del lavoro teorico di Savigny, con riferimento alla disciplina dei rapporti di appartenenza, nell'articolo *L'intuizione della proprietà nel sistema di Savigny*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 5-6, 1978, p. 41 ss.

di Savigny, presuppone comunque che alla scienza si affidino compiti essenziali di guida della prassi giuridica. Essa infatti rivela il diritto che lo spirito del popolo produce e di cui la consuetudine è soltanto un indizio. Costruisce i concetti, gli istituisce; si sovrappone come elemento tecnico alla creazione spontanea del diritto (e si ha perciò, secondo Orestano, durante il secolo XIX, una 'rivincita' delle sistematiche tradizionali). Formula le norme e le interpreta <sup>(97)</sup>.

In questa rappresentazione, torna più volte il modello capograssiano, che riduce il sistema alla volontà unificante della scienza <sup>(98)</sup>.

Tuttavia, nei tre saggi su *Azione diritti soggettivi persone giuridiche*, mi sembra che il ragionamento si sviluppi con una ulteriore acquisizione. Se è vero che la scienza del diritto è in ultima analisi volontà, è anche evidente agli occhi di Orestano, molto più di quanto non lo fosse per Capograssi, che si tratta di una volontà storica, controvertibile, relativa. I concetti della scienza sono arbitrari e l'unico possibile accertamento dei loro significati passa attraverso un'analisi delle convenzioni, il più delle volte implicite, che presiedono ai loro impieghi <sup>(99)</sup>.

Non hanno perciò senso dibattiti come quelli che si sono sviluppati intorno all'azione e al diritto soggettivo, volti a stabilire un giusto procedimento definitorio, come individuazione di una realtà. Ai concetti giuridici ed agli enunciati che li delimitano non può riconoscersi — sostiene Orestano — alcuna rispondenza ontologica. Essi piuttosto « pongono come effettivamente esistente nella realtà un *quid* cui ascrivere in termini di attributi quello

<sup>(97)</sup> Cfr. R. ORESTANO, *Introduzione*, cit., p. 207 ss.

<sup>(98)</sup> Vedi spec. R. ORESTANO, *Introduzione*, cit., p. 213: « In questa nuova visione del divenire giuridico alla *scienza del diritto* è attribuita una funzione assolutamente centrale e preponderante, perché da un lato la scienza è l'interprete necessaria della volontà popolare che essa esprime ed elabora, dando corpo al diritto popolare e rendendolo così oggetto della legislazione, e dall'altro è la scienza stessa che elabora il prodotto della legislazione, ponendosi quale tramite necessario perché questo possa trasfondersi nella vita reale ». Si ripropone qui limpidamente il circuito della scienza, che finisce col porsi come l'unica fonte di diritto (cfr. G. CAPOGRASSI, *Il problema*, cit., p. 211 ss.), né mancano reminiscenze lessicali del pensiero di Capograssi (il 'trasfondersi nella vita reale').

<sup>(99)</sup> Cfr. al riguardo R. ORESTANO, *Concetto di ordinamento*, cit., p. 38.

che si vorrebbe che in essa vi fosse realmente. Potremmo dirle vere e proprie proiezioni ideologiche, creative — esse stesse — di una realtà *sui generis*, ipostatizzata e descritta come esistente, laddove gli elementi che la compongono sono soltanto ciò che si definisce che siano, vale a dire sono costituiti dalla definizione e nient'altro che dalla definizione » (100).

Su questo terreno l'analisi storica diventa scomposizione delle categorie pandettistiche e può giungere sino a rifiutarne l'ispirazione più profonda, che è quella di comprendere, in base a procedimenti di entificazione, una serie indefinita di esperienze, ricondotte all'unità ed al primato di un soggetto di diritto (101).

Ma questo soggetto non è necessariamente e soltanto l'individuo. Il sapere sistematico va infatti al di là del diritto privato. Al posto della persona fisica può esservi lo stato o, come nell'istituzionismo, il gruppo organizzato. Vi è, in ogni caso, una entità intorno alla quale il discorso giuridico dispone una serie di predicati, riconosce una volontà, delimita un potere. Nelle dottrine dell'azione ciò è evidente quando l'asse concettuale si sposta dall'individuo all'ordinamento. Anche riguardo al diritto soggettivo — secondo Orestano — basta dare priorità alla norma per cambiare il segno politico, ma non la struttura logica del sistema. Ed infine lo schema della persona giuridica può benissimo riferirsi al campo pubblicistico, conservando intatti i caratteri essenziali che i pandettisti gli avevano impresso (102).

Così definita la struttura del sapere sistematico, si pone a questo punto un problema storiografico del tutto nuovo: riconoscere i procedimenti intellettuali e linguistici (in una parola direi: l'ideologia) sui quali si struttura ciascuna formulazione dottrinale o legislativa. Comprendere volta a volta le intenzioni degli autori o degli utenti di tali formulazioni, ed i comportamenti che oggettivamente vi si ricollegano (103).

(100) Cfr. R. ORESTANO, *Azione diritti soggettivi persone giuridiche*, cit., p. 83 s.

(101) Cfr. R. ORESTANO, *op. cit.*, p. 129 ss.; 206 ss.

(102) Cfr. R. ORESTANO, *op. cit.*, p. 220 ss.

(103) *Op. cit.*, p. 84; 168 ss. Si richiama qui, tra l'altro, la prospettiva d'indagine di Uberto Scarpelli, che tende a ricavare dall'analisi linguistica, volta a volta, la ricostruzione, la critica, la disciplina normativa delle convenzioni espresse o tacite che costituiscono il linguaggio esaminato.

Dunque, una critica radicale delle astrazioni giuridiche. Ad esse si vuol sostituire — come Orestano scrive nel '68 — « un'analisi sempre più articolata delle varie situazioni, alla quale si accompagna la ricerca delle soluzioni più pertinenti ad ognuna, fuor d'ogni apriorismo » (104). Egli auspica che i giuristi abbandonino la postulazione di concetti e facciano consistere il proprio lavoro nella risoluzione di problemi particolari, considerando le norme come strumenti e rinunciando all'orizzonte del sistema.

Non è un caso che negli stessi anni le sue tesi vengano riprese, con esiti non univoci, dalla dottrina civilistica, che sottopone ad esame critico il Codice e discute progetti di riforma nella disciplina dei rapporti privati (105). La dissoluzione del sistema pandettistico e delle relative abitudini mentali (che mi sembra estranea alle teorie di Capograssi ed è invece il punto d'arrivo per Orestano) costituisce un passaggio obbligato se si vuole ridimensionare e superare il primato del Codice civile e della sua cultura. Favorisce gli scambi fra analisi giuridica, storiografia e sociologia. Infine appare funzionale ad un lavoro legislativo che fissi fattispecie e tecniche di disciplina nuove.

Così la 'legislazione per princìpi', teorizzata da Stefano Rodotà nella prolusione maceratese del 1967 (106), come forma pre-cettiva più adeguata ad una politica di piano, è il prodotto di una riflessione che utilizza a fondo l'insegnamento di Orestano,

(104) *Op. cit.*, p. 272.

(105) Cfr., tra gli altri, S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, Macerata 1967; G. B. FERRI, *Antiformalismo, democrazia, codice civile*, in *Rivista del diritto commerciale*, 66, 1968, p. 347 ss.; N. LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica*, in *Rivista di diritto civile*, 14, 1968, p. 297 ss.; S. RODOTÀ (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna 1971, spec. p. 75, sul nesso da stabilire tra riconosciuta storicità degli istituti e abbandono dei tradizionali procedimenti dogmatici « a tutto vantaggio di una costruzione capace di modellarsi più direttamente sulla realtà storica dell'ordinamento legislativo » (ma ecco insinuarsi ancora un fantasma dogmatico, l'*ordinamento*, che induce a supporre coerenza ed unità nella normazione, quando invece si tratta, per l'interprete, di valutarne alcune convenienze d'uso in relazione ai casi esaminati); P. BARCELLONA, *L'educazione del giurista*, nel volume dallo stesso titolo (di autori vari), Bari 1973, p. 9 ss., spec. pp. 34-37. A questi orientamenti si riferisce G. Tarello nella recensione cit. *supra*, nt. 1.

(106) Vedi *supra*, nt. 105.

in particolare le critiche alla dogmatica ed alla fissità della legge, pur respingendo lo storicismo conservatore (il Savigny del *Beruf*, per intenderci) ed anzi affidando alla scienza il compito di 'inventare' nuove strutture normative.

Non è questo il solo caso di un influsso esercitato dalla riflessione di Orestano sui civilisti delle generazioni formatesi tra gli anni 50 e 60. In realtà il suo storicismo, costituito da una prospettiva di ricerca individualizzante, dalla consapevolezza della relatività della dogmatica, maturata attraverso gli studi romanistici, e da riferimenti teorici che stanno tra empirismo ed esistenzialismo, ha offerto uno strumento per criticare le dottrine tradizionali legate al Codice e la loro logica, come ha aiutato, anche in altri campi, tentativi di revisione del sapere giuridico. Ha espresso una critica della scienza tale da presupporre ed avvalorare l'attività scientifica, ma segnata dall'intenzione di cambiarne le strutture interne, il modo di procedere ed i contenuti, passando dal sistema al problema, dalla entificazione dei concetti all'analisi dei segmenti di discipline positive, in rapporto a situazioni concrete, non più prequalificate entro le categorie del sistema.

A tali punti di approdo mi sembra che sia finora giunta la riflessione di Orestano. È un viaggio lungo ed animato: dalle immagini della giurisprudenza e della tradizione romanistica abbozzate nell'insegnamento di Riccobono, allo schema euristico dell'esperienza giuridica, nella quale trova posto l'idea della scienza come volontà, alla critica radicale delle astrazioni, che gli appare come una sorta di propedeutica per gli operatori del diritto, tale da educarli al ragionamento realistico.

*Lecture*



Paolo BISCARETTI DI RUFFIA e Gabriele CRESPI REGHIZZI, *La Costituzione Sovietica del 1979. Un sessantennio di evoluzione costituzionale nell'URSS*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 577.

Per la serie di studi dedicati alle costituzioni straniere che viene pubblicata dall'editore Giuffrè (e che ha già visto comparire un volume sulla Cina ed uno sul Portogallo) due valenti studiosi hanno preparato questa attenta analisi della nuova Costituzione sovietica del 1977. È, in italiano, il primo contributo allo studio della recentissima, nuova Carta fondamentale dell'URSS; anzi, è il primo studio sistematico dell'evoluzione costituzionale di quel paese che sia apparso da noi. Perché i due autori non si sono limitati, nel loro libro, a presentare la terza costituzione federale sovietica; ma hanno provveduto a tracciare un quadro dello sviluppo delle istituzioni costituzionali sullo sfondo dell'ordinamento giuridico sovietico in generale dal 1917 ai nostri giorni: cosa che non era mai stata fatta finora in Italia e che rappresenta un'utile opera informativa in un campo ove l'ignoranza — per dirla con franchezza — è robusta e diffusa. Il libro offre, nella sua seconda parte, una raccolta di testi e documenti fondamentali, introdotta da un capitolo dedicato a «lingua e linguaggio nella Costituzione»: raccolta che ha il vantaggio di mettere sotto gli occhi — rendendone comoda la consultazione — il dato normativo, al chiarimento e all'interpretazione del quale è intesa la prima parte.

Quale prima reazione ingenera nello studioso di diritto pubblico comparato che s'è specializzato nei sistemi costituzionali dell'Occidente il contatto col mondo sovietico mediatogli dalla agile ed efficace interpretazione di Biscaretti di Ruffia e di Crespi Reghizzi? La prima reazione (parlo naturalmente di un'esperienza personale che altri potrebbe non avere) è il senso di ammirazione dinanzi alla forte costruzione, compatta e coerente, che il mondo sovietico ha realizzato di un sistema di principi costituzionali ispirati a un'idea totalmente diversa da quella cui sembrano rifarsi gli ordinamenti occidentali. Questi ultimi (in quanto si informino al modello liberale o a quello democratico-sociale) nuovono più o meno dall'idea che agli individui, quali esistono qui ed ora, il sistema debba garantire un insieme per quanto possibile massimo di libertà, tenuto conto della necessità di far coesistere la libertà degli uni con quelle degli altri e di promuovere il benessere economico della comunità. Le strutture giuridiche dell'economia e dello stato sono disegnate nel tentativo di dar realizzazione quanto più piena a questa idea ispiratrice. Il mondo sovietico parte da tutt'altra premessa. Gli individui



dell'oggi e del domani debbono essere tutti trattati dallo stato in funzione di un compito che è supremo per la comunità: la costruzione, allo sbocco di un processo lungo e combattuto, di una società futura totalmente senza classi, ove « ognuno darà secondo la sua capacità e riceverà secondo i suoi bisogni ». La proiezione dell'avvento del « regno della libertà » come fine ultimo e assoluto della comunità conduce ad assegnare a questa una sovranità sugli individui che è commisurata, nel corso del processo di costruzione, alle esigenze della realizzazione del fine e trova dei limiti solo in esse. Ne segue, in linea di massima, l'attribuzione allo stato di un sistema di poteri di guida rispetto alla società pervadente e intensissimo e la scelta di un tipo di organizzazione dello stato che consenta il più efficace, duttile, costante orientamento coattivo dell'azione individuale verso i traguardi che si ritengono i più idonei a facilitare il conseguimento della meta finale. Si spiegano, nel quadro di questa impostazione generale, tutti i principi costituzionali (quelli più noti così come quelli meno noti) dell'ordinamento sovietico: principi che sono rigorosamente congrui a quell'impostazione e che si contrappongono in maniera di solito molto netta a quelli dei sistemi occidentali. Occorre appena rammentarne qualcuno. Si, parte dall'esclusione quasi integrale dei privati dalla proprietà dei mezzi di produzione e dalla subordinazione dell'esercizio di tutti i diritti fondamentali dell'individuo al limite elastico del non-contrasto con il fine dell'edificazione della società comunista. Si passa, sul terreno dell'organizzazione dello stato-apparato, al principio dell'unità del potere statale (l'esatto rovescio del principio della divisione di quel potere, caratteristico dei sistemi liberal-democratici) e al cosiddetto principio della « doppia dipendenza » (orizzontale e verticale) di ogni organo legislativo ed esecutivo. I due principi, da un lato trasformano in pratica l'intero apparato statale in un efficiente strumento nelle mani del *Presidium* del Soviet Supremo; il quale, organo che sta al vertice dello stato, detiene la pienezza di ogni potere, essendo in grado di intervenire ad ogni momento, con effetti risolutivi sia a livello di produzione normativa, sia a livello di amministrazione della cosa pubblica, sia a livello di interpretazione della legge. Da un altro lato, i due principi trasformano la partecipazione popolare alla vita dello stato — che è punto fermo di grande importanza nel costituzionalismo sovietico — in una palestra ove le autorità, oltre a ricevere informazioni sui bisogni e i desideri del popolo, possono educare il popolo a riconoscere i suoi più veri bisogni e desideri e a metterli d'accordo col fine suprema della edificazione del comunismo. In conformità col principio dell'unità del potere statale, il sistema gerarchico delle fonti del diritto tende a perdere di rigidità, per lo meno nella misura in cui la rigidità potrebbe intralciare il rapido trasmettersi della volontà del vertice alla base dell'amministrazione pubblica; mentre il Giudiziario viene a sua volta concepito come un ramo dello stato cui compete soprattutto di dar fedele e pronta esecuzione alla volontà dei rami « poli-

tici», senza velleità «riplasmative» del diritto a fini di giustizia. L'articolazione federale dell'Unione sovietica — un altro principio fondamentale dell'ordinamento — è essa pure configurata in modo da non porre limiti sostanziali alla pienezza dei poteri detenuti dal *Presidium* del Soviet Supremo. Dietro a questa scattante struttura dello stato, agevolmente maneggiabile dal suo vertice per il fine che s'è detto, sta poi il partito comunista, vero motore dell'intera macchina: esso fornisce tutto il personale direttivo per i posti-chiave della macchina statale; esso provvede a definire in modo autoritativo e vincolante la linea politica che meglio può condurre alla finale realizzazione del comunismo e che lo stato deve adottare. Biscaretti di Ruffia e Crespi Reghizzi mettono bene in luce il fatto che la compressione della posizione giuridica degli individui e la fluidità delle articolazioni dello stato necessaria ad assicurare la prontezza degli interventi statali direttivi in seno alla comunità sono venuti in parte diminuendo col tempo (eccezioni fatte per le stringenti limitazioni dell'iniziativa individuale in campo economico): mano a mano che il processo di costruzione della società nuova avanza, il sistema attenua la severità dei suoi profili, ordinati al conseguimento della meta prefissata. Vi sono chiari segni di questa attenuazione nella Costituzione del 1977 rispetto alle altre due che l'hanno preceduta (1923; 1936).

Ho parlato di ammirazione. Beninteso, essa è quella che può sentire una persona che, tra l'altro, ritiene utopica l'idea di un avvento del «regno della libertà in terra» e peggio che medievale l'altra idea di un partito politico depositario illuminato dalle vie segrete per il quale l'avvento dovrebbe realizzarsi. Ma quale significato concreto può allora rivestire la confessione di quel sentimento?

Una delle critiche più insistentemente avanzate da osservatori occidentali è quella secondo cui il progetto costituzionale sovietico (quale annunciato dalle successive costituzioni dell'Urss) a parte ogni altra considerazione non dà di fatto vita a un sistema politico operante come nelle previsioni normative del progetto; tantomeno dà vita a un sistema capace di servire anche solo approssimativamente ai fini per i quali è stato inteso. Vi è una enorme distanza — così suona la critica — tra le intenzioni della Costituzione e la facciata delle istituzioni che ad essa si ricollegano, da un lato, e la realtà di quelle istituzioni e gli effetti politici, sociali ed economici che esse producono, dall'altro. Anche a prescindere dai più tristemente famosi e drammatici fenomeni di violazione di principi costituzionali cui pure la lettera della legge prestava formalmente omaggio — violazioni che, per quanto riguarda il passato, sono state riconosciute dalla stessa classe dirigente sovietica — sta di fatto che il sistema, in luogo di una scattante struttura statale quale era negli auspici, tutta tesa al perseguimento di un unico scopo (l'edificazione di una società senza classi), ha generato, dietro una facciata ingannevole, una macchina burocratica lenta e pesante, maneggiata

da un personale che bada largamente a realizzare i propri interessi corporativi e a porsi come una « nuova classe », più o meno privilegiata. Sta anche di fatto che il sistema, invece di avvicinare l'avverarsi del fantomatico « regno della libertà », ha stabilito una grigia e monotona tendenza egualitaria nelle condizioni dei cittadini, la quale lascia scarso spazio a qualsiasi iniziativa individuale, disincentiva gli sforzi verso la creazione del nuovo, castiga i tentativi di far crescere pluralisticamente la realtà culturale e sociale del paese. Il dubbio che un regime diverso potrebbe oggi far avanzare più rapidamente lo sviluppo economico della comunità non appare, alla luce dei fatti, un dubbio irragionevole; mentre di giorno in giorno cresce l'impressione che le molteplici restrizioni delle libertà civili attuate in Unione Sovietica in funzione della creazione di una società tutta libera, non servano in effetti a quello scopo, ma ne servano, invece, altri e ben diversi.

Propendo a condividere, nella sostanza, tutte le censure formulate da questa critica. (Dico « propendo »: perchè, sul piano della conoscenza scientifica, non conosco studi che, con analisi empirica dettagliata, comprovino definitivamente i fatti che esse asseverano. Una delle cose che più colpiscono l'esperto di sistemi costituzionali occidentali è la quasi totale assenza, rispetto al sistema sovietico, di una letteratura concernente il modo di operare concreto delle strutture istituzionali dello stato e gli effetti sociali reali di quell'operare, in contrapposizione al modo di operare previsto in astratto dalla norma giuridica e agli effetti « voluti ». Biscaretti di Ruffia e Crespi Reghizzi, per parte loro, non danno nel loro libro rinvii bibliografici a studi empirici di tal tipo. Per questo aspetto, il contrasto con la situazione che lo studioso si trova di fronte quando considera il sistema, per esempio, americano, non potrebbe essere più grande. La conoscenza della Costituzione e del diritto pubblico degli Stati Uniti è oggi arricchita da una massa gigantesca di analisi empiriche vertenti sulla effettività degli istituti giuridici — il « diritto vivente » — e le loro concrete conseguenze politico-sociali. Chi si accosta al sistema sovietico sembra condannato invece, a tutt'oggi, a conoscere solo gli istituti nella loro astratta conformazione normativa: ad avere notizia in qualche modo « scientifica » solo del « diritto dei libri », non del « diritto in azione »). Propendo a condividere, ripeto, tutte le censure della critica. Eppure non mi sento di trarne la conseguenza che di solito i critici ne traggono: ossia, che il sistema politico sovietico (e in particolare il modello costituzionale che ne forma come il cuore) ha ormai perso, sotto tutti i profili, ogni efficacia esemplare. Corre attualmente per il mondo occidentale — e sta rischiando di divenire un luogo comune accettato come verità pacifica — il concetto che il « socialismo reale » attuato in Unione Sovietica ha fatto fallimento perchè non mantiene ciò che promette; che le istituzioni da esso create (e in particolare le istituzioni politiche) non hanno più niente da dire e da dare al resto del mondo — se non forse il consiglio che occorre rifuggire attentamente

dalla loro imitazione. Non ritengo questo concetto giustificato, e penso che sia un pericoloso errore lasciargli libero corso.

Tutte le « formule politiche » — come già sapeva Gaetano Mosca — contengono una « parte ideale » che non trova e non può trovare intera attuazione nei fatti. Ma non è solamente dal grado di difallo tra l'ideale e la realtà, e neanche dalla natura più o meno buona in sè dell'ideale, che si deve misurare la validità storico-politica di una formula. A determinare quella misura concorre, altresì, la circostanza dell'adattarsi d'essa alle condizioni delle società cui dovrebbe applicarsi, del suo sapere interpretare bisogni riposti e irreprensibili di quelle società.

Ora, chi scrive non ha personalmente alcun dubbio circa la superiorità civile in sè della « formula politica » delle democrazie occidentali sovra quella che si incorpora nel sistema sovietico. Non si tratta soltanto della maggiore verità dell'idea generale dell'uomo, della sua natura e delle sue capacità, che sta approssimativamente sottesa alla formula democratica, cioè del minor numero e della minore pericolosità dei « miti » che essa mette e tiene in circolazione (sul piano culturale i « miti » della formula sovietica possono avere effetti veramente letali). Penso che, in astratto, la formula della democrazia sociale potrebbe meglio di tutte le altre oggi conosciute reggere la politica e l'economia di società che, nella presente fase storica, hanno avviato o stanno avviando i processi dell'industrializzazione. Ma c'è un ma. Perché la formula democratica possa funzionare, sembra occorra quanto meno che la comunità cui s'applica abbia assorbito fino al midollo una cultura impregnata di valori individualistici e di valori di moderazione, capace di giustificare l'ordine che la formula vuol imprimere ai rapporti sociali emergenti da quei processi. Questa condizione appare problematica nell'orizzonte del mondo contemporaneo. L'industrializzazione si è estesa con fulminea rapidità su tutta la faccia della terra: si sono impegnate o si stanno impegnando in essa comunità che non hanno avuto tempo di far propri gli insegnamenti di un individualismo complesso, multiforme e equilibrato quale quello espresso dalla civiltà europea postmedievale nei suoi migliori momenti. E v'è di più. Anche presso i popoli di origine e di antica civiltà europea, la cultura individualistica è entrata in questo secolo in crisi, disgregandosi nella direzione suicida di un relativismo assoluto e senza limiti. Anche presso molti di essi si sentono così scricchiolare sinistramente i fondamenti sui quali poggia la formula politica democratica.

È appunto in questo quadro di crisi del modello democratico-occidentale come modello del prossimo futuro che va valutata l'importanza storica della formula politica sovietica e del sistema costituzionale che ne è la traduzione giuridica.

I processi di industrializzazione, moltiplicando da un lato le aspettative di masse enormi di uomini e spersonalizzando dall'altro in molti casi le attività di lavoro, creano tensioni grandissime all'interno della

comunità. L'ordinamento democratico-sociale, costituito a maglie larghe, lasciando ampi spazi allo spontaneo organizzarsi, all'espandersi e al premere delle varie forze sociali, fatica terribilmente a contenere e a incanalare in sequenze ordinate e non distruttive quelle tensioni. La fragilità della sua struttura rischia ad ogni momento di dar luogo a un crollo, se non soccorre a contenere le spinte centrifughe una ideologia radicata nell'animo popolare che privilegi i valori della diversità sociale e della libertà e inculchi gli abiti di moderazione necessari alla sopravvivenza del sistema. A fronte di codesta fragilità, è impressionante la robustezza che riveste all'occhio dell'osservatore il modello sovietico. Diminuita potentemente la tensione che genera l'invidia tra i gruppi sociali dall'abolizione della proprietà privata dei mezzi di produzione, le concorrenti domande sociali sono in esso più facilmente manipolabili e componibili d'autorità, in un contesto ove oltretutto il manifestarsi delle domande è fin dall'origine controllato dallo stato e i grandi mezzi di comunicazione diffondono un uniforme, continuo e non contrastato messaggio di concordia tra i gruppi. D'altra parte, lo stato che manipola e compone si presenta come dotato giuridicamente di tutto il potere necessario per realizzare ad ogni momento la giustizia, senza gli impacci di formalismi e di limitazioni che potrebbero ritardare i suoi dovuti interventi. E quello stesso stato, onnipotente e paterno, non rimane estraneo ai cittadini, lontano da essi, ma si fa in certo modo cosa loro, esigendone e forzandone una partecipazione pervadente, specie ai livelli di base: con un gioco ove i canali predisposti per l'affermarsi della proclamata sovranità popolare servono meravigliosamente come veicoli per la applicazione di tecniche educative della mentalità e degli abiti delle masse. Certo, è con ogni probabilità un « mito » la pretesa che nel modello sovietico gli interventi di giustizia dello stato siano pronti e efficienti, che i cittadini siano i veri padroni dello stato e che non esistano gruppi privilegiati e variamente favoriti in seno alla comunità. Certo, è un « mito » la pretesa che il sistema avvierebbe al regno compiuto della libertà e intanto garantirebbe il massimo possibile d'essa nelle condizioni del momento storico. La realtà sembra parlare, in contrario, di strutture burocratiche lente e parassitarie e di un appiattimento di condizioni che avvilisce le diverse capacità e le spontanee potenzialità degli individui. Ma il « mito », intanto, calato e come incorporato in strutture istituzionali operanti, ha una forte presa sulla comunità sovietica (Il 1984 — preconizzato da Amalrik come la data di sfascio del sistema — appare in verità lontanissimo). Le strutture istituzionali, garanti del « mito » e da esso a loro volta garantite, consentono di affrontare i problemi di trasformazione posti tumultuosamente dai processi di industrializzazione in condizioni di maggiore stabilità e pace sociale che non, in genere, nel quadro dei sistemi democratico-sociali. Consentono anche di pilotare, con una duttilità ignota e impossibile in Occidente, la politica estera di uno stato che è venuto

assumendosi con orgoglio compiti via via sempre maggiori di guida dell'umanità nell'arena internazionale verso un futuro di integrale industrializzazione.

Non vorrei essere frainteso. Non auspico il diffondersi della formula politica e del modello costituzionale sovietici. Penso che gli uomini di cultura abbiano il dovere, in qualsiasi situazione si trovi il paese in cui operano, di difendere idee vere e giuste circa la natura dell'uomo e il suo destino, senza indulgenze nei confronti di « utili miti » di qualsiasi genere. Penso altresì che gli uomini politici abbiano il dovere, se appena esiste una speranza che il paese in cui operano possa tollerare istituzioni democratiche, di adoperarsi con ogni mezzo affinché quella speranza non vada frustrata. Ma non posso ignorare che la storia sta mettendoci dinanzi uno spettacolo di gigantesche ristrutturazioni in tutte le comunità della terra e che in molti casi la concreta applicabilità della formula politica e del modello costituzionale in sé superiori appare praticamente esclusa dalle condizioni di fatto esistenti. Così sembra essere per la maggioranza dei paesi cosiddetti « emergenti ». Così anche per molti paesi che, pur affondando le loro radici etniche e culturali in un passato europeo, sono però debolissimi nella organizzazione socio-economica e nella linfa ideologica che dovrebbe sostenere la loro democrazia. Per questi casi acquistano speciale, immediata rilevanza, come una delle possibili alternative alla formula e al modello superiori, la formula e il modello sovietico. Non che questi siano l'unica seria alternativa a quelli: ma ne costituiscono la soluzione rivale nei tempi lunghi più forte, più qualificata. Regimi autoritari che conservino come istituto cardine nell'organizzazione della società civile la proprietà privata comportano complessivamente una compressione della personalità umana e delle sue diverse capacità meno intense di quella che realizza il regime sovietico e si collocano dunque (in genere e a parte casi speciali) su un gradino più alto di civiltà. Ma la loro stabilità è precaria: proprio perché l'istituto della proprietà privata (con tutto ciò che esso trae seco in società sottosviluppate o economicamente deboli o culturalmente disgregate e irrequiete) consente o addirittura induce lo sviluppo di esasperati conflitti sociali che il solo autoritarismo politico non riesce, nel corso non breve, a dominare efficacemente. Nell'ambito dei regimi che eliminano la proprietà privata, vi sono oggi a disposizione non poche varianti: ma la versione sovietica presenta, a livello politico-costituzionale, un insieme di principi specialmente coerente, lucido, ricco di suggestione: un insieme che va dalla quasi integrale pubblicizzazione dei processi produttivi alla « funzionalizzazione » dei diritti civili, dall'unità del potere politico alla « doppia dipendenza » degli organi dello stato, dalla partecipazione dei cittadini al ruolo — guida del partito politico unico. Insomma: l'epoca pare esprimere, per gran parte dell'umanità, il bisogno di ordinamenti politico-giuridici fortemente accentrati, capaci di organizzare e dirigere con intransigente rigore società civili che non

riescono a tenersi insieme nel quadro di sistemi più blandi: e la formula e il modello costituzionale dell'URSS rappresentano, tra le varie disponibili, una soluzione che interpreta con particolare efficacia e adeguatezza quel bisogno.

Si può certamente lamentare il fatto che una ferrea legge sembri dominare il nostro tempo e sembri costringere gran parte dell'umanità a evolvere verso condizioni di maggiore benessere passando attraverso forme di governo che, per più rispetti, hanno dell'inumano e sono comunque duramente inferiori ad altre che pure ad alcuni popoli fortunati è stato dato, o è ancora dato, di sperimentare. È lecito sentirsi prendere dall'angoscia di fronte alla prospettiva di questo infelice destino. Ma la deplorazione e l'angoscia non servono a modificare la realtà dei fatti. Con ogni probabilità, la grande maggioranza dei popoli sulla terra affronterà la storia del secolo XXI sotto regimi autoritari, e sotto regimi autoritari che sempre più tenderanno a restringere la funzione della proprietà e dell'iniziativa privata nei processi di produzione. Per gli uomini operanti sotto tali regimi il modello costituzionale sovietico non potrà non rappresentare, di fatto, una fonte di ispirazione. Non per procedere a una pedissequa imitazione d'esso (i trapianti in questo campo, come nel campo dell'organismo umano, non riescono quasi mai); ma per trarne spunto come da un esempio che bisogna adattare alle diverse condizioni e inclinazioni di ciascun popolo. Sotto questo rispetto, la costituzione sovietica potrebbe apparire nel prossimo futuro, a un numero crescente di popoli, ciò che la costituzione inglese fu nel secolo diciannovesimo per molti popoli dell'Occidente: un punto esemplare di riferimento.

E c'è di più. Anche nelle comunità occidentali che più o meno, aiutando la fortuna, riusciranno a preservare in qualche misura effettive libertà politiche e civili, è da prevedersi — per lo meno stando ai dati disponibili oggi — una forte riduzione del ruolo della proprietà e dell'iniziativa economica privata. Quella riduzione per non pochi tra noi costituisce uno sviluppo politico addirittura da auspicare e da promuovere; la si vagheggia sotto il nome diventato popolare di « socialismo dal volto umano ». Per parte mia, ritengo che lo sviluppo (se davvero interverrà) segnerà una retrocessione nella scala di avanzamento civile degli ordinamenti. Quel che qui importa dire è però altra cosa. Se la drastica riduzione del « privato » nell'economia si realizzasse, non è da pensare che il fatto non si rifletterebbe anche, in qualche modo, nelle forme organizzative dello stato-persona e nei suoi rapporti coi cittadini in generale. Per esempio: lo schema della divisione dei poteri, già profondamente modificatosi nel passaggio dallo stato liberale allo stato democratico-sociale, subirebbe molto probabilmente una ancora più profonda evoluzione nel passaggio allo stato di tipo socialista: e l'evoluzione sarebbe — secondo ogni ragionevole presunzione — nel senso di un avvicinamento allo schema dell'« unità del potere » che fa spicco, come s'è accennato, nella

costituzione sovietica. Quest'ultima, dunque, potrebbe rivestire, anche per le comunità occidentali che sfuggissero alle tendenze autoritarie dei tempi, il valore di un termine importante di confronto. Il confronto non si farebbe, in questo caso, sul presupposto che il modello ha di principio qualità più o meno esemplari: ma servirebbe a segnare tratti di analogia e di difformità con un sistema al quale ci si viene, per altri rispetti, fortemente accostando.

Credo di aver chiarito perchè ritengo un grave errore l'opinione di chi considera esaurita la funzione esemplare dell'esperimento politico-costituzionale sovietico e, più in generale, asserisce la sua perdita di rilevanza e di interesse nel campo degli studi sullo stato contemporaneo. Quand'anche — per ridimensionare il pessimismo delle osservazioni precedenti e chiudere con una nota positiva — il modello democratico-sociale dovesse in Occidente resistere alla tentazione di una trasformazione socialista e dovesse, nell'arena internazionale, dimostrare virtù competitive più forti di quanto non si è inclini a attribuirgliene oggi, resterebbe come minimo il fatto che il modello costituzionale sovietico costituirebbe comunque, per l'attrazione che in ogni caso saprebbe esercitare su molti popoli in questo travagliato periodo storico, una delle grandi idee-forza del periodo. Di questa idea-forza non si tratta soltanto di mettere a nudo le premesse filosofiche, sociali ed economiche — il che in certa misura è già stato fatto anche in Italia —. Si tratta di cogliere, ed esporne, in particolare, proprio gli specifici contenuti politico-giuridici, di solito meno curati nelle analisi che la cultura straniera dedica all'Unione Sovietica. Con lo studio minuto di quei contenuti non si provvede a penetrare e a comprendere solo il sistema costituzionale di un popolo grande e potente. Ci si mette anche in pieno contatto con un'idea-forza che, sotto molti profili, svolge e svolgerà una parte di primo piano nelle vicende della storia mondiale dei nostri giorni.

Questa è la ragione principale per cui mi sembra che libri come questo di Biscaretti di Ruffia e di Crespi Reghizzi vadano accolti con simpatia e con approvazione. Essi fanno qualcosa di più del semplice informare circa un aspetto, sia pur fondamentale, di un ordinamento giuridico di una nazione, sia pur superpotenza. Recano un contributo indiretto, ma importante, alla stessa teoria generale del diritto pubblico contemporaneo e alla intelligenza della realtà politica del mondo in cui oggi viviamo.

Un auspicio per l'avvenire.

Ho accennato alla difficoltà di conoscere, al di là dei profili normativi formali degli istituti, la realtà vivente dell'ordinamento costituzionale sovietico. Biscaretti di Ruffia e Crespi Reghizzi solo di rado si permettono di alludere alla possibile diversa sostanza che si cela dietro l'aspetto esterno di questo o quell'istituto. Li deve aver indotti a questa cautela lo scrupolo del non posseder informazioni scientificamente comprovate in materia e il timore che l'enunciare semplici ipotesi o supposizioni



potesse trascinare il loro libro sul terreno della letteratura di parte e della propaganda politica. Lo scrupolo e il timore sono, da un certo punto di vista, da lodare: possediamo fin troppi libelli d'accusa in questo campo per poterne desiderare altri. E tuttavia rimane il rimpianto che gli autori non ci abbiano detto qualcosa di più in proposito. Dopotutto, la scientificità in fatto di prove non è una qualità assoluta, e un libro « scientifico » non perde questa sua qualifica anche se indulge largamente nel prospettare ipotesi che non può dimostrare in modo adeguato (purchè avverta il lettore che si tratta, appunto, di ipotesi). Ad ogni modo, questo si vorrebbe vedere negli studi che si spera fioriscano d'ora innanzi più rigogliosi, anche in Italia, attorno al diritto pubblico sovietico: che all'analisi attenta dei profili normativi e dei principi cui le norme dicono di ispirarsi vada congiunto sistematicamente uno sguardo verso il modo in cui le norme sono di fatto applicate e verso gli effetti che esse producono. La conoscenza piena del diritto postula, ormai, anche questo tipo di ricerca. Nel caso dell'ordinamento sovietico il compito può essere particolarmente arduo. Ma d'altra parte è anche a ragione maggiore la curiosità in quella direzione, e, come ho detto, il cercar di soddisfarla pur con mezzi imperfetti non necessariamente pregiudica la « scientificità » del tentativo.

GIOVANNI BOGNETTI

Stephan BUCHHOLZ, *Abstraktionsprinzip und Immobilienrecht - Zur Geschichte der Auflassung und der Grundschuld*. (Ius commune, Sonderhefte-Band 8), Frankfurt am Main, Klostermann, 1978, XIV, 432.

Wer über den Abstraktionsgedanken im Liegenschaftsrecht schreibt, verdient nicht nur grösste Aufmerksamkeit, er kann ihrer auch gewiss sein; denn beide Elemente dieses Themas gehören aus einer Reihe von Gründen, die ihrerseits wieder in Wechselwirkung stehen, zu den Problemkreisen, denen im vergangenen Jahrzehnt das besondere Interesse rechtshistorischer Forschung galt:

Vor allem durch die in der Reihe « Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert » <sup>(1)</sup> veröffentlichten Ergebnisse des Arbeitskreises « 19. Jahrhundert » der Fritz Thyssen - Stiftung ist deutlich geworden, dass die Entwicklung im vorigen Jahrhundert wesentlich durch die Tendenz zu einem « abstrakten Privatrecht » <sup>(2)</sup>

<sup>(1)</sup> *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Band I (mit dem Arbeitsprogramm) 1974, Band II 1977, Band III 1976 - zu diesen drei Bänden vgl. die Besprechung von Hans Schlosser in *Quaderni fiorentini* VII (1978) 583 ff; inzwischen erschienen Band IV 1979.

<sup>(2)</sup> Vgl. das in Band I abgedruckte Programm des Arbeitskreises unter III und IV sowie die Beiträge im Band II und teilweise Band III.

gekennzeichnet ist. « Die rechtliche Verselbständigung »<sup>(3)</sup> der privatrechtlichen Verhältnisse reicht dabei weit über den traditionellerweise als Abstraktionsprinzip bezeichneten Grundsatz der Unabhängigkeit des Verfügungs- vom Verpflichtungsgeschäft hinaus, es geht vielmehr um eine Ablösung von wirtschaftlichen, sozialen und weltanschaulichen Faktoren schlechthin<sup>(4)</sup>. Buchholz selbst hat an diesem Forschungsunternehmen mitgewirkt<sup>(5)</sup> und die Anregung zu der hier vorliegenden Arbeit ging von Helmut Coing aus, der seinerseits das Forschungsprogramm des Arbeitskreises « 19. Jahrhundert » entscheidend geprägt hat.

Die Beschäftigung mit den Entstehungsbedingungen und massgebenden Faktoren für die Entwicklung eines derartigen abstrakten Privatrechts hat (unter anderem) ihre Ursache in der verstärkten Hinwendung der neueren rechtsgeschichtlichen Forschung zu den wirtschaftlichen und sozialen Voraussetzungen des Rechts, durch die diese Perspektive erst ermöglicht wurde. Diese Tendenz ist schliesslich auch dafür verantwortlich, dass die Erforschung des Immobilienrechts erneut zu einem zentralen Gegenstand rechtshistorischer Untersuchungen geworden ist<sup>(6)</sup>.

In diesem Rahmen muss man den Plan von Buchholz sehen, « das Eindringen des Abstraktionsprinzips in das Immobilienrecht zu verfolgen » (S. 13). Zu diesem Zweck gibt Buchholz zunächst eine kurze Skizze über « die romanistisch-pandektenwissenschaftlichen Ursprünge des Abstraktionsprinzips » (S. 1-7) und « die deutsch-rechtlichen Wurzeln des Abstraktionsprinzips » (S. 7-10). Grundlage des modernen Auflassungsrechts scheint ihm das deutsch-rechtliche « System der formellen Bestandskraft als die eigentliche Keimzelle », das jedoch in der Endphase der Entwicklung « auf die entwickelten Denkformen der Spätpandektistik » traf; « aus diesem Zusammentreffen beider Linien, der deutschrechtlichen und der pandektenwissenschaftlichen, konnte der eigentliche Auflassungsvertrag entstehen » (S. 10). Anschliessend nimmt Buchholz eine entscheidende Erweiterung gegenüber den bisherigen Arbeiten über das Abstraktionsprinzip vor, indem er ganz im Sinne der einleitend geschilderten Konzeption vom abstrakten Privatrecht die Untersuchung auf die Grundschuld erstreckt: « In den

<sup>(3)</sup> So der Untertitel des zweiten Bandes.

<sup>(4)</sup> Vgl. als Beispiel dazu meinen Beitrag in Band III (118 ff.) zur Entstehung eines abstrakten Eigentumsbegriffs.

<sup>(5)</sup> Vgl. den Beitrag von Buchholz in Band III (218 ff.) zur Entstehung der abstrakten Hypothek.

<sup>(6)</sup> Vgl. den gesamten Band III, der den Untertitel trägt « Die rechtliche und wirtschaftliche Entwicklung des Grundeigentums und Grundkredits », sowie das Buch von HOFMEISTER, *Die Grundsätze des Liegenschaftserwerbs in der österreichischen Privatrechtsentwicklung seit dem 18. Jahrhundert* (1977). Ausserdem jetzt den Beitrag von Buchholz in *Ius commune* VII (1978): « Die Quellen des deutschen Immobilienrechts im 19. Jahrhundert ».

Gebieten, die sich für das 'abstrakte' System entschieden hatten, galten die 'selbständige Hypothek' (Grundschuld) und die 'abstrakte Auffassung' als eine notwendige und logische Einheit » (S. 11). Deshalb steht für Buchholz nicht « die gemeinrechtliche Komponente des Abstraktionsdogmas » im Mittelpunkt, « sondern die partikularrechtlichen Spuren der abstrakten Rechtstypen des Immobilienrechts » (S. 14). Infolgedessen liegt der Schwerpunkt der Untersuchung auf der Verfolgung partikularrechtlicher Entwicklungen, die vor allem in den Hansestädten begonnen und sich von dort über die Territorien Nord- und Ostdeutschlands ausgebreitet haben. Dass eine solche « Darstellung der Entwicklung des Hypotheken- und Grunderwerbsrechts ... nicht von den sozial- und wirtschaftsgeschichtlichen Grundlagen dieser Rechtsformen » gelöst werden kann, erscheint Buchholz zu Recht als eine Selbstverständlichkeit. Damit sind Arbeitsziel und Arbeitsmethode festgelegt und umschrieben.

Der erste Teil (S. 17-43) schildert « die Ursprünge des Auflassungsrechts und der Grundschuld (Rentenschuld) », der zweite Teil (S. 44-158) die Entwicklung bis zum 19. Jahrhundert, während der zentrale dritte Teil (S. 159-402) der Entwicklung im 19. Jahrhundert gewidmet ist. Im ersten Teil versucht Buchholz die Grundpositionen abzustecken, die für den weiteren Gang der Entwicklung (und damit auch für seine eigene Untersuchung) richtungsweisend waren. Wichtig erscheint ihm zunächst die durch Gewere und Verschweigungsgedanken geprägte « formale Struktur des deutschen Rechts » (S. 27), in der er erste Anzeichen « zu einer Abstraktion des Rechtsdenkens » (S. 23 für die ideelle Gewere) sieht. Besonderes Augenmerk widmet Buchholz der Entwicklung der Auffassung (S. 28-35), wobei es ihm insbesondere um « die Ersetzung des urwüchsigen, unreflektierten Formalismus durch rationalisierte, klare und zielstrebige Rechtsgestaltungen » (S. 30) geht, die sich vor allem in den Städten vollzieht. Ebenfalls in den Städten hat sich der Rentenkauf entwickelt, den Buchholz als den eigentlichen Vorläufer der abstrakten Hypothek betrachtet (S. 35-43). Daraus ergibt sich zwangsläufig, dass der Schwerpunkt des zweiten Teils in einer Beschreibung der Auflassungs- und Rentenrechte in den (in diesem Zusammenhang massgebenden) Hansestädten liegt. Am Beispiel der Städte Lübeck, Hamburg und Bremen werden jeweils das Buchwesen, das Auflassungsrecht, das Eintragungs- und Publizitätsprinzip und der Rentenkauf erörtert. Es folgt dann im 5. Kapitel: Wandlungen und Uebergänge (S. 103-124) eine Schilderung der wechselseitigen Durchdringung gemeinrechtlicher und stadtrechtlicher Konzeptionen, an die sich eine Darstellung der Entwicklung in Mecklenburg und Preussen anschliesst. Im dritten Teil bildet zunächst die Entwicklung in den Hansestädten erneut den Ausgangspunkt, ehe sich Buchholz den « Wandlungen des Hypotheken- und Eigentumserwerbsrechts in den östlichen Agrargebieten » (2. Kapitel S. 186-237) zuwendet. Nach

der Schilderung der für die Zukunft besonders bedeutsamen Entwicklung in Mecklenburg (3. Kapitel S. 238-265) konzentriert sich die Darstellung auf Preussen: Im Kapitel 4 wird der politische und geistesgeschichtliche Rahmen in der Zeit von 1830 bis zum Erlass des Gesetzes über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke von 1872 geschildert, dem dann das gesamte 5. Kapitel gewidmet ist (S. 299-369) (7). Die Kapitel 6-8 befassen sich schliesslich mit der Ausbreitung der neuen Prinzipien, zeitgenössischen Reaktionen und der Einwirkung auf das BGB.

Dieser Ueberblick über den Stoffreichtum und die Spannweite der Thematik verdeutlicht zugleich, dass es hier nicht möglich ist, sich im einzelnen mit den behandelten Problemen und aufgeworfenen Fragen auseinanderzusetzen. Ich muss mich deshalb darauf beschränken, einige Schlüsselstellen herauszugreifen, in der die Gedankenfülle und die Vielfalt der in der Arbeit enthaltenen Aspekte sichtbar werden.

Als besonders fruchtbar erweist sich dabei die ständige Verknüpfung rechtlicher Erscheinungsformen mit verfassungs-, sozial- und wirtschaftsgeschichtlichen Gegebenheiten. So gelingt es etwa Buchholz (S. 32-35) zu zeigen, dass die verschiedenen Versuche die Auffassung in die traditionellen Kategorien dinglich-obligatorisch oder abstrakt-kausal einzuordnen, an ihrer eigentlichen Bedeutung und Funktion vorbeigehen. Zu Recht hebt er hervor, dass der « Einzelwille als wertbewegende Kraft » hinter der « rechtsschöpferischen Funktion des Formalen » zurücktritt, dass vielmehr rechtsgestaltende Mitwirkung der Gemeinschaft und der Obrigkeit die Grundlage der Rechtsänderung bildeten (S. 34-35) (8).

Diese obrigkeitliche Teilhabe an den Liegenschaftsübertragungen ist das prägende Element der ganzen im zweiten Teil dargestellten Entwicklung in den Hansestädten, in Mecklenburg und Preussen. Die sozial-, wirtschafts- und verfassungsgeschichtlichen Hintergründe dafür zeigt Buchholz auf eindrucksvolle Weise auf. Andererseits verfällt er nicht in den Fehler, aus der schon früh beobachteten « Konstitutiv- und Bestandskraft der Buchakte », durch die « dieses stadtrechtliche Buchungs- und Rechtssicherungswesen in die Nähe bestimmter Grundphänomene des modernen Immobilienrechts nicht, die als ' Publizitätsprinzip ' und ' Abstraktionsprinzip ' zu den festen Bestand des heutigen Bodenverkehrsrechts gehören », falsche Schlüsse zu ziehen. Zwar sieht er « starke Bezüge », weist jedoch zu Recht Versuche der Germanistik zurück, die hier eine Kontinuität annehmen. Demgegenüber betont Buchholz (beispielhaft für den Publizitätsbegriff S. 65 f) die Zeit-

(7) Dazu auch Köbler, Band III, 1 ff.

(8) Ähnliche Gedankengänge bei BRANDT, *Eigentumserwerb und Austauschgeschäft* (1940) 23 f und HATTENHAUER, *Die Entdeckung der Verfügungsmacht* (1969) 57 f.

(9) Dazu insgesamt *Wissenschaft und Kodifikation*, Band III.

bedingtheit der verwendeten Begriffe: « In den Publizitätsbegriff fließt das jeweilige historische Verständnis für die Funktionen des Grund und Bodens, die zeitspezifische Bewusstseinshaltung gegenüber dem Wert oder Unwert einer bestimmten Bodenverkehrsordnung ein. Der ursprüngliche stadtrechtliche Publizitätsbegriff — als Fortführung des Verschweigungsgedankens — und der moderne Publizitätsbegriff gehören — trotz möglicher formaler Entsprechungen — verschiedenartigen Epochen der Immobilienrechtsentwicklung an » (S. 65/66). Dass es dennoch Verbindungslinien und Verknüpfungen gibt, zeigt sich vor allem in jener Phase, die Buchholz mit den Schlagworten Wandlungen und Uebergänge (Zweiter Teil, Kapitel 5, S. 103-127) kennzeichnet. Die dort geschilderte Durchdringung des formal konzipierten Rechts mit subjektiven, an der « bona fides » orientierten Elementen ist exemplarisch nicht nur für die Auffassung, sondern für die Entwicklung des Privatrechts im *usus modernus* schlechthin (vgl. auch S. 119). Mit dieser wechselseitigen Verzahnung waren auch schon die Weichen für die weitere Entwicklung gestellt, die Buchholz im dritten Teil nachzeichnet. Gerade in diesem dritten Teil wird die Notwendigkeit einer Einbettung in die Sozial- und Wirtschaftsgeschichte besonders deutlich, ohne die die sog. 'Mobilisierung des Bodens' und deren rechtliche Parallelerscheinungen kaum verständlich wären (beispielhaft S. 196 ff.). All die bisher geschilderten Vorzüge des Buches finden ihren besonderen Ausdruck in der Analyse der Entstehung und der Bedeutung des preussischen Eigentumserwerbsgesetzes von 1872 (S. 299 ff.). Hier werden die sozial- und wirtschaftsgeschichtlichen, politischen und rechtsdogmatischen Elemente miteinander verknüpft und durch die Beschreibung der Bedeutung einzelner Personen (insbesondere Otto Bähr) ergänzt.

Betrachtet man das Buch als Ganzes, so gibt es neben einer hier nicht näher diskutierten Fülle von neuen Gesichtspunkten und Ergebnissen zur Geschichte des Auflassungs- und Grundpfandrechts auch methodisch wichtige Erkenntnisse: eine Verknüpfung von Wirtschafts- und Sozialgeschichte mit traditioneller dogmen- oder institutionengeschichtlicher Betrachtungsweise ist möglich und fruchtbar, wenn man — wie Buchholz — nicht mit vorfixierten Denkmodellen arbeitet und sich nicht mit oberflächlicher Evidenz begnügt. Auf diese Weise ist es Buchholz gelungen, eine Arbeit zu schreiben, die nicht nur von grundlegender Bedeutung für das Immobilienrecht ist, sondern darüber hinaus wesentliche Erkenntnisse über die Rechtsentwicklung seit der Rezeption und — gerade im Hinblick auf den eingangs erwähnten Aspekt der Abstraktheit des Privatrechts — für das 19. Jahrhundert vermittelt.

WOLFGANG WIEGAND

Notker HAMMERSTEIN, *Aufklärung und katholisches Reich* (Historische Forschungen, Band 12), Berlin, Duncker und Humblot, 1977, 276 S., DM 78, —.

1. In Fortführung seiner im Jahre 1972 unter dem Titel « Jus und Historie » veröffentlichten Geschichte des historischen Denkens an deutschen Universitäten des späten 17. und des 18. Jahrhunderts (cf. meine Rez. in *Zhist. Forschung* 4, 1977, 117) präsentiert Hammerstein jetzt « Untersuchungen zur Universitätsreform und Politik katholischer Territorien des Heiligen Römischen Reichs deutscher Nation im 18. Jahrhundert » (so der Untertitel).

In « Jus und Historie » hatte Hammerstein die Wirkung der deutschen Frühaufklärung an der 1694 gegründeten brandenburgischen Universität Halle und der ihrem Vorbild folgenden 1737 eröffneten hannoverschen Universität Göttingen sowie an einigen anderen protestantischen Universitäten geschildert. Nunmehr untersucht der Autor, wie sich das katholische Reich zu dem Phänomen der Ausbreitung aufgeklärter Ideen durch die protestantischen Universitäten des Nordens stellt. Das Ergebnis dieser, wie Hammerstein sagt, « Gegenprobe » ist « positiv » (10): Die katholischen Territorien setzen sich mit den Ideen der Aufklärung auseinander und übernehmen sie mit Modifikationen und Akzentverschiebungen, die die Situation des katholischen Reiches widerspiegeln.

Das jetzt vorgelegte zweite Buch versteht sich als « ergänzende Weiterführung » (10) des ersten. Doch führt diese Fortsetzung zu einer nicht unerheblichen Änderung des Blickwinkels. An Stelle des sich im Zeitalter der Aufklärung wandelnden historischen Denkens (Jus und Historie, 11) stellt Hammerstein jetzt entschiedener das Phänomen der Aufklärung selbst in den Mittelpunkt seines Interesses (241).

Allerdings war in « Jus und Historie » gerade die Historie als wichtigster Bestandteil des aufgeklärten Wissenschaftssystems von Thomasius erschienen. Hammersteins Hauptanliegen war damals die Schilderung der Ablösung der Theologie als Leitwissenschaft durch eine sich selbst als historische Wissenschaft verstehende Jurisprudenz, deren Hauptgegenstand das « jus publicum » war. Diesen Gesichtspunkt stellt Hammerstein jetzt zurück. Er verzichtet auf die Verfolgung der Entwicklung der « Jurisprudenz als Führungswissenschaft einer historischen und juristischen Welterklärung ». An Stelle davon tritt jetzt ein recht weitgefaßter Begriff der Aufklärung als Gegenstand der Untersuchung, der über die Schilderung eines aufgeklärten Wissenschaftssystems hinausgeht und generell Aussagen über die Politik des aufgeklärten Absolutismus im katholischen Teil des Reiches zulassen soll. Dabei denkt Hammerstein an folgende Inhalte des Begriffs der Aufklärung: Modernisierung, Vernunft, Mündigkeit, höhere Rationalität, Säkularisierung, Selbstverwirklichung, Zentralisierung, Humanität.

tät in der Rechtspflege, Rechtssicherheit, Verbesserung von Ausbildung, Behördenapparat und Richterschaft, Entstehung einer Öffentlichkeit.

Bei einer solchen Akzentverschiebung bedarf es aber einer besonderen Begründung, warum die Universitäten als Vermittler einer so verstandenen Aufklärung angesehen werden dürfen. Diese findet Hammerstein darin, daß im Gegensatz zu England und Frankreich, wo die Öffentlichkeit die Aufklärung trug, in Deutschland gerade die Universitäten der Ort waren, an dem Aufklärung stattfand. Von den Universitäten erhofften die Fürsten die entscheidenden Impulse für die Modernisierung des Gemeinwesens. Somit kann Hammerstein an der Kernfrage der Reaktion der katholischen Universitäten auf die an den protestantischen Universitäten entwickelten aufgeklärten Ideen darstellen, wie weit ganz generell die katholischen Territorien bereit waren, sich auf Aufklärung einzulassen.

Hauptaufgabe des Buches ist demnach die Überprüfung der These des von den protestantischen Zeitgenossen bereits konstatierten, von den Katholiken oft beklagten und bis heute in der historischen Forschung als feste Größe betrachteten Gefälles zwischen protestantischen und katholischen Universitäten im 18. Jahrhundert.

2. Der Status quo der katholischen Universitäten ist bestimmt durch die jesuitische «ratio studiorum» von 1559. Das Schwergewicht liegt auf den artistischen und theologischen Fächern. Juristische und historische Disziplinen werden vernachlässigt. Diesem Zustand gegenüber erzwingt die Änderung der staatlichen Bedürfnisse und die dadurch bedingte Änderung der Anforderungen an die Universitätsausbildung die Universitäten der katholischen Territorien zur Übernahme der neuen Ausbildungsziele und Ausbildungsmethoden der protestantischen Anstalten (242). Das ist ganz schlicht die Folgerung aus der Erkenntnis, daß die «an den erneuerten protestantischen Universitäten ausgebildeten Diplomaten, Richter, Räte und Verwaltungsfachleute die jeweils besten waren» (245).

Hammerstein zeigt jedoch gegen die herrschende Meinung, daß diese Übernahme nicht eine bloße sklavische Anpassung war, die im wesentlichen aus einer Rezeption der Lehren von Christian Wolff bestanden habe (252 Note 15). Die entscheidenden Unterschiede zwischen protestantischen und katholischen juristischen Fakultäten sieht Hammerstein im *Ius canonicum* (das eine so einfache Lösung wie ein verweltlichtes Landeskirchentum nicht zuließ), im *Ius publicum universale* (das fast als Spezifikum katholischer Publizisten das generelle Verhältnis von Staat und Kirche behandelte) und im Naturrecht (das an den protestantischen Fakultäten zurückging, während es an den katholischen gefördert durch die katholische Naturrechtstradition — die auch die Rezeption von Chr. Wolff ermöglichte — vielfach eines

der Vehikel der Reformen war). Identisch waren demgegenüber *Ius publicum Romano-Germanicum* und Landes-Historie. Auch im Privatrecht sind keine Unterschiede zu bemerken. Die übrigen Fächer des Hallenser und Göttinger Fächerkanons sind *Historia iuris* (= Literaturgeschichte), Prozeßrecht und *Ius camerale*. Insgesamt ergibt sich durch die Übernahme des Ausbildungsprogramms ein Mehr an Gemeinsamkeit zwischen protestantischen und katholischen Territorien. Hammerstein spricht geradezu von der Entstehung eines « Staatsvolks », von einer auf das Gebiet Deutschlands bezogenen « Nationalisierung ».

Er sieht darin fast eine Heilung der durch die Reformation verursachten Trennung und damit im Grunde die Schaffung der Voraussetzungen für die Rettung zwar nicht des Heiligen Römischen Reiches, aber doch der deutschen Nation (267).

3. Wie schon in « *Jus und Historie* » geschildert, übernimmt Würzburg als erste katholische Universität unter Carl von Schönborn in den Jahren 1731, 1734 und 1749 die protestantischen Errungenschaften. Daran wirkt in erster Linie Johann Adam Freiherr von Ickstatt (1702-1776) mit, der für die katholischen Territorien das leistet, was Thomasius für die protestantischen vorgemacht hat. 1731 nach Würzburg berufen bietet er in der Vorlesungsankündigung für das Jahr 1731/32 sämtliche modernen Fächer an. Unklar bleibt dabei aber m.E. das Verhältnis einer nach Thomasius' Vorbild im wesentlichen als historische Wissenschaft verstandenen Jurisprudenz (= *Ius publicum*) zu der Rezeption wolffscher Denk- und Argumentationsschemata. Aus dieser Unklarheit befreit nicht die Tatsache, daß Ickstatt selbst hier mit einiger Mühe völlige Übereinstimmung beweist (56) und Hammerstein ihm dies auch abnimmt (57). Zu erwähnen sind auch die in den katholischen Territorien erhöhte verpflichtende Kraft des Naturrechts im Verhältnis zum positiven Recht und ferner der vermehrte « Gaube an die 'Machbarkeit' vernünftig-glückgewährenden menschlichen Gemeinschaftslebens » (67). Hammerstein konstatiert auch, daß Ickstatt in Kirchenfragen weniger indifferent ist als seine protestantischen Vorbilder. Sein Ziel ist weniger die Trennung von Staat und Kirche als die Nutzbarmachung der Kirche für die Förderung des Gemeinwohls im Staate.

4. Nach Bayern kommt Ickstatt 1741 als Prinzenenerzieher. Sein Zögling Max Joseph macht ihn 1746 zum Direktor der Universität Ingolstadt und zum Ordinarius der juristischen Fakultät dortselbst. Damit führt Ickstatt auch dort sein « System » ein. Die Art, wie das geschieht, zeigt deutlich, daß in Bayern im Gegensatz zu Halle und Göttingen noch die Vorstellung herrscht, Fortschritt, Aufklärung und Verbesserungen müßten von oben angeordnet werden (102). Zu einer Diskussion eventueller liberaler Positionen sieht deswegen Hammer-



stein auch nirgendwo einen Anlaß. Wie stets werden bei dem reformierten Universitätsunterricht auch in Ingolstadt zunächst die üblichen protestantischen Compendien verwendet, deren Autoren sind: Heineccius, Hahn, Struve, Cocceji, Leyser, Mascov, Kress, Stryk, Böhmer, Achenwall, Chr. Wolff, Schmauss und Pütter. Doch für Kirchengeschichte und Kirchenrecht wird das Lehrbuch des Franzosen Fleury verwendet. Nach einigem Streit muß zu Gunsten dieser Compendien die Zensur gelockert werden. Schließlich dringt aber der Kurfürst — allerdings ohne rechten Erfolg — auf die Abfassung eigener Lehrbücher für Ingolstadt.

Hammerstein veranschlagt die Auswirkungen von Ickstatt's Universitätsreform auf die Modernisierung Bayerns außerordentlich hoch. Unter anderem betrachtet er die kreittmayrschen Kodifikationen als ihren direkten Erfolg. Deswegen geht Hammerstein auch erneut auf die eigentlich schon von Gagnér (Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jh., ed. H. Coing und W. Wilhelm, I, 1974, 1 ss.) geklärte Frage nach der Stellung von Kreittmayr's Zivilrechtskodex zum römisch-gemeinen Recht ein. Der Hof in München hielt Vorlesungen über römisches Rechts neben Vorlesungen über den Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis (CMBC) für überflüssig. Der Grund dafür war wohl der absolutistische Anspruch an die ausschließliche Geltung des eigenen Gesetzbuches. Demgegenüber wollte die Fakultät, wie es auch in den anderen deutschen Territorien und im Grunde in ganz Europa üblich war, neben den Vorlesungen über das einheimische Gesetzbuch auch römisches Recht lehren. Damit war die Fakultät gleichsam «juristisch» im Recht. Denn der CMBC enthält keine «moderne», «absolutistische» Kodifikationsklausel über den Ausschluß allen älteren und entgegenstehenden Rechts, sondern hält an der subsidiären Weitergeltung des römischen Rechts fest.

Somit sprach für den Verzicht auf römisches Recht zwar, daß das neue *Ius patrium* zugleich alle wichtigen Materien vom «*Jus commune Romanum* in sich halte» (nach Gagnér) und daß der Codex das gemeine Recht im Grunde nur ordnend darstellte (Ebel, Legaldefinitionen, 156). Trotz allem war aber der Codex Maximilianeus noch keine Kodifikation im modernen Sinne, sondern wie die meisten Gesetzgebungen des 17. und des frühen 18. Jahrhunderts nur ein Versuch, «Gemeinrechtliches als Einheimisches festzulegen» (Gagnér). Und wie die anderen Gesetzgebungen dieser Art machte auch der CMBC einen Unterricht im römischen Recht nicht überflüssig. Der Hauptgrund dafür war, daß es bei ernsthaften Auslegungsschwierigkeiten doch wichtig blieb zu wissen, welche *Lex des Corpus iuris* und welche Interpretation dieser *Lex* durch die internationale Wissenschaft vom römischen Recht hinter einem bestimmten Artikel des CMBC stand.

5. Ähnliche Reformen wie in Würzburg und Ingolstadt fanden auch an den anderen katholischen Universitäten statt. Köln allerdings

war unfähig zu einem Aufschwung und sank hinter die modernere Bonner Universität zurück. Die Trierer Reform ist stärker bestimmt vom aufgeklärten Staatskirchenrecht, vom Febronianismus. Mainz hatte sogar den Ehrgeiz, an Stelle Göttingens zur führenden Reichsuniversität zu werden, und kam recht weit mit diesem Plan. Vermittelt durch Straßburg sind auch Männer wie Goethe, Montgelas und Metternich als Zöglinge der Reichspublizistik « Göttingisch-Mainzer Prägung » anzusehen (158).

Von den kleineren katholischen Universitäten werden Dillingen, Bamberg und Fulda behandelt. Dillingen (Bistum Augsburg) erreicht den Anschluß nicht. Besser sind die Verhältnisse in Bamberg, wo es wie in Würzburg gelingt, die Jesuiten für die Reform zu gewinnen. Sonst erweisen sich die Benediktiner aufgeschlossener für Reformen. So wird Fulda vorgeführt als typisches Beispiel für den Kampf zwischen Jesuiten und Benediktinern um das katholische Wissenschaftsverständnis.

Weitere Universitäten, wie etwa Passau (cf. dazu Franz-Xaver Eggersdorfer, *Die Philosophisch-theologische Hochschule Passau, Dreihundert Jahre ihrer Geschichte*, 1933), könnten sicher das Bild in Einzelheiten vervollständigen, ergeben aber nichts Neues gegenüber dem, was Hammerstein nach reiflicher Abwägung als typisch für das katholische Reich hervorgehoben hat.

6. Die Universitätsreform in Wien ist Teil der übrigen aufgeklärt-absolutistischen Reformen im Habsburgerreich. Auch hier setzen die protestantischen Hochschulen des Reichs die Maßstäbe. Hammerstein betont jedoch, daß die Rolle des Staates bei der Erneuerung der Universität und bei der Aufsicht über die Universität in Wien stärker ist als an den protestantischen Universitäten und auch noch als an den anderen aufgeklärten katholischen Universitäten.

Dem Wiener Vorbild müssen die anderen habsburgischen Universitäten folgen. Doch in der Praxis bleiben die Verhältnisse in Olmütz und Graz äußerst bescheiden. Besser sieht es Dank des Wirkens von Rieger in Innsbruck aus. Auch in Prag gibt es Fortschritte. Freiburg endlich fügt sich dem Wiener Zentralismus erst nach hinhaltendem Widerstand.

7. Insgesamt schildert Hammerstein sehr eindringlich, was katholische Universitätsreform im Zeichen der Aufklärung bedeutete. Er faßt nicht nur vorliegende Forschungsergebnisse ordnend und deutend mit großer Klarheit zusammen, sondern gewinnt diese Klarheit in allen Punkten erst durch ausführliches Archiv- und Quellenstudium. Wenn trotzdem nicht in allen Fragen ganz deutlich wird, was sich nun im Einzelfall hinter den Stichworten des neuen aufgeklärten Fächerkanons der Juristenausbildung an materiellen Interessen verbirgt, so ist das

wohl teilweise unvermeidlich angesichts des vom Autor selbst auferlegten Zwanges zu einer klaren These und zu einem eindeutigen Gesamturteil, das Hammerstein dem Leser auch nicht schuldig bleibt.

KLAUS LUIG

Hans KELSEN, *Socialismo e Stato*, traduzione dal tedesco e introduzione di R. Racinaro, Bari, De Donato, 1978, pp. CLV-225.

1. Il volume contiene la traduzione di uno dei saggi meno noti e utilizzati, almeno in Italia, di Hans Kelsen: *Sozialismus und Staat*, del 1923. In appendice viene tradotto anche il breve *Marx oder Lassalle. Wandlungen in der politischen Theorie des Marxismus*, che è del 1924. *Sozialismus und Staat* risale in realtà al 1920, ma il curatore del volume, non senza buone ragioni, ha preferito riferirsi alla seconda edizione. Quest'ultima è più estesa di un intero capitolo (l'ultimo) ed è soprattutto arricchita di una lunga serie di densissime note, che Kelsen dedica ad una replica puntuale alle critiche che l'austromarxista Max Adler aveva rivolto, nel suo saggio *Die Staatsauffassung des Marxismus* (Wien, 1922), alla prima edizione di *Sozialismus und Staat*.

Il volume si apre con un lungo saggio introduttivo (*Hans Kelsen e il dibattito su democrazia e parlamentarismo negli anni Venti-Trenta*) nel quale il curatore, anziché presentare e discutere sotto un profilo teorico le tesi di Kelsen, preferisce ricostruire le connessioni storico-culturali fra il pensiero kelseniano e la cultura tedesca del suo tempo. Ne risulta una ricca ma troppo segmentata e dispersiva rassegna di autori austriaci e tedeschi la cui produzione è in qualche modo collegata o collegabile con quella di Kelsen: da Mach a Weber, ad Adler, a Bauer, a Schmitt, a Mann, a Scheler, a Spengler, a Rathenau, a Schumpeter e a numerosi altri. Si tratta di una rassegna che mentre sembra voler iscrivere il pensiero di Kelsen entro un ambito politico-culturale fortemente caratterizzato e datato, elude sostanzialmente gli interrogativi metodologici e teorico-politici che in questo saggio Kelsen pone con grande tempestività, lucidità e onestà intellettuale al marxismo: interrogativi che appaiono tuttora senza risposte soddisfacenti. Il curatore finisce così per subordinare la propria lettura kelseniana ad una interpretazione diffusa in Italia all'interno di sviluppi recenti del revisionismo e del sincretismo marxista (Cacciari, Marramao, etc.): una interpretazione che fa coincidere con la *finis Austriae* l'esaurimento della « ragione classica » e, in essa, di ogni razionalità formale dello Stato e del diritto moderni.

La traduzione dei saggi è, nel complesso, attendibile, anche se non mancano qua e là errori, imprecisioni e oscurità (ad es. alle pp. 11, 29, 97, 98). Del tutto incomprensibile, per fare solo un esempio, è la

ragione per la quale il sintagma « *die dogmengeschichtliche Tatsache* » (p. 163 della terza edizione austriaca, Wien 1965) viene sorprendentemente tradotto con « ... il dato di fatto inoppugnabile [*dogmengeschichtlich*] ... » (p. 177), anziché, come dovrebbe essere ovvio, con « il dato di fatto nella storia dei concetti ».

Questa edizione italiana di *Sozialismus und Staat* è già stata oggetto di numerosi commenti e recensioni. Da segnalare, fra gli altri, gli scritti di L. Colletti, *Kelsen e la critica del marxismo*, in « *Monoperaio* », aprile 1979, XXXII, n. 4, pp. 57-63; O. Massari, *Kelsen e la critica della teoria politica del marxismo*, in « *Democrazia e diritto* », luglio-ottobre 1979, XIX, n. 4-5, pp. 643-56; M. Surdi, *Normativismo, pluralismo, trasformazione del politico*, ivi, pp. 657-66; M. Montanari, *Kelsen tradotto*, in « *Critica marxista* », nov.-dic. 1979, XVII, n. 6, pp. 113-31.

2. *Sozialismus und Staat* sviluppa una critica epistemologica e una critica politica della teoria marxista dello Stato (non critica dunque il socialismo *tout court*, né la teoria economica del marxismo, come l'autore ha cura di sottolineare).

Solo a partire dal 1929 Kelsen frequenterà regolarmente il Circolo di Vienna: ma già in questo testo egli è in grado di mettere a frutto una propria teoria della conoscenza e una metodologia delle scienze sociali di netta ispirazione kantiana, in più punti convergente con posizioni weberiane. Seguendo Kant (e Hume) Kelsen respinge nettamente la sintesi hegeliana fra storia e pensiero, fra « essere » e « dover essere ». Su questa base, con argomentazioni limpide e persuasive, Kelsen denuncia nella teoria della « necessità oggettiva » del socialismo — il socialismo inteso non come un ideale politico da perseguire, ma come l'esito di un processo sociale conforme a leggi — una radicale confusione fra la « realtà » e i « valori », fra i giudizi di fatto e i postulati morali, fra le previsioni scientifiche e gli scopi dell'azione politica.

Quando nega il dualismo fra realtà e valore — sostiene Kelsen — il marxismo cade in un « tragico sincretismo metodologico » (p. 10): esso si presenta come una sorta di « diritto naturale camuffato » (pp. 15 e 29), come un tentativo inconsapevole di fornire una « consacrazione superiore », attraverso il richiamo a presunte leggi scientifiche della natura e della storia, ai propri obbiettivi etici e politici. Di qui, anticipando di decenni un dibattito che soltanto qualche anno fa ha occupato i più autorevoli intellettuali marxisti italiani (cfr. L. Colletti, *Marxismo e dialettica*, in *Intervista filosofico-politica*, Roma-Bari, Laterza, 1974 e, inoltre, Id., *Kelsen e la critica del marxismo*, cit., p. 60), Kelsen denuncia con finezza e incisività sorprendenti l'inconsistenza epistemologica dell'uso marxiano-marxista del concetto logico di « contraddizione » (*Widerspruch*). È l'eredità hegeliana del marxismo che secondo Kelsen induce i suoi teorici ad estrapolare la nozione di « con-

traddizione» dall'ambito logico-deduttivo che le compete per applicarla confusamente sul terreno empirico a disparati fenomeni fisici e sociali. (Su questo punto interverrà alla fine degli anni trenta, in modo magistrale e definitivo, la confutazione popperiana della logica dialettica). Ed è ancora la crisi hegeliana di storia e pensiero che si ripresenta nella tendenza dei teorici marxisti a costruire in forma di « opposizione » (*Gegensatz*) di tipo dialettico qualsiasi concomitanza di effetti (*Zusammenwirken*), con uno scambio continuo fra dati empirici e postulati etico-politici.

Kelsen tocca qui un punto cruciale dell'epistemologia marxista, del marxismo in quanto si pretende « scienza » della formazione economico-sociale capitalistica: come aveva già intravisto Eduard Bernstein e come, nella sua scia, hanno recentemente sostenuto Lucio Colletti e Giuseppe Bedeschi, non solo l'analisi della società e dello Stato capitalistici, ma anche l'analisi economica presentano in Marx contaminazioni costanti fra « scienza » e « filosofia », fra analisi empiriche ed assunzioni dialettiche, fra formalizzazioni logico-matematiche e filosofemi storicistici. Cosicché appare senza speranza il tentativo di distinguere e di disaggregare entro il corpo dottrinale del marxismo ortodosso ciò che è scienza da ciò che è filosofia, ciò che è analisi verificabile da ciò che è profetismo utopico. Coinvolti in questa critica radicale — ben al di là delle intenzioni e della stessa consapevolezza teorica di Kelsen — appaiono oggi non solo le proposizioni della teoria politica marxista (essa è del resto concordemente considerata come il settore analiticamente più debole dell'elaborazione marxista), ma anche categorie centrali dell'analisi economica marxiana, come la nozione di « merce » e quelle, connesse, di « valore-lavoro », di « plusvalore », etc. Coinvolta e compromessa è, ad esempio, non solo la dottrina della estinzione dello Stato, ma lo sono anche teoremi centrali nello sviluppo del *Capitale*, come la caduta tendenziale del saggio di profitto.

3. Non meno netta e incisiva è la critica che Kelsen rivolge ai capisaldi della teoria politica marxista: la concezione classista dello Stato, la dottrina della dittatura del proletariato, la teoria della estinzione dello Stato. Le argomentazioni di Kelsen, dopo che esse sono state recentemente riprese e sviluppate da Norberto Bobbio nella sua celebre sfida teorica al marxismo italiano, sono divenute ormai in Italia una sorta di comune buon senso politologico. Non sarebbe necessario richiamarle se non per mostrare che, al di là della loro intrinseca validità formale, esse trovano oggi ulteriori conferme nelle tendenze evolutive dal capitalismo maturo, nel quadro delle società industriali avanzate.

La concezione dello Stato come apparato repressivo di classe a garanzia dello sfruttamento economico non fornisce soltanto uno schema insufficiente ed elementare di interpretazione del fenomeno poli-

tico, che fra l'altro contraddice la stessa teoria marxista della transizione al socialismo (se lo Stato è, per definizione, garanzia politica dello sfruttamento economico, come può parlarsi di uno « Stato socialista » dal momento che il socialismo abolisce ogni forma di sfruttamento?). Quello schema appare oggi obsoleto ed arcaico proprio per l'imponente espansione e differenziazione che le funzioni dello Stato hanno conosciuto negli ultimi cinquant'anni, nell'area dei paesi industriali avanzati, con il passaggio dal capitalismo concorrenziale al capitalismo regolato dallo Stato. Le funzioni dello Stato vanno oggi ben al di là dei tradizionali compiti di mantenimento coattivo dell'ordine pubblico e non sono più rivolte, o almeno non nel senso ottocentesco, a presidiare il dominio di una classe economicamente dominante, definita esclusivamente in base alla propria posizione entro l'organismo produttivo. Lo Stato appare oggi piuttosto come l'istituzione centrale della vita economica e della vita sociale, che non solo organizza, programma e controlla lo sviluppo economico, ma qualifica la forza-lavoro, trasferisce imponenti quantità di ricchezza a titolo assistenziale, presiede ai processi generali di socializzazione e di acculturazione attraverso l'educazione pubblica e la gestione dei *media*. Con il risultato di operare, assai più estesamente e in profondità rispetto alla sfera economica, come meccanismo di distribuzione diseguale della ricchezza, delle *chances* individuali, dei privilegi positivi e negativi.

Lungi dal mostrare la minima propensione ad estinguersi — nell'area dei paesi capitalistici e, ancor più, nell'area dei paesi « socialisti » — lo Stato sociale moderno tende a subordinare al proprio controllo sottosistemi primari funzionalmente differenziati (l'economia, la scienza, la cultura, le comunicazioni, la famiglia, la vita privata, etc.) ai quali lo Stato liberale classico riconosceva spazi formalizzati di autonomia. Anche la teoria della estinzione dello Stato si presenta dunque non solo come un elemento contraddittorio entro lo stesso progetto socialista di pianificazione e di centralizzazione dell'economia — come può avvenire, si chiede giustamente Kelsen, che lo Stato socialista « deperisca » all'apice di un processo di estensione massima dei suoi poteri e delle sue competenze nella vita economico-sociale e misteriosamente si dissolva? —, ma risulta irrimediabilmente falsificata sul terreno empirico dall'intera storia istituzionale del nostro secolo, oltre che dalle tendenze evolutive del *Welfare State* contemporaneo che nessun *revival* neo-liberista sembra in grado di contrastare.

Ma l'aspetto cruciale della critica kelseniana è la riaffermazione del valore di civiltà delle garanzie e delle procedure formali dello Stato liberaldemocratico parlamentare contro l'idea leniniana della « dittatura del proletariato ». Kelsen ripropone con grande finezza metodologica la contrapposizione classica fra « democrazia » e « auto-

crazia » (pp. 173-5). La democrazia parlamentare, riconosce Kelsen, non è un assoluto: è anch'essa qualcosa di relativo e di approssimativo, ed è anch'essa una forma politica costrittiva. Ma proprio qui sta la sua preferibilità rispetto ad ogni possibile forma di dittatura. Ogni regime dittatoriale o totalitario è precisamente la trasposizione politica di un « assoluto », è la politica in quanto emanazione di una *Weltanschauung* che pretende di valere come ordine normativo della vita sociale, che postula l'esistenza di valori assoluti e la loro conoscibilità.

Il contrasto insanabile fra democrazia parlamentare e dittatura ha dunque per Kelsen profonde radici epistemologiche: nella democrazia il riconoscimento laico e moderno della relatività dei valori e l'impossibilità per un programma politico di pretendere validità assoluta fondano la regola parlamentare del « dominio della maggioranza ». Un « dominio » che si distingue da ogni altro per il fatto che non solo presuppone concettualmente una « minoranza », ma la riconosce politicamente e la circonda di garanzie formali. Così come la maggioranza non « ha ragione » in senso assoluto, la minoranza non « ha torto » in senso assoluto e perciò non solo non è priva di diritti, ma può in ogni momento divenire maggioranza. La dittatura del proletariato, al contrario, in quanto fondata sulla credenza nel valore assoluto del marxismo come scienza della trasformazione rivoluzionaria del capitalismo, pretende ad una autorità assoluta, non ammette la critica, il dubbio e la libertà intellettuale: non si fonda sul consenso, ma sull'intransigente esclusione di ogni dissenso.

4. È difficile non riconoscere che, nelle sue argomentazioni centrali, la critica kelseniana della epistemologia e della teoria politica marxista coglie nel segno. Del resto, sono ormai pochi i teorici marxisti occidentali che non si dichiarino disposti ad ammettere più o meno esplicitamente le insufficienze teorico-politiche del marxismo e le buone ragioni della critica kelseniana. Ciò non toglie che siano molto forti le resistenze — e non solo nell'ambito del marxismo — ad accogliere i presupposti teorici generali della critica kelseniana del marxismo. Ciò che del kelsenismo sembra irrimediabilmente datato è la sua concezione iperformalistica dello Stato moderno, identificato *tout court* con l'ordinamento giuridico e accreditato di una sorta di organica capacità espansiva verso una graduale democratizzazione della amministrazione e della giurisdizione.

Per Kelsen, che, non va dimenticato, scrive negli anni della più grave crisi delle democrazie parlamentari europee, mentre sono sinistramente alle porte il fascismo e il nazismo, non c'è esperienza più sicura e rassicurante nel campo storico-politico di quella per cui « tutti gli Stati capitalisti [...] hanno edificato in maniera progressiva la democrazia parlamentare attraverso uno sviluppo organico » (p. 63).

Kelsen sostiene che dove il proletariato è in crescita e riesce ad ottenere il suffragio universale, lo sviluppo pacifico verso la « pura democrazia parlamentare » è « solo questione di tempo » (*ibid.*).

Contro la teorizzazione marxista-leninista della violenza politica come strumento di trasformazione sociale e contro l'utopismo anarchiceggiante della teoria dell'estinzione dello Stato, Kelsen propone esplicitamente un ritorno del socialismo alle sue origini premarxiane, in particolare a Lassalle. Nella scia di Kautsky, di Bauer e soprattutto di Cunow, Kelsen auspica il ritorno a un socialismo pienamente riconciliato con lo Stato parlamentare, è fiducioso nella possibilità che il movimento operaio riesca a trasformarlo, dall'interno e senza ricorrere alla violenza, in « democrazia proletaria », di porlo, cioè, « al servizio delle grandi masse » ricollocando nello stesso tempo le grandi masse dentro lo Stato. Si tratta di una prospettiva di lotta democratica per il socialismo che Kelsen vuole non più « eticamente indifferente — sociologica — ma consapevolmente etica » (p. 225).

È indubbio che il formalismo e il moralismo neokantiani sospingono qui il pensiero di Kelsen verso approdi altrettanto utopistici di quelli che pure con eccezionale acutezza egli segnala nel marxismo. Nasce da qui l'insidiosa ritorsione teorica con cui un intero filone del marxismo italiano replica oggi al kelsenismo politico: se Kelsen vince nettamente il confronto teorico-politico con il marxismo, si sostiene, egli è a sua volta nettamente sconfitto e superato da autori come Walther Rathenau e Carl Schmitt, autori che sanno scorgere con spietato realismo non solo i limiti e le oggettive menzogne del socialismo politico, ma anche le menzogne e la crisi del formalismo politico e giuridico borghese. Secondo questa critica il liberaldemocratico Kelsen scommette sulle garanzie formali offerte dal diritto borghese e dalle procedure parlamentari proprio quando la civiltà borghese è al suo definitivo tramonto (Spengler), quando lo scontro degli interessi economici e di classe va assumendo a livello mondiale la forma del conflitto militare e le democrazie occidentali, gettata la maschera, fanno saltare le regole del gioco democratico e si rivelano per quello che sono: dittature di classe violente e sanguinarie.

Nasce da queste premesse l'inquietante *revival* « decisionistico » che oggi rilancia sia in ambienti di cultura cattolica (Miglio, Schiera, etc.), sia in ambienti di cultura marxista (Cacciari, Tronti, Marramao, etc.), la lezione « scientifica » del realismo politico schmittiano, sia pure depurata dei suoi più esterni connotati confessionali e ideologici (il cattolicesimo e il nazismo) e assunta ad alternativa teorica rispetto al formalismo giuridico e al garantismo politico liberaldemocratico. Si profila così nell'ambito della sinistra italiana la rinnovata attualità dell'opera teorico-politica di Kelsen nel suo rapporto con quella di Schmitt (sul tema si veda l'accurata rassegna di C. Galli, *Carl Schmitt nella cultura italiana, 1924-78*, in « Materiali per una storia della cul-



tura giuridica», giugno 1979, IX, n. 1, particolarmente pp. 128-42). Riferirsi, sia pure criticamente, a Kelsen (come, per linee più interne alla tradizione marxista ortodossa, a Rosa Luxemburg o a Della Volpe) significa riproporre con forza non solo il tema del rapporto fra «libertà borghesi» e socialismo, ma anche quello del rapporto fra Stato di diritto e «democrazia autoritaria» tardocapitalistica. Significa prendere atto delle «dure lezioni della storia» (che in questo caso si chiamano fascismo, nazismo, stalinismo, Stato sociale autoritario, etc.), non tuttavia per sottoscrivere un atto di resa, ma per riconoscere come irreversibili le conquiste della civiltà giuridica occidentale, per quanto insufficienti e fragili esse possano apparire. Significa considerare le procedure formali del diritto e della politica come tecniche razionali per una ritualizzazione e una codificazione del conflitto sociale e del dominio politico, capaci di ridurne e di renderne comunque più trasparenti e controllabili le forme di espressione.

Riferirsi a Schmitt, a destra come a sinistra, significa giustapporre semplicemente il diritto alla politica ed escludere che il diritto svolga altra funzione che quella di mistificante copertura ideologica della violenza e dell'oppressione politica. Significa, in una inquietante confluenza fra le critiche di destra e le critiche di sinistra dello Stato rappresentativo, concludere che la democrazia non è che una pura finzione e una maschera, che non esiste alcuna opposizione di principio fra democrazia e dittatura, poiché lo Stato è sempre strumento di violenza e di oppressione nelle mani di una minoranza. E ciò conduce, in nome della irrazionale categoria schmittiana «amico/nemico» e di una concezione prepolitica e pregiuridica (hobbesiana) della sovranità, a ignorare l'intera problematica scientifica relativa alle forme istituzionali del potere, alla sua distribuzione, ai suoi meccanismi di insediamento e di esercizio, alle sue procedure di contenimento e di controllo. Conduce insomma a rinunciare ad un approccio razionale ed analitico — politologico o sociologico — al fenomeno politico-amministrativo, che è poi il solo modo metodologicamente corretto per misurare le grandezze della libertà e della diffusione del potere o, viceversa, dell'oppressione e del dispotismo presenti in un sistema sociale.

Sullo sfondo di questa disputa fra «neogarantisti» e «neodecisionisti» il pensiero di Kelsen — il suo rigoroso, anche se troppo rigido, tentativo di formalizzazione logica dell'ordinamento giuridico e statale — è destinato a svolgere il ruolo di un punto di riferimento teoricamente e politicamente insostituibile.

DANILO ZOLO

Giuliano MARINI, *Libertà soggettiva e libertà oggettiva nella 'Filosofia del diritto' hegeliana* (Memorie dell'Istituto italiano per gli studi filosofici, 2), Napoli, Bibliopolis, 1978, pp. 97.

L'autore di questo saggio è passato ad occuparsi di Hegel dopo una lunga serie di importanti studi sul filone non solo non hegeliano, ma neanche «idealistico» del pensiero germanico della prima metà dell'Ottocento: un volume su G. Hugo (1969), uno su J. Grimm (1972), due su Savigny (1966 e 1978). Ma egli, che aveva esordito con un libro su Dilthey (1965), cioè su un grande studioso che lavorò tutta la vita su Schleiermacher, ma che promosse anche la stampa delle *Theologische Jugendschriften*, e che scrisse quella *Jugendgeschichte Hegels* da cui prese le mosse, all'inizio del secolo, una fase nuova della ricerca su Hegel, non aveva mai fatto solo storia del diritto nel senso strettamente tecnico del termine: si era reso conto subito che la cosiddetta scuola storica era un movimento di grande rilevanza anche «teorica», non indegno di essere posto accanto, in una storia dello spirito tedesco, al più noto movimento filosofico. E l'interesse che egli ha sempre nutrito per la «filosofia» gli ha consentito di non assumere il comodo atteggiamento di chi finisce per far proprie le posizioni degli autori che ha studiato di più, di riviverne, più o meno consapevolmente, le antipatie, o di riproporne le preclusioni polemiche (per un esempio *e contrario*, quanti hegeliani o hegelisti continuano a parlare di Hugo, di Haller o della scuola storica parafrasando tranquillamente ciò che ne disse Hegel!). Ma con queste poche notazioni non si è ancora «caratterizzato» l'ap-proccio di Marini nei confronti di Hegel: se anche egli ha dedicato un ampio e illuminante articolo alla polemica di Hegel contro la scuola storica del diritto («Rivista di filosofia», 1977, pp. 169-204) non si è volto a scrivere di lui con l'abito mentale del giurista di professione — non si è messo, insomma, a studiare Hegel *als Rechtswissenschaftler*, ma semmai Hegel *als Rechtsphilosoph*. E ciò va messo in particolare evidenza perchè può spiegare sia il taglio che i risultati della sua indagine.

È ormai da parecchi decenni, infatti, che una buona parte dei lavori sul pensiero giuridico e politico di Hegel sono stati segnati dall'esigenza di ricercare le occasioni o gli agganci storici «reali» piuttosto che «ideali» del pensiero del filosofo. Per mondarlo dall'accusa di essere stato un pensatore «astratto» ci si è messi sulla traccia di tutti i possibili spunti che servissero ad inserire Hegel nelle vicende del suo tempo, talvolta ricercando addirittura gli eventi o le letture dell'anno o del mese che avevano, o che avrebbero potuto, stimolare questa o quella affermazione. Molto e buon lavoro è stato fatto in questa direzione, e non sarebbe lecito buttarlo via; quello peraltro che non di rado si è dimenticato, o che si è messo tra parentesi (anche chi scrive non può risparmiarsi al riguardo qualche autocritica) è che Hegel, appunto, era un «filosofo»; e che, se è giusto cercare tutti i dati che aiutino a chiarire accenni o riferimenti più o meno espliciti, o che magari ci informino su certe sue

intenzioni, occorre, soprattutto, interrogare e comprendere con strumenti filosofici i suoi scritti filosofici, anche quelli dedicati al diritto ed allo stato.

Sulla letteratura relativa a questa parte del pensiero di Hegel sono state redatte molte rassegne bibliografiche, talune delle quali eccellenti. Ma manca, che io sappia, un rendiconto che si sia proposto di mettere in luce quante delle « interpretazioni » del pensiero giuridico-politico di Hegel abbiano accettato, almeno in via di ipotesi ermeneutica, di prendere sul serio, cioè alla lettera, le motivazioni logico-teoretiche che il filosofo aveva dato della sua costruzione. Se si prescinde dalle mere parafrasi scolastiche, non si andrà lontani dal vero affermando che le interpretazioni redatte sulla base di una tematica di storia delle idee politiche, o socioeconomiche, o dello spirito e della mentalità del tempo sono, soprattutto negli ultimi decenni, in netta maggioranza. Si è venuta elaborando tutta una letteratura sulla filosofia politica di Hegel nella quale l'elemento filosofico è stato ridotto al minimo; una sorta di hegelismo, non importa se ortodosso, o critico, o storico-descrittivo, con poca o punta « filosofia », almeno nel senso che Hegel dava a questo termine. La ricchezza di Hegel è stata vista — Marini lo ha illustrato del resto in una conferenza torinese del 1976 con un paio di esempi molto significativi, proprio perchè non sospettabili di forzature ideologiche — più nella sua capacità di rendersi conto di una vasta gamma di motivi politici, sociali, morali, del mondo in cui viveva (di un mondo che era il « presente » per lui, e dovrebbe in fondo continuare ad esserlo anche per noi) che non nell'aspetto cui, per sua esplicita testimonianza, oltre che per scelta programmatica, teneva di più, cioè il sistema. È abbastanza sintomatico che ad essere utilizzati, e ricercati, siano, più che le opere definitive, licenziate dall'autore stesso per la stampa, testi come i corsi di lezioni, gli articoli, gli abbozzi inediti, nei quali il nesso sistematico è scarso, o provvisorio e mobile. Aggiungo che la ragione di questa simpatia non è, credo, per il più facile rispetto al più difficile: certi testi postumi del periodo di Jena sono di interpretazione non certo più agevole della *Scienza della logica* o della stessa *Fenomenologia*; vale, piuttosto, la diffusa credenza che il « sistema », come forma di espressione filosofica, sia terminato, appunto, con Hegel, e che se si vuol leggere questo filosofo in ciò che egli ha di « vivo » bisogna liberarlo dalla cornice (o dalla camicia di forza) sistematica. È un atteggiamento questo ben radicato nella mentalità del nostro tempo, e non riguarda soltanto Hegel. A proposito di Aristotele la disputa tra seguaci del metodo genetico e di quello sistematico ferve da oltre mezzo secolo, e non accenna a spegnersi. La tesi di un Kant sistematico e non solamente « critico » stenta a farsi strada, malgrado tanti importanti contributi abbiano messo in crisi la secolare immagine dello « *Alleszermalmender* »; e l'esemplificazione potrebbe essere dilatata a piacere. Sarebbe ingiusto fare di ogni erba un fascio, e mettere sullo

stesso piano Aristotele — per le cui opere esistono complicatissimi, e probabilmente insolubili, problemi di attribuzione e datazione e Hegel; ma sarebbe d'altra parte ingenuo non vedere che è un carattere del nostro tempo la preferenza assegnata al « filosofare » rispetto alla « filosofia », all'analisi « critica » piuttosto che al « sistema ». E non ha del resto un suono arcaico, e sospetto, anche un termine come « storia universale »?

C'è poco hegelismo in mezzo a tanti studi su Hegel. Orbene, proprio Marini, che non è filosofo sistematico nè, tanto meno, hegeliano ortodosso, ma che ha un senso penetrante per la tematica filosofica, e che non considera il buon metodo storico un alibi per lo scetticismo, si è proposto di analizzare una sezione centrale della *Filosofia del diritto*, quella sulla « società civile », ricercandone anzitutto il luogo sistematico, e indagandone la strutturazione logica. Nella conferenza torinese che si è già ricordata, e che recava un titolo programmatico: *Aspetti sistematici della Società civile hegeliana*, egli ammoniva che era ormai il tempo di « richiamare lo studioso di Hegel a una domestichezza rinnovata con i paragrafi e le triadi, nei quali l'ossatura del pensiero si rivela nei suoi aspetti più riposti e intrinseci »; e ricordava che « i paragrafi più significativi sono proprio quelli più astratti, e più legati all'armatura logica del sistema, e precisamente quelli di passaggio tra i vari momenti ». « Quelli di passaggio », cioè proprio quelli che i cacciatori del « concreto » lasciano solitamente da parte, o commentano più frettolosamente, quando addirittura non biasimano come una fatale ... *Grille* di un pur grande pensatore; e a proposito della « società civile », cioè della parte della *Filosofia del diritto* che è stata più di frequente smontata, con riconoscimenti per lo Hegel analista e critico dell'incipiente sistema industriale, e con commenti pieni di sufficienza per colui che aveva parlato della « *Polizei* » e della corporazione come strumenti per organizzare le tensioni pur acutamente individuate. Un altro tipo di interpretazione, legittimato, questo, da una certa analogia tematica tra i paragrafi della *Filosofia del diritto* e gli scritti di Jena ha descritto la sfera della società civile come quella della contraddizione, dell'egoismo, della « tragedia » di esseri atomizzati, alienati, premuti dal « sacrificio » e dalla « durezza » dello « spirito borghese » — come il mondo, insomma, delle potenze terrene, dominato e conciliato da Atena che troneggia alta sulla rocca.

Marini respinge l'interpretazione economicistica (pp. 44-45), limita energeticamente la portata di quella pantragistica, e insiste piuttosto sugli aspetti « positivi » che Hegel ha attribuito alla società civile. Ilustrando la sezione relativa della *Filosofia del diritto* sulla base della logica dell'essenza (a questo argomento è dedicata la prima parte del saggio) egli vuol mostrare come le tensioni che il filosofo aveva mantenuto almeno fino alla *Fenomenologia* abbiano, nella stesura definitiva del sistema, perduto buona parte della loro intensità. E ciò in grazia

di una più articolata disposizione di quelle « figure » che erano già comparse nelle varie stesure jenesi del sistema. La « libertà soggettiva », che ha la sua sede nella società civile, assume ora tutta una serie di connotati positivi; resta inferiore, certo, alla « libertà » che è attribuito del « membro di uno stato », ma non riceve la sua connotazione solo in grazia di quest'ultima. Ciò che è rilevante, nella esposizione di Marini, non è la tesi in sè (ogni lettore della *Filosofia del diritto* sa che la società civile segna il passaggio dalla famiglia allo stato, e rappresenta pertanto un passo in avanti sulla strada della libertà) quanto la minuziosa analisi del dove e del perchè prenda forma tale libertà. Egli ricorda che essa « è una scoperta del cristianesimo, approfondita nel protestantesimo e nella riflessione moderna fino a Kant. È il valore infinito del soggetto, per cui tutti gli uomini hanno uguale dignità di fronte alla legge e allo stato che si basa su di essa » (p. 43). La *Bildung*, la « cultura » — termine che, nella *Filosofia del diritto* è usato in un significato molto più neutro di quanto non accadesse negli scritti jenesi, quando, in una costruzione pur già scalare, era ancora violenta la contrapposizione tra essa e il « sapere » (*Wissen*), cioè il pensare speculativo — trova la sua definitiva organizzazione-proiezione nel diritto, nello stato di diritto (e andrebbero forse ricercate le analogie, e le differenze, col *Rechtszustand* della *Fenomenologia*). « Nel sistema dei bisogni la lontananza di particolare e universale è massima, ma già con l'amministrazione della giustizia si ha un riavvicinamento... » (p. 47). E nelle leggi in base alle quali quella giustizia è amministrata, nelle istituzioni dello stato che si articolano « ripetendo i momenti del concetto », « si ha la mescolanza, la compenetrazione reciproca di società civile e stato, per cui si può dire che la realtà statuale cominci con l'amministrazione della giustizia, cioè nel mezzo della società civile » (p. 52); « la forza degli stati moderni è poggiata sulla intersezione di privato e pubblico » (p. 57). Qui Marini ha descritto lucidamente un motivo sul quale Hegel ha insistito, ma di cui gli interpreti raramente hanno saputo cogliere il significato, e le conseguenze.

Basti un esempio sul quale egli, del tutto a ragione, si sofferma a lungo. Se è vero che si verifica quella « intersezione » di cui si è detto, non sarà più lecito considerare lo stato come l'opposto della società civile, e la libertà di cui si gode in quest'ultima solo nel suo aspetto di atomizzazione e di scissione. Alcuni elementi almeno della libertà oggettiva della città antica, quali la giustizia, la tutela legale della famiglia, certe forme di coesione e di solidarietà (che si potrebbero forse definire « comunitarie », ricordando il significato con cui « *Gemeinwesen* » era usato nella *Fenomenologia*) sono presenti anche nella moderna società civile. Il che dà un connotato ben preciso a quella « libertà formale » della quale Hegel parla, e che non è nè apparente nè illusoria. Essa, piuttosto, « è la libertà soggettiva delle persone particolari, le quali — ricollegandosi a una *forma*, che è la base interna, l'universalità presente come essenza nella struttura della società civile — divengono sog-

getti, individui civili (...). È detta formale nel senso in cui la forma domina e organizza la materia dispersa: cioè nel senso proprio, tradizionale nel linguaggio filosofico, della parola « forma » (p. 76).

Era a questo punto inevitabile un confronto con la tesi opposta, che si fonda soprattutto sulla autorità di Marx; ed al modo con cui il giovane Marx ha trasformato la « società civile » in « società borghese » Marini dedica una analisi minuziosa. Marx, egli spiega, ha inteso « forma » in contrapposizione a « contenuto », « come nel linguaggio comune si contrappone l'illusione alla realtà » (p. 79); se questo vale già per il Marx ancora « democratico », poco dopo, nello scritto *Sulla questione ebraica* la critica alla concezione hegeliana della libertà si amplia a critica della illusione politica, cui viene contrapposto l'ideale dell'uomo « membro del genere umano ». La libertà formale così « si è vista degradata a momento sovrastrutturale rispetto a una configurazione specifica della vita economica (...) con la conseguenza che soltanto un rivolgimento interno alla vita economica può produrre la reale emancipazione umana e la reale libertà del genere umano » (p. 84); libertà soggettiva, inoltre, acquista il solo significato di libertà « borghese », ed è coinvolta nel destino di una classe alle cui spalle stava già chi avrebbe dovuto abbattearla. Questa accezione marxiana della « libertà formale » si appoggia, nota esattamente Marini, sulla sostituzione, alla dialettica triadica di tipo hegeliano, di una dialettica diadica (imperniata sul rapporto soggetto-predicato, e sulla rettifica dell'inversione di esso) che Marx aveva ereditato da Feuerbach. Si potrebbe forse aggiungere che essa ha ricavato una parte della sua efficacia dalla assunzione di uno spunto diffuso tra gli hegeliani della « sinistra », quello, cioè, della protesta contro la chiusura della storia che sarebbe stata effettuata da Hegel; si ipotizzava un « futuro » che avrebbe avuto esso stesso una conclusione (« *die menschliche Gesellschaft oder die vergesellschaftete Menschheit* » secondo le *Tesi su Feuerbach*) ma che intanto assicurava, o sembrava assicurare, alla storia un dinamismo non ripetitivo, o catastrofico (nel senso di un compimento-fine della civiltà europea). E poichè questo futuro avrebbe dovuto essere la « radicale » negazione del presente, ecco la necessità di spezzare l'armonizzazione sincronica tentata da Hegel: lo stato veniva presentato come il momento del mero dominio, e la società civile era storicamente datata, come sistema di rapporti dell'età della borghesia e del capitalismo. In un certo senso, Marx percorreva a ritroso il cammino fatto da Hegel — non è un caso che per molti hegelomarxisti lo Hegel più interessante e più utilizzato sia quello fenomenologico — il che implicava peraltro, nota Marini, un « impoverimento » (p. 80) della prospettiva hegeliana.

E qui la precisazione « storica » implica un ammonimento metodologico. È vero che è relativamente facile mostrare l'arbitrarietà di un qualsiasi sistema, facendo forza su un punto qualsiasi di esso e insistendo, in nome di un più diretto approccio alla « realtà », su elementi cui la

costruzione sistematica sembra aver tolto o modificato il carattere dirompente; ma quella del sistema era soltanto una combinazione più o meno consapevolmente forzata, o anche il tentativo di mettere in luce linee di connessione-coordinamento, e sulla base di presupposti o principi « generali » — di assicurare, cioè, una concezione di insieme che in una mera dialettica diadica finisce per essere sacrificata? Se è forzata la « conciliazione », non è detto che sia meno forzata la contrapposizione. La rettifica è tanto più significativa in quanto Marini, ripeto, non è certo un hegeliano; e per marcare questo suo atteggiamento egli, nella conclusione del suo saggio, cita un autore che gli è caro, Ernst Cassirer, e mette in guardia, sulle orme di questi, contro il pericolo di voler sopprimere il dover-essere, e di affermare la presenzialità della Idea — ponendo così un ambiguo rapporto tra essa come ragione assoluta e il suo incarnarsi in entità esistenti che, in una situazione o momento dato, possono rivendicare, nei confronti delle figure ad esse subordinate, tutti i diritti di cui l'infinito gode nei confronti del finito. Ambiguità teorica — Marini suggerisce — che Hegel ha potuto padroneggiare, ma che era suscettibile, nella mente di « individui non liberi », di trasformarsi nell'aspirazione a trasferire nella sfera dello spirito oggettivo quella assolutezza che il filosofo aveva assegnato all'arte, alla religione, alla filosofia. È una osservazione solo accennata, e con estrema discrezione. Ma basta qualche conoscenza delle discussioni critiche sullo hegelismo per rendersi conto di cosa Marini abbia inteso suggerire: che cioè lo « stato », o, se si vuole, il momento « politico » del sistema hegeliano è tollerabile solo a patto di esser visto come ordinatore e garante insieme della libertà soggettiva della società civile; come condizione, cioè, di quella libertà che apre la strada alla contemplazione delle figure dello spirito assoluto.

Ma non si rischia in questo modo — e l'osservazione valga qui nello stesso spirito problematico con cui Marini ha formulato la sua — di mettere tra parentesi, o di porre in una dimensione « empirica » (come suggerì del resto, sia pure in altro contesto, B. Croce) il diritto pubblico esterno, e quella « sovranità » che ha come unico scopo il mantenimento dell'Intero, e poco si cura del benessere e dei diritti di coloro che vivono in esso? Il passaggio alla penetrazione delle forme concettuali dello spirito assoluto avviene anche attraverso il riconoscimento della non-assolutezza delle forme dello spirito oggettivo; forme che sono stabili — come insegna la tradizione maestra della filosofia politica occidentale, da Aristotele a Hegel — ma insieme precarie, e bisognevoli di essere riportate alla consapevolezza di tale loro natura. Ad esercitare questo ufficio nei confronti degli stati provvede, come si sa, la storia (« come giudizio universale »); ad esercitare questa funzione nei confronti del « civile » provvede lo stato, il quale ha sì quel ruolo che Marini ha così bene individuato, ma non, credo, soltanto questo. L'osservazione vuol valere non per il saggio di cui si parla (Ma-

rini non si è occupato a fondo della specificità del momento politico semplicemente perchè ciò non rientrava nell'economia di una ricerca dedicata alla società civile), ma per chi fosse tentato a riportare lo stato hegeliano sotto la categoria dello « stato di diritto », magari con una lieve « riforma ». Mi par caratteristico, a questo riguardo, il fatto che Marini abbia accettato (p. 39) almeno una delle critiche di Marx (poi ripetuta più volte, fino ai nostri giorni: da ultimo da K.H. Ilting) — quella, cioè, che nella trattazione del « potere principesco » Hegel abbia operato un capovolgimento, sia affermando che il sovrano è la sovranità, sia modificando, nella esposizione della *Filosofia del diritto*, la successione dei poteri, per cui quello sovrano, terzo al § 273, diventa primo a partire dal § 275, in quanto « *absolutes Selbstbestimmen* », « momento della decisione ultima ». Non crederei che qui Hegel sia stato infedele a se stesso; ciò che egli ha voluto mettere in luce è che la caratteristica del potere principesco non è il « pesare gli argomenti pro o contro », ma la « decisione », quella che si esprime attraverso la dichiarazione di volontà di un individuo, il monarca. Ed a questo passaggio dal concetto alla « immediatezza dell'essere e pertanto alla naturalità » (§ 280) Hegel attribuiva tanta importanza da paragonarlo, addirittura, alla prova ontologica! Anche se in uno stato razionalmente organizzato il compito del monarca pare ridotto, secondo la famosa immagine, a « mettere il punto sulla i », il tono e il modo con cui Hegel parla del potere principesco mi fanno ritenere che per lui lo stato sia molto di più di una struttura giuridica. La decisione sovrana rende effettiva la legge, ma, come condizione di essa, ne potrebbe essere considerata anche fuori. E tale decisione, per coloro che la devono accettare, non è forse molto simile al « destino »?

CLAUDIO CESA

V. Piano MORTARI, *Diritto Logico Metodo nel secolo XVI*, Jovene Editore, Napoli, 1978 (« Storia e Diritto », 4), pp. XII-436, L. 12.000.

Questa raccolta di saggi di Vincenzo Piano Mortari che riunisce indagini svolte in un largo arco di tempo, tra il 1955 e il 1977, non è soltanto il documento dell'ammirevole attività di uno dei nostri maggiori storici del diritto, ma la conferma di un metodo di ricerca applicato con indiscutibile coerenza e con la piena consapevolezza degli stretti rapporti che legano gli sviluppi della scienza giuridica alla storia generale della cultura e delle vicende etico-politiche. Difatti il suo Autore, mentre reca un contributo nuovo ed originale alla conoscenza di personalità, ambienti e tendenze specifici della tradizione giuridica (soprattutto francese e tedesca) del Cinquecento, tocca argomenti così importanti e decisivi anche per lo studio della dialettica e della retorica « umanistiche », dell'influenza dei modelli « topici », dell'« ars me-



moriae», e dei dibattiti sulla «methodus» da proporre dei dati di riferimento preziosi e indispensabili anche per chi studi tali argomenti dal punto di vista specifico delle tecniche filosofiche, scientifiche e letterarie. Sicché sarà lecito ad un profano di storia del diritto (ma che considera la mentalità e i metodi giuridici come elementi determinanti per la comprensione di molti aspetti della vita intellettuale cinquecentesca) sottolineare il valore storico e metodologico di un procedimento che può sollecitare un più intenso rapporto interdisciplinare tra studiosi operanti sul medesimo terreno, pur muovendo da direzioni diverse, e che, in ogni caso, permette di comprendere chiaramente la stretta connessione tra esperienze davvero tipiche della civiltà umanistica. Non a caso, il Piano Mortari ha sempre inteso l'opera dei giuristi «culti» come un fenomeno culturale difficilmente spiegabile senza il costante confronto con gli sviluppi contemporanei della critica e della logica umanistiche, lungo quella tradizione che nasce con il Trapezunzio e con il Valla e si conclude con gli estremi esiti del ramismo. E se si aggiunge che è anche uno storico attentissimo alla formazione ideologica dei giuristi, al loro rapporto con situazioni politiche concrete ed alla loro partecipazione al complesso processo di elaborazione istituzionale dello Stato moderno, sarà chiaro il singolare interesse di questi saggi che mettono a fuoco alcuni punti nodali di una vicenda ugualmente importante per lo storico della cultura, come per lo storico della realtà politica o delle istituzioni. Mi sembra, infatti, che da analisi così precise, persuasive e rigorose risulti ben provato che la metodologia dei «culti» fu solo un aspetto di una discussione più vasta implicante l'intero sistema del sapere, nella ricerca di strumenti e procedimenti più funzionali capaci di rinnovarlo profondamente e di renderlo aderente a situazioni storiche già molto mutate. Perché — come il Piano Mortari ci ricorda con giusta insistenza — dietro la trasformazione dei metodi e delle logiche c'era pur sempre il concreto mondo «effettuale» delle istituzioni e forze politiche emergenti, la cui evidente affermazione storica poneva ai giuristi dei problemi nuovi ai quali era difficile rispondere restando trincerati dentro la solida tradizione dei Commentatori.

Ciò risulta evidente sin dal primo saggio dedicato a «Il diritto positivo in Francia nell'epoca del 'Mos gallicus'», il cui presupposto è, appunto, l'«ordinamento giuridico diverso da quello delle epoche anteriori» che il Regno di Francia assunse nel corso del XVI secolo, attraverso la concentrazione del potere pubblico nelle mani del re e dei suoi ministri e funzionari, l'aumento rilevantissimo delle leggi regie, la messa in scritto delle *coutumes*, («realizzata ad iniziativa, sotto il controllo e l'approvazione della monarchia») e la sostanziale «identificazione umana» nel monarca dello Stato stesso e del «principio di statualità per ogni sorta di potere pubblico». In una simile situazione storica che investiva «l'insieme dell'ordinamento giuridico», i giuristi sensi-

bili ai nuovi temi culturali umanistici divennero gli interpreti delle esigenze della società francese, affrontando con spirito e metodologia diversi la concezioni stessa del diritto. Indubbiamente, la problematica dell'esegesi giuridica fu ancora affrontata « secondo schemi e principi risalenti addirittura ai Glossatori » e che potevano essere ben individuati « nella teoria interpretativa esposta in sintesi in alcuni scritti di giuristi italiani della seconda metà del secolo XV e dei primi decenni di quello successivo ». Ma il Piano Mortari offre un'interpretazione convincente di questo evento quando ricorda che il regime normativo in vigore concentrava prevalentemente i suoi fondamenti « in norme raccolte in fonti scritte » (le leggi regie, le *coutumes* redatte, il diritto romano e quello canonico); e che, pertanto, non deve meravigliare se « sulla scia dei bartolisti » anche gli interpreti cinquecenteschi continuarono a vedere « nelle parole delle norme e nel loro senso logico-giuridico i due elementi sostanziali dei precetti normativi ». Tuttavia, i seguaci della scuola « culta » furono, davvero, i primi giuristi europei « a cogliere lucidamente nell'esame del diritto la diversità del punto di vista storico dal punto di vista logico » e ad attribuire un valore particolare allo studio filologico-linguistico dei testi. Sicché proprio gli insegnamenti offerti dagli « studia humanitatis » servirono a chiarir meglio, pur non rifiutandoli, i problemi del diritto ricevuti dagli autori medievali, a riscoprirne le origini, a seguirne l'evoluzione nel tempo. Preoccupati di procedere a un « riordinamento razionale della scienza giuridica », i giuristi francesi del Cinquecento si proposero, insomma, di realizzare questo grande compito, « attraverso una metodologia logica concepita alla maniera umanistica secondo l'esigenza di rendere semplici gli schemi del discorso e di risolverli in forme di ragionamento aderenti al processo reale del pensiero ». Se sottolinearono, così energicamente, l'importanza della filologia e della ricostruzione storiografica del patrimonio giuridico tradizionale, furono però altrettanto decisi nel difendere il valore dei principi razionali e di una solida e rigorosa argomentazione logica.

Un simile atteggiamento doveva poi aprire la strada « ai progetti cinquecenteschi di semplificare e di riordinare l'insieme del regime positivo », lungo la via che portava verso le future codificazioni. E qui l'analisi del Piano Mortari si sposta, naturalmente, verso lo studio di quegli interventi concreti che permisero ai giuristi di partecipare, con notevole efficacia, al processo di modificazione delle istituzioni giuridiche « pubbliche » e « private ». Così il feudo, « svuotato a poco a poco dei suoi poteri di ordine politico », fu visto come un'istituto regolato soprattutto da principi privatistici; le leggi « poco coerenti » che prevedevano le prerogative dei « grandi ufficiali della corona » furono interpretate in analogia ad alcuni istituti del diritto romano, per applicarne poi i modelli e la disciplina all'intero corpo delle magistrature francesi; e cominciò a delinearsi una concezione dei poteri assoluti del sovrano

che attribuiva al Regno di Francia « i primi segni inconfondibili dello Stato moderno ». Questo « quadro » venne elaborato « sui tratti dell'analogia » posta tra i poteri dell'imperatore e del re e quelli, generali, dei sovrani, utilizzando soprattutto i concetti giustinianeî per stabilire le potestà sovrane del re, « includendovi ... sia la suprema autorità giurisdizionale, sia il potere di emanare leggi di efficacia generale », secondo l'evidente tendenza ad operare un passaggio definitivo « dalla concezione del re giustiziere a quella del re legislatore ». Claude de Seyssel, il grande filologo e giurista Guillaume Budé, Barthélémy Chasseneuz, Eguinier Baron, Pierre Rebuffi, Charles de Grassaille recarono tutti il loro particolare contributo allo sviluppo di una teoria dell'assolutismo del tutto coerente con il nuovo assetto politico della società francese. Ma, certo, l'Autore ha ragione di battere soprattutto nell'opera del Dumoulin che non solo rappresentò il potere giudiziario del re come « un suo esclusivo diritto di proprietà », bensì elaborò un progetto di codificazione delle *coutumes*, concepito come « il compimento di una tradizione storica unitaria al di sopra e al di là delle differenze tra le norme e gli istituti delle numerosissime consuetudini locali ». Nella stessa direzione si mosse anche Michel de l'Hôpital, con il suo progetto di riordinamento delle leggi regie che, nella sostanza, indicava proprio nel legiferare « una funzione tipica per individuare i compiti del re ». Però, pur mantenendo ferma la polemica con i sostenitori del contrattualismo e con i « monarchomachi », anche questi giuristi, fedeli alla loro formazione umanistica, considerarono il rispetto da parte del re delle istituzioni e norme positive come « il segno della continuità del dovere monarchico di non violare i principi della tradizione giuridica nazionale, espressa nelle cosiddette leggi fondamentali ». Poi, la nuova immagine del « re legislatore » che, proprio in questa funzione, individua « l'elemento capace di esprimere in sintesi il concetto di sovranità », trovò la sua più alta espressione ne *La République* di Bodin, l'opera che il Piano Mortari considera, e giustamente, come uno dei punti conclusivi dall'intero processo di elaborazione delle nuove teorie giuridico-politiche. Perché il Bodin, nella sua concezione del potere monarchico, stabilì, in maniera assai chiara, « le nuove basi del diritto pubblico francese in svolta decisiva nel primo secolo dell'epoca moderna »; e fornì pure i più precisi presupposti teorici e tecnici per costruire « un ordinamento politico corrispondente alla situazione del tempo ».

Ciò non significa affatto che il consolidamento e la diffusione del diritto nazionale interrompessero la continuità storico-giuridica della tradizione romanistica, rimasta in vita per tutto il medio evo. Ché, anzi, il rapporto di « interazione » già stabilitosi, nel tardo medio evo, tra il diritto romano e il diritto nazionale, venne a costituire, nel corso del Cinquecento, le basi più solide « per superare le contrapposizioni e le polemiche antiromanistiche sollevate dai giureconsulti ». Come scrive, appunto, il Piano Mortari, « la romanizzazione assai vasta della vita

giuridica » che aveva in Francia origini antiche, si rafforzò e si estese, proprio « sotto l'influsso di una politica monarchica sensibile ai bisogni della nuova economia e tesa in primo luogo a contenere, a diminuire ma non certo a eliminare le autonomie giuridiche cittadine e feudali malgrado il suo proposito di costruire uno Stato centralizzato e burocratico ». Ed è molto significativo che anche l'impostazione e la struttura sostanziale dei commenti sul *droit coutumier* fossero elaborate dai loro autori « sui presupposti di una cultura e di un'esperienza amministrativa e forense, sia francesi sia comuni a tutte le scuole e a tutti i tribunali europei ». D'altro canto, il modello romanista operò profondamente sia nella definizione delle figure e funzioni dei ministri e funzionari di ogni ordine e grado, sia nell'esigenza di realizzare un sistema più preciso e rigoroso di norme giuridiche che, nonostante le aspre polemiche contro l'ordine legale giustiniano, continuava a ispirarsi ad una tradizione ben fondata sulle *Institutiones*. Gli esempi recati in questo libro, a proposito della figura del Cancelliere, della definizione dei nuovi compiti del « Conseil du Roi » e delle sue varie sezioni, dell'estensione sempre maggiore delle competenze dei giudici regi, della determinazione delle varie attribuzioni giudiziarie, della creazione di vere e proprie magistrature finanziarie e, soprattutto, delle nuove regole introdotte per regolare i giudizi criminali e civili, sono chiari e probanti. Così come completano e definiscono meglio questo quadro le considerazioni del Piano Mortari sullo sfondo romanistico del nuovo concetto di patria potestà, sul riapparire degli istituti romani della tutela e della curatela, sulla ripresa del testamento « sulla scia delle fonti romane » che, per lui, sono altrettanti « aspetti della valorizzazione sul piano del diritto patrimoniale di principi corrispondenti all'attualità della nuova situazione », ma ben fondati sulla tradizione « classica ». Il distacco dal passato, la formazione di una diversa coscienza giuridica e di un differente ordine costituzionale e legale si svolgevano, insomma, sempre sul fondamento di principi tratti da una lunga tradizione che, però, stava evolvendosi, con mutamenti sostanziali e profondi.

Sono considerazioni, anche queste, che l'autore conferma, attraverso l'analisi del rinnovamento del regime privatistico, operato in maniera incisiva e determinante da parte della dottrina e della giurisprudenza nel campo delle obbligazioni e dei contratti (il settore poco trattato dalle *coutumes* e molto sensibile ai mutamenti cinquecenteschi dell'economia). L'esame dei testi del Dumoulin, dello Hotman, di Geraud de Maynard, dello Chasseneuz, del Cujas, di Etienne Bertrand, del Baron, del Connan e del Rebuffi dimostra, infatti, come l'affermazione del consensualismo, pur procedendo in modo graduale e frammentario, fosse però indiscutibile, sino alla decisiva dottrina del Dumoulin che « presentava di continuo l'essenza e il principio di qualsiasi contratto *in concursu simultanei consensus contrahentium* » e attribuiva « al termine *stipulatio* il semplice significato giuridico di accordo tra soggetti »,

prefigurando gli sviluppi successivi delle teorie elaborate da giuristi ancora operanti nei primi decenni del Seicento. Analogamente, anche il rilievo sempre maggiore acquistato dalla *compensatio* si fondò sul presupposto che la giustizia e l'equità naturali costituissero le basi originarie di quell'istituto e che quindi determinassero anche i modi di rappresentarlo e di applicarlo. Credo che, anche in questo caso, il Piano Mortari sia nel giusto quando riconosce in tutti quegli aspetti del diritto contrattuale i « segni indicativi » di una realtà giuridica « in pieno movimento » e volta ad affermare « una giustizia effettiva », in pieno accordo con le situazioni e le esigenze politiche, economiche e sociali del tempo.

Del resto, il secondo vasto saggio su « Potere regio e consuetudine redatta nella Francia del Cinquecento » fornisce la riprova più convincente dell'assunto generale proposto dall'autore, quando analizza il modo così diverso con cui si procedè, nel corso del secolo alla raccolta delle *coutumes*, sviluppando una « forma di produzione normativa » estranea agli schemi tradizionali. Tali compilazioni vennero, infatti, elaborate per iniziativa pubblica del re e con un procedimento che seguiva delle specifiche disposizioni regie; e posero, perciò, ai giuristi il problema realmente nuovo della « configurazione giuridica da assegnare al tipo delle consuetudini redatte ». La ricostruzione di questo dibattito, svolta con grande precisione ed acutezza, a partire dalla celebre ordinanza di Montils-les-Tours (1454), chiarisce le varie fasi e modalità del procedimento e il suo sviluppo sino alla metà del Cinquecento, quando la maggior parte delle redazioni era ormai stata compiuta. Ma il fatto più importante è la connessione tra questo evento giuridico, l'accentuazione del potere monarchico nel campo legislativo e il riconoscimento che il sovrano è l'unico « strumento » capace di porre fine alla confusa molteplicità delle fonti giuridiche ed eliminare l'incertezza del diritto positivo, instaurando l'uniformità e l'unità delle istituzioni giuridiche e politiche. Gli scritti di Pierre Rebuffi e di Barthélémy Chaseneuz forniscono al Piano Mortari gli elementi più importanti per mostrare come, secondo l'interpretazione dei giuristi, l'approvazione regia delle consuetudini le trasformasse in « leggi » emanate dallo stesso sovrano e, dunque, in « norme sovrane vere e proprie, alle quali ... era attribuita efficacia di diritto positivo ... dal potere regio, naturalmente nei limiti entro cui si estendevano le circoscrizioni territoriali relative alla loro formazione ». Certamente, non mancavano giuristi che vedevano proprio nelle *coutumes* un limite implicito all'invasione del potere regio, che difendevano i diritti di un « particolarismo » ancora capace di porre ostacoli « all'affermazione razionale e totale dell'assolutismo », o che consideravano (come fece Guillaume La Rouille) l'accordo tra le volontà degli stati e quella del re un elemento indispensabile « per l'acquisto di positività da parte delle consuetudini redatte ». Però l'approfondita analisi dei *Commentarii iuris civilis* di François Connan (1538) mostra

che questo scolaro dello Alciato distingueva nella maniera più netta tra le raccolte ufficiali delle *coutumes*, realizzate per il diretto intervento del re, « titolare della potestà legislativa », e quelle preparate da privati; e simili posizioni erano sostenute, sia pure con sfumature diverse, da Jean de Casavieille (1544), da Pierre Rat (1548), dal Baron (1548) e da Jean Papon (1550), sostanzialmente concordi nel sostenere il valore « determinante e prevalente » dell'atto emanato dal re « per imprimere obbligatorietà alle regole prescelte ». Poi, il Dumoulin, in una serie di scritti apparsi tra il 1539 e il 1567, si servì dei principi tradizionali della cultura romanistica e delle teorie che erano maggiormente legate al pensiero giuridico francese per celebrare la figura del re come luogotenente di Dio, del tutto indipendente dall'Impero e dalla Chiesa, dotato di poteri analoghi a quelli degli imperatori romani e bizantini. Così il progetto della codificazione regia delle *coutumes* fu da lui considerato come una via per rafforzare l'unità politica dello Stato monarchico, ponendo tutto il *droit coutumier* sotto la conferma e l'approvazione del sovrano. Con un intendimento non diverso, TanneGuy Sorin sostenne, nel 1568, la necessità della conferma regia del diritto consuetudinario; mentre Louis De Sainctyon (1580), rivolgendosi ad Enrico III, affermò che le *coutumes*, dopo la loro redazione, avevano preso *la nature et qualité de loy escrite* e che la loro forza dipendeva ormai dalla volontà del re. Ma il Bodin (1583) le identificò sostanzialmente con le leggi regie e sostenne che il valore positivo del *droit coutumier* non redatto dipendeva esclusivamente da un atto di tolleranza e concessione del sovrano. Non stupisce, quindi, che un altro giureconsulto, particolarmente fedele alla causa dei sovrani francesi, Louis Charondas Le Caron, nelle *Responses et décisions du droit françois* (1576) e nelle *Pandectes ou Digeste du droit françois* (1587), avanzasse il suggerimento di elaborare un codice di carattere nazionale che esprimesse, appunto, l'unica sovrana potestà legislativa del re, dalla quale dipendeva anche la validità delle *coutumes*; oppure, che l'anonimo autore del *Traité du droit des coutumes de France* considerasse il processo verbale delle redazioni compilato dai commissari regi come un documento contenente « i termini indicativi di un contratto pubblico con cui i rappresentanti del popolo a nome di esso si sottoponevano alla volontà sovrana ». Più tardi, il ristabilimento della pace politica e religiosa in Francia e l'ascesa al trono di Enrico IV, rafforzando il regime monarchico-assolutistico, consolidò anche il concetto di *droit redigé*, come appare dagli scritti di un giurista, Guy Coquille, che pure cercava di concordare il suo attaccamento alle tradizioni del passato con il suo sentimento di « lealismo regio ». Senza dubbio — il giudizio conclusivo del Piano Mortari mi sembra difficilmente contestabile — il peso delle istituzioni feudali continuò ad essere forte, e restò pure ancora solida l'influenza delle antiche autonomie locali fondata, appunto, sul *droit coutumier*, come dimostra anche l'insistenza

degli stessi giuristi nel sottolineare il valore del consenso degli stati nelle redazioni. Eppure il compromesso raggiunto tra la monarchia e i gruppi politici e sociali del Regno durante le redazioni delle *coutumes* servi alla teoria dei giuristi per affermare, soprattutto, « la potestà monarchica di legiferare e il principio tipico degli ordinamenti politici moderni della derivazione statutale delle norme positive ». Alcuni scritti che il Piano Mortari esamina nel terzo saggio (« Impedimenti giuridici alla mobilità sociale nella Francia della prima metà del secolo XVI ») mostrano, del resto, che un acuto giurista, qual'era Barthélémy Chasseneuz, si rendeva perfettamente conto dei mutamenti ormai intervenuti nella struttura politica e sociale del Regno di Francia, quando, nel *Catalogus gloriae mundi* (1529), considerava il complesso dei funzionari come un ordine sociale comprendente il re, tutti i suoi magistrati e, insomma, « tutti coloro che fossero in possesso di tutte le funzioni politiche, legislative, amministrative e giudiziarie del Regno ». Certo, le magistrature regie più importanti restavano, anche per lui, riservate esclusivamente ai nobili, detentori della *dignitas* e dello *honor*. Però il conferimento di un ufficio pubblico da parte del sovrano era già considerato una ragione per acquisire, almeno temporaneamente, la qualità di nobile. Se permanevano, ancora, assai forti quei vincoli che rendevano difficile la trasformazione delle categorie sociali e frenavano il processo di rinnovamento dei ceti dirigenti, l'avanzamento progressivo della borghesia, in tutti i settori della vita sociale ed economica, induceva i giuristi a cercare nuove vie per rendere « giuridicamente possibile » un processo di sviluppo ormai irreversibile.

Un simile mutamento teorico presuppone, però — è evidente —, anche una trasformazione degli strumenti logici, degli approcci culturali, delle stesse strutture mentali con i quali era stato affrontato, per lunghi secoli, l'« universo » del diritto. Il Piano Mortari è perfettamente consapevole di questo fatto che, anzi, costituisce, per lui, uno degli aspetti determinanti del nuovo indirizzo assunto dal pensiero giuridico nel corso del Cinquecento. Né è certo un caso che, proprio al centro del volume e in posizione dominante sia per la sua estensione, sia per l'originalità dei temi trattati, figuri l'ampio saggio su « Dialettica e Giurisprudenza » che reca, come sottotitolo, questa esplicita specificazione: « Studio sui trattati di dialettica legale del secolo XVI ». Com'è noto non solo agli studiosi di storia del diritto, si tratta di un lavoro apparso in estratti già nel 1955 e, quindi, edito nel '57, proprio negli anni in cui da varie parti e in diverse direzioni, riprendeva lo studio della tradizione logica umanistica e si cominciava ad affrontare, su nuove basi, l'indagine di autori e testi a lungo dimenticati, oppure interpretati in modi estremamente deformanti e antistorici. A tali ricerche il saggio del Piano Mortari recò un contributo di grande importanza, indagando opere spesso ignote agli storici della cultura e della filosofia, e, comunque, dimostrando lo stretto legame che aveva unito il rinnovamento dei metodi

logici della giurisprudenza umanistica a quel processo di trasformazione degli strumenti logici e metodologici che occupò tanta parte della vita intellettuale del Cinquecento europeo. I venticinque anni che sono ormai trascorsi dalla sua pubblicazione non ne hanno affatto diminuito l'interesse e il valore storiografico; mi sembra, anzi, che le ricerche successive, condotte, del resto, in altri ambiti culturali, abbiano confermato le conclusioni del Piano Mortari, sottolineando l'estrema interdipendenza di tradizioni culturali e di discussioni teoriche che si svolgevano lungo tutto l'arco del sapere del tempo, dalla filosofia alla medicina, dal diritto alle scienze naturali, dalla teologia alle discipline storiche. Del resto, lo stesso autore aveva ben chiara questa connessione, quando, fin dall'inizio del saggio, insisteva sulla lunga e tradizionale influenza delle dottrine dialettico-retoriche di Cicerone e di Quintiliano sulla formazione culturale dei giuristi occidentali, e quando sottolineava, d'altro canto, che proprio i « giuristi culti », così legati alla fortuna degli « studia humanitatis », erano stati i più attenti a porre in rilievo la grande importanza delle discipline logiche per l'elaborazione scientifica del diritto, all'interno della vocazione enciclopedica così tipica della tradizione umanistica. Sicché non lo meravigliava che la teoria dell'« inventio argumentorum » fosse da loro considerata come la parte più interessante della logica, in connessione con l'interesse specifico dei giuristi per gli argomenti trattati dai filosofi « sulla base dei *Topica* di Aristotele e di Cicerone, delle *Istituzioni oratorie* di Quintiliano e degli scritti *topici* di Boezio ». Ciò spiega, appunto, perché già la *Dialectica legalis* del giurista bolognese Pietro Andrea Gammato (1514) attribuisce particolare importanza ai vari luoghi e principî dialettici, « nella loro concreta applicazione nel campo del diritto »; e perché sia i *Loci argumentorum legales* di Nicolas Everard, sia i *Topica legalia* di Claude Chansonnette (il Cantiuncula), fossero dedicate esclusivamente alla trattazione dei luoghi dialettici adoperabili nella giurisprudenza. Ma è molto sintomatico che lo stesso Chansonnette si riferisse, con ammirata adesione, alle opere di altri autori contemporanei, tra i quali non figuravano soltanto il Budé, l'Alciato e lo Zasio, ma anche Rodolfo Agricola, Erasmo e Melantone. La ricerca dei principi logici essenziali per una « sistemazione organica e razionale della cultura giuridica » si legava, insomma, fin dagli inizi, a quella riforma dei procedimenti razionali e delle tecniche dialettiche che aveva avuto le sue origini nella polemica valliana e i suoi sviluppi più tipici nel *De inventione dialectica* dell'Agricola. Ed è pure esatto che l'intima concatenazione ideale tra questi due processi fu avvertita in modo ancora più profondo negli scritti dello Apel, dell'Oldendorp, del Vigelius e del Freigius, autori che, non a caso, si trovarono ad operare proprio nell'area di massima diffusione dell'operetta dell'Agricola e delle dottrine melantoniane, sturmiane e ramiste.



Non posso, purtroppo soffermarmi sull'analisi dei loro testi che il Piano Mortari conduce, per tanta parte del saggio, con grande precisione e chiarezza. Né mi è possibile insistere sugli ampi *excursus* dedicati a individuare i caratteri essenziali della tradizione dialettico-retorica di cui l'Autore comprende perfettamente le effettive ragioni storiche, il nesso con i propositi di riforma etica e religiosa, la fondamentale ispirazione enciclopedica e la decisiva vocazione pratica che la induceva ad accentuare proprio la semplicità, facilità e rapidità dei suoi procedimenti. Basterà dire che, proprio analizzando il contenuto dei principali trattati di dialettica legale (quelli del Vigelius, del Fregius, dello Hegendorff, dello Apel, dell'Oldendorp e del Cantioncula), egli non si limita soltanto ad illustrare i vari sistemi di « loci » che vi sono proposti e la loro diretta applicazione alla concretezza delle cause e dei negozi giuridici, bensì chiarisce l'importanza che essi attribuiscono alla teoria della definizione e della « divisio », ai principî della « similitudine » e dell'« analogia », alla argomentazione « per exemplum » e al concetto di « contrarietas » (come fonte di due tipici « loci »: i « contraria » e gli « opposita relata »). Che, poi, simili procedimenti di evidente natura dialettico-retorica fossero stati realmente adoperati dai Commentatori e dai giuristi « culti » per sviluppare e precisare il pensiero giuridico lo confermano i vari luoghi di Baldo, Bartolo, Paolo di Castro, Giason del Maino, Giovanni da Imola, Bartolomeo Saliceto, Filippo Decio, Alciato, Zasio, Cujas, Coras, Doneau, Wesenbeck, ecc. citati in questo ed in altri lavori del Piano Mortari. In particolare, proprio l'Alciato gli permette di chiarire, attraverso l'analisi di un testo particolarmente controverso, che alla polemica contro la dialettica verbale della tradizione scolastica, arroccata nei metodi della « logica modernorum » e nella tecnica dei « sophismata », corrispose la fondamentale esigenza di elaborare una logica semplificata, « più sollecita delle *res* che dei *verba* », il ricorso, insomma, a « forme di ragionamento più concrete e più naturali ». Se Alberico Gentili sembrò rappresentare, ancora in pieno Cinquecento, una tendenza del pensiero giuridico sostanzialmente contraria « ad immettere nella giurisprudenza le risorse culturali degli *studia humanitatis* » (e, quindi, assai diffidente nei confronti dell'uso giuridico della dialettica umanistica), sta di fatto che la forte accentuazione del contenuto razionale di ogni norma positiva da parte degli stessi « giuristi culti » implicava la crescente utilizzazione di tutto lo strumentario dialettico, rinnovato dalla critica umanistica. A questo proposito, il Piano Mortari si richiama di nuovo alla testimonianza diretta degli autori, dall'Alciato allo Zasio, dal Doneau all'Oldendorp, dall'Althusio al Coras, al Forster ed al Federici che gli offrono prove numerosissime della validità del suo asserto e confermano come, nel corso del Cinquecento, l'idea della razionalità intrinseca del diritto e l'uso della dialettica da parte dei giuristi fossero tra loro strettamente connessi. Ma la sua analisi va ancora

più in profondo e scopre una connessione storica che a me sembra particolarmente importante, quando chiarisce che l'uso del procedimento dialettico da parte dei giuristi di questo secolo deve pure essere idealmente collegato « con l'idea del diritto come un dato normativo fissato dall'autorità e costituente il presupposto necessario di un'interpretazione e di un'elaborazione logiche di carattere dialettico » e, cioè, con l'attuazione storica progressiva del « principio della statualità del diritto », già largamente in corso in molti paesi europei. Il che spiegherebbe perché acquistasse tanta importanza una tendenza alla razionalizzazione dialettica della materia giuridica che tendeva a presentare, in forma organica e « persuasivo-argomentativa », l'insieme delle norme, riorganizzandola in un sistema armonico e logico, addirittura suscettibile di procedimenti deduttivi.

A ciò si aggiunge che — come il Piano Mortari afferma con particolare decisione —, nel corso del XVI secolo, si delinearono, in Europa, due tendenze caratteristiche e fondamentali per il rinnovamento del sapere giuridico, ben definita la prima dalla netta affermazione di un indirizzo storico e filologico, e l'altra, invece, dal proposito di fondare una scienza giuridica sistematica, proprio per reazione al carattere troppo analitico e frammentario della giurisprudenza del « mos italicus ». Per l'Autore, entrambe queste tendenze ebbero un'efficacia vasta e profonda, perché contribuirono a imprimere « una scossa potente alla fiducia indiscutibile nel valore dei testi tramandati » e a riaffermare il diritto del pensiero giuridico a « battere liberamente strade nuove e migliori. Ma soprattutto esse rappresentarono la comune esigenza di superare la metodologia scientifica dei bartolisti, oggetto, non a caso, da quasi un secolo, delle severe critiche umanistiche. Ecco perché, nelle opere dei giuristi « culti », indagine filologica, analisi ed elaborazione dialettica dei testi giuridici vennero concordemente usate allo scopo di pervenire ad una loro « più profonda e più esatta comprensione », secondo quei canoni di semplicità, chiarezza e armonia che l'educazione umanistica aveva fatto valere in tutti i campi del sapere. Il richiamo a quelle pagine di Melantone e di Pietro Ramo che proponevano il nuovo concetto di una « methodus » comune ad ogni tipo di conoscenza e di dottrina era, quindi, inevitabile; così com'è comprensibile l'adesione di molti giuristi al loro proposito di « repastinare » tutte le « arti », per riordinarle in un sistema del sapere totale ed omnicomprensivo. Non stupisce che, dopo gli accenni già presenti negli scritti del Cantiuncula, dello Hegendorff, dell'Amerbach e del Frosch, Sebastian Derrer compisse il primo vero tentativo di « in artem redigere » l'intera materia giuridica. Il Piano Mortari che, anche in questo caso, si preoccupa di fondare la sua analisi su una lettura molto ravvicinata dei testi, mostra, infatti, come il Derrer e, con lui, gli altri autori che cercarono di procedere a questa difficile opera di sistemazione generale (l'Oldendorp, il Wesenbeck, il Vigelius, il Kling e il Fregius), si fondassero esplicitamente

sulle tecniche dialettiche «umanistiche»; e come proprio il Freigius si servisse della sua esperienza di conoscitore e divulgatore della logica ramistica nell'elaborare la sua opera metodica sulle *Institutiones*. Del resto, la concezione della «methodus» che Ramo aveva sviluppato, maturato e trasformato, durante la sua lunga carriera di maestro e di scrittore, doveva esercitare un'influenza duratura e profonda su molte opere di sistemazione giuridica come quelle elaborate dall'Althusio. Come ricorda l'Autore, richiamandosi alle ricerche del Gierke, dello Stintzing e del Wolf, il principio metodologico accettato dell'Althusio fu appunto la «deduzione puramente dialettica di tutte le classificazioni dalla progressiva antitesi dei concetti, il ricorso generale alla fissazione ... della opposizione tra la *partitio* e la *divisio* dei concetti in *membra* e *species*, l'applicazione ... della dicotomia ramista secondo la quale da un concetto superiore venivano dedotti due concetti subordinati, risultati dall'affermazione o negazione di un attributo, ed infine ... la rappresentazione panoramica e schematica in tavole riassuntive delle varie parti del sistema». Ciò ha fornito occasione a vari storici di formulare dei giudizi piuttosto negativi sulla validità di una sistemazione, come quella dell'Althusio o l'altra delineata nell'abbozzo sistematico dello Apel, alle quali è stato rimproverato di essere una costruzione meramente formale, priva, cioè, di una sua reale, interiore «concatenazione». Ma anche su questo punto mi trovo del tutto d'accordo con il Piano Mortari, quando ritiene che il giudizio storiografico sul valore intrinseco di quei trattati deve tener sempre presente il nesso indissolubile con il procedimento dialettico allora in uso, senza riflettere su di essi il punto di vista del pensiero sistematico seicentesco o settecentesco, fondato sul presupposto del «metodo» cartesiano.

Le conclusioni che, poi, sono tratte da questa analisi così lucida, paziente e persuasiva toccano punti che, a mio parere, mantengono un singolare interesse per lo storico della cultura il quale deve sempre aver presente la mentalità e la preparazione giuridica proprie di una parte molto vasta degli intellettuali europei. Intanto, per prima cosa, il Piano Mortari è convinto, a buona ragione, che sia impossibile separare la valutazione storiografica del pensiero giuridico di un'epoca dalla sua forma di articolazione concreta e, dunque, anche dagli strumenti logici posti in opera, si tratti di quelli di tradizione scolastica, oppure dei procedimenti dialettico-retorici umanistici. Ma è altresì certo che il manifestarsi, soprattutto in Francia e Germania, delle nuove esigenze metodologiche dei giuristi seguaci della scuola «cultu» non possa essere separato dalla contemporanea «accentuazione nel campo politico del movimento per la costruzione di Stati accentrati e unitari, sempre più insofferenti della persistenza nel loro seno di organismi particolaristici, comunali e feudali». L'esigenza di chiarezza, semplicità e uniformità delle norme positive, il proposito di eliminare il sistema del diritto comune per instaurare un regime legislativo uniforme in tutto il ter-

ritorio di uno Stato non sarebbero, quindi, estranei all'utilizzazione di nuovi metodi logici profondamente diversi da quelli adoperati dai « bartolisti » e particolarmente finalizzabili ai compiti che attendevano i giuristi delle monarchie. Anzi, l'ideale di una scienza giuridica sistematica e più armonicamente razionale (quale fu espresso dal Budé, dallo Hotman, dal Dumoulin e, in Germania, dal Derrer) appare davvero assai vicino a quella particolare riforma del sapere e dell'insegnamento che era stata e veniva proposta dall'Agricola, dal Melantone e dal Ramo, dotti operanti, non a caso, nelle stesse culture e società e altrettanto sensibili ai problemi storici del loro tempo.

Si tratta, del resto, di atteggiamenti e tendenze che il quinto saggio (« Considerazioni sugli scritti programmatici dei giuristi del secolo XVI ») osserva e analizza da un diverso punto di vista, quello costituito dai numerosi trattati programmatici dei giuristi umanisti che, mentre difendono, in polemica con il Mofa e il Gentili, una concezione unitaria ed enciclopedica del sapere, affermano la validità essenziale degli « studia humanitatis », strumenti preziosi per restaurare la lezione filologicamente esatta dei testi, e l'utilità della conoscenza storica, volta a comprendere il continuo svolgersi e trasformarsi delle istituzioni giuridiche. Ormai consapevoli che il *Corpus iuris* è « una fonte giuridica ricca certamente di preziosi e innumerevoli insegnamenti, concordante in molti casi con il diritto naturale, ma nello stesso tempo priva del valore persino metagiuridico ed eterno » che gli avevano attribuito i maestri bolognesi, questi giuristi operarono, in effetti, una rivoluzione mentale che l'Autore giudica ancor più profonda di quella compiuta dagli stessi teologi protestanti, perché scoprirono e riconobbero la dimensione squisitamente storica di ogni norma o ordinamento giuridico. Ma, proprio perché questa coscienza storica e critica nasce dalla pratica degli « studia humanitatis » e si radica in una cultura di carattere eminentemente storico e filologico, dotti come l'Alciato, il Cantiuncula e il Wesenbeck possono proporre come immagine del giurista ideale quella dell'« orator » che è, al tempo stesso, « vir sapiens » e « vir bonus » e trae dalla conoscenza delle « litterae » la chiarezza, precisione e semplicità dei propri pensieri, liberi da ogni deformazione « sofistica ».

È chiaro che, anche in questo caso, i giuristi hanno ben presenti gli sviluppi contemporanei della cultura umanistica che, dal primo Quattrocento al maturo Cinquecento, si è battuta per la riforma dei metodi educativi tradizionali, affermando, in particolare, la necessità di un metodo procedente dai principi universali più generali, più noti e anteriori logicamente a quelli particolari, meno evidenti e conseguenti. Jean Coras, nel suo *De iure civili in artem redigendo*, affronta, appunto, siffatti problemi squisitamente pedagogici e metodologici, attraverso la ricerca di principi universali e naturali del diritto che siano suscettibili di una rigorosa elaborazione logica e permettano di riscoprirne il

fondamento reale nell'«equità», alla quale vanno ricondotte tutte le leggi e istituzioni diverse elaborate dai vari popoli e dalle varie età. Per questo, egli rimprovera ai « bartolisti » una mancanza fondamentale di « methodus » e di « ars docendi », concordando con quanto scrivono anche il Duaren, il Cantuincula, lo Hegendorf, lo Apel, il Wesenbeck, il Vulteius, il Reusner e lo Elen, autori che dalla tradizione platonica e dalla stessa disciplina aristotelica hanno tratto il principio di un metodo di studio ispirato a puri criteri di razionalità e sistematicità. Appunto perciò, di tutti i testi del *Corpus Juris*, essi privilegiano le *Institutiones*, considerate come un buon modello di organizzazione sistematica del sapere giuridico, facile anche a memorizzare. Poi, per quanto concerne lo studio del *Digesto*, del *Codice* e delle *Novelle* da parte dei principianti, i suggerimenti dei « culti » sembrano sempre concordare nel suggerire di fissare bene nella mente i principî più essenziali e più generali del diritto, prima di passare all'esame ed alla risoluzione delle quistioni giuridiche più particolari. Ma è indubbio che, per costoro, lo studio del *Corpus Juris* deve sempre essere condotto direttamente sulle fonti, con una lettura precisa, sostenuta da un'adeguata preparazione storico-filologica. Certo, anche nel corso della loro polemica con i « bartolisti », taluni giuristi « culti » non cessano di riconoscere l'acutezza e le capacità esegetiche dell'Accursio, del Bartolo e del Baldo, che Bonifacio Amerbach difende anche dall'accusa di grave ignoranza letteraria, attribuendone la colpa solo alla « barbarie » dei loro tempi. Ma anche il rispetto della sapienza giuridica bartolistica (che contraddistingue degli umanisti come lo Zasio, il Cantuincula, l'Oldendorp, il Wesenbeck e, in genere, i giuristi « culti » tedeschi) non impedisce che i loro colleghi francesi assumano spesso un atteggiamento assai più radicale e che, giuristi-filologi, come il Budé e lo Hotman, giungano sino a proporre la formazione di un nuovo codice di legge e quindi l'eliminazione del diritto romano dalle fonti del diritto positivo. Le fondamentali ragioni politiche di questa scelta non sfuggono al Piano Mortari che riconduce le opposte posizioni del Gentili, del Deciani e dei seguaci del Cujas alla profonda diversità delle tradizioni storiche e delle situazioni effettuali nelle quali rispettivamente si muovono, insomma, alla differenza tra la società tedesca e quella francese, nella quale è assai viva l'esigenza di una nuova sistemazione del patrimonio giuridico fondato sulle fonti romane. Così, se i giuristi tedeschi del Cinquecento possono considerare con estremo favore l'accoglimento del diritto comune, perché la sua ricezione significa l'instaurazione in Germania di un regime giuridico positivo fondato su testi certi e sicuri, i giuristi « culti » francesi mirano piuttosto ad una nuova sistematica d'impianto e ispirazione umanista, come quella proposta da François Connan nei *Commentarii juris civilis* che il Piano Mortari analizza particolarmente nel sesto saggio.

Al tema dei rapporti tra «*studia humanitatis*» e «*scientia juris*» è, poi, ancora dedicato il settimo saggio che, muovendo dalle *Annotationes in Pandectas* del Budé e dai suoi due trattati sugli studi umanistici e le nuove discipline filologiche, mentre ricostruisce talune tendenze e influenze dominanti nella cultura giuridico umanistica francese del Cinquecento, mostra che la conoscenza delle «*litterae*», l'uso della dialettica, l'approfondimento del sapere storico furono considerati dal grande umanista come la via migliore per giungere alla formazione di una nuova figura di giureconsulto, capace, insieme, di «*redigere in artem*» il diritto, e di perseguire le finalità civili e sociali di una disciplina che, in ogni caso, era pur sempre «*pars scientiae civilis*». Ma anche l'ottavo saggio («*Pensieri di Alciato sulla giurisprudenza*») insiste ancora sul terreno della metodologia umanistica e dei suoi rapporti con il diritto colti attraverso l'opera di un giurista di cui è inutile ricordare la lunga familiarità con gli «*studia humanitatis*», la certezza della sicura superiorità delle scienze che sono rivolte all'azione e l'alto apprezzamento del sapere storico, considerato come «*mezzo validissimo di ricerca e di raccolta di esperienze e principi che dovevano servire come regole e lezione per il vivere civile*». In questo senso, le «*lodi*» della giurisprudenza che l'Alciato pronunziò ad Avignone, poi, a Bourges, alla presenza di Francesco I, nell'aprile del 1529, e, quindi, ancora in vari discorsi programmatici, sono considerate dal Piano Mortari come la coerente espressione conclusiva di un pensiero che riconosceva nella giurisprudenza l'unione intrinseca di una preparazione teorica e storica e di un fine senso del concreto, necessario per tradurre in atto la sapienza speculativa e coniugare con essa la «*prudentia*», giusta guida per l'azione. Che quindi anche l'Alciato insistesse particolarmente nell'identificare logica, retorica ed eloquenza quali mezzi tutti necessari per comunicare sentimenti e pensieri agli altri uomini, dimostrare le proprie idee e persuadere della loro bontà è cosa del tutto comprensibile. Così com'è naturale che la «*scientia juris*», alta forma di filosofia, nutrita di eloquenza e di prudenza fosse, per lui, la migliore «*disposizione*» per l'uomo politico; e che, d'altra parte, richiedesse, per il giurista, una vasta conoscenza della logica, della storia, della filosofia, della teologia, dell'etica e della politica, connesse naturalmente con la maggiore perizia filologica e la capacità di sapere ordinare, in modo sistematico, l'intero corpo delle conoscenze giuridiche.

Si tratta, anche in questo caso, di un atteggiamento culturale nel quale concordano i maggiori maestri della scuola di Bourges, ugualmente interessati allo sviluppo degli studi storici e filologici delle fonti ed all'utilizzazione delle discipline logiche per costruire un sapere sistematico nel campo del diritto. In un saggio tra i più importanti dell'intera raccolta, il nono («*Razionalismo e filologia nella metodologia giuridica di Baron e di Duareno*»), il Piano Mortari osserva acutamente che la polemica dei sostenitori del «*mos gallicus*» contro i seguaci

del « mos italicus », fu, per buona parte, proprio determinata dal nuovo rapporto tra diritto e « artes liberales » affermato dai giuristi francesi e dalla loro ricerca di strumenti logici più adeguati e flessibili di quelli di tipo scolastico tradizionale utilizzati dai bartolisti. Naturalmente, essi non rifiutavano affatto l'uso della logica nel campo del sapere giuridico, bensì miravano a introdurre processi di argomentazione « più spontanei e più concreti », funzionali anche al nuovo approccio storico alla tradizione. Sicché il richiamo al concetto di « methodus », che s'incontra nei testi del Budé, dell'Alciato e del Connan, e l'utilizzazione dell'edificio concettuale elaborato nei *Topica* di Cicerone costituirono un motivo costante nell'elaborazione teorica di quei giuristi che associavano questa riforma dei principi logici all'apertura verso la ricerca storiografica e l'applicazione sistematico dei procedimenti filologico-critici. L'esame specifico e ravvicinato dei testi del Baron (che peraltro sono sempre posti in rapporto con quelli di altri autori, si tratti del Budé, dell'Alciato, del Lorioz o del Connan) rivela come, in effetti, i maestri di Bourges fossero i tenaci difensori di un criterio « razionalistico » che, tuttavia, si definiva nelle nuove forme maturate dalla dialettica umanistica e, come tale, si volgeva piuttosto verso le tecniche tipiche della « persuasione » e le strutture logiche della probabilità e dell'« investigazione ». Ma se il Baron utilizzò, con abilità e misura, la via della « methodus compendi » e, addirittura, gli schemi tabellari per « classificare » la materia giuridica e darle una « disposizione » conveniente e pedagogicamente efficace, il Duaren insisté sempre sulla necessità di rendere più semplice e chiaro lo studio del diritto e di proporre le nozioni nel modo più logico e ordinato, secondo coerenti principi metodici. Richiamandosi ai nomi di Aristotele, di Cicerone e di Galeno, egli sosteneva che il criterio direttivo della scienza giuridica doveva consistere nel fissare in modo fermo gli elementi essenziali del diritto e nel muovere da essi nell'esame e nella risoluzione di tutte le questioni giuridiche particolari. Ed a questi presupposti teorici egli cercò di mantenersi sempre fedele nei suoi numerosi scritti di commento a molti titoli del *Codice* e del *Digesto* dai quali il Piano Mortati trae un'esemplificazione particolarmente illuminante. Sicché al « ripensamento sempre più profondo del sistema romanistico » ed all'individuazione delle sue radici storiche, il Duaren intese unire la realizzazione, anche nel campo del diritto, di quell'« ordine » scientifico che era così vivacemente dibattuto dai dialettici, gli enciclopedisti e i teorici dell'arte medica dei suoi tempi, ma che era perseguito anche dai teologi e dagli storiografi, primo tra tutti il Bodin.

Basterebbe, già — credo — la lettura di questi saggi e delle coerenti conclusioni che l'Autore sa trarre da un materia così complessa, indagata con un taglio ed una prospettiva assai originali, per confermare quanto s'è detto, sin dagli inizi, sul valore storiografico di un contributo, insieme, così specifico e così aperto ai grandi problemi della storia della

cultura. Ma, certo, il Piano Mortari non poteva trovare migliore conclusione per la sua ricerca di quel saggio su « La scienza del diritto in François Baudoin » che chiude il volume, riepilogandone tutti i temi essenziali. Perché proprio dalla ricostruzione di una personalità tra le più rappresentative non solo del « mos gallicus », ma della cultura filologica, critica e storiografica del Cinquecento francese, emerge, nel modo più persuasivo, il fitto intreccio di rapporti, connessioni e relazioni che unì la problematica giuridica del secolo ad un processo di rinnovamento generale della vita intellettuale europea, destinato a porre sempre più in primo piano l'esigenza fondamentale del riforma « metodica » dell'intero dominio del sapere. All'incrocio tra il progredire della ricerca storica, il raffinamento degli strumenti di esegesi critica e la ricerca di nuove vie e strumenti della ragione, la coscienza intellettuale europea compì un'esperienza irreversibile, iniziando quel cammino che avrebbe portato, insieme, agli inizi della rivoluzione scientifica e ai primi tentativi di una fondazione organica e metodica di tutte le « scienze dell'uomo ». Aver ricostruito un episodio determinante di questo processo, e da un punto di vista così « privilegiato » qual'è quello offerto dalla storia del diritto, è l'ammirevole risultato di un libro altrettanto limpido quanto acuto e profondo.

CESARE VASOLI

R. SCHNUR, *Individualismo e assolutismo. Aspetti della teoria politica europea prima di Thomas Hobbes (1600-1640)*, Milano, Giuffrè, 1979.

'Individualismo e assolutismo', il saggio di Schnur ora tradotto in italiano, a cura di Emanuele Castrucci e di Giovanni Orrù, per i tipi di Giuffrè, occupa una posizione indubbiamente peculiare nell'ambito della storiografia della cultura giuridica. Innanzitutto quanto al modo di tematizzare l'oggetto della ricerca: non si tratta di un tentativo di cogliere i nessi fra la genesi dello Stato moderno nell'Europa occidentale e i punti di origine della moderna giuspubblicistica, fra il lento costruirsi di strutture di potere intorno alle quali si muovono giuristi e consiglieri del *princeps* e la corrispettiva produzione di un sapere intorno allo Stato. Non sono nemmeno le immagini del potere politico soggiacenti alla produzione discorsiva di alcuni circoli intellettuali operanti nell'Europa cinque-seicentesca quanto piuttosto i profili di un'antropologia politico-giuridica emergente in quel contesto che Schnur prende ad oggetto della sua indagine. La prospettiva nella quale l'Autore si situa, dunque, non è quella di una storia ideologica, ma semmai quella di una storia del fondamento antropologico-culturale dell'assolutismo seicentesco. Tanto la filologia (come ricognizione puntigliosa di testi) quanto la dogmatica giuridica (come indagine concettuale su 'grandezze' istituzionali date) sono



presupposte, ma non costituiscono il principale strumentario di cui si avvale il saggio di Schnur.

L'Autore non si preoccupa di diluire le proprie ipotesi ricostruttive in un arco vasto ed eterogeneo di episodi e correnti intellettuali, ma si concentra sulla produzione intellettuale dei circoli 'non conformistici' del primo seicento francese. La scelta di questo angolo di osservazione non è casuale: è in quei circoli intellettuali che il senso della instabilità, della precarietà connessa al tramontare di una immagine del mondo un tempo ferma e stabile si capovolge, con apparente paradosso, nell'esigenza di fare proprio della crisi il luogo di radicamento, nella impossibilità di addivenire immediatamente ad una concezione del mondo alternativa.

Il 'manierismo' di cui parla Schnur finisce così per essere una categoria capace di connotare un contesto storico dato, ma anche di porsi, nel momento in cui descrive un oggetto 'al passato', come suggestiva di temi in qualche modo 'dilatati' rispetto al contesto stesso: una riflessione su una determinata crisi (su una 'crisi' oggetto di interpretazione storiografica), ma anche sulla 'crisi' come categoria storiografica (con le sue suggestioni antropologico-politiche a *parte subjecti*) — e opportunamente Castrucci, nella fine introduzione premissa all'edizione italiana del saggio di Schnur, richiama l'attenzione su Schmitt.

La Mothe Le Vayer, Naudé, Mersenne sono dunque, per Schnur, 'filosofi della crisi', deciflatori di quella particolare 'crisi' che, nel vuoto prodotto dalla frantumazione, ormai compiuta, dell'universo politico-culturale medioevale, non si affrettano a delineare un'immagine alternativa di ordine politico sociale, non escono, con proposte teoriche 'positive', dalla percezione della 'crisi', ma piuttosto tematizzano precisamente la 'crisi', ovvero, in quel contesto, l'impossibilità di un concetto razionalmente indiscutibile di ordine politico-sociale.

È in questa prospettiva di fondo che si situa la coppia opposizionale individualismo/assolutismo che dà il titolo al saggio — il contenuto del quale (sia detto di passaggio) offre di più, per specificità e originalità di prospettiva, di quanto il titolo, forse un po' generico, non prometta: l'impossibilità razionale di un ordine sociale che si imponga come tale, per virtù propria (di un ordine, si dirà di lì a non molto, 'naturale') sta all'origine di un processo di divaricazione fra il politico come zona della pura fattualità decisionale (inutile insistere sulle suggestioni schmittiane) e l'individuale come zona che comincia a proporsi in una sua prepolitica (anche se non ancora giuridicamente fondata) autonomia.

Come è peculiare l'angolo di osservazione dal quale Schnur ridiscute la problematica dello Stato moderno e della sua legittimazione (a partire, cioè, dalla percezione che della 'crisi' hanno alcuni circoli intellettuali 'non-conformistici') così istruttivi sono i temi che scandi-

scono i momenti principali del saggio. Per indicarne solo alcuni: la distinzione netta fra 'assolutismo' e 'totalitarismo' — una distinzione, oggi, di tutto riposo, ma certamente non peregrina al tempo della edizione tedesca del saggio di Schnur; la dialettica fra norma ed eccezione (ancora Schmitt); il riverbero che la tematica della 'crisi' getta sulla percezione della temporalità; infine — ed è forse il tema di fondo — lo sganciamento della tematica 'individualistica' dai trionfi del liberalismo classico e la possibilità quindi di impostare il rapporto fra due diverse immagini del potere (assolutismo/liberalismo) in termini meno schematici, più complessi, trovando, al di sotto delle immediate contrapposizioni costituzionali e ideologico-politiche, una piattaforma antropologico-giuridica largamente comune.

In conclusione, la lettura del saggio di Schnur si rivela istruttiva almeno per due ordini di motivi, complementari: la delucidazione di una problematica delicata e complessa (le radici del pensiero 'assolutistico') a partire da un punto di osservazione originale e significativo; le suggestioni che i concetti esplicativi adoperati creano nel lettore, a contatto del contesto storico considerato, ma indirettamente, anche oltre di esso.

PIETRO COSTA

Victor TAU ANZOÀTEGUI, *La codificación en la Argentina (1810-1870), Mentalidad social e ideas jurídicas*, Buenos Aires, 1977 (414 págs.).

Como casi todas las naciones que lograron emanciparse de España a partir de 1810, la Argentina inició entonces un proceso de cambio del antiguo derecho, lento al principio, que en la segunda mitad del siglo modificó totalmente el sistema anterior.

Siguieron en vigor, después de la separación política, muchas disposiciones dictadas especialmente para las Indias, y también — especialmente en lo que se refiere al derecho privado — las leyes de Castilla incluidas en el código de las *Partidas* (elaborado en las últimas décadas del siglo XIII) y en la *Recopilación* de 1567.

Durante las dos primeras décadas que siguieron al movimiento emancipador predominó la idea de cambiar las instituciones políticas adoptando el sistema constitucional, con una acentuada tendencia a imitar el de los Estados Unidos. Este propósito solo se logró definitivamente en 1853, mediante la Constitución que desde entonces permanece en vigencia con algunas modificaciones. Al mismo tiempo se impuso el propósito de modernizar la legislación, y de esta manera se fueron sancionando sucesivamente los códigos de comercio (1862), civil (1869), penal (1886) y de minería (1886).

Este proceso constitucionalista y codificador ha sido suficientemente estudiado por distintos autores. El doctor Tau Anzoátegui — en el

libro que reseñamos — no tiene la intención de exponer nuevamente la historia de esas reformas fundamentales, ni se ocupa tampoco de las fuentes que inspiraron aquellas obras legislativas. Ha elegido un tema mas novedoso y original: el de investigar el movimiento de ideas que condujo a la sanción de los códigos argentinos. A lo largo de las seis décadas que comprende su estudio va recordando las distintas opiniones y las influencias filosóficas o jurídicas que gravitaron sobre ellas, ofreciéndonos así un panorama de las orientaciones a veces discrepantes que sobre ese tema aparecieron en los libros, el periodismo, las cátedras y los debates parlamentarios.

El autor divide su estudio analizando el proceso en cada una de las seis décadas que abarca esta investigación. Un capítulo inicial, y como introductorio, nos presenta un análisis del racionalismo jurídico, como movimiento destinado a procurar la fijación sistemática del derecho natural, que iba a concretarse en los primeros códigos europeos. Aliado a la Ilustración de la segunda mitad del siglo XVIII, fue esta escuela la promotora de esos cambios fundamentales que implicaban un nuevo método de creación jurídica, con técnicas originales y con el rigor lógico de una obra puramente intelectual. El código civil francés, no obstante haberse inspirado en el derecho vigente, fue considerado como el modelo de un ordenamiento jurídico que rompía con el pasado para servir de base a todas las reformas.

Estas ideas fueron recibidas en España, aunque no en su integridad. Por lo general se procuró mantener los vínculos con la tradición y con los principios religiosos, originándose una tendencia que trataba de dar realce a los antecedentes históricos del derecho. Esto no impidió que se difundiera paralelamente un movimiento en favor de la reforma legislativa. Pero este último no tuvo consecuencias, y volvió a utilizarse el antiguo sistema al sancionar en 1805 la *Novísima Recopilación de las leyes de España*, posterior en un año al código de Napoleón. Aquellas mismas ideas racionalistas, moderadas por el respeto a la tradición, aparecieron en el Río de la Plata a fines del siglo e inspiraron los escritos de sus juristas.

Una orientación mas acentuadamente iluminista predomina, en cambio, durante las dos décadas que siguieron a la revolución de 1810, sin que desaparecieran tampoco las manifestaciones de un pensamiento tradicional. Aquélla se inspiraba en la literatura política europea y tuvo así alcances mas universalistas, que se advierten en su violento rechazo de todo lo español y de la legislación vigente. A este respecto el objetivo primordial fue sancionar una constitución, quedando en un plano secundario la reforma de las otras ramas del derecho.

A estas influencias se agregaron, ya en la década del 20, las de la Ideología de Destutt de Tracy, el utilitarismo de Bentham y el liberalismo de Benjamin Constant, cuyas doctrinas se difundieron en las cátedras y entre los gobernantes. Pero el fracaso práctico de estas concepciones,

que no lograron inspirar la organización del nuevo Estado, produjo una reacción surgida de las filas de sacerdotes ortodoxos que criticaron el afán constitucionalista y el deseo de imitación en lo jurídico.

Esta última tendencia se impuso con la dictadura de Rosas durante su primer gobierno (1829-1832) y mas acentuadamente en el segundo (1835-1852). Las ideas racionalistas fueron combatidas y quedó postergada toda tentativa de sancionar la constitución y los códigos. Se exaltaron en cambio los valores propios, la experiencia y la necesidad de tomar en consideración las tradiciones y las realidades nacionales. Por esa época se conocieron también las teorías de la escuela histórica alemana a través de su divulgador francés Eugene Lerminier. Un grupo de jóvenes que formó el Salón Literario (1837) se propuso analizar la situación política y social de la Argentina, rechazando las doctrinas exóticas y, en materia jurídica, señaló la necesidad de adecuar el derecho a las características propias, sin perjuicio de darle un orden sistemático. La recepción del historicismo no fue total ni absoluta, pues nunca se dejó de lado algunos ingredientes racionalistas.

En esa época se intensificaron, como puede advertirse en las tesis doctorales presentadas en la Universidad de Buenos Aires, las críticas a la vetusta legislación castellana y la consiguiente idea de reformarla. Dentro de este criterio aparecieron dos orientaciones distintas, aunque a veces combinadas: el racionalismo teórico y la inclinación a adecuar las leyes a la realidad argentina. Pero, en general, todos los autores coincidían en la importancia de sancionar códigos modernos conforme al espíritu del siglo.

Estas tendencias reformistas encontraron cabal realización después de la derrota de Rosas y del triunfo del constitucionalismo. Ya habían quedado atrás las utópicas concepciones del siglo XVIII, y se atendía con preferencia a las necesidades contemporáneas. Sin que hubiera desaparecido la influencia de las doctrinas difundidas antes, prevaleció un cierto eclecticismo que procuraba unir «el elemento histórico y el filosófico» en la formación del derecho argentino, según sostenía el futuro presidente Nicolás Avellaneda. No era una pura imitación lo que se buscaba, sino adaptar a las circunstancias nacionales lo mejor de la distintas escuelas para alcanzar, además, un sistema verdaderamente científico. El gran jurisconsulto Dalmacio Vélez Sársfield — que redactó el Código Civil y colaboró en el de Comercio — decía en 1865 que «una colección de buenas leyes civiles solo podrá obtenerse por los estudios y observación de muchos jurisconsultos, por la experiencia de los tribunales y por el verdadero conocimiento del estado actual de las costumbres y creencias religiosas de la República».

Esta fue la tendencia que en definitiva triunfó, no obstante advertirse algunas opiniones que preferían el sistema de reformas parciales y progresivas a la legislación vigente, y aun otras — menos realistas — que negaban la necesidad de esa reforma sosteniendo la conveniencia

de utilizar el procedimiento del *common law*. Pero esto último era ajeno a nuestras costumbres jurídicas, fundadas principalmente en el empleo de la ley escrita.

El autor analiza minuciosamente todo el proceso de ideas desarrollado en torno a la codificación, del cual solo hemos podido ofrecer aquí un pálido resumen. Lo hace recurriendo a todas las fuentes de información que en cada momento pusieron en evidencia las doctrinas dispares y las opiniones contradictorias. Fuera de las obras propiamente jurídicas y de las tesis doctorales, debemos destacar la búsqueda de antecedentes en los periódicos de la época y en los debates parlamentarios. Todo ello nos brinda un amplio panorama de las diversas ideologías que se manifestaron a lo largo de esos sesenta años, y de sus respectivas fundamentaciones filosóficas, sin perder de vista tampoco las influencias que desde el exterior gravitaban sobre el pensamiento vernáculo. Todo ello constituye un importantísimo avance en el conocimiento profundizado del cambio que se produjo en el derecho argentino en la segunda mitad del siglo XIX.

El profesor Tau Anzoátegui, especializado en historia del derecho indiano y argentino, es un investigador consagrado plenamente a estas disciplinas. No ha sido extraño entonces que nos brindara esta excelente obra, fruto de una labor que revela al estudioso cabal, que partiendo de una exhaustiva búsqueda de datos sabe elevarse a las ideas generales y a la síntesis interpretativa de ese largo y complejo proceso.

El libro fue editado por el Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, fundado en 1936, que realiza una importante labor en su especialidad, habiendo publicado mas de medio centenar de obras y veinte y tres números de su Revista.

Debemos agregar, finalmente, que el libro que comentamos ha merecido el Premio Nacional de Cultura, en la especialidad Historia, discernido a la mejor obra publicada en la Argentina durante el trienio 1976-1978. Es el mas importante galardón que se concede a la producción científica.

RICARDO ZORRAQUIN BECÚ

## SEGNALAZIONI

*Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte.*

Mai come oggi la ricerca storico-giuridica avverte l'urgenza di adeguate strutture organizzative; fra queste, prima di ogni altra, il foglio periodico specializzato che formi, informi, promuova, provochi.

È invece sconsolante constatazione dei nostri giorni che alla centralità della Storia del diritto medioevale e moderno nella cultura universitaria, al crescente interesse di giuristi e di storici, alla generale sensibilità ed attenzione con cui si guarda alla dimensione storica del diritto non si accompagna quella fioritura di imprese organizzative che sarebbe legittimo aspettarsi. Anzi, spesso antichi Istituti sonnecchiano, mentre Riviste illustri cedono lentamente all'usura impietosa del tempo impigrendosi o addirittura scomparendo in maniera definitiva.

Mai come oggi la ricerca storico-giuridica ha bisogno di personaggi culturalmente vigilanti che si rimbocchino le maniche e, con personale sacrificio, si dedichino a quella rifondazione per la quale i tempi sarebbero maturi. Un lavoro — si badi — che compete a non altri che allo storico del diritto e al suo impegno professionale, se si vuole evitare il pericolo di vuote esercitazioni prive di costrutto culturale.

Che di tutto questo ci fosse bisogno, che soprattutto di una Rivista munita di nuovi schemi d'approccio si sentisse l'esigenza, che una Rivista non dovesse consistere in una grezza raccolta di materiali ma piuttosto identificarsi nella ospitale palestra sorretta da un preciso programma, si sono accorti cinque storici del diritto operanti nell'area culturale tedesca, già noti per studii solidi ed apprezzati, forti ormai d'una loro prestigiosa autorità scientifica.

Se ne sono accorti, si sono rimboccati le maniche, si sono impegnati con personale sacrificio, e ci hanno donato il frutto auspicato di questa 'Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte', che oggi salutiamo fresca di stampa sul nostro tavolo di lavoro. Che sia la benvenuta, che abbia vita lunga e prospera. L'augurio è ben meritato.

Nasce da un incontro fra le esperienze di Wilhelm Brauner (Wien), Pio Caroni (Bern), Bernhard Diestelkamp (Frankfurt am Main), Clausdieter Schott (Zürich), Dietmar Willoweit (Tübingen); nasce dunque all'insegna d'una insofferenza ai vincoli provinciali, nella esigenza di instaurare un rapporto a largo raggio, di dar vita a un'azione di ampio respiro.

Come ampio è il respiro metodologico limpidamente circolante nell'assai istruttivo *Vorwort* premesso al primo fascicolo. Di tutto

noi potremo forse accusare i Redattori meno che di mancanza di chiarezza di idee e di linguaggio: lucida è infatti la loro diagnosi della situazione delicata della scienza storico-giuridica al giorno d'oggi, e lucida è altresì la coscienza che i compiti, gli strumenti, il 'mestiere' stesso dello storico del diritto si debbono rinnovare, se non si vuol correre il rischio reale d'un infruttuoso isolamento. Tra una inabdicabile autonomia, che deriva dall'autonomia del proprio oggetto conosciuto, e una altrettanto inabdicabile vocazione al colloquio interdisciplinare, lo storico del diritto ha bisogno di quel coraggio critico, che gli può venire soltanto da più solide fondazioni culturali: da qui il ripudio di visioni troppo ristrette, troppo miopi; da qui la scelta di approfondire la storia del diritto moderno accentuando la natura colloquiale della ricerca.

Al programma dei Redattori si sottende un preciso atto di coraggio, lungamente meditato e preparato, criticamente vissuto. Il sasso lanciato — non ne abbiamo dubbi — colpirà lontano e colpirà nel segno.

La Rivista si annuncia, per ora, con una cadenza semestrale, ma la speranza dei promotori è di infittirne, in un prossimo futuro, i numeri. Questo primo fascicolo si segnala per alcuni buoni saggi, fra i quali piace indicare al lettore dei 'Quaderni' alcune efficaci pagine di Wolfgang Naucke intorno a 'Die Dogmatisierung von Rechtsproblemen bei Kant', ma soprattutto per l'ammirevole sforzo di compiuta informazione bibliografica attraverso un nutrito fascio di recensioni affidate a studiosi competenti.

Lingua della Rivista è il tedesco. Come scelta iniziale, è comprensibile. Ci domandiamo tuttavia se per un foglio come questo così vocato al superamento di limitazioni locali, ciò non possa, col tempo, assumere l'aspetto di un limite assai condizionante. Proprio per imporsi al di là di una certa area geografica (sia pure ampia e rilevante) e per garantirsi una collaborazione scientifica veramente a largo raggio, sarebbe auspicabile che fosse consentito, in futuro, ad ogni autore di esprimersi nella propria lingua madre purché appartenente a quel ristretto novero usualmente ricevuto dalla comunità dei dotti.

PAOLO GROSSI

*Su Paolo Mattia Doria.*

Alla ricostruzione della fisionomia intellettuale di Paolo Mattia Doria dedica pagine informate e puntuali Vittorio Conti, in un volume della Biblioteca dell'Archivio storico italiano, arricchito da un'appendice dove un testo, sinora inedito, di Doria ci istruisce sui « difetti de' nostri moderni politici » (V. CONTI, *Paolo Mattia Doria. Dalla*

*repubblica dei togati alla repubblica dei notabili*, Firenze, Olschki, 1978 (Biblioteca dell'Archivio storico italiano, XX).

L'Autore (non nuovo peraltro ad imprese doriane: è sua l'edizione Napoli, 1973 delle *Massime generali e particolari* ...) segue la produzione doriana in tutto l'arco del suo sviluppo, la ricostruisce attentamente dal suo interno e insieme la colloca nel contesto della politica e della cultura napoletana del periodo. Viene così evitato il rischio dell'appiattimento della singolare personalità del Doria in un giudizio, sommario, di passatismo o conservatorismo politico e vengono esaltate al contrario le tensioni interne alla produzione politico-intellettuale doriana: si pensi alla disponibilità di questa verso la lettura di Machiavelli, ma insieme alla preoccupazione, costantemente presente, di inserire i temi del *Principe* o dei *Discorsi* in una cornice filosofica che ne contenga la pericolosa corrosività verso l'impegno etico e metafisico al quale il Doria rimane legato. O ancora: si confronti l'atteggiamento, sia pure cautamente, riformatorio rispecchiato nelle *Massime* con la polemica fieramente anti-illuministica, anti-voltairiana di scritti più tardi.

Naturalmente, al di là di tante oscillazioni e trasformazioni interne al pensiero doriano, che il Conti decifra con una delle più persuasive procedure interpretative (il riferimento al contesto storico-politico), restano anche temi più stabili e fermi, alcuni dei quali di un interesse che va anche al di là del microcosmo doriano: il tema, ad esempio, dell'utopica egemonia degli intellettuali, dove le lontane suggestioni platoniche si fondono con le più recenti autolegittimazioni dei ceti burocratici del 'Regno'; o il problema della definizione di una immagine di società che, pur nella sua strutturazione complessivamente anti-lockiana e anti-voltairiana, finisce per far propri non pochi dei coevi suggerimenti 'riformatori'.

In entrambi i casi, comunque, e si tratta solo di esempi, l'Autore ci offre una ricostruzione filologicamente scrupolosa e storicamente avvertita dell'opera di un intellettuale, insieme appartato e rappresentativo, del sei-settecento italiano.

PIETRO COSTA





*A proposito di...*



MARIO A. CATTANEO

## UNA RECENTE INTERPRETAZIONE DELL'ULTIMO FEUERBACH

(A proposito di Gernot SCHUBERT, *Feuerbachs Entwurf zu einem Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern aus dem Jahre 1824*, « Schriften zur Rechtsgeschichte », Heft 16, Duncker und Humblot, Berlin 1978, pp. 304).

1. Il codice penale bavarese — lo *Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern* — promulgato il 1° ottobre 1813, è opera di Paul Johann Anselm Feuerbach, ed è diretta espressione della sua dottrina criminalistica. Quest'ultima si può riassumere in due punti principali (del resto fra loro collegati): da un lato la teoria della prevenzione generale attuata mediante la coazione psicologica che la minaccia della pena, contenuta nella legge, provoca nell'animo dei consociati; dall'altro la concezione del primato della legge penale, l'affermazione del valore della legalità, l'indicazione della necessità di una chiara delineazione delle fattispecie penali e di una univoca determinazione delle pene corrispondenti. Il codice del 1813 rappresentava da una parte un indubbio progresso rispetto al codice vigente in precedenza, il Codex Juris Bavarici Criminalis del 1751, opera del cancelliere Alois von Kreittmayr: esso aboliva le pene feroci e inumane, secolarizzava il diritto penale escludendo la punizione giuridica delle mere violazioni della legge religiosa e morale, e attuava il principio della certezza giuridica e dello Stato di diritto in campo penale. Dall'altra parte, tuttavia, proprio per una applicazione estrema del principio di certezza, l'ambito delle pene era stabilito in modo troppo rigido e la sfera della discrezionalità del giudice era eccessivamente ristretta; soprattutto, il codice del 1813, proprio perché fondato rigidamente sulla teoria della coazione psicologica e della prevenzione generale, portava alla comminazione di pene troppo severe, sproporzionate, per molti delitti.

Per questi motivi il codice bavarese del 1813 è stato definito dal Radbruch come liberale e autoritario a un tempo: egli parla, a questo proposito, di « Ausgleich zwischen zweckbewusster Härte und liberaler Humanität », di un « zugleich autoritärer und liberaler Charakter » (1).

---

(1) G. RADBRUCH, *Paul Johann Anselm Feuerbach. Ein Juristenleben*, II ed., Göttingen 1957 (I ed. Wien 1934), pp. 87-88.

Fin dall'inizio della sua applicazione il codice soggiacque a numerose critiche, e numerosi rescritti sovrani furono emanati per la sua modificazione, fra cui particolarmente importante l'Editto del 1816 sul furto, finché la nuova costituzione bavarese del 1818 non tolse al re l'esclusiva del potere legislativo <sup>(2)</sup>. Dopo la caduta del nuovo progetto di codice penale, affidato all'avversario di Feuerbach, Nikolaus Thaddäus von Gönner, succedutogli nella carica di Referendario, e ultimato nel 1822 <sup>(3)</sup>, ai primi di agosto del 1824 il nuovo ministro della Giustizia della Baviera, Georg Friedrich von Zentner, affidò a Feuerbach l'incarico di elaborare un nuovo progetto di codice penale. Feuerbach, il quale nel frattempo, soprattutto per l'esperienza pratica acquisita quale magistrato prima a Bamberg e poi ad Ansbach, si era reso personalmente conto dei difetti del proprio codice, procedette rapidamente alla stesura di questo progetto (*Entwurf*).

Le vicende dell'*Entwurf* feuerbachiano erano già state narrate dal Radbruch nella sua bella biografia del grande filosofo e giurista <sup>(4)</sup>. Ad esso è ora dedicato il volume di Gernot Schubert, che viene qui preso in considerazione, e che costituisce un importante contributo alla storia del diritto penale tedesco nella prima metà dell'Ottocento e alla più completa conoscenza e comprensione della figura e dell'opera di Anselm Feuerbach.

Nella prima parte (*Abschnitt*) del libro, lo Schubert narra la vicenda del progetto, a cui ho già accennato; egli ricorda come improvvisamente tutto venne a cadere, allorché Feuerbach, venuto in visita a Monaco all'inizio del 1825, fu pregato dal ministro von Zentner di non menzionare l'incarico ufficiale ricevuto, ma di presentare il progetto come il frutto di una sua privata iniziativa. Colpito nel suo orgoglio e nella sua viva sensibilità, Feuerbach mise da parte il progetto (che già era completato); richiesto più tardi (nel novembre del 1825) dal ministro, egli dichiarò di avere distrutto il progetto (pp. 15-16) <sup>(5)</sup>. In effetti, questa risposta non corrispondeva a verità. Il manoscritto è stato trovato quasi completo fra le carte di Feuerbach; nel 1833 (cioè nell'anno stesso della morte di Anselm) il figlio Eduard, anch'egli giurista, ne fece una copia e la consegnò, su richiesta di questo, al Ministero della Giustizia bavarese. Già negli anni trenta il Radbruch non la poté più trovare; anche le ricerche compiute nell'Archivio di Stato bavarese dopo il 1969 sono state senza successo. Per fortuna è rimasto lo scritto originale, che il Radbruch ha scoperto durante le ricerche negli archivi della famiglia Feuerbach, compiute per la preparazione della sua biografia. Infine la famiglia Feuerbach ha donato il manoscritto alla biblioteca dell'università di Heidelberg,

<sup>(2)</sup> G. RADBRUCH, *ibid.*, p. 163.

<sup>(3)</sup> G. RADBRUCH, *ibid.*, p. 164.

<sup>(4)</sup> G. RADBRUCH, *ibid.*, pp. 161-168.

<sup>(5)</sup> G. RADBRUCH, *ibid.*, pp. 165-166.

nel cui archivio tuttora si trova (p. 16). Il manoscritto — che è preceduto da un motto di Enea Silvio Piccolomini — contiene molte cancellature dell'autore, e anche del figlio Eduard. Benché l'esistenza di questo progetto fosse conosciuta fin dal 1852, cioè dalla pubblicazione del volume *Leben und Wirken*, comprendente lettere, scritti, ricordi di Feuerbach curati dal figlio Ludwig <sup>(6)</sup>, tuttavia, dichiara lo Schubert, finora se ne avevano scarse notizie e ne mancava una valutazione globale. La linea di tendenza del progetto è indicata in una lettera dello stesso Feuerbach del 24 ottobre 1824, in alcune righe pubblicate già dal Radbruch: « Alle Harten und Herbigkeiten werden verschwinden, ohne dass das Wert in seiner Bestimmtheit das Mindeste einbüsst. Das richterliche Ermessen wird einen angemessenen Spielraum erhalten, ohne dass demselben erlaubt oder möglich werden sollte, sich in Willkür aufzulösen. Auch wird, hoffe ich, das verbesserte Gesetzbuch umfassendere Vollständigkeit mit grösserer Kürze und höherer Klarheit vereinigen » <sup>(7)</sup>. Per primo ne ha dato dei cenni C. J. A. Mittermaier, allievo di Feuerbach. Successivamente se ne è occupato il Radbruch, il quale nel 1933 ne ha curato una copia battuta a macchina, preceduta da una premessa concernente il destino del codice del 1813 e la nascita del progetto del 1824 (un esemplare di essa si trova nella biblioteca universitaria di Heidelberg). In riferimento al lavoro del Radbruch se ne è occupato poi Wolfgang Mittermaier (nipote di C. J. A. Mittermaier); il dattiloscritto di un suo lavoro (del 1943) contenente un'analisi del progetto feuerbachiano, mai

<sup>(6)</sup> *Anselm Ritter von Feuerbach's Leben und Wirken aus seinen ungedruckten Briefen und Tagebüchern, Vorträgen und Denkschriften*, veröffentlicht von seinem Sohne Ludwig Feuerbach, Leipzig 1852, II, pp. 250-251 (Brief an Herrn Ministerialrath von Spies, Ansbach 23 November 1825; in essa Feuerbach narra la vicenda del progetto e la reazione del proprio orgoglio offeso di fronte alla proposta di presentarlo come frutto di una privata iniziativa): « Während meines Aufenthaltes zu München im Anfange gegenwärtiges Jahres gaben mir jedoch verschiedene mündliche Aeusserungen Sr. Excellenz des Herrn Justiz-Ministers die Ueberzeugung, dass ich, als Mann von Ehre, den am 4 August 1824 mir ertheilten Auftrag, welchen ich nicht anders denn als einen öffentlichen Auftrag betrachten konnte, als zurückgenommen betrachten müsse. Was, unter mehreren andern, für jene Ueberzeugung ganz besonders entschieden wirkte, war nichts geringeres als den Rath, welchen mir Sr. Excellenz ertheilten: ... ich möge ... um dieses Gesuch gehörig zu unterstützen, auch das mitzuführen, dass ich jetzt von Neuem mit einer Revision des Strafges. = B. von 1813 beschäftigt sei, 'möge aber des mir gewordenen Auftrags nicht erwähnen, sondern die Sache so stellen, als wenn ich diese Revision ganz aus eigener Bewegung als eine Privatarbeit übernommen habe'. Sie mögen Sich selbst sagen, Freund, wie ich solche Aeusserungen deuten, was mein tiefgekränktes Ehrgefühl dabei empfinden musste! ». Il volume di scritti e ricordi ecc. *Leben und Wirken*, prese il titolo, nella seconda edizione del 1853, di *Anselm Ritter von Feuerbach's Biographischer Nachlass* (di questa vi è una ristampa anastatica, Scientia Verlag, Aalen 1973).

<sup>(7)</sup> P. J. A. FEUERBACH, Brief an L. A. Warnkönig, 24 Oktober 1824, cit. da G. RADBRUCH, *op. cit.*, p. 165.

pubblicato, si trova nella biblioteca universitaria di Heidelberg (pp. 17-18).

Lo Schubert ritiene importante occuparsi del progetto di Feuerbach del 1824, benché esso, per le ragioni connesse alle sue vicende, non abbia esercitato influssi immediati sulla legislazione, e ciò perché Feuerbach era il criminalista più rispettato del suo tempo, e perché il suo codice penale del 1813 sta alla base di uno sviluppo penalistico secondo i principî liberali e dello Stato di diritto; e d'altra parte la revisione di un codice fondato su principî filosofici da parte del suo autore mette in rilievo il problema del rapporto fra teoria ed esperienza nella legislazione penale. Il lavoro dello Schubert è condotto direttamente sul manoscritto di Feuerbach. Per la sua valutazione egli ha inteso procedere a un confronto con il codice del 1813, con i rescritti susseguitisi fino al 1824, con altri progetti elaborati dentro e fuori la Baviera, con le opinioni dei giuristi contemporanei, con il suo *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* (tenendo conto delle variazioni intervenute fra la quarta edizione del 1808 e la nona del 1826, dato che dopo il 1813 Feuerbach non scrisse più nulla di nuovo nell'ambito del diritto penale); infine egli ha voluto tenere in considerazione anche gli eventuali influssi della nuova costituzione bavarese del 27 maggio 1818 e degli sviluppi politici del tempo (pp. 19-20).

2. Mi sono soffermato a lungo sul contenuto della prima parte del libro, perché in essa è narrata la vicenda del progetto feuerbachiano di codice penale del 1824, e perché era necessario porre in chiara evidenza gli elementi precisi di ciò che forma oggetto del libro dello Schubert (dato che si tratta di un aspetto poco noto della storia giuridica tedesca); nelle parti successive del libro l'autore procede a un esame dell'oggetto (ambito di applicazione, caratteristiche delle fattispecie penali, ecc.) del progetto, della parte generale (sistema delle pene, criteri della imputabilità, circostanze aggravanti e attenuanti, ecc.), della parte speciale (esame dei diversi tipi di reati), e ad alcune osservazioni finali, volte a una valutazione complessiva del progetto e a una considerazione del suo significato per l'immagine storica di Feuerbach. Nell'Appendice è infine pubblicato (per la prima volta a stampa) il testo del progetto feuerbachiano del 1824. Si tratta di un'analisi molto precisa e puntuale: non intendo seguirla qui in tutti i suoi aspetti tecnici, rilevanti e interessanti sia dal punto di vista storico sia da quello dogmatico; mi limiterò a mettere in evidenza i punti trattati dallo Schubert che presentano un maggiore interesse sul piano teorico e generale, e che indicano quelle differenze fra il codice del 1813 e il progetto del 1824 che più influiscono sulla valutazione globale del pensiero penalistico di Feuerbach.

Nella seconda parte del libro, concernente l'oggetto dell'*Entwurf* del 1824, il problema di maggiore rilievo esaminato dallo Schubert riguarda la distinzione fra diritto penale in senso proprio e misure di polizia. Preoccupazione teorica di Feuerbach è sempre stata quella di considerare azioni punibili dal codice penale le azioni che violano il diritto soggettivo altrui<sup>(8)</sup>; viceversa, le azioni che non violano direttamente un diritto, ma che meritano una punizione perché pericolose per la sicurezza e l'ordine pubblico, rientrano nell'ambito della legislazione di polizia (pp. 24 e 29). In realtà, nella legislazione concreta Feuerbach non è rimasto fedele a questi principi, non ha rispettato l'idea che « tutte le violazioni di un diritto rientrano nel codice penale »; infatti il codice del 1813 ha escluso dalle competenze del diritto penale, affidandole al diritto di polizia, per ragioni di opportunità, alcune violazioni non gravi di un diritto soggettivo, quali ad es. i furti di assai lieve entità (p. 29). Viceversa, nel progetto del 1824 Feuerbach è ritornato alle sue idee primitive, facendo rientrare ogni tipo di furto, frode, danno corporale ecc., nel diritto penale, e allargando perciò l'ambito di questo rispetto al diritto di polizia (p. 41). Se invece teniamo presente il principio della distinzione fra diritto penale e diritto di polizia secondo una formulazione diversa, « soltanto le violazioni di un diritto soggettivo rientrano nel codice penale », allora siamo in presenza di uno sviluppo inverso. A questo riguardo vengono in evidenza soprattutto le violazioni della legge morale e della legge religiosa, le quali erano ampiamente punite dalle legislazioni precedenti. Lo Schubert ricorda come Feuerbach si sia riallacciato all'opera di secolarizzazione del diritto penale iniziata da Thomasiaus (anche se a mio avviso sarebbe stato più pertinente un riferimento agli scritti *An Haeresis sit Crimen?* e *De Crimine Magiae*, piuttosto che a *De Crimine Bigamiae*, a cui soltanto l'autore si richiama), e proseguita da Montesquieu, Voltaire, Hommel (p. 34). Il codice del 1813 non conosce delitti contro la morale e contro la religione; viceversa, nel progetto del 1824 si ha, in relazione ad alcuni punti, un ritorno di Feuerbach a posizioni precedenti e più arretrate. Per fare degli esempi: il progetto, nell'art. 13 B II, prevede il delitto di offesa a un membro del clero anche mediante avvilitamento della sua religione (caso non previsto dall'art. 424 del codice del 1813); a giudizio dello Schubert, in questo modo, sotto il velo dell'offesa a un funzionario del culto, è reintrodotta nel codice penale l'offesa alla religione in

(8) P. J. A. FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, II Band, Chemnitz 1800 (ristampa anastatica Scientia Verlag, Aalen 1966), p. 12: « Der Gesetzgeber ist nur auf Rechtsverletzungen und auf äusserlich erkennbare Handlungen eingeschränkt: er kann nichts den Strafsanktionen unterwerfen, was nicht mittelbar, oder unmittelbar eine Rechtsverletzung in sich erhält, kein Factum, was nicht äusserlich erkennbar ist und dessen Existenz nicht in concreto vollständig bewiesen werden kann ». Schubert cita questo passo a p. 35 del suo libro.



sé (p. 37). Inoltre, mentre l'omosessualità non era prevista come reato dal codice del 1813, il progetto, nell'art. 19 B VI, stabilisce la sua punizione con la casa di lavoro (*Arbeitshaus*) da 1 a 4 anni (p. 40).

Lo Schubert osserva così che Feuerbach, nel progetto del 1824, si distacca dai suoi presupposti teorici relativi alla distinzione fra diritto e morale, ammette la punizione giuridica anche di azioni che non violano un diritto soggettivo, allarga il campo del codice penale. Il motivo di questa deviazione è visto dallo Schubert nel fatto che Feuerbach può essersi reso conto che il legislatore forma in una certa misura la coscienza morale e giuridica del popolo, per cui un permisivismo in campo morale può portare a una rilassatezza morale e religiosa e può minare le basi dello Stato; inoltre un codice penale in troppo grande contrasto con le concezioni morali del popolo non può durare. Egli aggiunge poi che l'allontanamento pratico di Feuerbach dalla sua « *Rechtsverletzungstheorie* » può anche essere stato facilitato dal fatto che nella prima parte del XIX secolo in Baviera la necessità di una limitazione delle interferenze dell'autorità nella sfera del cittadino con l'aiuto della dogmatica penalistica non era più sentita come urgente; il patrimonio di idee liberali si era ormai affermato anche politicamente, in Baviera, con la Costituzione del 1818 (pp. 43-44).

Nella terza parte del libro i punti più rilevanti riguardano il sistema delle pene, i problemi dell'interpretazione della legge, l'imputabilità. Per quanto attiene al primo punto, nel progetto del 1824 come nel codice del 1813 la pena capitale è in cima alla scala penale: lo Schubert ricorda che il favore di Feuerbach per la pena di morte è strettamente legato alla sua teoria della prevenzione generale; Feuerbach afferma la massima efficacia intimidatrice della *minaccia* di morte contenuta nella legge (p. 57) <sup>(9)</sup>. L'autore dà poi credito alla tesi per cui Feuerbach negli ultimi anni di vita sarebbe diventato oppositore della pena di morte <sup>(10)</sup>; nel progetto del 1824 è eliminata, rispetto al codice del 1813, la previsione della pena di morte per alcuni casi; non si può però ancora dire, nell'insieme, che il progetto dia segni tangibili del mutamento di Feuerbach (p. 58). In rapporto al sistema penale nel suo insieme, la maggiore accusa verso la teoria penale di Feuerbach e verso il codice del 1813, consisteva nell'indicare, quale loro conseguenza naturale, l'instaurazione di un insieme di pene terroristico e draconiano; osserva lo Schubert che una dottrina fondata

<sup>(9)</sup> P. J. A. FEUERBACH, *Der Tod ist das grösste Übel und die abschreckendste Strafe*, in « *Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde* », II, 1800, pp. 244-282. V. in proposito W. NAUCKE, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, Hamburg 1962, pp. 60-61; Mario A. CATTANEO, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Milano 1970, pp. 347-353 e 440-444.

<sup>(10)</sup> Questa tesi è stata affermata da J. K. A. GROHMANN, *Christentum und Vernunft für die Abschaffung der Todesstrafe*, 1835, p. 237, cit. da L. FEUERBACH in *Anselm Ritter von Feuerbach's Biographischer Nachlass*, II ed., Leipzig 1853, I, p. 232 n.

tutta sulla minaccia, che considera l'esecuzione della pena semplicemente come un mezzo per rendere seria la minaccia, una dottrina che assume una simile distanza teorica dall'esecuzione penale, e crede in tal modo di poter evitare la commissione dei delitti e l'esecuzione stessa delle pene, è portata a costruire un sistema di pene troppo severe <sup>(11)</sup>. Nonostante gli innegabili progressi in senso umanitario rispetto al codice di Kreittmayr del 1751, il codice del 1813 ha portato a un sistema penale di eccessiva severità. Secondo lo Schubert, le correzioni apportate da Feuerbach nel progetto del 1824 al sistema di pene sono scarse; tuttavia la limitazione dei casi di applicazione della pena capitale, l'eliminazione della morte civile e della fortezza, l'abbassamento della durata massima della pena detentiva temporanea, costituiscono dei passi nella giusta direzione (pp. 72-73).

L'art. 1 del progetto, come l'art. 1 del codice del 1813, contiene una chiara formulazione del principio della certezza del diritto; l'analoga, che nel codice risultava vietata implicitamente, conformemente ai principî teorici di Feuerbach, nel progetto lo è in modo esplicito, nell'art. 8 A I (pp. 74-75). Lo Schubert ricorda ancora che la tesi personale di Feuerbach, relativa al codice del 1813, era contraria all'interpretazione restrittiva o estensiva della legge; tuttavia il progetto del 1824 indica un suo mutamento di opinione su questo punto, poiché gli artt. 7-10 A I codificano le regole per l'interpretazione (pp. 75-76).

Il problema dell'imputazione (*Zurechnung*) forma uno degli aspetti centrali della dottrina penale di Feuerbach; questi si oppone alla concezione indeterministica basata sulla linea di pensiero che va da Pufendorf a Wolff, e sviluppa, nelle parti centrali della sua *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, una teoria rigidamente deterministica dell'imputabilità. Si tratta di un determinismo limitato al solo piano giuridico, perché a livello filosofico Feuerbach parte da presupposti kantiani, e afferma la libertà trascendentale nell'ambito morale; il senso ultimo del suo determinismo giuridico risponde proprio — come anche lo Schubert osserva — alla necessità di mantenere ferma la distinzione fra diritto e morale <sup>(12)</sup>. Senza la conoscenza di tale teoria feuerbachiana, osserva lo Schubert, non si può comprendere l'attività legislativa di Feuerbach in relazione all'imputabilità e alla misura delle pene (p. 86). Corollario caratteristico della concezione feuerbachiana dell'imputabilità è che la punibilità è maggiore, quanto maggiori sono gli impulsi che spingono al delitto, e quanto minore è la libertà (in senso empirico) del reo <sup>(13)</sup>. Con questa tesi — contraria alle idee e alla prassi dominanti —

(11) Questa è la critica svolta da A. J. F. THIBAUT, *Beyträge zur Critik der Feuerbachischen Theorie über die Grundbegriffe des peinlichen Rechts*, Hamburg 1802, pp. 76-77, 82-84.

(12) V. il mio *Anselm Feuerbach* cit., pp. 478-495.

(13) P. J. A. FEUERBACH, *Revision* cit., II, p. 336.

Feuerbach ha completamente rifiutato la concezione dell'imputabilità fondata sulla colpa del reo, fondandone una basata sulla sua pericolosità; tale tesi è stata accolta in alcuni punti dal codice del 1813, nonostante le forti resistenze dei membri della commissione legislativa, mentre in relazione ad altri punti il codice è in netto contrasto con essa. Nel progetto del 1824 Feuerbach ha riprodotto in modo invariato le formulazioni relative a questi punti del codice del 1813, basate su un sostanziale compromesso; lo Schubert cerca di spiegare questo fatto con i dubbi di Feuerbach circa la propria tesi, o con la sua acquisita convinzione della natura compromissoria del codice, che aveva unificato le esigenze dell'imputazione giuridica con quelle dell'imputazione morale (pp. 113-115).

Nel codice del 1813 mancava inoltre una clausola generale relativa alle cause di attenuazione delle pene, perché Feuerbach temeva di lasciare troppo spazio, attraverso di essa, alla discrezionalità del giudice; tale clausola era sostituita dalla grazia sovrana. Viceversa, tale clausola è introdotta dal progetto del 1824, negli artt. 7 e 8 A V; in particolare, l'art. 7 A V attribuisce al giudice la facoltà di diminuire la pena stabilita dalla legge per un delitto « wenn in einem ungewöhnlichen Falle so viele und starke schuld mindernde Umstände zusammentreffen, dass die gesetzliche Strafe mit der Schuld des Täters ausser allem Verhältnis erscheint » (pp. 119-120; v. anche Appendice, p. 258). Lo Schubert ricorda il giudizio del Radbruch, per il quale questi articoli del progetto sono la prova del distacco di Feuerbach dal suo dottrinarismo (la lotta contro la facoltà giudiziale di mitigazione delle pene era stata il fondamento dell'intero suo sistema penale), causato dalle proprie esperienze giudiziarie (14). Effettivamente, osserva lo Schubert, a questo riguardo Feuerbach ha eliminato uno degli ultimi bastioni della teoria della coazione psicologica. A questo sviluppo legislativo non ha corrisposto tuttavia un analogo sviluppo dottrinale, poiché il *Lehrbuch* è rimasto sempre sulle antiche posizioni. A giudizio dello Schubert la clausola generale di attenuazione delle pene e soprattutto la causa di mitigazione della diminuita imputabilità, contenute nel progetto, costituiscono una concessione alle esigenze della pratica, che non è in accordo con le convinzioni teoriche di Feuerbach; questi si rendeva conto che con il riconoscimento di simili cause di mitigazione l'intero sistema costruito sulla *Revision* sarebbe crollato (p. 124).

Nel quarto *Abschnitt* del libro Schubert esamina la parte speciale del progetto. Il numero degli articoli di questa è sceso, rispetto al codice del 1813, da 317 a 200; ciò perché Feuerbach, di fronte alle critiche dei contemporanei, ha diminuito la casistica nella delineazione

---

(14) G. RADBRUCH, *op. cit.*, p. 167: « Man erlebt es an dieser Bestimmung förmlich mit, wie Feuerbach Doktrinarismus vor seinen richterlichen Erfahrungen unter zähem Widerstande Schritt für Schritt zurückweicht ».

delle fattispecie penali e ha ampliato, con cautela, l'ambito delle pene, la possibilità per i giudici di spaziare fra un minimo e un massimo della pena (pp. 163-165). Indubbiamente, a giudizio dello Schubert Feuerbach, con la chiara determinazione delle fattispecie nel codice del 1813, aveva contribuito notevolmente all'affermazione del liberalismo e dello Stato di diritto nel campo penale; questo è un suo merito duraturo, anche se tale metodo era scaduto in una casistica formalistica. Nel progetto Feuerbach ha mantenuto questo sistema, anche se in certi casi è riuscito a formulare le fattispecie penali in modo migliore e più preciso (pp. 171-172). Per quanto riguarda i singoli tipi di delitti, lo Schubert sottolinea a onore di Feuerbach il fatto che questi abbia accolto nel progetto le mitigazioni delle pene per il furto introdotte dall'Editto del 1816, a correzione di quelle previste dal codice del 1813, che aveva instaurato un sistema terroristico in questo ambito (p. 193).

Nell'ultima parte lo Schubert svolge alcune conclusioni generali. In primo luogo egli compie una valutazione complessiva e riassuntiva del progetto feuerbachiano del 1824. Questo progetto, a suo giudizio, non contiene e non ha voluto contenere un nuovo diritto penale; tuttavia in esso Feuerbach si è mostrato pronto a riconoscere e correggere i propri errori; ciò è dimostrato dal suo minore dogmatismo e dal suo maggiore realismo, dalla mitigazione delle pene, dall'accoglimento di una clausola generale di attenuazione delle pene, dalla aumentata (in conseguenza) discrezionalità del giudice, e soprattutto dal riconoscimento della diminuita imputabilità quale motivo di diminuzione della punibilità, che costituisce l'abbandono di uno dei pilastri della teoria della coazione psicologica. Tali mutamenti, osserva lo Schubert, sarebbero stati accettati anche dai contemporanei; d'altra parte anche il progetto di Feuerbach ha difetti e insufficienze: ma non si può pretendere, seguendo dei criteri moderni, che egli si staccasse di più dal codice del 1813, si avvicinasse maggiormente al principio della personalità del reo, prestasse maggiore attenzione all'esecuzione della pena o allargasse di più l'ambito fra il minimo e il massimo della pena (questi sono sviluppi che sarebbero venuti alla fine dell'Ottocento) (pp. 205-207).

In secondo luogo, lo Schubert esamina il significato del progetto del 1824 per l'interpretazione della figura e del pensiero di Feuerbach. Egli osserva che nell'ambito della letteratura feuerbachiana si è prodotta nei tempi più recenti una certa svolta: mentre in precedenza l'interesse andava soprattutto al giurista di formazione filosofica, all'autore della *Revision* e fondatore di un nuovo sistema penale, al padre della formula *nulla poena sine lege*, come testimoniano le opere del Landsberg, del Grünhut, del Radbruch, dello Schmidt <sup>(15)</sup>, recen-

<sup>(15)</sup> E. LANDSBERG, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, III Abteilung, II Halbband, München 1910, p. 112 ss.; M. GRÜNHUT, *Anselm von Feuerbach*

temente l'attenzione è andata maggiormente al giurista empirico e pratico, al giudice e al legislatore, come testimoniano gli scritti del Kipper, del Wolf, del Lüderssen, del Hattenhauer, del Naucke <sup>(16)</sup>. Merito di questi ultimi scritti è, per lo Schubert, quello di aver corretto la precedente visione unidimensionale della figura e del pensiero di Feuerbach, considerando anche il contenuto del progetto del 1824. Soltanto così si è in grado di valutare correttamente la posizione di Feuerbach nella storia del diritto penale tedesco (pp. 208-209). Il progetto del 1824 indica la nuova direzione verso cui Feuerbach si stava dirigendo. Tuttavia alcuni dubbi potrebbero sorgere dal fatto che la nona edizione del *Lehrbuch*, completata nel 1825, mantiene inalterati i punti che invece sono stati corretti nel progetto del 1824, rimanendo così fedele ai principi fondamentali della teoria della coazione psicologica. Questo contrasto è però, secondo lo Schubert, soltanto apparente: esso viene risolto se si pensa che Feuerbach ha sempre distinto fra i metodi del *giurista teorico* e i metodi del *legislatore*; si tratta di una distinzione non di forma ma di sostanza, perché per Feuerbach il primo insegna ciò che *deve* accadere, il secondo deve chiedersi che cosa *può* accadere (pp. 210-212). Infine, lo Schubert si chiede se i significativi mutamenti apportati dal progetto del 1824 al codice del 1813 indichino almeno un mutamento di idee di Feuerbach circa i compiti del legislatore. La risposta è «no»; se in precedenza Feuerbach avesse sempre considerato la teoria come unica fonte della legislazione, allora le correzioni da lui introdotte nel progetto del 1824 indicherebbero un suo mutamento di opinione in questo campo. Ma questo non è il caso. In realtà, già nello scritto del 1804 *Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft* e in altri scritti Feuerbach aveva sottolineato l'importanza dell'esperienza per la legislazione, e aveva indicato nel «philosophischer Rechtsgelehrter», nel quale si uniscono scienza ed esperienza, il mae-

---

*und das Problem der strafrechtlichen Zurechnung*, Hamburg 1922; R. von HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, I, Berlin 1925, p. 293 ss.; G. RADBRUCH, *op. cit.*; E. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der Deutschen Strafrechtspflege*, III ed., Göttingen 1965, §§ 223-235, pp. 232-246.

<sup>(16)</sup> E. KIPPER, *Paul Johann Anselm Feuerbach. Sein Leben als Denker, Gesetzgeber und Richter*, Köln, Berlin, Bonn, München 1969; E. WOLF, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, IV ed., Tübingen 1963, p. 572; K. LÜDBERSEN, *Einleitung*, in *Theorie der Erfahrung in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, Frankfurt 1968, p. 7 ss.; H. HATTENHAUER, *Zwischen Hierarchie und Demokratie*, Karlsruhe 1971, p. 100 n. W. NAUCKE si è occupato specificamente di Feuerbach nei seguenti scritti: *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs* cit.; *Vorwort* a P. J. A. FEUERBACH, *Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft*, Landshut 1804, ristampa anastatica Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1969, pp. v-xxv; *Paul Johann Anselm von Feuerbach. Zum 200. Wiederkehr seines Geburtstags am 14 November 1975*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft» 87, 1975, pp. 861-887.

stro del legislatore (17). Che poi nel codice del 1813 manchi un calcolato rapporto fra teoria e pratica ha cause puramente di fatto; allorché Feuerbach nel 1804 iniziò il lavoro per la codificazione, non esisteva in Germania un codice modello su cui basarsi, non c'erano esperienze fruttuose in questo senso. Dove mancavano nuove leggi si era sviluppata sulla base della *Carolina* una prassi che aveva aperto le porte all'arbitrio giudiziario, contro cui proprio Feuerbach aveva reagito; d'altra parte Feuerbach aveva poco apprezzato l'*Allgemeines Landrecht* prussiano del 1794 e anche i codici francese e austriaco meritavano solo in pochi punti di essere imitati. A Feuerbach non restava perciò che tentare un esperimento ardito e progettare un codice basato su convinzioni teoriche; successivamente, fino al 1824, si sarebbe allargata la base per una legislazione che potesse tenere conto delle esigenze della pratica (pp. 213-214).

3. Nell'insieme, possiamo dire che siamo in presenza di un volume interessante, che svolge un'analisi molto attenta e accurata di tutti gli aspetti del progetto feuerbachiano di codice penale del 1824, e un utile confronto soprattutto con il codice del 1813, del quale esso avrebbe dovuto essere una revisione. Il merito maggiore del libro di Gernot Schubert è proprio questo: avere studiato con profondità un aspetto meno noto o poco studiato dell'attività di Feuerbach e avere dato in tal modo un contributo prezioso alla storia della codificazione penale (e dei progetti e tentativi di codice) in Germania nella prima parte dell'Ottocento. Direi quindi che sia la storia del diritto, sia la dogmatica penalistica, per quanto attiene allo sviluppo di taluni istituti e concetti del diritto penale, trovano in questo libro un notevole aiuto, un importante punto di riferimento. Minore mi sembra invece il suo valore dal punto di vista filosofico-giuridico, soprattutto in relazione a una valutazione generale del pensiero di Feuerbach (18). In altri termini: il libro dello Schubert lumeggia efficacemente, sul piano storico e filologico, un periodo meno noto della vita di Feuerbach; tuttavia meno soddisfacente è a mio avviso il modo in cui l'autore utilizza questo particolare aspetto e periodo dell'attività di Feuerbach per un discorso più ampio sul significato del pensiero del grande giurista. Abbiamo visto che lo Schubert contrappone, a una letteratura più « tradizionale », tendente a prendere in considerazione essenzialmente il Feuerbach filosofo e criminalista liberale, erede dell'illumi-

(17) P. J. A. FEUERBACH, *Über Philosophie und Empirie* cit., pp. 93-95.

(18) In senso analogo si esprime R. Moos, nella recensione al libro di Schubert, in « Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte », 1979, Nr. 1-4, p. 83: « Die grösseren geistesgeschichtlichen, philosophischen, politischen und dogmatischen Zusammenhänge, von denen ein so revolutionärer Geist wie Feuerbach besonders abhängig war, werden in dem vorliegenden Werk zwar erkannt und richtig eingeordnet, aber nicht weiter vertieft ».

nismo, fondatore dello Stato di diritto nel campo penale, dominata dalla figura del Radbruch, una letteratura più recente, di natura a suo giudizio più « anticonformista », verso la quale vanno le sue simpatie, che mette in evidenza il Feuerbach meno filosofo e più pratico, il Feuerbach degli ultimi anni. Fra gli autori che rappresenterebbero questa seconda tendenza, lo Schubert indica il Kipper, unicamente riferendosi al titolo del suo libro, che indica una trattazione della vita di Feuerbach nei suoi vari aspetti, « als Denker, Gesetzgeber und Richter » (v. *supra*, nota 16); ma questo riferimento è un po' superficiale, mentre in realtà il libro del Kipper non ha portato un contributo molto nuovo e originale alla letteratura feuerbachiana, e si svolge sostanzialmente sui binari tracciati dalla biografia del Radbruch (cioè proprio dell'autore che rappresenta nel modo più tipico la prima tendenza interpretativa). Viceversa, esatta è la collocazione, fra gli autori della seconda tendenza, del Naucke, ma non in riferimento al libro di questo studioso *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, bensì in riferimento soprattutto al suo articolo scritto in occasione del bicentenario della nascita di Feuerbach, pubblicato nel 1975: in questo scritto il Naucke mette in evidenza il Feuerbach « rassegnato » di fronte alla realtà di fatto, alla politica, degli ultimi anni (19), e polemizza con gli interpreti che hanno insistito sul liberalismo di Feuerbach; tale polemica si rivolge primariamente nei confronti dell'interpretazione del Radbruch, ma prende in considerazione anche la mia monografia feuerbachiana (20) (e tuttavia, sono costretto a notarlo, questo mio lavoro, che analizza a fondo tutte le opere giovanili di Feuerbach, di carattere filosofico-giuridico e criminalistico, non è nemmeno citato nella bibliografia feuerbachiana inserita nel suo libro dallo Schubert, che pure avrebbe dovuto o potuto conoscerlo almeno attraverso lo scritto più recente del Naucke). Questo scritto del Naucke contiene l'indicazione delle linee di una nuova interpretazione di Feuerbach, che attenui il significato liberale del suo pensiero, e che soprattutto sottolinei la necessità di capire e di spiegare i motivi della sua evoluzione nel corso degli anni (21). Viceversa, non è del tutto chiaro se e fino a che punto lo Schubert segua effettivamente il Naucke; nelle pagine finali e conclusive, in fondo, lo Schubert ridimensiona, seppure non sempre in modo perspicuo, l'importanza e il significato del progetto del 1824, con le sue correzioni e modificazioni, che segnano un notevole mutamento rispetto ai principî della teoria

(19) W. NAUCKE, *Paul Johann Anselm Feuerbach* cit., spec. p. 887.

(20) W. NAUCKE, *ibid.*, spec. p. 874.

(21) W. NAUCKE, *ibid.*, p. 887: « Man sollte den ganzen, differenzierten, für Entwicklungen so empfindlichen Feuerbach feiern und künftig vielleicht zu erforschen versuchen, was Feuerbach Entwicklung zur Vernunft-Resignation, zur übergrossen Mässigung bestimmt hat, um eine solche Entwicklung begreifen zu lernen ».

della coazione psicologica. Abbiamo visto che egli ne sottolinea il contrasto con la nona edizione del *Lehrbuch*, uscita nel 1826, e rimasta fedele ai principi fondamentali della teoria; tuttavia lo Schubert respinge diverse possibili spiegazioni razionali di questa contraddizione, e giunge a considerarla soltanto apparente: contraddizione apparente, abbiamo visto, perché Feuerbach ha sempre chiaramente distinto fra i compiti del giurista teorico, che si fonda sui principi, e quelli del legislatore, che tiene conto delle esigenze della pratica. Questa distinzione sarebbe stata compiuta da Feuerbach assai prima del progetto del 1824, e infatti lo Schubert cita a questo proposito brani dello scritto *Über Philosophie und Empirie*, che è antecedente al progetto del 1824 esattamente di vent'anni. Ma allora, se questo è sempre stato l'atteggiamento di Feuerbach (e abbiamo visto come lo Schubert cerchi di spiegare, in modo anche convincente, il fatto che il codice del 1813 è purtuttavia fondato su una concezione teorica, filosofico-giuridica, della pena), il progetto del 1824, con le sue peculiari correzioni, corrisponderebbe a un motivo di fondo del suo pensiero, e non rappresenterebbe il segno di un'evoluzione delle sue idee; in questo modo il significato e l'importanza stessi del progetto di codice esaminato dallo Schubert ne risulterebbero menomati. In altri termini, l'interpretazione offerta dallo Schubert presenta una contraddizione di non facile superamento o soluzione; le possibilità sono due: o Feuerbach ha sempre distinto il compito del giurista teorico da quello del legislatore nel senso indicato dallo Schubert, ma allora il progetto del 1824, più sensibile alle esigenze pratiche, non è il riflesso di una evoluzione del pensiero feuerbachiano, bensì di un elemento costante di esso, non rappresenta una novità, e perde quindi di importanza dal punto di vista di una valutazione globale della figura di Feuerbach; o invece tale progetto costituisce un elemento originale, è il frutto di un'evoluzione in senso pratico dell'atteggiamento di Feuerbach verso i problemi penali, ma allora il codice del 1813 ha carattere teorico perché in quel momento l'elemento filosofico prevaleva nel pensiero di Feuerbach anche a livello di compito del legislatore, e quindi le spiegazioni date al riguardo dallo Schubert non reggono. Non è chiaro, in definitiva, per quale delle due soluzioni propenda lo Schubert.

La mia convinzione è nel senso della presenza, nel pensiero di Feuerbach, di una sostanziale evoluzione (e tale mi sembra anche la tesi del Naucke); fra il Feuerbach filosofo e giurista, del periodo fra il 1795 e il 1804, che ha formato il primario oggetto di studio della mia monografia, e il Feuerbach legislatore e giudice degli ultimi venti anni della sua vita vi è una netta differenza. A mio avviso — contrariamente a quanto sembra suggerire la nuova linea di tendenza interpretativa — il Feuerbach più significativo per la storia delle idee è il primo, è il Feuerbach «criminalista liberale»; il secondo è un Feuerbach che si evolve seguendo le esigenze della pratica, «rasse-



gnato» — come mostra il Naucke — di fronte ai fatti, che si evolve però in modo non sempre coerente né chiaro: e che perciò non dà origine a una nuova organica concezione del diritto. In questa prospettiva il progetto del 1824 costituisce un momento e un elemento indubbiamente significativo e importante: e bene ha fatto lo Schubert a sottoporlo ad un profondo esame, anche se, ripeto, la sua valutazione non è sempre chiara né convincente; ma forse non lo è proprio perché la materia oggetto di esame è fluida e di difficile comprensione. In realtà, il progetto di codice penale del 1824 presenta delle variazioni e innovazioni in direzioni contraddittorie: esso segna un cambiamento in senso positivo, allorché introduce una mitigazione delle pene o corregge il sistema della imputabilità, reagendo così a dogmatismi e durezza insiti nella teoria della coazione psicologica; il progetto segna invece un cambiamento negativo dal punto di vista liberale, allorché introduce eccezioni al principio della secolarizzazione del diritto penale e restringe così il campo delle azioni umane giuridicamente libere. Il merito dello Schubert è quello di avere riportato alla luce questo testo, porgendo così implicitamente l'invito a un proseguimento di studi, stimolando nuovi tentativi per una migliore e più profonda comprensione della vera o presunta evoluzione del pensiero di Anselm Feuerbach.

GIANFRANCO LIBERATI

## IL PARLAMENTO DEI GIURISTI

(A proposito di Wolfram SIEMANN, *Die Frankfurter Nationalversammlung 1848/1849 zwischen demokratischem Liberalismus und konservativer Reform*).

« La storia di un'assemblea — che, sorta da un'indistinta domanda delle masse, lasciò fissare i suoi compiti e la sua durata dal Bundestag; ... che implorò il permesso per la rinascita nazionale del popolo tedesco e perciò raccomandò se stessa e il suo popolo alla compassione degli stranieri; che, circondata da un popolo sconigliato, non trovò in sé alcun consiglio — può essere soltanto la storia del suo tramonto... »: con queste sconsolate parole, Bruno Bauer, abbandonata la critica neotestamentaria, esprimeva nel 1849 la diffusa amarezza dei democratici tedeschi per il fallimento della prima assemblea nazionale, e definiva la profonda contraddizione fra rappresentanza popolare e legittimismo monarchico, che ne aveva costantemente condizionato l'opera <sup>(1)</sup>. Eppure, quando il parlamento si riunì, il 18 maggio 1848, la festosa atmosfera che salutò la sfilata dei deputati per le strade di Francoforte, fino alla porta settentrionale della chiesa di San Paolo, non lasciava certamente presagire una vicenda così effimera e contraddittoria <sup>(2)</sup>; parve anzi realizzarsi per tutta la Germania un voto già espresso precocemente per la Prussia da Johann Friedrich Benzenberg, tra le « speranze » ed i « desideri » dei liberali renani: una rappresentanza popolare, « fulcro di tutte le forze fisiche e morali della nazione », particolarmente esperta dell'amministrazione pubblica, capace di ricreare l'ineffabile modello dell'aristocrazia politica inglese <sup>(3)</sup>. Nel parlamento tedesco sedevano quarantanove docenti universitari, centocinquantesette giudici e avvocati dello stato, sessantasei avvocati: fra giuristi, scrittori ed ecclesiastici, il contadino slesiano Minkus, grande

---

<sup>(1)</sup> B. BAUER, *Der Untergang des Frankfurter Parlaments. Geschichte der deutschen konstituierenden Nationalversammlung*, Berlin 1849 (Aalen 1970), *Vorwort*.

<sup>(2)</sup> V. VALENTIN, *Geschichte der deutschen Revolution 1848/1849*, Köln-Berlin 1970, II, pp. 11-13.

<sup>(3)</sup> O. KLEIN-HATTINGEN, *Die Geschichte des deutschen Liberalismus*, I, Berlin-Schöneberg 1911, p. 94. Il riferimento è al saggio di Benzenberg, *Hoffnungen und Wünsche eines Rheinländers*, del 1816.

organizzatore di proteste contro la rapacità fiscale, e i quattro artigiani eletti, dovevano sentirsi piuttosto spaesati (4). Il mito del « parlamento dei professori » — già chiaro al contemporaneo Carl Schurz, futuro senatore del Missouri, e biografo di Henry Clay (5) — fu accolto da Heinrich von Treitschke, passò poi nell'agiografia guglielmina del liberalismo tedesco, per ricomparire infine, più recentemente, nella grande opera di Veit Valentin o nell'ampia sintesi di Hajo Holborn (6). Al ruolo dei giuristi nel parlamento di Francoforte è ora dedicata una importante ricerca di Wolfram Siemann, che affronta ancora la complessa problematica con riferimento ad alcuni specifici momenti del dibattito in assemblea (7), e si propone di cogliere nelle posizioni politiche dei numerosi parlamentari con formazione giuridica atteggiamenti, motivazioni e scelte fondamentali, in qualche modo dipendenti da tale formazione (8).

Negli anni in cui i giuristi della Paulskirche — quasi tutti nati nel ventennio 1797-1816 — frequentavano le aule universitarie, l'insegnamento nelle facoltà giuridiche tedesche era ampiamente e sicuramente ispirato alla metodologia della Scuola storica, penetrata nelle istituzioni accademiche, ben oltre Berlino e Gottinga, con la crescente diffu-

(4) L. B. NAMIER, *La rivoluzione degli intellettuali e altri saggi sull'Ottocento europeo*, Torino 1957, p. 34: « ... I problemi agrari negli stati costituenti erano al difuori della giurisdizione dell'Assemblea nazionale tedesca, e l'unità della Germania non interessava affatto i contadini ... ».

(5) « ... Il mondo non ha mai visto probabilmente un'assemblea politica composta da un più grande numero di uomini nobili, colti, coscienti e patriottici. Ma ad essa mancò il genio necessario per riconoscere le occasioni e coglierle rapidamente. Essa dimenticò che in momenti tempestosi la storia non aspetta i pensatori, e perciò fu costretta ad un fallimento completo ... »: C. SCHURZ, *Lebenserinnerungen*, I, Berlin 1906, p. 168, citato da Th. S. HAMEROW, *Restoration Revolution Reaction. Economics and Politics in Germany 1815-1871*, Princeton 1972, pp. 137 e 319.

(6) H. VON TREITSCHKE, *Deutsche Geschichte im Neunzehnten Jahrhundert*, IV, Leipzig 1889, p. 664 (e sul ruolo delle precedenti assemblee dei germanisti, *Deutsche Geschichte*, V, Leipzig 1894, pp. 686-687); e cfr. anche O. KLEIN-HATTINGEN, *Die Geschichte*, p. 153. V. VALENTIN, *Geschichte*, p. 11, parla di *Honoratiorenversammlung*; H. HOLBORN, *A history of modern Germany 1840-1845*, New York 1973, p. 61, pone in rilievo l'irresistibile « gusto » per l'oratoria e l'altissimo « livello intellettuale » dei dibattiti. Molto correttamente, però, Th. S. HAMEROW, *Restoration*, p. 125, nota come i parlamenti liberali, che « tentavano di governare l'universo secondo i precetti dell'etica borghese », avessero in tutta Europa una composizione uniforme.

(7) W. SIEMANN, *Die Frankfurter Nationalversammlung 1848/1849 zwischen demokratischem Liberalismus und konservativer Reform. Die Bedeutung der Jurisprudenz in den Verfassungsverhandlungen des Paulskirchenparlaments*, Bern-Frankfurt a. M. 1976.

(8) Siemann calcola che, fra gli 812 deputati di cui è possibile ricostruire la carriera, i giuristi fossero 445, cui bisogna aggiungere altri 46 deputati che avevano ricevuto in qualche modo un'educazione giuridica (pp. 33-35); anche se sembra discutibile comprendere fra questi ultimi il futuro animatore del *Zentrum*, monsignor Ketteler, o Georg Waitz e Ludwig von Uhland, uno storico e un poeta.

sione delle teorie di Savigny e Eichhorn, e consolidata grazie all'importante apporto di Puchta <sup>(9)</sup>: su tale diffusione, Siemann fornisce testimonianze singolari e preziose, tratte da fonti insospettabili, quali gli appunti degli studenti <sup>(10)</sup>. Essa fu così capillare e profonda, che Ernst Landsberg, per indicare un possibile contraltare all'insegnamento savigniano, chiamava in causa l'altra « grande potenza spirituale » del tempo, la filosofia hegeliana <sup>(11)</sup>.

I fondamenti metodologici della Scuola storica furono pósti, com'è noto, nei primi, fervidi anni della Restaurazione. Quando era ancora vivissima l'eco della fortunata campagna militare contro Napoleone, Savigny affermava che il diritto civile nasceva dalla comune coscienza di un popolo, che esso possedeva un carattere determinato, tipico di quel popolo, come la lingua, i costumi, la costituzione politica, tutte espressioni distinte di una sola « gemeinsame Überzeugung »; e sosteneva perciò l'esistenza di un indefettibile « organische Zusammenhang » che legava nei secoli popolo e diritto <sup>(12)</sup>. Nello splendido scritto programmatico che definiva gli scopi della rivista — fondata appunto per « dare nuovo impulso all'approfondimento storico del diritto patrio » — queste concezioni trovavano una piú ampia formulazione: se il diritto derivava « aus dem innersten Wesen der Nation selbst », se nasceva, quindi, dall'intero passato di una nazione, dotato di una sua intima necessità, esso non poteva essere determinato dall'arbitrio del legislatore; ogni epoca doveva riconoscere una somma di esperienze giuridiche precedenti, necessarie perché sottratte alla *Willkür* del presente, e insieme libere, perché derivanti dalla « superiore natura »

<sup>(9)</sup> Sul ruolo di Georg Friedrich Puchta nello sviluppo della « dogmatica giuridica », v. W. WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milano 1974, pp. 75-79, e sulle implicazioni politiche di tali posizioni, G. MARINI, *Friedrich Carl von Savigny*, Napoli 1978, pp. 135-141. Ma già Ernst Landsberg (R. STINTZING - E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, III/2, München-Berlin 1910, pp. 438-439) collocava, con felice intuito, al 1828 — anno di pubblicazione del *Gewohnheitsrecht* di Puchta — l'inizio di una nuova fase nella metodologia della Scuola storica, e la vigorosa ripresa della sua diffusione in Germania.

<sup>(10)</sup> Gli studenti di Gottinga furono avviati agli studi giuridici nel semestre invernale 1815-16 con una lezione sulla « necessità di introdurre un codice generale », cui seguì nel semestre invernale 1816-17 un corso sul « valore del diritto romano in sé, e in rapporto alla nostra situazione odierna ». Nel semestre estivo del 1819, si proponeva loro infine un tema quanto mai significativo: la « storia della disputa ... sui codici », con un « tentativo di valutazione della stessa » (pp. 40 e 345).

<sup>(11)</sup> R. STINTZING - E. LANDSBERG, *Geschichte*, p. 344.

<sup>(12)</sup> F. C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Freiburg i. Br. 1892 (ristampa della terza edizione, 1840), pp. 5-8. Sul concetto di *Volksgeist*, ed i suoi successivi sviluppi nell'ambito della Scuola storica, v. TH. SCHULER, *Jacob Grimm und Savigny. Studien über Gemeinsamkeit und Abstand*, ZSS. GA., (1963), pp. 232-250, con amplissima bibliografia, e da ultimo, G. MARINI, *Jacob Grimm*, Napoli 1972, pp. 77-82.

del popolo, inteso come un tutto in perpetuo divenire <sup>(13)</sup>. In una ben nota recensione — della quale, negli anni piú tardi, avrebbe respinto soltanto i toni aspramente polemici — Savigny irrideva l'equivoco di Gönner, secondo il quale tali teorie avrebbero potuto condurre ad una sorta di sovranità popolare, trasferendo nel popolo e nei giuristi il potere legislativo; ed assegnava, invece, al giurista il compito di ricercare — secondo un duplice metodo, storico e sistematico — una « superiore unità » nella molteplicità — storica e contemporanea — dell'esperienza giuridica <sup>(14)</sup>.

Profondamente persuaso anch'egli che funzione della *äussere* e della *innere Rechtsgeschichte* fosse soltanto quella di costituire un « sicuro fondamento storico » per il diritto vigente, Karl Friedrich Eichhorn — che già nel 1808 aveva notato come i grandi mutamenti rapidamente avvenuti nell'organizzazione giuridica tedesca richiedessero necessariamente un ritorno al passato — tracciava all'intervento del legislatore limiti perentori <sup>(15)</sup>. Il maestro di Gottinga rifiutava come assolutamente estranea alla tradizione tedesca qualunque teoria che ponesse il fondamento del diritto nell'arbitrio del legislatore, o che presumesse, grazie ad una « superficiale filosofia giuridica », di dettare regole razionali generali adatte ad ogni società civile: la tradizione giuridica tedesca si fondava, invece, su di un diritto positivo « originariamente tramandato », modellato sulle peculiarità dello sviluppo sociale ed economico, riconosciuto e consolidato mediante la legislazione. Eichhorn costruiva così una complessa ed organica teoria delle fonti, considerando ogni stato come una precisa individualità « sociale », impensabile senza un diritto « storicamente dato » e perciò stesso immediatamente condizionato; e, respingendo qualsiasi soluzione generale — fondata su quelle « dottrine » normalmente indicate con il nome di « diritto naturale » —, adottava una prospettiva ideologica, secondo la quale Grozio e Locke erano semplici epifenomeni della reazione olandese all'assolutismo asburgico e di quel vasto movimento politico

<sup>(13)</sup> F. C. VON SAVIGNY, *Über den Zweck dieser Zeitschrift*, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, I (1815), pp. 5-8 = *Über den Zweck der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, *Vermischte Schriften*, Berlin 1850, I, pp. 112-115.

<sup>(14)</sup> F. C. VON SAVIGNY, *Recension. N. Th. v. Gönner, über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit*. Erlangen, bei Palm. 1815, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, I (1815), pp. 382-384 = *Vermischte Schriften*, V, pp. 115-116 e 127-128.

<sup>(15)</sup> K. F. EICHHORN, *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*, I, Göttingen 1834<sup>4</sup>, pp. IV e IX-X (la *Vorrede* al primo volume è datata 13 maggio 1808). Definendo preliminarmente l'impostazione complessiva della sua grande opera, Eichhorn sosteneva (*ibidem*, p. 3) che la storia del diritto era parte integrante della storia dello stato, e che pertanto esisteva, anche nell'elaborazione scientifica, uno stretto collegamento. L'importanza di tali affermazioni mi sembra spesso ingiustamente sottovalutata (ma v. E. W. BÖCKENFÖRDE, *La storiografia costituzionale tedesca nel secolo decimonono*, Milano 1970, pp. 86-87).

che preparò la *glorious Revolution* <sup>(16)</sup>. I fini e i limiti dell'intervento legislativo apparivano meglio definiti proprio nell'efficace e polemica contrapposizione tra Federico II — modello del sovrano riformatore, *Selbstherrscher* nel senso piú completo del termine, che pure mantenne una rigorosa *Achtung* per ciò che gli apparve « costituzione esistente » o « diritto tramandato » — e Giuseppe II, che sentì acutamente, invece, il dannoso influsso di « vuote teorie politiche », nonostante possedesse grandi qualità e sommamente zelasse il bene dei suoi sudditi <sup>(17)</sup>.

Ancora Savigny aveva sostenuto l'esistenza di un profondo e generale contrasto fra la Scuola storica e quella che egli chiamava « non storica »: la scuola che si presentava talvolta come « filosofia », talvolta come « diritto naturale », talvolta infine come « sano intelletto umano ». Il contrasto riguardava tutte le « cose umane » ma soprattutto quelle relative alla « costituzione » e al « governo » degli stati <sup>(18)</sup>. Questo stesso contrasto Karl von Rotteck, mitico caposcuola del liberalismo meridionale, riproponeva — qualche anno dopo —, collocandosi ad un polo idealmente opposto: nessun argomento gli appariva importante e carico di conseguenze per il suo tempo quanto la soluzione della « disputa » fra i « principi giuridici naturali » e i « rapporti fondati storicamente » <sup>(19)</sup>. Conseguentemente Rotteck, in uno scritto piú tardo, collocava il fondamento ultimo del diritto nella volontà del legislatore, o nella volontà generale, « espressa ... attraverso l'organo del legislatore »; e ad essa assegnava il compito di realizzare il piú ampiamente possibile il « diritto razionale » <sup>(20)</sup>. Dopotutto, Eichhorn sintetizzava

<sup>(16)</sup> K. F. EICHORN, *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*, IV, Göttingen 1836<sup>4</sup>, pp. 706-713.

<sup>(17)</sup> K. F. EICHORN, *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*, IV, pp. 700 e 720-723.

<sup>(18)</sup> F. C. VON SAVIGNY, *Über den Zweck dieser Zeitschrift*, p. 2 = *Vermischte Schriften*, I, p. 109. Giustamente Otto von Gierke (*Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, Berlin 1903, p. 8) riteneva l'introduzione del concetto di *Volksgeist* nella teoria giuridica « ein Ausgangspunkt vertiefter Soziallehre ».

<sup>(19)</sup> K. VON ROTTECK, *Ueber den Streit natürlicher Rechtsprinzipien oder idealer Politik mit historisch begründeten Verhältnissen, Sammlung kleinerer Schriften meist historischen oder politischen Inhalts*, Stuttgart 1829, II, p. 45. Il discorso fu pronunziato nel 1818, quale prolusione al corso di « diritto razionale e scienze dello stato ». Sul pensiero politico-costituzionale di Rotteck, v. M. BOTZENHART, *Deutscher Parlamentarismus in der Revolutionszeit 1848-1850*, Düsseldorf 1977, pp. 30-36 e M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano 1979, pp. 42-44.

<sup>(20)</sup> K. VON ROTTECK, *Ueber die verschiedenen Hauptrichtungen des juristischen Studiums. Ein Wort für Staatsmänner*, *Jahrbücher der Geschichte und Staatskunst*, I (1831), pp. 54 e 63. Secondo Rotteck, esistevano tre *positiones* nello studio del diritto: il diritto che è attualmente in vigore; il diritto che è stato in vigore; il diritto che dovrebbe essere in vigore. Egli riteneva, pertanto, quanto meno paradossale che i legislatori del popolo tedesco fossero i pretori e Giustiniano, o Massimiliano I d'Asburgo e il Reichstag del 1495, artefici della Recezione, e che i tedeschi del diciannovesimo secolo dovessero regolare i loro rapporti giuridici secondo principi già validi per i sudditi orientali del tardo impero romano.

con vivace immediatezza i termini di questa stessa « disputa », quando, nella spontanea sincerità di una lettera familiare, scriveva: « ... la filosofia del diritto non vale un fico secco, perché qui la filosofia deve occuparsi di rapporti umani, sui quali naturalmente non si può dire nulla, se non si sa — secondo l'esperienza — come essi si siano svolti nei millenni ... » <sup>(21)</sup>.

Nonostante le polemiche e i contrasti, la metodologia della Scuola storica si diffuse tuttavia ampiamente nelle università tedesche, pur se influenzò quasi esclusivamente gli studi privatistici <sup>(22)</sup>. Nei dibattiti di Francoforte, i giuristi, secondo Siemann, tradussero quella metodologia in una linea politica conservatrice, costantemente e tenacemente contraria alle proposte più radicali ed avanzate. Si trattasse di discutere l'abolizione dei pesanti residui vincoli feudali nelle campagne, o di definire la auspicata costituzione del Reich, il richiamo alla tutela dei rapporti giuridici esistenti — all'*etwas Gegebenes* —, all'origine nazionale del diritto, alla peculiare molteplicità, alla irripetibile *Mannigfaltigkeit* della vita politica e sociale tedesca, comparve con puntuale monotonia a giustificare il rifiuto di una applicazione critica e puramente « teorica » di modelli stranieri, la fissazione di precisi limiti all'« arbitrio » del legislatore, la necessità di attuare nelle caute riforme soltanto *das Mögliche und Erreichbare*. Nelle votazioni sui paragrafi dei *Grundrechte* relativi alla libertà di movimento e di iniziativa economica, e all'abolizione delle prerogative della nobiltà come *Stand* <sup>(23)</sup>;

<sup>(21)</sup> Lettera al figlio, del 1829; cfr. U. J. HEUER, *Karl Friedrich Eichhorn und die historische Rechtsschule*, in *Studien über die deutsche Geschichtswissenschaft*, hsg. von J. Streisand, I, Berlin (DDR) 1969, pp. 124-125. Il saggio di Heuer, benché risenta di qualche eccessiva semplificazione, è nondimeno utile per un primo approccio critico all'opera di Eichhorn.

<sup>(22)</sup> Scriveva Bluntschli nel 1841: « ... Nell'ambito del diritto privato l'impostazione storica è ormai universalmente ammessa, tanto che essa non appartiene più ad un'unica scuola ... » (SIEMANN, pp. 41 e 437). Eduard Gans, la cui chiamata alla facoltà giuridica di Berlino, provocò una clamorosa protesta di Savigny, aveva circa mille ascoltatori, fra cui alti ufficiali e funzionari, ai suoi corsi di storia moderna e di diritto naturale, ma soltanto trenta al corso di istituzioni di diritto romano: M. LENZ, *Geschichte der königlichen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin*, II/1, Halle a. d. S. 1910, pp. 390-391 e 495-496, e H. G. REISSNER, *Eduard Gans. Ein Leben im Vormärz*, Tübingen 1965, pp. 106-107 e 120-123. Il volume commemorativo del centenario della facoltà giuridica berlinese compendia le vicende degli anni 1810-1840 sotto un titolo semplice, ma eloquente, « Die Fakultät Savignys »: *Die Juristische Fakultät der Universität Berlin von ihrer Gründung bis zur Gegenwart. Festgabe der Deutschen Juristen-Zeitung zur Jahrhundertfeier der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin*, Berlin 1910, pp. 11-12.

<sup>(23)</sup> Art. 1 par. 3 e art. 2 par. 7 dei *Grundrechte des deutschen Volks* (*Reichsgesetzblatt* del 28 dicembre 1848), rispettivamente corrispondenti ai paragrafi 133 e 137 della costituzione del Reich (*Reichsgesetzblatt* del 28 aprile 1849 = E. R. HUBER, *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, I, Stuttgart 1978<sup>3</sup>, p. 390). Per le camere del Baden e del Württemberg, uno svolgimento analogo dei dibattiti relativi all'abolizione dei diritti di caccia è documentato da H. W. ECKARDT, *Herrschaftliche Jagd, bäuerliche Not und bürgerliche Kritik. Zur Geschichte der*

così come nelle votazioni sulla composizione e sui poteri dello *Staa-tenhaus* o sulla questione della « mediatizzazione » — che avrebbe portato a ridisegnare la carta politica tedesca — i giuristi respinsero con notevoli maggioranze le soluzioni più democratiche, e le maggioranze furono ancora più sensibili nel caso di giuristi formati a Berlino o a Gottinga. Il voto fu sostanzialmente uniforme, ben oltre i labili confini delle « frazioni » parlamentari, cui la lodevole ricettività alberghiera di Francoforte fornì denominazioni assai pittoresche <sup>(24)</sup>. Parve, invece, delinearsi un confine più netto, e riproporsi quella « disputa » polemicamente definita da Rotteck: lo stesso Parlamento ne fu consapevole. Beseler notava come, nel dibattito sulla libertà di iniziativa economica, si fossero manifestate, nonostante le diverse sfumature, due concezioni distinte del diritto, sommariamente corrispondenti a due schieramenti politici contrapposti. L'uno tentava di realizzare « energicamente » le istituzioni unitarie, soltanto sulla base di ciò che riteneva « giusto », e voleva quindi introdurre in Germania la più completa libertà industriale; l'altro respingeva l'« assoluta uniformità » e l'« arbitrio » legislativo, perché si rifiutava di considerare il popolo come una « massa determinata di singoli individui ». Il vincolo che legava il singolo al popolo era stretto quanto il vincolo che lo legava al passato, contro le tentazioni dell'individualismo giusnaturalistico, contro ogni « livellamento », contro ogni forma imposta di uguaglianza: come entrambi i vincoli fossero indissolubili e reciprocamente dipendenti, Savigny aveva mirabilmente dimostrato nello scritto programmatico della sua rivista <sup>(25)</sup>. Gli uni — aggiungeva Dahlmann — « onorano nel corso della storia l'alto e profondo piano di una educazione del genere umano »; gli altri, quelli capaci soltanto di far ricorso ad un'unica « parola magica », sovranità popolare, « hanno rotto con la storia ». Perciò il deputato di Stoccarda Rödinger, avvocato, poteva facilmente ironizzare sugli storici, che, a furia di guardare indietro, non riuscivano più a guardare in avanti né a muovere bene il capo, e potevano girarsi soltanto verso destra <sup>(26)</sup>.

Gli esempi raccolti da Siemann sono così numerosi, univoci e suggestivi, che non dovrebbero consentire alcun dubbio. Pure, la stessa continua, schematica, manichea contrapposizione fra « diritto storico » e « diritto razionale » — la quale, come ha recentemente osservato Fioravanti, non di rado ispira la storiografia tedesca — non appare affatto

*fürstlichen und adligen Jagdprivilegien vornehmlich im südwestdeutschen Raum*, Göttingen 1976, pp. 223-232.

<sup>(24)</sup> Sulla difficoltà di definire esattamente i raggruppamenti politici nel *Vormärz*, e nel parlamento di Francoforte, v. J. J. SHEEHAN, *Liberalism and society in Germany 1815-1848*, *Journal of modern history*, 45 (1973), pp. 585-586.

<sup>(25)</sup> F. C. VON SAVIGNY, *Über den Zweck dieser Zeitschrift*, pp. 2-4 = *Vermischte Schriften*, I, pp. 109-111.

<sup>(26)</sup> SIEMANN, pp. 113-114, 220-221, 239-240.



persuasiva e suggerisce qualche osservazione <sup>(27)</sup>. Io ritengo che si debba senz'altro resistere alla tentazione, certamente allettante, di rendere i sostenitori del « diritto storico » — in quanto tali — responsabili di tante scelte conservatrici del Parlamento <sup>(28)</sup>. Il liberalismo tedesco, così come era venuto definendosi nel *Vormärz*, si era espresso in un forte nucleo moderato, unito dalla profonda convinzione di poter realizzare una lenta evoluzione costituzionale nell'ambito del più rigoroso legittimismo, attraverso il pacifico accordo con i sovrani <sup>(29)</sup>. Le componenti radicali e democratiche erano sempre state assolutamente minoritarie, ed anche al loro interno si manifestava talvolta una singolare riluttanza ad associare alla lotta politica le masse popolari: nella sua pur breve vita, il *Deutscher Volksverein*, guidato da Schuster e Venedey, discusse lungamente l'opportunità di consentire anche ad operai ed artigiani la partecipazione all'attività clandestina <sup>(30)</sup>. La lotta per l'unificazione nazionale su basi costituzionali si fuse con la lotta per l'affermazione del nascente capitalismo industriale; e la borghesia imprenditoriale e professionale cercò di affermare il proprio diritto a dirigere lo stato, contro la reazione assolutistica e gli ultimi residui dell'organizzazione feudale, ma insieme contro ogni soluzione rivoluzionaria. Gli avvenimenti del marzo 1848 trovarono completamente impreparati i gruppi di opposizione liberale, che avevano cercato fino all'ultimo di contenere la protesta popolare attraverso gli accordi con i principi sulle riforme costituzionali. Ancora il 12 febbraio 1848, nel parlamento del Baden, Friedrich Bassermann chiedeva al granduca di promuovere la partecipazione delle rappresentanze locali al Bundestag, per sollecitare l'avvio di una legislazione comune <sup>(31)</sup>. Queste tendenze moderate furono largamente prevalenti anche nell'assemblea di Francoforte <sup>(32)</sup>, e riprodusero quella frattura tra società

<sup>(27)</sup> M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica*, p. 44, n. 77.

<sup>(28)</sup> È certamente singolare che Siemann non abbia considerato l'iter formativo del par. 64 della costituzione, che imponeva alla *Reichsgewalt* di realizzare l'unità giuridica del popolo tedesco, attraverso i codici civile, penale, commerciale e di procedura (*Reichsgesetzblatt* del 28 aprile 1849 = E. R. HUBER, *Dokumente*, p. 381). Sull'argomento v. G. WESENBERG, *Die Paulskirche und die Kodifikationsfrage*, ZSS. R.A., 72 (1955), pp. 359-365.

<sup>(29)</sup> W. BUSSMANN, *Zur Geschichte des deutschen Liberalismus im 19. Jahrhundert*, in *Probleme der Reichsgründungszeit*, hsg. von H. Böhme, Köln-Berlin 1972<sup>2</sup>, pp. 85-93; e cfr. *Western Liberalism. A history in documents from Locke to Croce*, ed. by E. K. Bramsted and K. J. Melhuish, London-New York 1978, pp. 80-85 e 337-339.

<sup>(30)</sup> K. OBERMANN, *Deutschland von 1815-1848*, in *Deutsche Geschichte*, II, Berlin (DDR) 1967<sup>2</sup>, pp. 189-190.

<sup>(31)</sup> K. OBERMANN, *Die Revolution von 1848-49*, in *Deutsche Geschichte*, p. 251.

<sup>(32)</sup> Le leggi elettorali, e la loro applicazione restrittiva, consentirono peraltro un suffragio molto limitato: V. VALENTIN, *Geschichte*, II, pp. 3-4. Il piccolo principato di Hohenzollern-Hechingen escluse dalle elezioni gli scapoli e gli ebrei: TH. S. HAMEROW, *Restoration*, pp. 122-123.

politica e società civile che aveva caratterizzato le esperienze costituzionali del *Vormärz*, e alla quale Werner Conze ha dedicato pagine esemplari <sup>(33)</sup>. In uno scritto programmatico del 22 maggio 1848, intorno al quale si sarebbe organizzata la futura *Casinopartei*, Droysen sosteneva che i liberali — « bisher Opposition, jetzt Sieger » — non dovevano perseguire l'unità e la libertà attraverso la « rovina » dell'ordine territoriale e dei governi esistenti, ma attraverso la « buona volontà dei governanti e dei governati »; e riproponeva quindi in versione aggiornata la vecchia dottrina del « matrimonio » fra il principe ed i suoi sudditi <sup>(34)</sup>. Nessun particolarismo — aggiungeva il 25 settembre un altro documento programmatico della grande « frazione » moderata —, ma riconoscimento di tutte le peculiarità storiche dei singoli stati e delle singole stirpi; nessuna reazione, ma lotta decisa per l'ordine pubblico contro l'anarchia <sup>(35)</sup>. La *Casinopartei* divenne il raggruppamento politico piú importante, l'autentico centro di gravità dell'assemblea, ed in essa — secondo i ricordi di Alfred von Arneth, storico austriaco e parlamentare dell'*Augsburger Hof* — Dahlmann e Beseler esercitarono poteri quasi dittatoriali <sup>(36)</sup>. I giuristi formatisi alla scuola del « diritto storico » esprimevano ed interpretavano e forse plasmavano tendenze ed orientamenti assai diffusi, ma certamente non li determinavano.

Anche il rifiuto di modelli stranieri era d'altronde comune a molti settori del moderatismo tedesco. Il mito delle antiche libertà germaniche poteva essere associato, nella prospettiva di Dahlmann, soltanto con il grande modello costituzionale inglese, esempio concreto di ininterrotta continuità, immune da astratti dottrinarismi, secondo la feconda lezione burkiana <sup>(37)</sup>. Gli stessi postulati fondamentali della

<sup>(33)</sup> W. CONZE, *Das Spannungsfeld von Staat und Gesellschaft im Vormärz, in Staat und Gesellschaft im deutschen Vormärz*, hsg. von W. Conze, Stuttgart 1978<sup>3</sup>, pp. 207-269.

<sup>(34)</sup> W. BOLDT, *Die Anfänge des deutschen Parteiwesens. Fraktionen, politische Vereine und Parteien in der Revolution 1848*, Paderborn 1971, pp. 170-171 e M. BOTZENHART, *Deutscher Parlamentarismus*, pp. 420-422. Sull'immagine del « matrimonio » fra il principe e il suo popolo, v. H. BOLDT, *Zwischen Patrimonialismus und Parlamentarismus. Zur Entwicklung vorparlamentarischer Theorien in der deutschen Staatslehre des Vormärz, in Gesellschaft, Parlament und Regierung. Zur Geschichte des Parlamentarismus in Deutschland*, hsg. von G. A. Ritter, Düsseldorf 1974, pp. 78-79.

<sup>(35)</sup> W. BOLDT, *Die Anfänge*, pp. 168-169; ma cfr. M. BOTZENHART, *Deutscher Parlamentarismus*, p. 421.

<sup>(36)</sup> W. BOLDT, *Die Anfänge*, pp. 172-173 e L. BERGSTRÄSSER, *Geschichte der politischen Parteien in Deutschland*, München 1960<sup>10</sup>, pp. 97-98.

<sup>(37)</sup> F. CH. DAHLMANN, *Die Politik, auf den Grund und das Mass der gegebenen Zustände zurückgeführt*, I, Leipzig 1847<sup>3</sup>, p. 9, e *passim*, per la sostanziale adesione al modello classico del bicameralismo, così come si era venuto delinendo nell'esperienza inglese. Sull'opera di Dahlmann è indispensabile vedere, della letteratura piú antica J. K. BLUNTSCHLI, *Geschichte der neueren Staatswissenschaft. Allgemeines Staatsrecht und Politik seit dem 16. Jahrhundert bis zur Gegen-*

Scuola storica sembravano intimamente aderire alle più profonde e consapevoli tradizioni del popolo tedesco: almeno due testimonianze — provenienti da quel movimento riformatore prussiano, nel quale si è voluto talvolta riconoscere il fondamento del liberalismo tedesco <sup>(38)</sup> — sembrano a me particolarmente significative, e meritevoli di ben altro approfondimento di quanto non sia qui consentito. Quando il principe Kutusoff, seguendo gli eserciti francesi in ritirata, raggiunte le suolo tedesco, inviò da Kalisch il 26 marzo 1813, in nome dello zar Alessandro e del re Federico Guglielmo III, un proclama ai popoli di Germania, certamente ispirato da Stein, anche se probabilmente redatto da Rehdiger <sup>(39)</sup>. In esso i due sovrani promettevano di ripristinare la libertà e l'indipendenza della Germania, ma si impegnavano anche — smentendo la clausola di Bartenstein — a sostenere e garantire la « rinascita di un Reich degno di essere onorato ». Quest'opera spettava « ai principi e ai popoli » tedeschi, ed avrebbe avuto tanto più solido e duraturo successo, quanto più le sue premesse e le sue linee fondamentali sarebbero state tratte « aus dem ureigenen Geiste des deutschen Volkes » <sup>(40)</sup>. Lo stesso Stein, tracciando il 20 agosto 1816 un programma costituzionale ed amministrativo, scriveva: « ... Se dobbiamo dar forma ad una costituzione, dobbiamo farlo storicamente; non dobbiamo inventarla, dobbiamo rinnovarla, dobbiamo cercare i suoi elementi nelle prime epoche dell'origine del nostro popolo, e svilupparla da questi ... » <sup>(41)</sup>.

---

wart, München 1881<sup>3</sup> (Aalen 1964), pp. 637-642; assai utili sono le sintesi di F. SCHNABEL, *Deutsche Geschichte im neunzehnten Jahrhundert*, Freiburg i. Br. 1933, II, pp. 179-182 e H. HOLBORN, *A history*, pp. 37-38, nonché il recente contributo di H. HEIMPEL, *Zwei Historiker. Friedrich Christoph Dahlmann. Jacob Burckhardt*, Göttingen 1962, pp. 7-20. Sul ruolo di Dahlmann nel movimento unitario e costituzionale, v. K. OBERMANN, *Die deutschen Historiker in der Revolution von 1848-49*, in *Studien über die deutsche Geschichtswissenschaft*, pp. 224-225 e 229-235; sull'influsso di Burke sulla pubblicistica tedesca del primo Ottocento, v. F. BRAUNE, *Edmund Burke in Deutschland. Ein Beitrag zur Geschichte des historisch-politischen Denkens*, Heidelberg 1917, pp. 1-3. Non è certamente senza significato la familiarità di Eichhorn con il pensiero di Burke: *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*, IV, pp. 718 e 721.

<sup>(38)</sup> G. DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo europeo*, Milano 1971, pp. 208-211.  
<sup>(39)</sup> FREIHERR VOM STEIN, *Briefwechsel, Denkschriften und Aufzeichnungen*, bearbeitet von E. Botzenhart, Berlin (s.a.), IV, pp. 238-243 (*Denkschrift für Alexander I*, Breslau 16 März 1813). Lo scritto di Stein era fortemente polemico nei confronti dei piani per il futuro riassetto della Germania, proposti dal « principe reale » di Svezia, Bernadotte, e dal conte di Münster, a nome del principe reggente d'Inghilterra: cfr. E. R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, I, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1960<sup>2</sup>, p. 479.

<sup>(40)</sup> E. R. HUBER, *Dokumente*, pp. 80-81. I riferimenti al proclama di Kalisch erano molto frequenti negli scritti politici di Droysen: v. W. HOCK, *Liberales Denken im Zeitalter der Paulskirche. Droysen und die frankfurter Mitte*, Münster 1957, p. 53.

<sup>(41)</sup> FREIHERR VOM STEIN, *Briefwechsel*, V, p. 350; cfr. H. BOLDT, *Zwischen Patrimonialismus*, p. 77.

Del resto, non tutti gli esempi proposti da Siemann sono realmente utili per una ricostruzione del ruolo dei giuristi nel parlamento di Francoforte, e lo stesso autore ne è consapevole. Alcune decisioni furono profondamente influenzate dal rapido svolgersi degli eventi, altre furono frutto di laboriosi compromessi politici. L'assemblea nazionale si riunì quando l'ondata rivoluzionaria si era già ampiamente esaurita, e le sue decisioni più rilevanti furono adottate quando l'autorità della rappresentanza popolare appariva fortemente scossa, il movimento unitario si infrangeva sull'annosa questione dei Ducati, e la reazione monarchica recuperava le posizioni perdute nel moto rivoluzionario di primavera. « Il tuono dei cannoni viennesi risveglia una nuova vita a Berlino », diceva con sicuro acume l'ambasciatore austriaco Trauttmansdorff (42), e due magnati boemi, Windischgraetz e Schwarzenberg ordinavano l'esecuzione di Robert Blum, completamente ignorando l'immunità parlamentare che avrebbe dovuto tutelarlo (43). Il conferimento della corona imperiale a Federico Guglielmo IV fu appunto il risultato di un compromesso globale fra gruppi moderati e democratici, che espresse la tradizionale fedeltà del liberalismo moderato all'istituto monarchico, e insieme consentì finalmente la tanto paventata ammissione del suffragio universale (44). Ma anche per i dibattiti sui *Grundrechte* la scelta di un esempio non mi pare particolarmente felice. La commissione costituzionale aveva deciso di proporre all'assemblea un argomento che doveva — nell'auspicio del relatore Georg Beseler — « essere considerato più di ogni altro neutrale », ed aveva quindi anteposto la discussione sui diritti fondamentali a quella sull'organizzazione costituzionale del futuro stato unitario. La vivacità delle polemiche smentì nettamente le ottimistiche previsioni del germanista di Greifswald (45).

Secondo molti importanti settori della pubblicistica liberale, libertà di circolazione e libertà di iniziativa economica erano due momenti essenziali per la ricostituzione della società tedesca e per la creazione di un grande spazio economico libero da vincoli (46). A questa sentita aspirazione unitaria si opponeva tuttavia, ancora alla vigilia della rivoluzione, una enorme varietà nella legislazione dei singoli

(42) VI VALENTIN, *Geschichte*, II, p. 276.

(43) H. HOLBORN, *A history*, p. 72.

(44) H. HOLBORN, *A history*, pp. 84-85. Alla fine del 1848, in una lettera al principe Guglielmo di Prussia, Hansemann definiva il suffragio universale « il più pericoloso esperimento del mondo »: TH. S. HAMEROW, *Restoration*, p. 215.

(45) SIEMANN, pp. 104-122.

(46) L'indissolubilità del legame fra istituzioni costituzionali e libertà di iniziativa economica era stata sostenuta già negli anni 1827-28 sulle colonne dell'autorevole *Allgemeine Zeitung* di Augusta: v. W. FUNK, *Die Verfassungsfrage im Spiegel der Augsburger Allgemeinen Zeitung von 1818-1848*, Berlin 1977, p. 46.

stati (47). Nel dibattito parlamentare, che vide su posizioni contrapposte la commissione costituzionale e la commissione economica, emersero due orientamenti fondamentali: uno favorevole ad un immediato intervento legislativo, che permettesse il concreto esercizio di tali libertà su tutto il territorio tedesco; l'altro favorevole ad una più sfumata dichiarazione di principio, che rinviasse ogni disciplina effettiva della materia ad una futura normazione adottata dalla *Reichsgewalt* (48). L'ottimismo consueto della commissione economica, che cercava di abbattere ogni residuo ostacolo all'incipiente industrializzazione, si scontrava dunque con l'atteggiamento più cauto, e forse più realistico, della commissione costituzionale (49). I giuristi parteciparono numerosi alla discussione, e fecero ovviamente ricorso ad argomenti ben noti, preoccupandosi soprattutto di respingere l'«arbitrio» legislativo e la «assoluta uniformità». Heinrich Albert Zachariae, discusso docente di Gottinga, pubblicista e penalista che aveva profondamente assimilato la «teoria delle fonti» di Savigny e Puchta, protestava contro ogni uguaglianza imposta e ogni livellamento; Justin Timotheus von Linde, processualista, ma più vicino a Mittermaier che a Bethmann-Hollweg, condannava vivacemente ogni «arbitrario» intervento nella legislazione dei Länder (50); August Reichensperger, presidente camerale di Colonia, studente a Berlino, segnalava ai suoi colleghi, fra gli applausi della destra, i gravi pericoli che si celavano dietro le «frasi» ed i «concetti generali»; tutti, infine, richiamaavano il parlamento ad una maggiore considerazione per la «situazione esistente» e per le sue varie particolari manifestazioni. Wilhelm Stahl, docente di diritto pubblico a Erlangen, sosteneva che non si potessero eliminare le corporazioni con un tratto di penna, e ricordava che esse si erano date propri ordinamenti molto prima che fosse anche concepibile un intervento legislativo statale in materia. Su tali premesse, facilmente Beseler aveva potuto ricondurre il dibattito alla contrapposizione fra due scuole, no-

(47) W. STIEDA, v. *Zunftwesen*, in *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, hsg. von J. Conrad, L. Elster, W. Lexis, E. Loening, VIII, Jena 1911, pp. 1103-1109.

(48) Nella versione definitiva dei *Grundrechte*, l'art. 1 par. 3 suonava: «Jeder Deutsche hat das Recht, an jedem Orte des Reichsgebietes seinen Aufenthalt und Wohnsitz zu nehmen, Liegenschaften jeder Art zu erwerben und darüber zu verfügen, jeden Nahrungszweig zu betreiben, das Gemeindebürgerrecht zu gewinnen. Die Bedingungen für den Aufenthalt und Wohnsitz werden durch ein Heimathsgesetz, jene für den Gewerbebetrieb durch eine Gewerbeordnung für ganz Deutschland von der Reichsgewalt festgesetzt» (*Reichsgesetzblatt* del 28 dicembre 1848).

(49) Un esponente di primo piano nella commissione economica fu Bruno Hildebrand, che appunto nel 1848 pubblicava la sua opera più nota, *Die Nationalökonomie der Gegenwart und Zukunft*: v. J. A. SCHUMPETER, *History of economic analysis*, London 1967, pp. 507-508.

(50) R. STINZING - E. LANDSBERG, *Geschichte*, pp. 391-392, 658-664 e 382-384.

nostante il consigliere di seconda classe Ziegert, di Minden, affermasse che la sopravvivenza del particolarismo storico, nella sua forma estrema, era una delle più gravi questioni sociali del momento <sup>(51)</sup>.

Tuttavia, proprio questa contrapposizione così netta ed evidente suscita qualche perplessità. Il successo del moto rivoluzionario in Germania era stato notoriamente determinato dalla effimera saldatura fra la violenta protesta popolare e l'opposizione liberale. La terribile carestia degli anni 1845-47 aveva esasperato i contrasti sociali nelle campagne, dimostrando come il processo di emancipazione, che peraltro nel 1848 non poteva affatto dirsi compiuto, avesse condotto ad un netto peggioramento nelle condizioni dei contadini. L'antico equilibrio feudale era scosso dalle fondamenta nel passaggio a forme di imprenditorialità capitalistica che giustificavano in alcune zone della Germania la formazione di una nuova classe di proprietari borghesi <sup>(52)</sup>: i contadini, già stretti fra l'incredibile frammentazione della proprietà e il peso dei diritti signorili <sup>(53)</sup>, compresero presto che i loro gravosi vincoli economici avevano soltanto cambiato natura <sup>(54)</sup>. La ribellione contadina fu particolarmente rabbiosa in tutta l'Europa centrale; soltanto i paesani di Schönhausen — nei ricordi forse artificiosamente appannati del loro signore — si dichiararono disposti a marciare su Berlino per liberare il re <sup>(55)</sup>. La crisi che aveva flagellato le campagne non risparmiò certamente nelle città i ceti meno protetti, e fra questi soprattutto gli artigiani. Settantaquattro artigiani morirono nei giorni di marzo per le strade di Berlino, invocando il ripristino dell'ordinamento corporativo, mentre le rendite di stato raggiungevano i loro corsi più bassi <sup>(56)</sup>; e già un grande aristocratico, il principe Lichnowsky, parlando al *Vereinigte Landtag*, aveva indicato nella povertà e nella fame, non certo nella diffusione delle teorie comunistiche la causa delle ribellioni dei tessitori in Slesia <sup>(57)</sup>. Ancora nel 1820, Thomas Hodgskin,

<sup>(51)</sup> Una significativa testimonianza di come l'opinione pubblica democratica guardasse al complesso problema è nel prezioso *Handbuch* popolare, voluto da Robert Blum: J. G. GUNTHER, v. *Gewerbe*, in *Volksthuemliches Handbuch der Staatswissenschaften und Politik. Ein Staatslexicon für das Volk*, hsg. von R. Blum, I, Leipzig 1848, pp. 439-440.

<sup>(52)</sup> La presenza di tali contraddizioni nell'economia del *Vormärz* è posta in evidenza da J. J. SHEEHAN, *Liberalism and society*, p. 583.

<sup>(53)</sup> G. FRANZ, *Landwirtschaft 1800-1850*, in *Handbuch der deutschen Wirtschafts- und Sozialgeschichte*, hsg. von H. Aubin und W. Zorn, II, Stuttgart 1976, pp. 294-307.

<sup>(54)</sup> Le proprietà dell'aristocrazia mediatizzata erano espressamente tutelate nell'art. 14 dell'Atto della Confederazione: E. R. HUBER, *Dokumente*, pp. 88-89.

<sup>(55)</sup> O. VON BISMARCK, *Gedanken und Erinnerungen*, Stuttgart-Berlin, 1928 pp. 53-55.

<sup>(56)</sup> TH. S. HAMEROW, *Restoration*, p. 102.

<sup>(57)</sup> Seduta della *Herren-Kurie* del 17 maggio 1847: *Der Erste Vereinigte Landtag in Berlin 1847*, hsg. von E. Bleich, II, Berlin 1847, pp. 704-705. Il dibattito riguardava la protezione doganale da accordare all'industria tessile, e Lichnowsky disse: «... Ich glaube der Hunger ist der Grund und nicht kommu-

viaggiando nella Germania settentrionale, osservava che le corporazioni — nonostante qualche pittoresca incongruenza, come il divieto di matrimonio per gli apprendisti — si adattavano perfettamente alle dimensioni del mercato comunale, riuscivano a mantenere in equilibrio la domanda e l'offerta di lavoro, e avevano risparmiato alle popolazioni tedesche le sofferenze degli irlandesi <sup>(58)</sup>. La fine del sistema corporativo era stata decretata surrettiziamente in Prussia con una legge tributaria nella grande stagione delle riforme <sup>(59)</sup>, ed era stata chiaramente imposta dovunque si era esteso il dominio francese; i governi della Restaurazione avevano in parte ripristinato l'antica organizzazione, e sempre assunto un atteggiamento molto più cauto: così che nel 1842 il principe Federico Guglielmo Costantino di Hohenzollern-Hechingen sottoponeva nel suo minuscolo stato ben cinquanta mestieri alla disciplina corporativa <sup>(60)</sup>. Pure, l'antico equilibrio della produzione artigianale non riusciva più a sopravvivere di fronte alla disordinata dinamica dello sviluppo industriale; la grande impresa assorbiva rapidamente il piccolo produttore, soprattutto nelle manifatture tessili, e dappertutto l'artigiano, perdendo la direzione tecnica ed economica della propria impresa, si trasformava in lavoratore che produceva per conto dell'imprenditore capitalista <sup>(61)</sup>. Ad onta dell'ispirata predicazione liberista di John Prince-Smith — sostenuta dai

---

nistische ideen. Wer des Lebens froh sein will, der muss mehr haben als das Brod des heutigen Tages, er muss für seine Familie und sich mit ruhigem Blick auf morgen blicken, können. So lange ein gesicherter, rechtlicher Erwerb dort war ... hat Niemand, sage ich, an kommunistische Betriebe gedacht ... ». Su Felix Lichnowsky, esperto della guerriglia spagnola, e parlamentare della *Casinopartei* destinato ad una tragica fine, v. V. VALENTIN, *Geschichte*, II, pp. 164-166, e TH. S. HAMEROW, *Restoration*, p. 181.

<sup>(58)</sup> TH. HODGSKIN, *Travels in the North of Germany: describing the present state of the social and political institutions in that country: particularly in the Kingdom of Hanover*, Edinburgh 1820, II, pp. 176-185, in *Documents of european economic history*, I, *The process of industrialization*, ed. by S. Pollard and C. Holmes, London 1968, pp. 354-358. Su Hodgskin, da taluni ritenuto un precursore di Marx, v. J. A. SCHUMPETER, *History*, p. 479. Sull'organizzazione dell'artigianato e sul rapporto fra maestri e apprendisti, v. le classiche pagine di G. VON SCHMOLLER, *Zur Geschichte der deutschen Kleingewerbe im 19. Jahrhundert*, Halle a. d. S. 1870 (Hildesheim-New York 1975), pp. 257-287 e 315-355; un riesame dell'intero problema, con fitto corredo di dati statistici, è in K. H. KAUFHOLD, *Handwerk und Industrie 1800-1850*, in *Handbuch der deutschen Wirtschafts- und Sozialgeschichte*, pp. 321-357.

<sup>(59)</sup> E. R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, pp. 206-207 e *Dokumente*, pp. 46-47; cfr. I. MIECK, *Preussische Gewerbepolitik in Berlin 1806-1844*, Berlin 1965, pp. 14-18.

<sup>(60)</sup> W. STIEDA, v. *Zunftwesen*, pp. 1102-1103; per le particolari vicende prussiane, v. R. KOSELLECK, *Preussen zwischen Reform und Revolution. Allgemeines Landrecht, Verwaltung und soziale Bewegung von 1791 bis 1848*, Stuttgart 1967, pp. 588-602.

<sup>(61)</sup> F. CARACCILO, *Il processo di industrializzazione. Politica economica e riflessioni teoriche sulla crescita industriale nei paesi second comers*, Roma 1979, pp. 241, 252, 318.

grandi proprietari terrieri di Prussia o di Hannover, e dai mercanti delle città anseatiche — (62), le roventi polemiche nelle quali lo spettro del pauperismo si fondeva con preoccupazioni ecologiche *ante litteram*, le lunghe file di artigiani che emigravano verso l'America, il costante aumento delle somme destinate all'assistenza pubblica a Berlino, dimostravano quanti rischi potesse comportare un'assimilazione troppo frettolosa delle teorie di Cobden (63). Prudentemente, Friedrich List sosteneva che non si dovesse direttamente riferire all'espansione industriale la profonda miseria tedesca, e riteneva anzi che occorresse un « altissimo grado di follia » per pensare di rinunciare ad una tale fonte di benessere e di potenza (64); ma gli artigiani, poco convinti, reagivano con tardive esplosioni di luddismo, che ci fanno apparire meno paradossale il triste apologo di Bastiat sui fabbricanti di candele infuriati per la concorrenza sleale del sole (65). Nella prima assemblea artigiana, organizzata ad Amburgo dalle corporazioni del Lauenburg nel giugno del 1848, gli intervenuti condannarono all'unanimità la prassi liberista e auspicarono « un codice comune di legislazione sociale per tutta la Germania, tale da garantire a ciascun membro della società civile una remunerazione commisurata alla sua capacità di lavorare », e ancora il congresso degli artigiani, apertosi a Francoforte il 15 luglio, respinse, ricorrendo chiaramente alla minaccia rivoluzionaria, un'indiscriminata concessione della libertà di iniziativa economica, e richiese sostanzialmente il ritorno all'organizzazione corporativa (66).

Almeno in questo caso, quindi, i sostenitori del « diritto storico » interpretarono chiaramente la ferma volontà delle categorie interessate, e non usarono gli insegnamenti della Scuola per imporre una soluzione dilatoria o conservatrice. Il richiamo alla *Mannigfaltigkeit*, la tutela dell'*etwas Gegebenes* non rispondevano soltanto ad un mero gusto antiquario o ad un'insopprimibile vocazione quietistica, ma avevano — almeno nel caso delle corporazioni — un incontestabile valore

(62) *Western Liberalism*, pp. 332-334 e 357-359; cfr. F. CARACCILO, *Il processo di industrializzazione*, pp. 227-240.

(63) J. KUCZYNSKI, *Zur politökonomischen Ideologie in Deutschland vor 1850 und andere Studien = Die Geschichte der Lage der Arbeiter unter dem Kapitalismus*, X, Berlin (DDR) 1960, pp. 69-71. Alle fondate preoccupazioni di Gustav Mevissen per un più equilibrato rapporto fra industria ed altri settori produttivi accenna F. CARACCILO, *Il processo di industrializzazione*, p. 227.

(64) F. LIST, *Die gegenwärtige Lage der Industrie im Zollverein*, in *Aufsätze und Abhandlungen aus den Jahren 1831-1844*, hsg. von E. Salin, A. Sommer und O. Stühler, *Schriften, Reden, Briefe*, V, Berlin 1928, pp. 270-271. L'articolo apparve nel 1843 sulla *Allgemeine Zeitung*.

(65) F. BASTIAT, *Sophismes économiques*, I, Paris 1847, pp. 83-90; cfr. TH. S. HAMEROW, *Restoration*, pp. 140-142, e, per le contenute proteste degli artigiani berlinesi, I. MIECK, *Preussische Gewerbepolitik*, pp. 207-224.

(66) TH. S. HAMEROW, *Restoration*, pp. 143-145 e, più ampiamente, W. STIEDA, *v. Handwerk*, in *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, V, Jena 1910, pp. 377-383.



sociale. Non sempre una politica coerentemente liberista — per riprendere, in forma alquanto semplificata, i termini di una celebre disputa fra Croce ed Einaudi <sup>(87)</sup> — poteva anche dirsi una politica liberale. Dall'importante ricerca di Wolfram Siemann si ricava, ancora una volta, un insegnamento prezioso: in tema di valutazioni « politiche » della Scuola storica, spesso influenzate da opinioni tradizionali, occorre sempre una grande cautela.

---

<sup>(87)</sup> B. CROCE - L. EINAUDI, *Liberismo e Liberalismo*, a cura di P. Solari, Milano-Napoli 1957, pp. 11-15 e 121-133.

*Strumenti*



ALBERTO DAVID LEIVA

LOS ESTUDIOS DE HISTORIA DEL DERECHO  
EN LA REPUBLICA ARGENTINA  
DURANTE LOS ULTIMOS VEINTE AÑOS

En 1959 moría en Buenos Aires uno de los mejores historiadores argentinos. Académico, catedrático universitario, autor de una muy importante bibliografía y orientador de muchos investigadores, Ricardo Levene, que así se llamaba el maestro, sentía especial predilección por los estudios de historia jurídica.

Muchos trabajos debidos a su pluma han quedado como testimonio de su dedicación a la Historia del Derecho <sup>(1)</sup> y aún hoy varios se consideran como textos fundamentales. También debe recordarse entre sus obras la fundación en 1939 de un instituto — que luego llevaría su nombre — dedicado a la disciplina dentro del ámbito de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires <sup>(2)</sup>.

Ya en vida de Levene este instituto gozaba de sólido prestigio. Después de su desaparición, sus discípulos y otros especialistas continuaron en Buenos Aires los estudios anteriores, en consonancia con la tarea incipiente cumplida en esa época por los demás centros de cultura dentro del país. La noticia que ahora se publica se refiere a esa tarea, enmarcada dentro de los 20 años transcurridos desde la muerte del maestro, tiempo suficiente para aquilatar la calidad de su enseñanza.

Conviene aclarar que no se encontrará aquí una bibliografía completa de toda la producción argentina sobre la materia, sino mas bien aquellos trabajos que por su importancia, novedad o utilidad puedan resultar interesantes para el lector europeo. Aun cuando es frecuente que los historiadores argentinos difundan sus trabajos también fuera del país, por motivos de espacio sólo citaré la bibliografía publicada en la República, salvo que resulte ineludible la mención de alguna otra investigación por sus características especiales.

Nótese también que esta actualización se refiere únicamente a las obras de Historia del Derecho tal como se entiende en Argentina, esto

---

(1) Sólo a título de ejemplo citaré su obra *Historia del Derecho Argentino*, 11 tomos publicados entre 1945 y 1958.

(2) En adelante IHDR.

es, como disciplina distinta de la Historia de las Instituciones. Tampoco se incluyen las obras — algunas muy importantes — sobre la Historia Constitucional que, aunque tiene muchos temas comunes con la Historia del Derecho, difiere en el método; ha sido tradicionalmente estudiada en forma independiente en la República, — al punto que ambas materias integran por separado los planes de estudio universitarios — y es excepcional cualquier contacto interdisciplinario. Los mismos motivos han provocado un tratamiento análogo para la Historia del Derecho Romano.

La labor y el prestigio del Instituto determinaron que en 1960 se creara, con el objeto de estimular los estudios de Derecho Indiano iniciados por Levene, la fundación internacional que lleva su nombre y que integran Brasil, Chile, España, Paraguay, Uruguay, Venezuela y Argentina. A tal fin se instituyó un premio trienal con el que han sido honrados, entre otros distinguidos estudiosos, tres historiadores argentinos <sup>(3)</sup>.

Cuando en 1966 se efectuó en Buenos Aires la primera reunión de historiadores del Derecho Indiano, se constituyó también el Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, que ha realizado encuentros en Santiago de Chile (1969), Madrid (1972), México (1975) y Quito (1978). En todos ellos participaron historiadores argentinos.

Contemporaneamente con estas actividades, entre 1966 y 1972, el IHDRL reunió cada dos años, en Buenos Aires (1966), Córdoba (1968), Rosario (1970) y Mendoza (1972) las Jornadas de Historia del Derecho Argentino, que desde su institución, contaron cada dos años con la concurrencia de la mayor parte de los investigadores rioplatenses.

En 1973 un núcleo de estudiosos, llevado por su interés hacia la disciplina, fundó el Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Corporación de carácter privado que hoy cuenta con miembros correspondientes en América y Europa <sup>(4)</sup>.

Al producirse una interrupción en la actividad del instituto creado por Levene, la nueva entidad tomó a su cargo la realización de las V Jornadas de Historia del Derecho Argentino en Buenos Aires (1974), organizando las siguientes en Salta (1976) y Corrientes (1978). Estos encuentros científicos, que vienen realizándose hace 14 años, han servido para lograr un mejor conocimiento de las investigaciones cumplidas por los especialistas de todo el país, a la vez que contribuyeron a una mayor difusión de los estudios de Historia del Derecho.

El Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, desde las primeras épocas de su fundación venía publicando 4 series de trabajos <sup>(5)</sup>

<sup>(3)</sup> José M. Mariluz Urquijo, Eduardo Martiré y Daisy Rípodas Ardanaz.

<sup>(4)</sup> En adelante IIHD.

<sup>(5)</sup> Colección de textos y documentos para la Historia del Derecho Argentino, Colección de estudios para la Historia del Derecho Argentino, Colección de estu-

y una revista especializada, en la que colaboraban historiadores del Derecho de todo el mundo occidental. Esta última publicación, iniciada en 1949, se vió interrumpida en 1972, hasta 1978, fecha en que apareció el número 24 de la colección (6).

Durante el período comprendido entre 1973 y 1978, el IIHD dió a la luz la Revista de Historia del Derecho (7), que se publica anualmente y que ha alcanzado el número 6.

En 1968 el IHDRL agregó a la lista de sus publicaciones una nueva serie, destinada a satisfacer las exigencias de la enseñanza universitaria (8). A su vez, en 1975, el IIHD publicó con su sello la primera obra de una serie de publicaciones autónomas, distintas de la Revista (9).

Aún cuando la labor de estos dos institutos, con sede en la ciudad de Buenos Aires, cubre completamente el panorama de la actividad histórico jurídica nacional, debe destacarse el hecho de que muchos de sus miembros viven en ciudades del interior del país, algunas principales, como Córdoba — que cuenta con una universidad casi cuatro veces centenaria —, Mendoza o Salta, asiento ambas de otras corporaciones científicas mas recientes, pero también importantes. En todas ellas existen núcleos de investigadores dedicados especialmente a estudiar la evolución histórica del Derecho en cada región, con lo que se ha venido ampliando notablemente en los últimos años el panorama del Derecho público Provincial.

En otro orden de ideas, se puede advertir una notable variedad dentro de las preferencias temáticas de los historiadores. Sin embargo, aunque se conocen excelentes trabajos referidos al Derecho Castellano, también y quizá en mayor cantidad, los estudiosos argentinos en las dos últimas décadas han escrito la historia de su Derecho Patrio (pre-codificado) y Nacional, tanto en el campo del Derecho Público como Privado. Ello sin que falten, claro está, los trabajos referidos al Derecho Indiano que Levene tanto estimuló.

Posiblemente sea por esta multiplicación de nuevas investigaciones que se ha demorado la aparición de obras de carácter general sobre la disciplina. Retomando esta tarea después de la muerte de Levene, Ricardo Zorraquín Becú publicó en 1966 y 1970, con propósitos didácticos y dentro de la serie de *Estudios* del IHDRL, los 2 tomos de su *Manual de Historia del Derecho Argentino*.

Los problemas metodológicos han despertado un interés que aumenta con la aparición de cada trabajo. Merecen citarse: la obra de Eduardo Martiré *Consideraciones metodológicas sobre la Historia del*

---

para la Historia del Derecho Patrio en las Provincias y Conferencias y Comunicaciones.

(6) En adelante RIHDRL.

(7) En adelante RHD.

(8) Lecciones de historia jurídica.

(9) Ricardo ZORRAQUÍN BECÚ, *Inglaterra prometió abandonar las Malvinas*, 1975.

*Derecho* (Perrot, 1977), que integra la serie de *Lecciones del IHDRL, Las historias especiales y la Historia del Derecho* (Trabajos y Comunicaciones n° 21, La Plata, 1970) *La Historia del Derecho, disciplina histórica* (RIHDRL 20) ambos del mismo autor. También deben recordarse: *En torno a la problemática de la Historia de la historiografía jurídica*, por Daisy Rípodas Ardanaz (RIHDRL 19) y *Apuntes para una teoría de la Historia del Derecho*, Ricardo Zorraquín Becú (RIHDRL 24).

Un aspecto interesante de la bibliografía histórico jurídica del país es el dedicado a las fuentes para el conocimiento de la Historia del Derecho. El IHDRL ha dedicado una serie de publicaciones a la difusión del material heurístico útil para el estudio de la disciplina. En el período que tratamos se publicó: *Los escritos jurídicos de Dalmacio Vélez Sársfield* (Perrot, 1971). El IHD publicó en 1978 el *Catálogo cronológico de pragmáticas, cédulas, decretos, ordenes y resoluciones reales (1819)*, compuesto en el siglo pasado por Juan Joseph Matraya y Ricci. También el Archivo Histórico Ricardo Levene<sup>(10)</sup> de la Provincia de Buenos Aires, distribuyó en 1974 un *Catálogo del Archivo de la Real Audiencia y Cámara de Apelación de Buenos Aires*. Existen además los siguientes trabajos relativos al tema de las fuentes: *Fuentes inéditas para el estudio del Derecho Indiano conservadas en la ciudad y Provincia de Buenos Aires*, José M. Mariluz Urquijo, (RIHDRL 18); *Breve noticia sobre archivos cordobeses con fondos documentales para una investigación de la Historia del Derecho Argentino*, Roberto I. Peña (RIHDRL 18); *Inventario analítico de la serie criminales (1756-1836)*, Marcelo Bazán Lazcano (Revista del Archivo General de la Nación n° 4); *Testamentos salteños de los siglos XVII a XIX a través de un muestreo documental y Testamentos mendocinos de los siglos XVI a XVIII a través de un muestreo documental*, ambos por Alberto David Leiva (Revista del Archivo General de la Nación n° s. 4 y 5).

Sobre el concepto y fuentes del Derecho han aparecido en los últimos tiempos — entre otros — los siguientes títulos: *El concepto y las divisiones del Derecho. De Cicerón a Santo Tomás*, Ricardo Zorraquín Becú (RIHDRL 23); *El Derecho prehispánico y el Derecho Indiano como modelos del Derecho Castellano*, José M. Mariluz Urquijo (III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano); *La costumbre como fuente del Derecho Indiano en los siglos XVI y XVII: estudio a través de los cabildos del Río de la Plata, Cuyo y Tucumán*, Víctor Tau Anzoátegui (III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano); *Las fuentes del Derecho Argentino (siglos XVI a XX)*, Ricardo Zorraquín Becú (RHD 1); *La costumbre en el Derecho del siglo XVIII*, Víctor Tau Anzoátegui (Memoria del IV Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano); *La costumbre en el Derecho Argentino del siglo XIX. De la revolución al Código Civil y Los*

(10) Así fue denominado en homenaje a su fundador.

*orígenes de la jurisprudencia de los tribunales en la Argentina* los dos por Víctor Tau Anzoátegui (RHD n° s. 4 y 6).

También la historia de la enseñanza del Derecho ha preocupado a los investigadores, que han publicado en estos últimos años: *Notas para la historia de la Abogacía. El grado universitario, el título de abogado y la práctica forense en Córdoba*, Carlos Luque Colombres (RIHDRL 12); *Los estudios jurídicos en Entre Ríos. Creación de la Escuela de Derecho en 1881*, Isidoro J. Ruiz Moreno (RIHDRL 20); *Origen de la enseñanza del Derecho en Rosario*, Miguel Angel De Marco (RIHDRL 20); *Aporte de Héctor Lafaille a la enseñanza del Derecho Civil*, Marcelo Urbano Salerno (RHD 2); *Los cursos libres de Derecho y la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias políticas de Tucumán (1872-1881)*, Carlos Páez de la Torre (h) (RHD 2); *El cultivo de la Historia jurídica en la Universidad de Buenos Aires (1876-1919)*, Abelardo Levaggi (Perrot, 1977) (11); *La enseñanza del Derecho Procesal en la Escuela de Derecho de Entre Ríos en 1881*, Alberto David Leiva (RHD 6); *La Escuela de Derecho del Colegio del Uruguay*, Isidoro J. Ruíz Moreno (RIHDRL 24).

En materia de Derecho Internacional, merecen recordarse: *La Doctrina Drago y sus proyecciones en la vida internacional*, Rogelio Moreno Rodríguez (Boletín de Derecho y Ciencias Sociales n° 34, Córdoba, 1960); *La interpretación de Bernardo de Irigoyen al artículo 1° del tratado de 1881*, Luis Santiago Sanz (RHD 3); *El sistema internacional indiano*, Ricardo Zorraquín Becú (RHD 5).

La organización política del Estado, en sus aspectos relativos a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, tanto correspondiente a los estados provinciales como al Federal, ha concitado el mayor interés, pudiendo citarse entre otros los siguientes trabajos dentro del período que estudiamos: *El Derecho Patrio en Santiago del Estero*, Arturo Bustos Navarro (1962) (12); *Contribución a la Historia del Derecho Patrio en Córdoba: labor institucional del Gobernador Bustos (1820-29)*, Roberto I. Peña (RIHDRL 11); *Las facultades extraordinarias y la suma del poder público en el derecho provincial argentino (1820-1853)*, Víctor Tau Anzoátegui (RIHDRL 12); *Las constituciones de la Provincia de Salta*, Atilio Cornejo (RIHDRL 13); *El Poder Judicial en la Confederación Argentina (1854-1961)*, Beatriz Bosch (RIHDRL 15); *Formación del Poder Legislativo rioplatense (I y II)*, Abelardo Levaggi (RIHDRL nos 17 y 20); *El oficio de Gobernador en el Derecho Indiano*, Ricardo Zorraquín Becú (RIHDRL 23); *Notas sobre la creación y evolución de la legislatura de Mendoza*, Jorge Comadrán Ruiz (RIHDRL 24); *La organización política argentina en el período hispánico*, Ricardo Zorraquín Becú, (Perrot,

(11) Se trata del número XXX de la serie Conferencias y Comunicaciones del IHDRL.

(12) Esta obra lleva el número IV de la serie de estudios para la Historia del Derecho Patrio en las Provincias editada por el IHDRL.



1959, 2ª Edic. 1962, 3ª Edic. 1967) <sup>(13)</sup>. *La Intendencia de Salta del Tucumán en el Virreinato del Río de la Plata*, Edberto Oscar Acevedo (Mendoza, 1965); *Formación del Estado Federal Argentino (1820-1825) La intervención del gobierno de Buenos Aires en los asuntos nacionales*, Víctor Tau Anzoátegui (Perrot, 1965) <sup>(14)</sup>; *La administración de justicia en las Provincias argentinas (1820-1853). Planteo preliminar para su estudio*; del mismo autor en RHD 1; *La condición política de las Indias*, Ricardo Zorraquín Becú (RHD 2); *El origen del Poder Legislativo en Salta*, Marta de la Cuesta Figueroa (RHD 3); *La Real Audiencia de Buenos Aires y el Juzgado de Provincia*, José M. Mariluz Urquijo (Memoria del II Congreso Venezolano de Historia, tomo 2, 1975); *La lucha por la Constitución*, Isidoro J. Ruíz Moreno (Astrea, 1976); *Guión sobre el proceso recopilador de las Leyes de Indias*, Eduardo Martiré (Perrot, 1978) <sup>(15)</sup>.

En los últimos años se ha agregado a esta producción una bibliografía especialmente dedicada al Derecho Administrativo y a la organización de la administración burocrática: *La incompatibilidad por acumulación de empleos durante la segunda mitad del siglo XIX en el orden nacional*, José María Díaz Couselo (RHD 1); *Orígenes de la burocracia rioplatense*, José M. Mariluz Urquijo (Cabargon, 1974); *El desempeño de la función pública y la adquisición de la ciudadanía (1853-1912)*, José María Díaz Couselo (RHD 3); *Notas para la historia del empleo público*, del mismo autor (RHD 5); *El estatuto legal del oficial de la administración pública al crearse el Virreinato del Río de la Plata*, Eduardo Martiré (Memoria del IV Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano).

Como es fácil comprender, el Derecho Civil nunca estuvo ausente del temario abordado por los investigadores. Así, puede citarse entre los trabajos más recientes: *El régimen de la tierra en el Derecho Indiano*, José M. Mariluz Urquijo (Perrot, 1968, 2ª Edic. 1978) <sup>(16)</sup>; *Esponsales. Su régimen jurídico en Castilla, Indias y el Río de la Plata hasta la codificación*, Abelardo Levaggi (RIHDRL 21); *La inalienabilidad de los bienes de mayorazgo. Tres documentos inéditos del siglo XV para su estudio*, Nelly R. Porro (RIHDRL 21); *Esquema histórico del Derecho Sucesorio. Del Medioevo Castellano al siglo XIX*, Víctor Tau Anzoátegui (1971); *Vocación sucesoria de los hijos naturales (cuatro tesis sobre la ley 10 de Toro)*, Isidoro J. Ruíz Moreno (RIHDRL 22); *El ejercicio de los derechos hereditarios en la campaña bonaerense entre los años 1860 y 1874 (aportación documental)*, Carlos Mario Storni (RIHDRL 22); *El régimen civil de memor en la Historia del Derecho Argentino*, Abe-

<sup>(13)</sup> Fue el VI volumen de la colección de Estudios para la Historia del Derecho Argentino del IHDRL.

<sup>(14)</sup> Colección citada, número VII.

<sup>(15)</sup> Volumen VI de Lecciones de Historia jurídica del IHDRL.

<sup>(16)</sup> Volumen número II de las Lecciones de Historia jurídica del IHDRL.

lardo Levaggi (RIHDRL 23); *Contribución al estudio del embargo y desembargo de los bienes de Vélez Sarsfield*, Marcio Aurelio Risolía (RIHDRL 24); *La condición jurídica del esclavo en la época hispánica*, Abelardo Levaggi (RHD 1); *El matrimonio en Indias, realidad social y regulación jurídica*, Daisy Ripodas Ardanaz (FECIC, 1977) <sup>(17)</sup>; *Instituciones tutelares del menor en el siglo XVIII (notas para su estudio en el actual territorio argentino)*, María Isabel Seoane (RHD 5); *La guarda de los huérfanos en el siglo XVIII (Aspectos de un estudio general de la institución en el actual territorio argentino)*, por la misma autora (RHD 6); *Inexistencia de la adopción en Indias*, Carlos Vidal Taquini (RHD 6).

Tratándose de otra rama del derecho de gran jerarquía, los estudios sobre la historia del Derecho Penal también fueron cultivados con gran interés: *El proceso a los asesinos de Quiroga*, Ricardo Zorraquín Becú (RIHDRL 22); *La pena de muerte en el derecho argentino precodificado. Un capítulo de la historia de las ideas penales*, Abelardo Levaggi (RIHDRL 23); *Las penas de muerte y aflicción en el Derecho Indiano rioplatense (I y II)*, Abelardo Levaggi (RHD 3 y 4); *Las instituciones de clemencia en el Derecho Penal rioplatense*, por el mismo autor (Memoria del IV Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano); *El proyecto nacional de 1881 como Código Penal de la Provincia de Córdoba*, Mario Carlos Vivas (RHD 4); *Historia del Derecho Penal argentino*, Abelardo Levaggi (Perrot, 1978) <sup>(18)</sup>; *El proceso histórico de la codificación penal argentina*, Francisco P. Laplaza (RIHDRL 24); *La institución del arbitrio judicial en el Río de la Plata durante el período 1785-1810*, Alberto David Leiva (RIHDRL 24); *El delito de abigeato en los siglos XVII, XVIII y XIX*, Abelardo Levaggi (RIHDRL 24).

También el Derecho Mercantil fue objeto de estudio. Pueden citarse: *Primer proyecto de Código de Comercio rioplatense (1824)*, Julio C. Guillamondegui (RIHDRL 16); *Las sociedades anónimas en Buenos Aires antes del Código de Comercio*, José M. Mariluz Urquijo (RIHDRL 16); *Las sociedades por acciones en Rosario (1852-1862)*, Oscar L. Ensinnck y Manuel T. Marull (RIHDRL 22); *Notas sobre la evolución de las sociedades comerciales en el Río de la Plata*, José M. Mariluz Urquijo (RIHDRL 22); *La justicia consular patria*, Julio C. Guillamondegui (Boletín Academia Nacional de la Historia, XXXVI); *La cárcel para deudores mercantiles en Buenos Aires (1822-1872)*, del mismo autor (Revista de Derecho Español y Americano n° 11); *Protección y librecambio durante el período 1820-1835*, José M. Mariluz Urquijo (Boletín Academia Nacional de la Historia, XXXIV); *Aspectos de la política proteccionista durante la década 1810-1820*, por el mismo autor (Boletín Academia Nacional de la Historia, XXXVII).

<sup>(17)</sup> Esta obra ha sido premiada por la Fundación Internacional Ricardo Levene.

<sup>(18)</sup> Volúmen V de la serie de Lecciones de historia jurídica del IHDRL.

Los estudios sobre el Derecho Laboral han merecido una atención creciente en los últimos años, Pueden citarse entre otros: *La regulación del aprendizaje industrial en Buenos Aires (1810-1835)*, José M. Mariluz Urquijo (RIHDRL 16); *Las disposiciones de los códigos rurales en materia laboral y sus raíces históricas*, Carlos Mario Storni (RHD 1); *El proyecto de ley nacional de trabajo de 1904 a través de la prensa porteña*, Eduardo Martiré (RHD 3);

Otro aspecto sobre el que se realizan constantes investigaciones es el referido a la historia del Derecho Minero. Entre los últimos trabajos figuran: *Dos próceres del Derecho Minero argentino, Domingo de Oro y Enrique Rodríguez*, Walter Jakob (RIHDRL 14); *Régimen jurídico de la minería durante el virreinato*, Pedro Santos Martínez (RIHDRL 19); *El Derecho Minero Patrio en la época de la independencia (1810-1820)*, contribución para su estudio, Eduardo Martiré (RIHDRL 17); *Las ordenanzas de minas del Conde de Nieva y los Comisarios (1561)*, (RIHDRL 23); *Panorama de la legislación minera argentina en el período hispánico* (Perrot, 1968) <sup>(19)</sup>; *El Código Carolino de Pedro Vicente Cañete* (2 tomos, 1973-1974) <sup>(20)</sup>; *Historia del Derecho Minero argentino*, (Perrot, 1979) <sup>(21)</sup> todos por Eduardo Martiré.

La evolución del Derecho Procesal, tan esclarecedora para quien pretenda estudiar la aplicación del Derecho, ha recibido también su cuota de estudio: *Acerca de la fundamentación de las sentencias en el Derecho Patrio*, Victor Tau Anzoátegui (RIHDRL 13); *La aplicación del Derecho Castellano Indiano por los tribunales judiciales de Córdoba (1810-1820)*, Roberto I. Peña (RIHDRL 18); *Los fueros especiales*, Abelardo Levaggi (RIHDRL 22); *Historia de la prueba en el proceso civil indiano y argentino (siglos XVI a XIX)*, (Depalma, 1974); *La fundamentación de las sentencias en el Derecho Indiano*, (RHD 6) ambos del mismo autor.

En el campo del Derecho Militar, que hasta ahora ha tenido muy pocos cultores entre nosotros, merecen citarse sin embargo los trabajos de Hector José Tanzi: *La justicia militar en el Derecho Indiano (con especial referencia al Río de la Plata)*, (Anuario de Estudios Americanos, XXVI, Sevilla, 1969); *La Junta de Guerra de Indias*, (Revista Chilena de Historia del Derecho nº 5); *El Derecho de Guerra en la América hispana*, (Revista de Historia de América, Mexico, 1973); *El Derecho Penal Indiano y el Delito de lesa majestad*, (Revista de Historia de América, 1977).

Dentro del campo del Derecho Eclesiástico se destacan los siguientes trabajos: *El Derecho Público de la Iglesia en Indias. Estudio histórico-*

<sup>(19)</sup> Primer volumen de la serie antes citada.

<sup>(20)</sup> Esta obra fue oportunamente galardonada como la mejor sobre el Derecho Indiano por la Fundación Internacional Ricardo Levene.

<sup>(21)</sup> Volumen VII de la serie de Lecciones de historia jurídica del IHDRL.

jurídico, Cayetano Bruno (Salamanca, 1967); *Dalmacio Vélez Sársfield y el Derecho Eclesiástico*, Abelardo Levaggi (Perrot, 1969) <sup>(22)</sup>; *Syntagma de las resoluciones prácticas cotidianas del Derecho del Real Patronazgo de las Indias*, Pedro Vicente Cañete (Edición y estudio preliminar de José M. Mariluz Urquijo, 1973) <sup>(23)</sup>; *Las capellanías bajo la reforma religiosa de Rivadavia*, Abelardo Levaggi (Investigaciones y Ensayos, 1974).

También se ha estudiado en la Argentina la historia del notariado. La obra fundamental en este período es la de Eduardo Bautista Pondé: *Origen e historia del notariado*, (Depalma, 1967). También existe desde 1962 en la ciudad de la Plata (Provincia de Buenos Aires), un Instituto de Historia del Notariado, que depende de la Universidad Notarial Argentina y que ha publicado una extensa bibliografía.

Un tema de capital importancia entre los que atañen a la disciplina es el de las ideas jurídicas. En los últimos años se han ido publicando: *Presencia del pensamiento de Facundo Zuviría*, Carlos María Gelly y Obes (RIHDRL 11); *Los principios de Bentham en la legislación porteña*, Ricardo Piccirilli (RIHDRL 11); *Las ideas políticas y jurídicas de Antonio Sáenz*, Víctor Tau Anzoátegui (RIHDRL 11); *Influencia del Positivismo en la Historia del Derecho*, Federico A. Torres Lacroze (RIHDRL 11); *La doctrina jurídica de la Revolución de Mayo*, Ricardo Zorraquín Becú (RIHDR 11); *Algo más sobre la doctrina jurídica de la Revolución de Mayo*, por el mismo autor (RIHDRL 13); *Raíz hispano-francesa del dictamen sobre gremios presentado por Saavedra al Cabildo de Buenos Aires*, Daisy Ripodas Ardanáz (RIHDRL 20); *Benjamín Constant y el constitucionalismo argentino*, Mario C. Belgrano (Boletín del Instituto de Historia Argentina Emilio Ravignani n° 10); *Los juristas argentinos de la generación de 1910*, Víctor Tau Anzoátegui (RHD 2); *La recepción de los derechos extranjeros en la Argentina durante el siglo XIX*, Ricardo Zorraquín Becú (RHD 5); *En torno a la mentalidad de los juristas del ochocientos*, Víctor Tau Anzoátegui (RHD 5); *La codificación en la Argentina (1810-1870) Mentalidad e ideas jurídicas* <sup>(24)</sup>, 1977) y *Las ideas jurídicas en la Argentina (siglos XIX-XX)* <sup>(25)</sup>, (Perrot 1977) los dos del mismo autor.

El natural desarrollo de todos los estudios antes mencionados, ha ido permitiendo la reconstrucción de muchas biografías de juristas antes desconocidos. Pueden recordarse: *Un jurista de la organización nacional: doctor José Barros Pazos (1808-1874)*, Vicente O. Cutolo (Uni-

<sup>(22)</sup> Volúmen X de la Colección de estudios para la Historia del Derecho Argentino del IHDRL.

<sup>(23)</sup> Este trabajo fue distinguido con el premio de la Fundación Internacional Ricardo Levene.

<sup>(24)</sup> Volúmen XI de la Colección de estudios para la Historia del Derecho Argentino del IHDRL.

<sup>(25)</sup> Volúmen III de la serie de Lecciones de historia jurídica del IHDRL.

versidad n° 40, Santa Fe, 1958); *La formación intelectual de Vélez Sarsfield*, Ricardo Zorraquín Becú (RHDRL 15); *Vida y obra del primer Rector y Cancelario de la Universidad de Buenos Aires*, Presbítero Dr. Antonio Sáenz, Cardenal doctor Nicolás Fasolino (Universidad de Buenos Aires, 1968); *Abogados de Salta (datos biográficos)*, Atilio Cornejo (RIHDRL 21); *Abogados, escribanos y obras de Derecho en el Rosario del siglo XIX*, Miguel Angel de Marco (Universidad Católica Argentina, Rosario, 1973); *José Francisco López, un jurista argentino del ochocientos*, Elías Díaz Molano (RHD 3); *El doctor Agustín Pio de Elía y el Patronato, 1811*, Américo A. Tonda (RHD 5).

Tal como lo he hecho notar mas arriba, no se agota aquí la bibliografía de la especialidad. La reseña precedente — obligadamente breve y arbitraria — servirá sin embargo para tener una idea clara del estado actual de los estudios de historia jurídica en la República Argentina.

MARIO G. LOSANO - MICHELE MARCHETTI -  
RAFFAELLA ORSINI - DONATELLA SORIA

## LA FORTUNA DI HANS KELSEN IN ITALIA

MARIO G. LOSANO

### LE ORIGINI DI QUESTA RICERCA E ALCUNI AGGIORNAMENTI

Il 14 settembre 1971 il governo austriaco decise di istituire una fondazione dedicata a Hans Kelsen, per documentare e favorire la diffusione del suo pensiero. Il nucleo originario di questa fondazione venne costituito dalla biblioteca lasciata da Rudolf Aladár Metall, la quale già riuniva una cospicua quantità di opere di e su Kelsen; ad esse si vanno ora aggiungendo le opere che l'istituto raccoglie direttamente o attraverso i suoi corrispondenti nazionali.

A questa attività di conservazione e documentazione si affianca un'attività editoriale specificamente legata alla tematica kelseniana. L'ultima pubblicazione riveste tale importanza, da dover qui essere subito segnalata, anche se fugacemente: Kurt Ringhofer e Robert Walter hanno curato l'edizione di quella teoria generale della norma giuridica, cui Kelsen stava lavorando negli ultimi anni della sua vita <sup>(1)</sup>. Anche se di questo lavoro bisognerà parlare a lungo ed in altra sede, l'importanza dell'opera esigeva tuttavia questa immediata segnalazione.

L'attività editoriale dell'istituto risale già all'anno successivo alla morte di Hans Kelsen, avvenuta il 19 aprile 1973. Nel 1974, infatti, iniziò la pubblicazione della «Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts», giunta attualmente al suo terzo volume <sup>(2)</sup>. Proprio per quest'ultimo

---

<sup>(1)</sup> Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*. Im Auftrag des Hans-Kelsen-Instituts aus dem Nachlass herausgegeben von Kurt Ringhofer und Robert Walter, Manz, Wien 1979, XII-362 pp.

<sup>(2)</sup> I volumi finora pubblicati sono: 1. AA. VV., *Hans Kelsen zum Gedenken*, Europaverlag, Wien 1974, 87 pp.; 2. AA. VV., *Der Einfluss der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern*, Manz, Wien 1978, 185 pp.; 3. AA. VV., *Reine Rechtslehre und marxistische Rechtstheorie*. Symposium, abgehalten am 9. und 10. Mai 1975 im Kleinen Festsaal des Bundesministeriums für Justiz, Manz, Wien 1978, 211 pp.

venne approntata una bibliografia ragionata sulla fortuna di Kelsen in Italia (3). Questa destinazione del lavoro spiega alcune caratteristiche del saggio pubblicato nelle pagine seguenti: esso doveva presentarsi non come pura bibliografia, ma come saggio bibliografico ragionato; inoltre doveva avere una dimensione compatibile con quella degli altri saggi destinati al medesimo volume.

Questo contributo italiano al volume collettivo organizzato dall'istituto viennese nacque come un lavoro di gruppo: Michele Marchetti si occupò del periodo anteriore alla seconda guerra mondiale, mentre Raffaella Orsini e Donatella Soria analizzarono il periodo ad essa posteriore (4).

Entrambe le ricerche presentano la medesima impostazione: in ciascuna di esse, la prima parte analizza le traduzioni italiane di opere kelseniane, mentre la seconda è dedicata ai saggi di autori italiani su Kelsen. Nell'ambito di questi ultimi, nella misura del possibile gli scritti sono raggruppati in base al loro oggetto: filosofia del diritto, diritto pubblico e diritto internazionale. Tutte le opere citate sono state consultate nelle biblioteche universitarie di Milano e di Pavia. Un primo limite di questi saggi è quindi costituito dalle lacune nella documentazione di queste biblioteche: di tutti i titoli inclusi è infatti stato esaminato l'originale. Un secondo limite deriva dalla tecnica seguita nel rintracciare gli scritti qui analizzati: anzichè procedere ad uno spoglio sistematico di tutte le riviste giuridiche italiane, ci siamo limitati a partire dagli scritti elencati nelle bibliografie già esistenti, risalendo da essi ad altri titoli. Un terzo limite, infine, è costituito dal fatto che il lavoro venne concluso nel 1977, al fine di approntarne la traduzione tedesca in tempo utile per la pubblicazione del volume, prevista — e realizzata — nel 1978.

Pur con questi limiti, l'itinerario bibliografico qui proposto può essere utile al lettore italiano: poichè non si può presupporre che egli necessariamente legga il tedesco, gli si offre qui la redazione originale dei saggi, con alcune correzioni o integrazioni marginali. Infatti in queste note preliminari non può trovare posto un'analisi della letteratura kelseniana più recente; tuttavia alcune segnalazioni sintetiche sono indispensabili.

Il fascicolo con cui « Il Veltro » concludeva il 1977 venne dedicato alle relazioni culturali tra l'Italia e l'Austria (5). In esso, il tema della

(3) Mario G. LOSANO, Michele MARCHETTI, Raffaella ORSINI, Donatella SORIA, *Reine Rechtslehre in Italien*, in: *Der Einfluss der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern*, cit., pp. 151-179.

(4) Un terzo saggio, in cui Ruth Erne esamina le correzioni apportate da Hans Kelsen al testo della *Reine Rechtslehre* in occasione della traduzione italiana, è in corso di pubblicazione.

(5) Vittorio FROSINI, *Kelsen e il pensiero giuridico italiano*, in « Il Veltro », XXI, 1977, nn. 5-6, pp. 761-68.

fortuna italiana di Kelsen veniva ripresa da un saggio di Vittorio Frosini e da una bibliografia di Francesco Riccobono <sup>(6)</sup>.

Il saggio di Frosini — cui già si deve un precedente bilancio del kelsenismo in Italia, di cui si parla nel saggio di Orsini e Soria — ha fra l'altro il pregio di documentare il punto iniziale della fortuna italiana di Kelsen, riconducendolo ad una data anteriore a quella individuata da Marchetti: cioè al 1905, anzichè al 1912. Scrive Frosini: « La vicenda dei rapporti tra Kelsen e l'Italia ha un inizio, che ormai appare remoto nel tempo, giacchè esso coincide con l'inizio stesso della attività di studioso del Maestro di Vienna nei primi anni del secolo. Nel 1905 veniva infatti pubblicato il primo lavoro di Kelsen, ch'era la rielaborazione della sua tesi di laurea, dedicata a *La teoria dello Stato in Dante*. Quel saggio è stato tradotto in italiano soltanto nel 1974, dopo un lungo oblio in cui era rimasto immerso; eppure la sua importanza non era sfuggita, subito dopo la sua apparizione, alla vigile attenzione di uno studioso di Dante, che non era però uno storico della letteratura, ma uno storico del diritto, Arrigo Solmi. Egli provvide a segnalare il libro all'interesse dei nostri dantisti con meritoria sollecitudine, sottoponendolo ad una serrata e puntuale disamina critica in un suo articolo del 1907. Questo studio venne poi riprodotto in un successivo volume dello stesso autore, *Il pensiero politico di Dante* del 1922, che ebbe una certa risonanza anche al di fuori dell'ambito ristretto degli specialisti, giacchè esso (apparso nelle edizioni de « La Voce » fiorentina) rivestì un carattere di testimonianza della nuova cultura politica del dopoguerra, ispirata agli ideali del nazionalismo confluyente nel fascismo » <sup>(7)</sup>.

Sempre sullo stesso numero de « Il Velcro », all'articolo di Frosini segue un'estesa bibliografia su *Kelsen in Italia* di Francesco Riccobono. Questa bibliografia è articolata in tre sezioni: traduzioni italiane delle opere di Hans Kelsen, scritti su Hans Kelsen (in ordine cronologico) e un'appendice che raccoglie una scelta di recensioni, schede e notizie su Hans Kelsen. Mentre i lavori di Michele Marchetti, Raffaella Orsini e Donatella Soria sono bibliografie ragionate, il lavoro di Francesco Riccobono, assai più ricco di titoli, ha la struttura classica della bibliografia: è cioè un elenco cronologico di titoli. Tra i saggi bibliografici qui proposti e la bibliografia di Riccobono, inoltre, non vi è una completa coincidenza di materiale, poichè alcuni titoli che figurano negli uni sono assenti nell'altra, e viceversa. Anche i criteri organizzativi interni differiscono tra loro: cronologico, quello adottato da Riccobono; tematico, quello di Marchetti, Orsini e Soria.

A questo punto può essere utile riportare i titoli della bibliografia di Riccobono che non compaiono in quelle di Marchetti, Orsini e Soria.

<sup>(6)</sup> Francesco RICCOBONO, *Kelsen in Italia. Bibliografia*, in « Il Velcro », XXI, 1977, nn. 5-6, pp. 769-82.

<sup>(7)</sup> Vittorio FROSINI, *Kelsen e il pensiero giuridico italiano*, cit., p. 762.



Per quanto riguarda le traduzioni italiane delle opere di Hans Kelsen, l'elenco di Riccobono comprende 24 titoli, uno in più rispetto a quelli indicati nel presente lavoro. Si tratta dello scritto di Kelsen, intitolato *La filosofia di Aristotele e la politica greco-macedone*, tradotto da M. Masi ed accompagnato da una presentazione del traduttore stesso. Esso venne pubblicato in « Studi urbinati » del 1969, pp. 59-134.

Le differenze maggiori tra il presente lavoro e la bibliografia di Riccobono riguardano invece la parte relativa agli scritti su Kelsen. Per il periodo anteriore alla seconda guerra mondiale, infatti, Riccobono cita 15 titoli in più rispetto a quelli ricordati da Michele Marchetti, mentre quest'ultimo a sua volta ne indica tre che non sono considerati da Riccobono. La maggiore discordanza si verifica però per il periodo successivo al secondo conflitto mondiale. Donatella Soria e Raffaella Orsini citano 49 titoli contro i 104 di Riccobono. Discordanze quantitativamente così estese sono da ricondursi ai diversi criteri di selezione adottati. Riccobono ha infatti esteso la sua ricerca anche alle « pagine dedicate a Kelsen in opere particolarmente rappresentative della scienza e della filosofia giuridica italiana o, comunque, in opere che abbiano approfondito un determinato aspetto monografico » (8). In questa sede mi limiterò a ricordare quei contributi citati da Riccobono che si occupano in modo specifico di Kelsen rinviando, per gli altri, direttamente al lavoro di Riccobono pubblicato su « Il Veltro ».

Nel 1907 Riccobono ricorda: A. Solmi, *H. Kelsen, Die Staatslehre des Dante Alighieri*, in « Bullettino della Società Dantesca Italiana », Rassegna critica degli studi danteschi, 2, pp. 98-111, poi ristampato in A. Solmi, *Il pensiero politico di Dante*, Soc. An. Editrice « La Voce », Firenze 1922, pp. 109-134.

Nel 1932: T. A. Castiglia, *Stato e diritto in Hans Kelsen*, Gallizzi, Sassari, pp. 195. Una seconda edizione è comparsa nel 1936 presso la casa editrice Giappichelli.

Nel 1957: V. Frosini, *On Kelsen's criticism of the marxist theory of law*, in « Scienza Nuova » (Oxford), 3 e 4, pp. 58-60; A. Tozzi, *Rapporto tra diritto positivo e diritto naturale nella dottrina di Hans Kelsen*, in « Studi Politici », 1, pp. 55-80.

Nel 1964: G. Di Giovanni, *Le premesse teoretiche nel pensiero giuridico di H. Kelsen*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1964, 3, pp. 432-440.

Nel 1965: A. De Gennaro, *Scienza normativa del diritto e sociologia del diritto in H. Kelsen*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1965, 4, pp. 741-749.

Nel 1966: G. Della Volpe, *Hans Kelsen l'ultimo dei « mohicani »*, in « Città futura », 1966, 16, pp. 12-14; A. De Gennaro, *Diritto e potere in H. Kelsen*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1966,

(8) Francesco RICCOBONO, *Kelsen in Italia. Bibliografia*, cit., p. 769.

I, pp. 124-134; E. Piccinini, *Kelsen tra formalismo e sociologia*, in « Il Cannocchiale », 1966, 4-6, pp. 93-105.

Nel 1967: G. Della Volpe, *Anti-Kelsen*, in: G. Della Volpe, *Critica dell'ideologia contemporanea*, Editori Riuniti, Roma 1967, pp. 93-99, ristampato in: G. Della Volpe, *Opere*, Editori Riuniti, Roma 1973, vol. VI, pp. 366-372. Sempre nello stesso anno Riccobono ricorda altri due contributi: G. D. Drago, *Una interpretazione di Hans Kelsen*, in « Giornale di metafisica », 1967, 4-5, pp. 500-511; C. Orlando, *Formalismo giuridico e valori in H. Kelsen (Appunti per una critica)*, La Goliardica, Roma, p. 54.

Nel 1968: N. Bobbio, *Kelsen, Hans*, voce del *Novissimo Digesto*, Utet, Torino 1968, vol. IX, pp. 402-04.

Nel 1969: M. Massi, *Presentazione di: Hans Kelsen, La filosofia di Aristotele e la politica greco-macedone*, in « Studi urbinati », 1969, I, pp. 59-73.

Nel 1972: B. Montanari, *La questione della rappresentanza politica in Hans Kelsen*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1972, 2, pp. 200-23.

Nel 1974: F. Viola, *H. Kelsen e l'interpretazione delle norme*, in: F. Viola, V. Villa, M. Urso, *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Celup, Palermo 1974, pp. 74-84.

Accanto a questi contributi, Riccobono elenca altri 60 scritti, costituiti da opere più vaste, che non trattano unicamente di Kelsen. Alla bibliografia di Riccobono si fa rinvio tanto per questi titoli, quanto per quelli elencati in appendice, costituita da una scelta di 20 titoli di note e recensioni ad opere di Kelsen, che Riccobono ha ritenuto utile segnalare selettivamente.

Uno sguardo complessivo alle traduzioni di opere kelseniane rivela che, prima della seconda guerra mondiale e subito dopo di essa, prevalevano le traduzioni di scritti coevi o comunque relativamente recenti, mentre in questi ultimi anni si sono intensificati i repêchages di opere del primo Kelsen: sintomo forse del desiderio di valutare globalmente la figura del giurista scomparso nel 1973. Questa impressione viene confermata dalla pubblicazione nel 1978 di *Socialismo e Stato* <sup>(9)</sup>, preceduta da un vasto ed importante saggio di Roberto Racinaro <sup>(10)</sup>. Un'apposita ricerca bibliografica dovrebbe oggi docu-

<sup>(9)</sup> Hans Kelsen, *Socialismo e Stato. Una ricerca sulla teoria politica del marxismo*. Introduzione di Roberto Racinaro. In appendice: *Marx o Lassalle. Mutamenti nella teoria politica del marxismo* (1924), De Donato, Bari 1978, CLV-224 pp. In questo contesto va ricordato anche: Max Adler, *La concezione dello stato nel marxismo*. Confronto con le posizioni di Hans Kelsen. Introduzione a cura di Roberto Racinaro, De Donato, Bari 1979, LXVIII-270 pp.

<sup>(10)</sup> Roberto Racinaro, *Hans Kelsen e il dibattito su democrazia e parlamentarismo negli anni Venti-Trenta*, in: Hans Kelsen, *Socialismo e Stato*, cit., pp. IX-CLV.

mentare il dibattito su quest'opera, che ha esteso l'interesse per Kelsen anche alla stampa non specializzata. In questo filone di rinato interesse per il Kelsen immerso nella politica del suo tempo va collocato anche il volume *La teoria generale del diritto e il materialismo storico* <sup>(11)</sup>, curato da Francesco Riccobono verso la fine del 1979. Nella prefazione vengono sottolineati i motivi che rendono ancor oggi importante quest'opera scritta nel 1931: « Non è stato, infatti, mai messo nel giusto rilievo come intere pagine della *Reine Rechtslehre* siano qui anticipate con identico contenuto concettuale e identica forma letterale » (p. 1).

Infine, alcuni dubbi sul linguaggio kelseniano — sorti in un mio lavoro sull'interpretazione del 1968 e citato nel saggio di Orsini e Soria — hanno trovato una conclusione, forse provvisoria, in un brevissimo scritto, redatto nel 1968 ma pubblicato nel 1978 <sup>(12)</sup>.

Il 1977, anno d'oro per gli studi sulla fortuna italiana di Kelsen, conduce così ad una conclusione paradossale. Unendo le bibliografie di Marchetti, Orsini e Soria a quella di Riccobono, si può forse tracciare un quadro di sintesi abbastanza completo, purchè non si perda di vista quanto si sta continuando a pubblicare su questo tema.

Insomma, le bibliografie non finiscono mai.

MICHELE MARCHETTI

## LA FORTUNA ITALIANA DI KELSEN PRIMA DELLA SECONDA GUERRA MONDIALE

### I. Avvertenza.

Nell'affrontare il problema relativo alla fortuna del pensiero kelseniano in Italia si deve compiere necessariamente una scelta. Da un lato ci si può proporre di studiare approfonditamente cosa abbia significato e quali influssi abbia avuto l'opera del giurista praghese sull'evoluzione della filosofia del diritto italiana, il che implica una

<sup>(11)</sup> Hans KELSEN, *La teoria generale del diritto e il materialismo storico*. Introduzione e traduzione di Francesco Riccobono, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 1979, 190 pp.

<sup>(12)</sup> Mario G. LOSANO, *Sulla presenza di un linguaggio ora descrittivo, ora prescrittivo nella dottrina pura del diritto*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica. Momenti e figure della teoria generale del diritto », 1978, VIII, 1, pp. 211-19.

conoscenza ed uno studio approfondito di tutto il pensiero filosofico giuridico italiano contemporaneo. Dall'altro lato ci si può limitare a compiere un lavoro compilatorio e descrittivo, fornendo semplici notizie e dati sulle traduzioni italiane delle sue opere e sui lavori che gli autori italiani hanno scritto per esaltare e talvolta anche per criticare la sua dottrina.

Ho scelto questa seconda soluzione per due motivi intimamente collegati tra loro: la necessaria brevità entro cui debbo limitare la mia esposizione e la vastità e complessità dell'argomento. Credo sia meglio proporsi un obiettivo limitato cercando di esporre esaurientemente il proprio assunto che inseguire un disegno ben più ambizioso, senza per altro riuscire ad evitare superficialità ed incompletezza.

Ciò premesso, desidero precisare su quali fonti ho svolto il mio lavoro. Mi sono basato sulle bibliografie di Rudolf Aladár Métall<sup>(1)</sup> e di Mario G. Losano<sup>(2)</sup>, ho inoltre avuto contatti con Renato Treves e Norberto Bobbio, i quali contribuirono in modo determinante alla diffusione del pensiero del Kelsen in Italia, e con Daniele Mattalia, che fu uno dei traduttori delle sue opere durante gli anni trenta. Ho quindi consultato le pubblicazioni in italiano delle opere di Hans Kelsen ed i libri e gli articoli degli autori italiani che di lui si occuparono, allo scopo di trarre indicazioni e suggerimenti dalle prefazioni, dal nome dei traduttori, dalla composizione dei comitati direttivi delle varie riviste, oltre che, naturalmente, dal loro contenuto.

## 2. Traduzioni italiane delle opere di Hans Kelsen.

La prima opera di H. Kelsen in lingua italiana compare nella « Rivista internazionale di filosofia del diritto » del 1924<sup>(3)</sup>. Consultando l'articolo, mi sono reso conto che manca il nome del traduttore e qualsiasi altra indicazione atta ad inquadrare in qualche modo questo lavoro nella produzione kelseniana. Il fatto poi che non si conosca neppure il titolo originale dell'opera mi ha fatto persino ritenere che questo « Diritto pubblico e privato » sia uno studio che Kelsen concepì esclusivamente per il pubblico italiano, scritto per essere tradotto e così pubblicato<sup>(4)</sup>.

È necessario attendere cinque anni perchè, nel 1929, una seconda opera del Kelsen venga pubblicata in lingua italiana, su di una rivista italiana.

(1) Cfr. R. A. MÉTALL, *Hans Kelsen. Leben und Werk*. Franz Deuticke, Wien 1929, pp. 220.

(2) Cfr. H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*. Saggio introduttivo e prefazione di M. G. Losano. Einaudi, Torino 1966, CIII-418 pp.

(3) H. KELSEN, *Diritto pubblico e privato*, in « Riv. int. fil. dir. », 1924, pp. 340-357.

(4) Anche nella bibliografia di Mario G. Losano non viene indicato il titolo originale di questo studio.

Si tratta di un articolo comparso con il titolo: « Il problema del parlamentarismo » sulla Rivista « Nuovi studi di diritto, economia e politica » (5); lo scritto costituisce la traduzione italiana dello studio « Das Problem des Parlamentarismus » (6). Alla fine dell'articolo vi è un breve corsivo firmato: « La Direzione » che credo sia interessante riportare integralmente. « Abbiamo colto nella nostra Rivista questo saggio di Kelsen (Das Problem des Parlamentarismus, Wien 1926) (7) che l'Autore ci ha cortesemente autorizzato a pubblicare e che il Prof. Bruno Flury — vivamente pregato da noi — ha acconsentito di tradurre. Inutile aggiungere che i Nuovi Studi non possono condividere le opinioni del Kelsen, nè impostare e risolvere il problema in siffatta maniera. Continueremo la pubblicazione di alcuni tra i più notevoli e significativi saggi dell'Autore e li faremo seguire da un'ampia critica: il nome di Kelsen è oggi troppo autorevole e discusso perchè si possa non prendere atto delle sue teorie ».

L'affermazione secondo la quale i « Nuovi Studi non possono condividere le opinioni del Kelsen » non deve destare meraviglia, in quanto i Direttori della Rivista erano Arnaldo Volpicelli ed Ugo Spirito e cioè due tra le personalità più significative della cultura dell'epoca, sostenitrice del nascente regime fascista.

È quindi evidente come la matrice ideologica-culturale di questi « Nuovi Studi di diritto, economia e politica » fu essenzialmente diretta verso l'affermazione di quello « Stato etico » tanto caro al pensiero politico fascista. Era quindi inevitabile una incompatibilità con la costruzione kelseniana diretta ad identificare lo Stato con l'ordinamento giuridico a prescindere da qualsivoglia valutazione etico-politica.

È curioso però osservare come fu proprio questa Rivista a contribuire in modo notevole alla diffusione del pensiero del Kelsen in Italia. Infatti, dopo « Il problema del Parlamentarismo » i « Nuovi Studi » pubblicarono negli anni immediatamente successivi altri tre scritti dell'illustre giurista.

Il primo comparve con il titolo « Lineamenti di una teoria generale dello Stato » e fu suddiviso in quattro parti: le prime due trovarono posto nello stesso fascicolo del 1929, che già conteneva « Il problema del Parlamentarismo » e le altre due comparvero nel fascicolo del 1930 (8).

(5) H. KELSEN, *Il problema del Parlamentarismo*, trad. di B. Flury, in « Nuovi Studi di diritto, economia e politica », 1929, pp. 182-204.

(6) H. KELSEN, *Das Problem des Parlamentarismus*, W. Braumüller, Wien-Leipzig 1925, pp. 44.

(7) È opportuno notare che, mentre le bibliografie « ufficiali » del Kelsen indicano il 1925 come anno di pubblicazione di questo scritto, qui si parli del 1926.

(8) H. KELSEN, *Lineamenti di una teoria generale dello Stato*, trad. di R. Maran e A. Volpicelli, in « Nuovi Studi di diritto, economia e politica », 1929, pp. 267-281, 368-376; 1930, pp. 208-228, 325-341.

Traduttori furono lo stesso Arnaldo Volpicelli, condirettore della Rivista, e tale R. Maran. Il titolo originale del lavoro è indicato dagli stessi traduttori in nota, là dove affermano: « Per cortese concessione dell'Autore diamo la traduzione del saggio pubblicato come manoscritto a Vienna, 1926, col titolo « Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates » <sup>(9)</sup>.

Nello stesso volume del 1930 comparve quindi il « Concetto del diritto naturale » <sup>(10)</sup>, traduzione italiana a cura di G. Brugnier dell'originale « Die Idee des Naturrechts » pubblicato nel 1927-28 <sup>(11)</sup>.

Nel 1931 fu infine pubblicato l'articolo « Formalismo giuridico e dottrina pura del diritto » <sup>(12)</sup> che era stato pubblicato nella sua versione originale nel 1929 con il titolo: « Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre » <sup>(13)</sup>.

Nell'analizzare quest'articolo mi meravigliai nel leggere il nome del traduttore: Daniele Mattalia. Conosco Mattalia, in quanto era Preside del Liceo classico G. Parini di Milano dove ho compiuto gli studi superiori e quindi rimasi perplesso nell'apprendere come il traduttore di un articolo del Kelsen fosse non un giurista, ma un laureato in lettere, studioso di storia della letteratura italiana.

Un successivo colloquio con l'interessato mi chiarì un poco le idee. Mattalia, appena laureato, frequentava la casa di Luigi Volpicelli <sup>(14)</sup>, dove spesso si riunivano anche il fratello di questi, Arnaldo, ed Ugo Spirito. E furono proprio costoro che, venuti a conoscenza della padronanza che il giovane laureato Mattalia aveva della lingua tedesca, lo invitarono a tradurre l'articolo di Kelsen « Formalismo giuridico e dottrina pura del diritto ».

Molto onestamente il mio ex Preside mi ha confessato che fu aiutato nel suo lavoro dallo stesso Arnaldo Volpicelli, in quanto il linguaggio tecnico dell'illustre giurista gli procurò non poche difficoltà di traduzione. Purtroppo Mattalia non ha saputo fornirmi alcuna indicazione sulla personalità dei traduttori degli altri articoli del Maestro che furono pubblicati dai « Nuovi Studi ». Al termine dell'incontro ho chiesto al vecchio professore come mai, secondo lui, degli studiosi così direttamente compromessi con il fascismo avessero pubblicato

<sup>(9)</sup> H. KELSEN, *Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates*, (Rudolf M. Rohrer Brunn), Wien 1926, pp. 64.

<sup>(10)</sup> H. KELSEN, *Concetto del diritto naturale*, trad. di G. Brugnier, in « Nuovi Studi di diritto, economia e politica », 1930, pp. 392-421.

<sup>(11)</sup> H. KELSEN, *Die Idee des Naturrechtes*, in « Zeitschrift für öffentliches Recht », Band 7, 1927-28, pp. 221-250.

<sup>(12)</sup> H. KELSEN, *Formalismo giuridico e dottrina pura del diritto*, trad. di Daniele Mattalia, in « Nuovi Studi di diritto, economia e politica », 1931, pp. 124-135.

<sup>(13)</sup> H. KELSEN, *Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre*, in « Juristische Wochenschrift », 1929, pp. 1723-1726.

<sup>(14)</sup> Attualmente Luigi Volpicelli, fratello di Arnaldo, è Professore di Filosofia presso la Facoltà di Magistero dell'Università di Roma.

gli scritti di un giurista democratico come il Kelsen. Mattalia mi ha risposto che il gruppo di Ugo Spirito e dei fratelli Volpicelli voleva rappresentare una fronda d'élite al Regime, e assunse quindi, in questo come in altre occasioni, atteggiamenti intellettuali sufficientemente anticonformisti.

I quattro articoli pubblicati sui « Nuovi Studi di diritto, economia e politica » furono quindi raccolti a cura dello stesso Arnaldo Volpicelli, in un unico volume dal titolo: « Lineamenti di una teoria generale dello Stato e altri scritti » che uscì nel 1933, edito dalla Anonima Romana Editoriale, dalla medesima Casa Editrice cioè della Rivista (15).

Il volume costituì quindi una riedizione di opere già conosciute dal pubblico italiano, fatta eccezione per lo scritto « Intorno alla natura ed al valore della democrazia » che, nella traduzione di Bruno Flury, comparve per la prima volta in quella sede in lingua italiana (16).

L'ultimo articolo di H. Kelsen tradotto in italiano e pubblicato su di una rivista italiana prima del secondo conflitto mondiale fu « La dottrina pura del diritto - Metodo e concetti fondamentali » (17). È lo stesso traduttore, Renato Treves (18), che, parecchi anni più tardi, spiegherà come si giunse alla traduzione ed alla pubblicazione di questo articolo.

« Conobbi Kelsen a Colonia nel settembre del 1932. Gli ero andato a fare una visita perchè stavo allora lavorando intorno ai suoi scritti e desideravo avere direttamente qualche delucidazione sul fondamento filosofico del suo pensiero. Ma durante quella visita la nostra conversazione non si rivolse soltanto ad argomenti tecnici di filosofia del diritto; si rivolse anche ad altri argomenti e si soffermò specialmente sulla situazione politica di quei giorni. La vittoria del movimento nazionalsocialista appariva imminente e Kelsen, fervente democratico ed irriducibile avversario di quel movimento, prevedendo con precisione e con chiarezza quale sarebbe stato il risultato di quella vittoria e quali le conseguenze che ne sarebbero derivate non faceva mistero dei suoi propositi di lasciare al più presto la Germania e di trasferirsi

(15) H. KELSEN, *Lineamenti di una teoria generale dello Stato e altri scritti*, a cura di Arnaldo Volpicelli, Anonima Romana Editoriale, Roma 1933, pp. 173.

(16) Titolo originale dell'opera: H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2ª ed. riveduta, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1929, pp. VII-119.

(17) H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto - Metodo e concetti fondamentali*, trad. Renato Treves, in « Archivio Giuridico » (Filippo Serafini), Quarta serie, Volume XXVI (dell'intera collana volume CX), 1933, pp. 53.

(18) Renato Treves, Professore di Filosofia e Sociologia del diritto presso l'Università di Milano, è tra i principali artefici della diffusione del pensiero kelseniano in Italia. Oltre alla sua traduzione dell'articolo in questione è opportuno ricordare altri due volumi fondamentali: H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, traduzione e prefazione di Renato Treves, Einaudi, Torino 1952, pp. 203; H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, traduzione e prefazione Renato Treves, Einaudi, Torino 1967, pp. 227.

in altro Paese ove gli sarebbe stato possibile continuare in libertà il proprio lavoro scientifico e didattico.

Poco dopo quella mia visita Kelsen mi fece avere il dattiloscritto di un suo nuovo lavoro inedito [...].

Lo tradussi in italiano, come desiderava, e la mia traduzione fu pubblicata nel secondo fascicolo dell'«Archivio Giuridico» del 1933 con il titolo ed il sottotitolo indicati dall'Autore.

Quando si pensa alla mia visita a Kelsen ed alla nostra conversazione credo sia assai facile spiegare quali furono i motivi che diedero origine a quest'opera e le ragioni che spinsero l'Autore a farla tradurre e pubblicare in italiano ed in altre lingue, prima che fosse pubblicata in tedesco. L'illustre giurista austriaco, la cui dottrina era già ampiamente nota nei paesi di lingua tedesca, avendo il proposito di emigrare, evidentemente aveva sentito il desiderio di far maggiormente conoscere il suo pensiero nei paesi di lingua diversa dalla sua ed aveva pensato di esporre i principi essenziali della sua dottrina pura del diritto in un breve, chiarissimo saggio che, affidato alle cure di studiosi di diversi paesi, venisse tradotto e pubblicato entro il 1933 non solo in italiano, ma anche, così come avvenne, in spagnolo, in svedese, in olandese ed in altre lingue» (19) (20).

### 3. Opere di autori italiani sul pensiero di H. Kelsen.

Gli scritti dei giuristi italiani che si occuparono, più o meno direttamente, del Kelsen prima del 1945, si possono dividere in tre categorie: opere di filosofia del diritto e di teoria generale; opere di diritto dello Stato; opere infine di diritto internazionale.

La prima categoria è senz'altro la più numerosa.

Il primo lavoro che affrontò il problema della «teoria pura» fu un articolo del 1912 di Eugenio Di Carlo, professore ordinario di Filosofia del diritto presso varie Università italiane (21).

Successivamente, nel 1922 e nel 1924 furono pubblicati dalla Rivista internazionale di filosofia del diritto due brevi scritti di Antonio Pagano. Il Pagano, Consigliere di Corte d'Appello, libero docente di

(19) Cfr. R. Treves, Prefazione a *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, op. cit., pp. 11 s.

(20) Secondo il Treves, l'articolo da lui tradotto costituì la prima stesura di uno scritto che, leggermente modificato ed ampliato fu pubblicato solo nel 1934 a Vienna presso l'editore Franz Deuticke con il medesimo titolo, ma con un sottotitolo diverso: *Reine Rechtslehre - Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*.

Secondo la bibliografia di Mario G. Losano però l'opera fu pubblicata anche nella sua redazione originale in lingua tedesca nello stesso anno 1933 con il titolo: *Methode und Grundbegriff der Reinen Rechtslehre*, in «Annalen der kritischen Philosophie», vol. 3, 1933, pp. 69-90.

(21) E. DI CARLO, *Teoria pura e teoria empirica del diritto*, in «Il Circolo giuridico», vol. XLIII, 1912, pp. 219-224.



filosofia del diritto, fu professore incaricato dal 1927 al 1930 presso l'Università di Perugia e condirettore della « Rivista internazionale di filosofia del diritto » con Giorgio Del Vecchio.

Entrambi gli articoli compaiono nella rubrica « Sunti di Rivista ». Il primo, dal titolo « Il sistema di una pura teoria del diritto »<sup>(22)</sup> costituisce un riassunto di un saggio di Adolf Merkl intitolato « H. Kelsen, System einer reinen Rechtstheorie »<sup>(23)</sup> e scritto in seguito alla lettura dell'opera kelseniana « Das Problem der Souveränität »; il secondo<sup>(24)</sup> illustra un breve lavoro di Ernst von Hippel<sup>(25)</sup>. Dopo questi due brevissimi scritti diretti essenzialmente a far conoscere al pubblico italiano i lavori del Merkl e del von Hippel, la « Rivista internazionale di filosofia del diritto » pubblicò nel 1926 un lungo articolo di Antonio Banfi: « Il problema epistemologico nella filosofia del diritto e le teorie neokantiane »<sup>(26)</sup>.

Come si deduce dal titolo il lavoro non è dedicato unicamente ad Kelsen, ma si occupa più in generale delle varie teorie giuridiche neokantiane. L'autore analizza, oltre a quella del giurista praghese, le dottrine di Cohen, Stammler, Salomon.

Dopo il Banfi fu la volta di Giuseppe Maggiore.

Maggiore, nato nel 1882 e morto nel 1954, professore ordinario di filosofia del diritto, ma anche di Diritto Penale, si occupò del Kelsen in due occasioni.

Un suo primo breve scritto, *La giurisprudenza pura e i suoi limiti*, fu pubblicato dalla « Revue internationale de la théorie de droit »<sup>(27)</sup>.

Direttori della rivista erano, come è noto, lo stesso Kelsen<sup>(28)</sup> e Léon Duguit; lingue ufficiali erano il francese ed il tedesco<sup>(29)</sup>, ma essa conteneva talvolta anche articoli scritti in italiano.

Un secondo saggio del Maggiore comparve nel primo volume degli *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*<sup>(30)</sup>.

<sup>(22)</sup> A. PAGANO, *Il sistema di una pura teoria del diritto*, in « Riv. int. fil. dir. », 1922, pp. 163-164.

<sup>(23)</sup> A. MERKL, *H. Kelsen, System einer Reinen Rechtslehre*, in « Archiv des öffentlichen Rechts », vol. 41, 1921, fasc. 2, pp. 171-201.

<sup>(24)</sup> A. PAGANO, *Per la critica di alcuni concetti fondamentali della « Reinen Rechtslehre » del Kelsen*, in « Riv. int. fil. dir. », 1924, pp. 80-81.

<sup>(25)</sup> E. VON HIPPEL, *Zur Kritik einiger Grundbegriffe in der « Reinen Rechtslehre » Kelsens*, in « Archiv des öffentlichen Rechts », vol. 5, 1923, pp. 327-346.

<sup>(26)</sup> A. BANFI, *Il problema epistemologico nella filosofia del diritto e le teorie neokantiane*, in « Riv. int. fil. dir. », 1926, pp. 194-251.

<sup>(27)</sup> G. MAGGIORE, *La giurisprudenza pura e i suoi limiti*, in « Rev. int. théorie de droit », 1926-1927, pp. 41-46.

<sup>(28)</sup> Nello stesso volume della Revue internationale de théorie de droit del 1926-1927 che comprende l'articolo del Maggiore, è contenuto l'articolo di Kelsen dal titolo: *Das Wesen des Staates*.

<sup>(29)</sup> Il titolo in lingua tedesca della Rivista era: « Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts ».

<sup>(30)</sup> G. MAGGIORE, *Quel che resta del Kelsenismo*, in « Scritti Giuridici in onore di S. Romano », CEDAM, Padova 1940, vol. I, pp. 55-64.

Mentre però nel primo lavoro il discorso dell'autore italiano è piuttosto generico e privo di qualsiasi seria carica polemica, nel secondo egli raggiunge punte di aggressività davvero inconsuete nei confronti del Kelsen.

Il Maggiore, profondamente compromesso con la cultura ufficiale del regime fascista, esalta la teoria istituzionalistica del Santi Romano per denigrare quella normativista e giunge ad affermare come « bisogna [...] aggredire la teoria fino alle più remote radici, per avere ragione del kelsenismo ». Riconosce il Kelsen come « scrittore vivace e immaginifico, mente nudrita di varia cultura, abbeverato a più di una fonte filosofica » per poi qualificarlo come « uno dei più inebbrianti addormentatori » della cultura giuridica. Si rammarica di come il formalismo giuridico, di cui giudica il Kelsen uno dei principali assertori, abbia resistito al fascismo e « ancora si annidi in parecchi pubblicisti » e sostiene che « chi si raffigura ancora oggi lo Stato come sistema scheletrico di norme, e non vede la sua realtà viva — territorio, popolo, razza, economia, compiti etici e culturali, fini di potenza e d'incivilimento, culminanti nel prestigio e nell'autorità di un Capo — resta fuori dalla storia, che inclina fatalmente verso il Führerstaat o lo Stato-duce: tipo di Stato veramente « totalitario ». Perciò il kelsenismo può giudicarsi perento ». Come si vede, il fascismo mal sopportava il fatto che il pensiero di Kelsen continuasse a riscuotere notevoli consensi. Il tono poi delle affermazioni del Maggiore testimonia la rozzezza delle critiche rivolte verso l'illustre giurista.

Nel 1932 viene pubblicato un saggio di Pasquale Galli dal titolo: « L'indagine giuridica e la purezza del metodo »<sup>(31)</sup>. Il Galli, che insegnava in qualità di Professore incaricato presso il Regio Istituto Superiore di Scienze economiche e commerciali di Firenze, era libero docente in varie materie giuridiche, ma non in filosofia del diritto. È dunque singolare questa sua attenzione per un argomento così propriamente filosofico. In questo suo lavoro, l'autore italiano vuole proporre un discorso di ampio respiro, occupandosi esplicitamente del Kelsen solo nella parte finale del suo scritto, là dove, oltre a generici riconoscimenti circa l'importanza della sua opera, collega l'opera del Maestro non solo all'apriorismo kantiano e neokantiano, ma anche al pragmatismo ed all'intuitivismo bergsoniano.

Successivamente è un giudice del tribunale di Palermo, Paolo Silvio Migliori, ad occuparsi del Kelsen in uno scritto pubblicato nel 1933 sulla Rivista internazionale di Filosofia del diritto<sup>(32)</sup>. Anche in questo caso si tratta di uno studio di carattere generale, in cui il pensiero del giurista praghese viene analizzato unitamente a quello di altri

<sup>(31)</sup> P. GALLI, *L'indagine giuridica e la purezza del metodo*, in « Studi in onore di F. Cammeo », CEDAM, Padova 1932, pp. 555-577.

<sup>(32)</sup> P. S. MIGLIORI, *Sulla imperatività delle norme giuridiche*, in « Riv. int. fil. dir. », 1933, pp. 364-385.

autori, quali il Thon, il Kohler e lo Zanobini. E ciò allo scopo di « portare un contributo a quello che può dirsi il problema centrale per la determinazione del concetto di norma giuridica: al problema cioè della imperatività o meno delle norme giuridiche ».

Dopo due saggi di Renato Treves <sup>(33)</sup>, che esaminano le radici filosofiche del kelsenismo, fu la volta di Vincenzo Palazzolo. Palazzolo, Professore ordinario di Filosofia del diritto, pubblicò infatti nel 1941 un articolo dal titolo: « Osservazioni sulla teoria pura del diritto in H. Kelsen » sulla Rivista « Archivio di studi corporativi » <sup>(34)</sup>.

Il lungo saggio, che costituisce una delle prime opere del suo autore, contiene numerosi riferimenti a scritti del Maestro, di cui il Palazzolo si dimostra buon conoscitore e di giuristi italiani che si erano occupati in precedenza del Kelsen.

All'inizio dell'articolo si legge: « per la varietà delle considerazioni, delle critiche e degli sviluppi che hanno avuto per oggetto la concezione kelseniana, si confrontino le annate della Revue internationale de la théorie de droit ». Il che significa che al Palazzolo non era sfuggita l'importanza storica che la rivista aveva avuto per la conoscenza del pensiero del grande giurista.

Esaurito l'esame delle opere di filosofia e teoria generale del diritto, tratterò ora brevemente degli scritti di diritto dello stato e di diritto internazionale.

Per quanto riguarda il diritto dello stato, mi occuperò di un volume di Tommaso Castiglia e di due articoli, rispettivamente di Arnaldo Volpicelli e di Orazio Condorelli.

Inoltre anche l'articolo di Maggiore, di cui mi sono precedentemente occupato, avrebbe potuto essere esaminato in questo gruppo di lavori, in quanto l'autore si occupò sia degli aspetti filosofico-giuridici della dottrina kelseniana, sia di quelli che più direttamente interessano il diritto dello Stato. Il Castiglia, Professore ordinario di Filosofia del diritto presso varie Università italiane, pubblicò nel 1932 un volume in cui tentò una analisi completa del pensiero kelseniano, tanto che a collocazione della sua opera tra quelle di diritto dello Stato è dettata da mere ragioni di opportunità, cosicché avrebbe potuto essere

---

<sup>(33)</sup> R. TREVES, *Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto di H. Kelsen*, in « Atti dell'Accademia delle Scienze di Torino », vol. LXIX, 1933-1934; R. TREVES, *Il diritto come relazione - Saggio critico sul neo-kantianismo contemporaneo*, in « R. Università di Torino, Memorie dell'Istituto Giuridico », Serie II, Memoria XXVI, Torino 1934, Istituto Giuridico della R. Università, pp. 128. L'analisi di questi due saggi va ricollegata alla parte scritta da Orsini e Soria in questo lavoro in quanto, come ho già accennato, il Treves è stato uno dei principali artefici della fortuna e della diffusione del pensiero kelseniano in Italia e quindi penso sia preferibile compiere una analisi unitaria della sua opera.

<sup>(34)</sup> V. PALAZZOLO, *Osservazioni sulla teoria pura del diritto in H. Kelsen*, in « Archivio di studi corporativi », 1941, n. 1, pp. 89-124.

compresa, con pieno diritto, nel novero delle trattazioni di filosofia del diritto <sup>(35)</sup>.

Nel 1923 la Rivista internazionale di Filosofia del diritto pubblicò un breve articolo di un giovane studioso, Orazio Condorelli, dal titolo « Il rapporto tra stato e diritto secondo Kelsen » <sup>(36)</sup>. Lo scritto costituisce l'esordio scientifico del Condorelli, che successivamente diverrà Professore ordinario di filosofia del diritto presso l'Università di Catania, e vuole essere una esposizione del saggio: « Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenniskritik » che il Kelsen aveva pubblicato l'anno precedente.

La rivista « Nuovi studi di diritto, economia e politica » pubblicò varie traduzioni di Kelsen e contribuì in modo forse determinante a diffondere il pensiero. Ne era condirettore Arnaldo Volpicelli, che sottoponeva a serrata critica le opere di Kelsen. Nel 1929 quella rivista aveva pubblicato la traduzione de *Il problema del parlamentarismo*; nello stesso anno e sulla stessa rivista Volpicelli pubblica *Dal parlamentarismo al corporativismo. Polemizzando con H. Kelsen* <sup>(37)</sup>. La sua posizione è chiara fin dalle prime righe: « Più che nella originalità e nella solidità delle argomentazioni, il valore del saggio del Kelsen intorno al parlamentarismo consiste nell'aver posto sistematicamente ed integralmente il problema, in modo da consentire una critica quanto mai esauriente e precisa. Tuttavia la sua particolare importanza e attualità scientifica risiede proprio nella convinta e serrata rivendicazione di quell'istituto che caratterizza l'essenza dei moderni ordinamenti politici, contro la più recente forma di ideologia politico-sociale: il corporativismo. Esaminar le ragioni e le obiezioni di Kelsen in ordine a questo argomento è il motivo precipuo del nostro studio » <sup>(38)</sup>.

Le critiche di Volpicelli vennero ribadite in un suo saggio dell'anno successivo, intitolato *Dalla democrazia al corporativismo* <sup>(39)</sup> e dedicato all'analisi di *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, pubblicato a Tübingen da Kelsen nel 1929.

Infine, anche per quanto riguarda il diritto internazionale, gli autori italiani che si occuparono del Kelsen prima del 1945 sono tre: Andrea Rapisardi Mirabelli, Riccardo Monaco e Giorgio Balladore Pallieri.

<sup>(35)</sup> T. CASTIGLIA, *Stato e diritto in Kelsen*, G. Gallizzi, Sassari 1932, pp. 195.

<sup>(36)</sup> O. CONDORELLI, *Il rapporto tra stato e diritto secondo Kelsen*, in « Rivista internazionale di Filosofia del diritto », 1923, pp. 307-315.

<sup>(37)</sup> Arnaldo VOLPICELLI, *Dal parlamentarismo al corporativismo. Polemizzando con H. Kelsen*, in « Nuovi Studi di diritto, economia e politica », II, 1929, n. 5, pp. 253-266.

<sup>(38)</sup> *Op. cit.*, p. 253.

<sup>(39)</sup> Arnaldo VOLPICELLI, *Dalla democrazia al corporativismo*, in « Nuovi Studi di diritto, economia e politica », III, 1930, n. 1, pp. 1-20.

Il Rapisardi Mirabelli pubblicò il suo saggio nel 1925 sulla Rivista internazionale di filosofia del diritto <sup>(40)</sup>; e ciò non deve stupire. L'autore infatti non si occupò solo di diritto internazionale, ma anche di filosofia del diritto <sup>(41)</sup> e l'articolo in esame testimonia questa molteplicità di interessi, in quanto, pur avendo per oggetto interessi essenzialmente internazionalistici, dimostra una buona conoscenza dell'intera dottrina kelseniana. È lo stesso Rapisardi ad informare il lettore che ciò che l'indusse a scrivere questo lavoro fu la lettura di un libro di Alfred Verdross <sup>(42)</sup>, libro da questi dedicato al Kelsen, suo Maestro, e da lui giudicato come il caposcuola della « scienza giuridica pura ».

Riccardo Monaco, professore di diritto ed organizzazione internazionale, membro di associazioni internazionali pubblicò nel 1932 un'opera di carattere generale dal titolo « L'ordinamento internazionale in rapporto all'ordinamento statale » <sup>(43)</sup>, in cui trattava il problema, allora assai discusso, dei rapporti tra diritto statale e diritto internazionale. Nella disamina che egli fa delle varie posizioni assunte dalla dottrina, considera il Kelsen come il principale assertore « della costruzione unitaria » e come capo della scuola viennese di diritto pubblico, e dimostra una buona conoscenza delle opere dell'illustre giurista, citando parecchi suoi scritti. Gli stessi problemi trattati dal Monaco sono oggetto dell'articolo pubblicato da Giorgio Balladore Pallieri sulla Rivista di diritto internazionale del 1932 <sup>(44)</sup>.

Il Balladore Pallieri fu professore universitario di diritto internazionale, professore presso l'Accademia di diritto internazionale dell'Aja, membro di Associazioni internazionali, Direttore e Condirettore di varie riviste specializzate tra le quali la stessa Rivista di diritto internazionale.

Il Balladore Pallieri scrisse questo saggio in seguito alla lettura di « Das Problem der Souveränität » <sup>(45)</sup> ed infatti, a differenza del Monaco, l'insigne internazionalista dedicò l'articolo esclusivamente allo studio dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale secondo la teoria kelseniana che giudicò « avere dimostrato la fallacia e la contraddittorietà e la illogicità delle precedenti costruzioni dottrinali ».

<sup>(40)</sup> A. RAPISARDI-MIRABELLI, *Fasti nuovi del diritto internazionale celebrati dalla « Reinen Rechtslehre »*, in « Riv. int. fil. dir. », 1925, pp. 236-247.

<sup>(41)</sup> Andrea Rapisardi-Mirabelli fu Professore Ordinario di diritto internazionale ed anche Professore incaricato di Filosofia del diritto presso l'Università di Siena per l'anno 1925-1926.

<sup>(42)</sup> A. VERDROSS, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung*, Mohr, Tübingen 1923, pp. XII-171.

<sup>(43)</sup> R. MONACO, *L'ordinamento internazionale in rapporto all'ordinamento statale*, Ist. Giuridico R. Università di Torino, 1932, pp. 183.

<sup>(44)</sup> G. BALLADORE PALLIERI, *La dottrina di H. Kelsen e il problema dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale*, in « Riv. dir. internaz. », 1935, pp. 24-82.

<sup>(45)</sup> H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität*, Mohr, Tübingen 1920, pp. x-320.

RAFFAELLA ORSINI - DONATELLA SORIA

LA FORTUNA ITALIANA DI KELSEN  
DOPO LA SECONDA GUERRA MONDIALE

I. *Considerazioni preliminari.*

Negli anni immediatamente successivi al termine del secondo conflitto mondiale ed alla caduta del fascismo, in Italia era vivissima la volontà di rinnovamento. Era quindi logico che, nell'ambito della scienza giuridica, suscitasse particolare interesse la dottrina kelseniana, globalmente rifiutata nell'epoca fascista. Come conseguenza di tutto ciò, da un lato furono sempre più numerose le opere di Kelsen che vennero tradotte in lingua italiana e, dall'altro, furono sempre più frequenti gli articoli e le monografie che, direttamente o indirettamente, si occuparono del pensiero di Kelsen.

L'opera del giurista praghese rappresentò anche un prezioso elemento di formazione e di stimolo intellettuale, in quanto numerosi docenti universitari di filosofia del diritto dedicarono le loro lezioni alla dottrina pura del diritto.

Certo non tutti condivisero e condividono il modo in cui Kelsen ha risolto o creduto di risolvere i grandi problemi ricorrenti della filosofia del diritto: quello dell'ordinamento e della norma giuridica, quello dell'interpretazione, o quello della giustizia. Ad alcuni è parso che il rigoroso normativismo kelseniano costituisse una teoria valida solo con riferimento a quei momenti storici in cui l'osservanza della lettera della legge costituisce elemento di difesa contro gli abusi del potere esecutivo. In momenti storici di evoluzione democratica, lo stesso normativismo rappresenterebbe, invece, un elemento frenante, in quanto opererebbe in senso sostanzialmente conservatore, impedendo che l'ordinamento giuridico si adegui alle esigenze della società.

2. *Traduzioni italiane delle opere di Hans Kelsen.*

La « Rivista di filosofia » pubblicò nel 1951 un articolo intitolato *Scienza e Politica* <sup>(1)</sup> che costituisce la traduzione in lingua italiana

---

<sup>(1)</sup> Hans Kelsen, *Scienza e Politica*. Traduzione di Sergio Cotta, in « Rivista di filosofia », 1951, pp. 353-377.

di un'opera che Hans Kelsen aveva pubblicato nello stesso 1951 su una rivista statunitense <sup>(2)</sup>.

Nel 1952 Renato Treves pubblicò la traduzione italiana <sup>(3)</sup> della prima edizione della *Reine Rechtslehre* <sup>(4)</sup>.

Nella prefazione, Treves stesso ricorda come già nel 1933 aveva tradotto parte di quest'opera dall'originale tedesco inedito.

L'origine storica del pensiero kelseniano rappresenta, secondo Treves, il punto di confluenza di due tendenze formalistiche sviluppatasi in Germania, cioè di una tendenza giuspubblicistica rappresentata dal pensiero di Jellinek, di Laband e di Gerber, e di una tendenza più propriamente filosofica, d'indirizzo neokantiano. Nel 1967 la medesima traduzione fu ristampata nella « Piccola Biblioteca Einaudi » con il titolo *Lineamenti di dottrina pura del diritto* <sup>(5)</sup>.

Questa edizione è preceduta, oltre che dalla prefazione del traduttore all'edizione del 1952, anche da una nuova prefazione nella quale Treves respinge le critiche suscitate dal pensiero kelseniano in diversi settori della cultura giuridica italiana; in particolare, Treves tende a confutare le argomentazioni critiche di Capograssi <sup>(6)</sup>. Da questa prefazione appare evidente l'importanza che il dibattito sul pensiero kelseniano ha assunto nel dopoguerra in Italia: « Chi considera i più recenti sviluppi della teoria del diritto in Europa, così come si presentano ad esempio negli scritti di Alf Ross e di Herbert Hart, può facilmente trovare la conferma di questa esigenza di superare Kelsen, magari di rifiutare Kelsen, ma può trovare allo stesso tempo una prova del fatto che chiunque voglia occuparsi oggi dei problemi della teoria del diritto e analizzare e discutere a fondo i più importanti e moderni indirizzi di questa scienza, specialmente europei, deve conoscere e studiare l'opera di Kelsen, deve fare i conti con Kelsen » <sup>(7)</sup>.

È infine da sottolineare come questa ristampa abbia un titolo leggermente diverso da quello della prima edizione del 1952. La ragione di ciò va ricercata nel fatto che Hans Kelsen aveva nel frattempo pubblicato una seconda edizione profondamente ampliata della *Reine Rechtslehre* <sup>(8)</sup> che rappresentava la compiuta evoluzione della sua opera fondamentale. Di questa seconda edizione nel 1966 apparve la

<sup>(2)</sup> Hans KELSEN, *Science and Politics*, in « The American Political Science Review », vol. 45, 1951, pp. 641-661.

<sup>(3)</sup> Hans KELSEN, *La dottrina pura del diritto*. Traduzione e prefazione di Renato Treves. Einaudi, Torino 1952, 203 pp. Esiste anche una seconda edizione del 1953 della stessa casa editrice, 204 pp.

<sup>(4)</sup> Hans KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Franz Deuticke, Wien 1934, xv-236 pp.

<sup>(5)</sup> Hans KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*. Prefazione e traduzione di Renato Treves. Einaudi, Torino 1967, 227 pp.

<sup>(6)</sup> Su Giuseppe Capograssi, cfr. *infra*, nota (48).

<sup>(7)</sup> Hans KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 20.

<sup>(8)</sup> Hans KELSEN, *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang; das Problem der Gerechtigkeit*, Deuticke, Wien 1960, xii-534 pp.

traduzione italiana con il titolo classico di *La dottrina pura del diritto* <sup>(9)</sup>.

Poichè la prima e la seconda edizione sono pubblicate dalla casa editrice Einaudi, era necessario differenziarne i titoli.

La seconda edizione è preceduta da un ampio saggio introduttivo del traduttore in cui vengono esposti i momenti più significativi dell'evoluzione della dottrina pura del diritto e vengono sottolineati, da una parte, la profondità di certe innovazioni all'interno di quella dottrina e, dall'altra, il rigore logico con cui la costruzione kelseniana viene dedotta da precise premesse filosofiche.

Questo saggio riporta una completa bibliografia delle edizioni originali di Hans Kelsen e l'elenco delle traduzioni italiane delle sue opere fino al 1967. Contemporaneamente all'edizione italiana del 1952 de *La dottrina pura del diritto* venne pubblicata la traduzione della *Teoria generale del diritto e dello Stato*, a cura di Sergio Cotta e Giuseppino Treves <sup>(10)</sup>. Si tratta della traduzione di una traduzione: Kelsen scrisse infatti in America quest'opera in tedesco, ed altri la tradusse poi in inglese, adattandola al pensiero giuridico anglo-americano <sup>(11)</sup>.

L'edizione italiana aveva quindi lo scopo di rendere accessibile al pubblico italiano uno scritto di Kelsen in cui il suo pensiero di europeo si arricchisce dell'esperienza americana.

Nel 1953 venne tradotta l'opera *Società e Natura* <sup>(12)</sup>. Quest'opera costituisce per la cultura giuridica italiana un'apertura del discorso etno-antropologico che si svilupperà poi con maggiore intensità negli anni '60: l'opera infatti analizza come si è venuta sviluppando nell'uomo primitivo la distinzione dualistica tra principio di causalità, che caratterizza la natura, e principio normativo, che caratterizza la società. Kelsen stesso, nell'*Introduzione*, così riassume il suo pensiero: «Scopo di questo libro è di ricercare sulla base del materiale etnografico a nostra disposizione come l'uomo primitivo interpreti la natura che lo circonda e in qual modo da questa interpretazione, e specialmente dal principio del contrappasso, si sia sviluppata l'idea di causalità, e quindi la concezione moderna della natura. Lo sviluppo di tale idea induce di conseguenza l'uomo a separare la natura dalla società» <sup>(13)</sup>.

<sup>(9)</sup> Hans KELSEN, *La dottrina pura del diritto*. Saggio introduttivo e traduzione di Mario G. Losano, Einaudi, Torino 1966, cmii-418 pp.

<sup>(10)</sup> Hans KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*. Traduzione di Sergio Cotta e Giuseppino Treves, Comunità, Milano 1952, xxviii-503 pp. Esistono altre due successive edizioni: 1954, 1959.

<sup>(11)</sup> Hans KELSEN, *General Theory of Law and State*. Traduzione di Anders Wedberg, 20th Century Legal Philosophy Series, vol. I. Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1945, xxxiii-516 pp.

<sup>(12)</sup> Hans KELSEN, *Società e Natura*. Traduzione di Laura Fuà, Einaudi, Torino 1953, 586 pp. Questa opera è la traduzione di *Society and Nature*, The University of Chicago Press, Chicago (Illinois) 1953.

<sup>(13)</sup> *Op. cit.*, p. 14.



Nel 1954 la rivista « Jus » dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano — nel cui comitato di redazione figuravano Enrico Allorio, Giorgio Balladore Pallieri, Biondo Biondi ed Orio Giacchi — pubblicò la traduzione del saggio *Teoria pura del diritto e teoria egologica* a cura di C. Mandrioli <sup>(14)</sup>. Questo saggio venne scritto da Kelsen in risposta ad un articolo dell'argentino Carlo Cossio.

Nel 1955 venne pubblicata in Italia una raccolta di saggi politici di Hans Kelsen, che consentiva di cogliere l'importanza del suo pensiero sull'essenza dei sistemi democratici: *Democrazia e cultura*, a cura di Giorgio Melloni e Fabio Luca Cavazza <sup>(15)</sup>.

Questa raccolta fu poi ampliata nel 1966 con la traduzione di due saggi di Kelsen, uno sui problemi del diritto naturale e l'altro sui fondamenti della democrazia. Poichè in questa nuova edizione della raccolta l'accento cade soprattutto sul problema del fondamento della democrazia, il vecchio titolo venne modificato in *I fondamenti della democrazia e altri saggi* <sup>(16)</sup>. Sia nell'edizione del 1955 che in quella del 1966 della raccolta, compare un interessante saggio di Nicola Matteucci, *Democrazia e cultura in Hans Kelsen*. Matteucci si propone di « [...] vedere quale senso ha la legalità in uno stato democratico e quali rapporti intercorrono tra relativismo etico, relativismo filosofico, e teoria pura del diritto » <sup>(17)</sup>.

Un'altra opera di Kelsen che affronta il problema politico venne presentata alla cultura italiana nel 1956. Si tratta della traduzione italiana di *The Communist Theory of Law* <sup>(18)</sup>, curata da Giuseppino Treves <sup>(19)</sup>. Il testo è preceduto da una nota introduttiva dello stesso Treves, che indica i punti più rilevanti per un raffronto tra la dottrina kelseniana e la teoria marxista del diritto. Nell'analisi degli elementi più discutibili della critica kelseniana a Marx, Treves si do-

<sup>(14)</sup> HANS KELSEN, *Teoria pura del diritto e teoria egologica*. Traduzione di C. Mandrioli, in « Jus », rivista di scienze giuridiche pubblicata a cura dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, 1954, pp. 301-332.

<sup>(15)</sup> HANS KELSEN, *Democrazia e cultura*. Traduzione di Giorgio Melloni e Fabio Luca Cavazza. Introduzione di Nicola Matteucci. I) Essenza e valore della democrazia, pp. 3-112; II) Assolutismo e relativismo nella filosofia e nella politica, pp. 113-27; III) Che cos'è la giustizia, pp. 129-73. Il Mulino, Bologna 1955, xxviii-175 pp.

<sup>(16)</sup> HANS KELSEN, *I fondamenti della democrazia e altri saggi*. Traduzione di Anna Maria Castronuovo, Fabio Luca Cavazza e Giorgio Melloni. I) Essenza e valore della democrazia, pp. 5-112; II) I fondamenti della democrazia, pp. 115-314; III) Assolutismo e relativismo nella filosofia e nella politica, pp. 319-31; IV) La dottrina del diritto naturale dinanzi al Tribunale della scienza, pp. 335-87; V) Che cos'è la giustizia?, pp. 393-433; VI) Appendice: Nicola Matteucci, *Democrazia e cultura in Hans Kelsen*, pp. 437-57. Il Mulino, Bologna 1966, viii-462 pp.

<sup>(17)</sup> *Op. cit.*, p. 447.

<sup>(18)</sup> HANS KELSEN, *The Communist Theory of Law*, Frederick A. Praeger Inc., New York 1955, viii-203 pp.

<sup>(19)</sup> HANS KELSEN, *La teoria comunista del diritto*. Traduzione e prefazione di Giuseppino Treves, Comunità, Milano 1956, xxiii-312 pp.

manda se la dottrina pura del diritto, pur proclamandosi immune da qualunque ideologia politica, non abbia in realtà una ben precisa radice politica, cioè il liberalismo.

L'analisi puramente formalistica di Kelsen applicata ad una teoria materialistica del diritto provocò una intensa discussione, che si rifletté nelle numerose recensioni all'opera <sup>(20)</sup>.

Due saggi di diritto internazionale di Kelsen vennero pubblicati in italiano nel 1957. Si tratta di *È possibile e desiderabile definire l'aggressione?* <sup>(21)</sup> e *Il fondamento della validità del diritto* <sup>(22)</sup>. Quest'ultimo è la traduzione di una conferenza tenuta in francese da Kelsen il 22 maggio 1957 presso l'Accademia Nazionale dei Lincei.

Nel 1974 venne tradotto a cura di Gaetano Calabrò uno scritto di Kelsen <sup>(23)</sup>, ristampato in Germania nel 1970 <sup>(24)</sup>, che rappresenta l'ampliamento di una conferenza tenuta da Kelsen presso la Società sociologica di Vienna nel 1911. Nel saggio introduttivo Calabrò analizza il modo in cui Kelsen fonda la giurisprudenza come scienza autentica, cioè « scienza dello spirito » (Geisteswissenschaft).

A proposito della traduzione di quest'opera Renato Treves ha pubblicato recentemente una recensione sulla rivista « Sociologia del diritto » <sup>(25)</sup>. Dopo una breve analisi del contenuto, Treves così individua il valore prevalentemente storico di questa opera: « in primo luogo, perchè contribuisce a far meglio conoscere il pensiero del nostro Autore nel primo periodo della sua formazione e, in secondo luogo perchè ci dà una idea dei dibattiti metodologici che ebbero luogo all'inizio del secolo tra le più note correnti del positivismo e del neokantismo, dibattiti a cui Kelsen attivamente partecipava » <sup>(26)</sup>.

Con particolare riguardo alla teoria socio-giuridica di Kelsen, secondo Treves quest'opera rappresenta tuttavia soltanto un punto di partenza: in seguito a polemiche e dibattiti (Treves ricorda quelli con

<sup>(20)</sup> Tra le recensioni a HANS KELSEN, *La teoria comunista del diritto* (v. n. 19) ricordo quelle di: Barile, in « Il Ponte », gennaio 1957, p. 124; Basso, in « Mondo operaio », 1956, p. 396; Andrei, in « Nord e Sud », 1957, p. 116; e i due articoli di: Piero FIORELLI, *Scienza e politica in H. Kelsen*, in « Critica Sociale », 1957, p. 158; Umberto SEGRE, *Il diritto sovietico nella critica di Hans Kelsen*, in « Il Mercurio », 1957, p. 33. Non mi è stato possibile esaminare questi ultimi due articoli.

<sup>(21)</sup> HANS KELSEN, *È possibile e desiderabile definire l'aggressione?* Traduzione di Mario G. de Rossi. Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi, Giuffrè, Milano 1957, pp. 3-19.

<sup>(22)</sup> HANS KELSEN, *Il fondamento della validità del diritto*. Traduzione di Gaetano Arangio Ruiz in « Rivista di diritto internazionale », 1957, pp. 497-511.

<sup>(23)</sup> HANS KELSEN, *Tra metodo giuridico e sociologico*. A cura di Gaetano Calabrò, Guida Editori, Napoli 1974, 28-29 pp.

<sup>(24)</sup> HANS KELSEN, *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, Mohr, Tübingen 1911, 64 pp.

<sup>(25)</sup> Renato TREVES, *Recensione a Hans Kelsen, Tra metodo giuridico e sociologico*, op. cit., in « Sociologia del diritto », 1975, 2, pp. 489-490.

<sup>(26)</sup> *Op. cit.*, p. 490.

Ehrlich e con Sander) la teoria kelseniana troverà una sua sistemazione nelle più approfondite opere successive, che non sono però analizzate nella prefazione di Calabrò. Per questo Treves auspica « uno studio del pensiero di Kelsen intorno alla sociologia del diritto che tenga conto di tutto quanto egli ha scritto sull'argomento » (27).

Sempre prendendo spunto dalla traduzione di *Über Grenzen Zwischen juristischer und soziologischer Methode* (28), Paolo Comanducci prende in considerazione l'atteggiamento del primo Kelsen di fronte alla distinzione di metodo fra giurisprudenza e sociologia.

Il saggio di Comanducci, *Kelsen e la sociologia del diritto* (29) è un tentativo di dimostrare come ancora oggi risultino attuali alcuni principi fondamentali della concezione kelseniana della sociologia del diritto (scienza complementare e in certo modo subordinata alla teoria generale del diritto, ma pur sempre scienza, a differenza della giurisprudenza sociologica). Infatti, nel dibattito oggi in corso sul rapporto tra scienza e sociologia del diritto, « una delle soluzioni proposte è quella, di derivazione kelseniana, che assegna come strumenti di lavoro e delimitativi di campo alla sociologia del diritto i concetti giuridici elaborati dalla teoria generale del diritto » (30).

Ricordo, poi, la traduzione di *Das Problem der Gerechtigkeit* (31) apparsa nel 1975 a cura di Mario G. Losano e (32) preceduta da una introduzione che illustra i rapporti tra la teoria kelseniana della giustizia e la teoria kelseniana del diritto. Losano, pur riconoscendo la portata positiva della dottrina pura del diritto e rilevando la posizione definitiva che essa assume nella scienza giuridica, cerca di illustrarne i limiti: « Gli operatori del diritto si documentano sulla validità di una norma ricorrendo alla « Gazzetta Ufficiale » e non alla norma fondamentale; non propongono liste di possibili interpretazioni d'una norma [...] ma propugnano un'interpretazione, ed una soltanto; non vogliono l'indifferenza davanti alle varie teorie della giustizia, ma si chiedono quale scegliere » (33).

La dottrina pura del diritto si risolve in una teoria politicamente assenteista, in quanto si limita a descrivere ed a elencare ma: « chi

(27) Ivi.

(28) HANS KELSEN, *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, op. cit., v. n. 24.

(29) PAOLO COMANDUCCI, *Kelsen e la sociologia del diritto (a proposito di una recente traduzione)*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », settembre 1976, n. 3, pp. 1077-1082.

(30) *Op. cit.*, p. 1082.

(31) HANS KELSEN, *Das Problem der Gerechtigkeit*, in *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Wien 1960, pp. 356-444.

(32) HANS KELSEN, *Il problema della giustizia*. A cura di Mario G. Losano, Einaudi, Torino 1975, XXXIX-133 pp.

(33) *Op. cit.*, p. XXVI.

descrive ed elenca delega semplicemente ad altri il prescrivere e lo scegliere »<sup>(34)</sup>.

La traduzione di un saggio di Kelsen del 1922 è comparsa recentemente sulla rivista di studi psicoanalitici « Sic »<sup>(35)</sup>. La rivista ha una redazione italiana, di cui è responsabile Giacomo Contri di Milano, ed una francese, di cui è responsabile Jacques Hassoun di Parigi. Discutendo l'eredità freudiana, nel 1975 vi vennero ripubblicati i sommari della rivista « Imago », in cui nel 1922 Kelsen pubblicò questo saggio sui rapporti tra stato e psicologia freudiana<sup>(36)</sup>. La traduzione italiana del saggio è introdotta da un' *Adresse au lecteur* di Hassoun e da più estese *Note introduttive* di Contri. In queste ultime viene spiegata la connessione tra dottrina kelseniana e dottrina freudiana:

« [...] con la « Questione dell'analisi dei non medici » — opera che riguarda i rapporti della psicoanalisi con la legge, con la società civile, con la società psicoanalitica e che costituisce inoltre l'unico intervento « pubblico » di Freud riguardante la psicoanalisi come tale — Freud colpisce con un solo tiro tre bersagli: 1. la questione della « *Laienanalyse* » all'« interno » del Movimento psicoanalitico; 2. la stessa questione all'« esterno »; 3. risponde, in un certo modo, e attraverso un caso particolare, alla posizione di Hans Kelsen, espressa in particolare in: *Il concetto di Stato e la psicologia sociale. Con particolare riguardo alla teoria delle masse di Freud*, pubblicato nella stessa rivista di Freud, « Imago », 1922. [...] Il 1922, data non solo di pubblicazione ma anche di preparazione del saggio da me tradotto, è la data di un momento già avanzato dell'elaborazione kelseniana, quella del fare i conti con la sociologia e la psicologia. È sostenibile — come mostrerò in uno scritto successivo a questo — che con la « psicologia » freudiana (con le virgolette che Freud sente di dover mettere, nella « Questione », intorno alla « psicologia » del suo dialogo con l'interlocutore, tenuto conto di chi è l'interlocutore) i conti kelseniani rimarranno, nello sviluppo del suo progetto, in sospeso, e che le tracce, e più che le tracce, di ciò sono ritrovabili nella seconda edizione della *Reine Rechtslehre* del 1960, dove sarà riaffrontato il problema dei rapporti, e non solo della distinzione, fra « causalità giuridica » o imputazione e causalità naturale, o fra normatività e causalità.

In una nota aggiunta nel 1923 al terzo capitolo di *Psicologia delle masse e analisi dell'io*, Freud già dà una breve discreta risposta, al citato saggio di Kelsen, in questi termini: « In contrasto con una critica, per altro notevole per intelligenza e acume, di Hans Kelsen,

<sup>(34)</sup> *Op. cit.*, p. XXXI.

<sup>(35)</sup> Hans KELSEN, *Il concetto di Stato e la psicologia sociale. Con particolare riguardo alla teoria delle masse di Freud*, in « Sic ». Materiali per la psicoanalisi (Milano-Parigi), marzo 1976, n. 5, pp. 13-30.

<sup>(36)</sup> Hans KELSEN, *Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse*, in « Imago », 1922, pp. 97-141.

non posso concedere che il fatto di dotare di organizzazione la 'psiche collettiva', ne significhi una ipostatizzazione, cioè l'attribuzione ad essa di una indipendenza dai processi psichici dell'individuo». Di questa breve replica, o meglio di questa necessità di replica, propongo *La questione dell'analisi dei non medici* come una particolare continuazione.

Scopo di queste annotazioni introduttive non è di sostituire il lettore, che leggerà per proprio conto i testi offerti, ma quello di mostrare appropriato l'accostamento.

E più che l'accostamento, l'articolazione di un dibattito effettivamente esistente, ma di cui Freud e Kelsen soltanto, in modo diverso sembrano al corrente, e rispetto al quale il dibattito succitato nel Movimento psicoanalitico si svolge come su una altra lunghezza d'onda» (37).

La scuola freudiana di Milano e Parigi organizzò nel 1976 un congresso sul tema «Stato, diritto e psicanalisi» che si rifaceva direttamente alle idee sopra esposte. Gli atti di questo congresso non sono ancora pubblicati, ma nel frattempo la rivista «Sociologia del diritto» ha anticipato la relazione di Mario G. Losano, senza dubbio la più giuridica tra quelle discusse al congresso (37a).

Analizzando i rapporti tra Kelsen e Freud, Losano documenta i contatti avvenuti tra i due studiosi. Egli ricorda, in primo luogo, l'articolo di Kelsen apparso nel 1922 sulla rivista di Freud «Imago» ed oggi tradotto in italiano nel volume di G. Contri ricordato nelle prossime pagine. La pubblicazione del saggio kelseniano suscitò una nota critica di Freud apparsa nell'edizione del 1913 di *Psicologia delle masse e analisi dell'io*. Inoltre, secondo Giacomo Contri, Hans Kelsen sarebbe identificabile con l'«Interlocutore imparziale» immaginato da Freud ne *La questione dell'analisi dei non medici*.

Accanto a queste prime testimonianze è importante tener presente la biografia di Kelsen redatta da Rudolf Aladár Métall e interamente avallata da Kelsen stesso. La menzione dei rapporti tra Kelsen e Freud ricorre tre volte nella biografia di Métall. Una prima volta il contatto tra i due fu indiretto, in quanto mediato da un terzo personaggio: Otto Weininger, amico di Kelsen e legato a Freud da una accesa e triste polemica. La seconda menzione di Métall riguarda l'influenza della scuola psicoanalitica su quella kelseniana. A questo proposito il biografo sottolinea la fondamentale differenza tra i due gruppi: chiuso al contraddittorio quello freudiano, aperto, al contrario, ad ogni critica esterna, quello kelseniano. I contatti tra Freud e Kelsen

(37) Giacomo CONTRI, *Note introduttive a Hans Kelsen, Il concetto di Stato e la psicologia sociale. Con particolare riguardo alla teoria delle masse di Freud*. In «Sic», *Materiali per la psicoanalisi* (Milano-Parigi), marzo 1976, n. 5, pp. 6-7.

(37a) Mario G. LOSANO, *Rapporti fra Kelsen e Freud*, in «Sociologia del diritto», IV, 1977, n. 1, pp. 142-151.

sono infine menzionati per la terza volta nel testo di Métall a proposito della polemica tra Sander e Kelsen, nata dal progressivo distacco di Kelsen dalle dottrine kantiane, cui Sander, al contrario, rimase sempre fedele.

Sempre nell'ambito del dibattito sollevato dal congresso, il volume di Giacomo Contri, *La tolleranza del dolore. Stato diritto psicoanalisi* <sup>(37b)</sup> va qui segnalato non tanto per la prima parte (strettamente psicoanalitica) quanto per l'appendice di testi tradotti. Di essi rende conto Losano in una recensione pubblicata sulla rivista « Sociologia del diritto »: « La seconda parte del volume si annuncia invece come una raccolta di testi, e qui il giurista si rallegra: accanto a tre testi di Freud (*I laici nella psicanalisi. Introduzione e poscritto. Per il monopolio del fuoco*), vede annunciati sulla copertina il saggio di Robert Wälder, *Freud e le scienze sociali e giuridiche*, pubblicato nel 1936 sulla « Revue Internationale de la Théorie du Droit », diretta da Kelsen, e due scritti di Kelsen stesso: *La « libido » come criterio del legame sociale*, del 1921, e l'articolo *Il concetto di stato e la teoria delle masse di Freud*, del 1922. Nell'indice interno, prima sorpresa: di Kelsen compare soltanto il titolo, ignoto ai suoi bibliografi, *Stato e 'masse' secondo Freud*. Senonchè sotto questo titolo, nel testo, si trova una breve presentazione di Contri dell'articolo kelseniano del 1922: ma che sia di Contri lo si desume dalla lettura, perchè al centro della pagina campeggia maiuscolo, come nome dell'autore, quello di Hans Kelsen. Alla lettura di queste righe, seconda sorpresa: dei due lavori kelseniani elencati in copertina, si annuncia che quello sulla libido del 1921, essendo sostanzialmente ripreso nell'articolo del 1922, non verrà pubblicato. Segue finalmente la traduzione dell'articolo *Il concetto di stato e la psicologia sociale*; però questa volta è scomparsa l'indicazione dell'autore, che è Hans Kelsen. Il risultato è che i tre indici sono tra loro discordanti e che da essi il lettore non riesce a capire qual è l'unico testo kelseniano pubblicato, anche perchè esso è indicato di volta in volta con tre titoli diversi » <sup>(37c)</sup>.

In conclusione, l'unico saggio kelseniano tradotto è quello già pubblicato sulla rivista « Sic » e qui ricordato alla nota 35.

Infine ricordo la traduzione italiana della prima opera di Kelsen *Die Staatslehre des Dante Alighieri* <sup>(38)</sup> col titolo *La teoria dello Stato in Dante* <sup>(39)</sup> con un saggio introduttivo di Vittorio Frosini.

<sup>(37b)</sup> Giacomo CONTRI, *La tolleranza del dolore. Stato diritto psicoanalisi*, La Salamandra, Milano 1977, 341 pp.

<sup>(37c)</sup> Mario G. Losano, recensione a: CONTRI, *La cognizione del dolore*, in « Sociologia del diritto », IV, 1977, n. 2, p. 491.

<sup>(38)</sup> Hans KELSEN, *Die Staatslehre des Dante Alighieri*, in *Wiener Staatswissenschaftliche Studien*, Franz Deuticke, Wien 1905, vol. VI, iv-152 pp.

<sup>(39)</sup> Hans KELSEN, *La teoria dello Stato in Dante*, Massimiliano Boni editore, Bologna 1974, xxix-215 pp.; con un saggio introduttivo di Vittorio Frosini e traduzione italiana di W. Sangiorgi.

Di questo volume troviamo anche una breve recensione sulla « Rivista internazionale di filosofia del diritto » (40) in cui Francesco Riccobono illustra i limiti della monografia kelseniana. Di essa si afferma che è ormai superata nelle sue conclusioni dalle ultime ricerche di critica dantesca e « scarsamente utilizzabile anche dal punto di vista dell'analisi specificamente giuridica del pensiero di Dante » (41). Tuttavia viene rilevato l'interesse di quest'opera per quanto riguarda il problema delle origini e delle fonti del pensiero kelseniano: l'opera rivela infatti la forte influenza della giuspubblicistica tedesca (Gierke, Jellinek) sul pensiero kelseniano; inoltre vi si trovano in embrione alcuni concetti teorici e ideologici del Kelsen più maturo. Un quadro ed una valutazione complessiva del formarsi della dottrina kelseniana dello Stato da questa radice dantesca è reperibile nell'ampio saggio di Francesco Riccobono, *Gli inizi di Kelsen: La Teoria dello Stato in Dante* (42).

### 3. Opere di autori italiani sul pensiero di Hans Kelsen.

Ripartirò le opere degli autori italiani sul pensiero di Hans Kelsen in tre categorie: 1. opere di filosofia del diritto e di teoria generale; 2. opere di diritto dello stato; 3. opere di diritto internazionale. Anche nel periodo successivo al secondo conflitto mondiale, il maggior numero di scritti di autori italiani ricade nella prima categoria. Data la grande quantità di scritti su Kelsen, mi limiterò a dare, secondo il criterio cronologico, il riassunto soltanto di alcuni, mentre degli altri testi che mi è riuscito di trovare verrà fornita la sola indicazione bibliografica.

Già nel 1950 Luigi Bagolini, dell'Università di Siena, pubblicava sulla « Rivista internazionale di filosofia del diritto » il saggio *Aspetti della critica dei valori etico-giuridici nel pensiero contemporaneo* (43), dove inserisce la dottrina kelseniana (definita espressamente « positivismo giuridico ») in « quegli atteggiamenti radicali che anzichè limitarsi a criticare le soluzioni tradizionali del problema filosofico dei valori, tendono a negare radicalmente la legittimità teorica di tale problema » (44). Renato Treves, che già si era occupato ampiamente delle opere di Kelsen, pubblicò nel 1951 e 1952 due interessanti saggi

(40) Francesco RICCOBONO, *Recensione a La teoria dello Stato in Dante*, cit., in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1975, pp. 352-4.

(41) *Op. cit.*, p. 354.

(42) Francesco RICCOBONO, *Gli inizi di Kelsen: La teoria dello Stato in Dante*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1976, n. 2, pp. 261-289.

(43) Luigi BAGOLINI, *Aspetti della critica dei valori etico-giuridici nel pensiero contemporaneo*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1950, pp. 235-267.

(44) *Op. cit.*, p. 234.

sulla « Rivista internazionale di filosofia del diritto ». Nel primo, *Il diritto come giudizio sociale* <sup>(45)</sup>, Treves risponde alle accuse secondo cui il formalismo kelseniano, separando la forma giuridica dal contenuto sociale, avrebbe privato il diritto della sua funzione concreta nella società. Treves rileva infatti come l'antiformalismo, risolvendo il diritto nella forza politica, attribuisce ad esso una funzione arbitraria: non più regola ed ordine della società, ma volontà e decisione del più forte.

Il secondo saggio di Treves, *Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen* <sup>(46)</sup>, pubblicato sulla medesima rivista in occasione del settantesimo compleanno di Kelsen, contiene un'esposizione generale della dottrina kelseniana.

Nel 1952, veniva pubblicato, sempre sulla « Rivista internazionale di filosofia del diritto », un saggio di Annibale Pastore, Professore all'Università di Torino, che è una rielaborazione di appunti dei corsi universitari redatti diciassette anni prima ad uso degli studenti <sup>(47)</sup>. Esso fornisce chiarimenti sulla pretesa della dottrina pura del diritto di porsi come semplice forma concettuale, cioè come logica della conoscenza pura, prescindendo da ogni contenuto economico, politico, etico o sociale.

Apertamente critico nei confronti della dottrina kelseniana è il saggio di Giuseppe Capograssi, Professore nell'Università di Roma, *Impressioni su Kelsen tradotto* <sup>(48)</sup> comparso sulla « Rivista trimestrale di diritto pubblico » nel 1952, in occasione della traduzione della *Teoria generale del diritto e dello Stato*. Capograssi rileva come la dottrina pura del diritto, benchè ispirata ad una rigorosa e precisa coerenza, finisca per essere vuota ed annullante, divenendo espressione di quella che egli chiama ideologia della forza: « [...] il mondo del diritto qui disegnato, è un mondo spettrale nel quale nè la vita, nè la storia, sono più possibili » <sup>(49)</sup>. Anche il giurista non può, secondo Capograssi, limitarsi ad uno sforzo puramente formale, da arido tecnico, ma quale « collaboratore della vita » partecipa « del segreto processo trasverso il quale la vita concreta si trasforma in esperienza giuridica » <sup>(50)</sup>.

Nel 1953 la rivista dell'Università di Parma « Studi parmensi » pubblicava un articolo di Guido Fassò, professore all'Università di

<sup>(45)</sup> Renato TREVES, *Il diritto come giudizio sociale*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1951, pp. 557-571.

<sup>(46)</sup> Renato TREVES, *Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1952, pp. 177-197.

<sup>(47)</sup> Annibale PASTORE, *Critica del fondamento logico della dottrina pura del diritto di Kelsen*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1952, pp. 198-212.

<sup>(48)</sup> Giuseppe CAPOGRASSI, *Impressioni su Kelsen tradotto*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », 1952, pp. 767-810.

<sup>(49)</sup> *Op. cit.*, p. 803.

<sup>(50)</sup> *Op. cit.*, p. 810.



Bologna, sulla distinzione tra legge fisica, o naturalistica, e legge pratica<sup>(51)</sup>. Dopo avere analizzato i precedenti storici della distinzione, Fassò, accentrando l'attenzione sull'opera di Kelsen, rileva come egli, nonostante il parere contrario di autorevoli studiosi, mantenga quella distinzione, citando in proposito la *General theory of Law and State*.

Il saggio di Emilio de Longhi, *La dottrina pura del diritto e i pratici*<sup>(52)</sup>, afferma la validità di alcuni aspetti della dottrina pura del diritto che i pratici avevano condannato come sistema di forme vuote. De Longhi ricorda infatti come Kelsen abbia considerato anche l'aspetto sociale del diritto, da un lato, dimostrando interesse per la sociologia e, dall'altro, tentando di risolvere il problema della giustizia.

Nel 1953 nell'opera *Filosofia analitica e giurisprudenza*<sup>(53)</sup>, Uberto Scarpelli dedica un capitolo all'opera di Hans Kelsen, ed in particolare alla ripresa degli studi kelseniani in Italia in seguito al sorgere di una corrente di filosofia analitica.

Sempre di Scarpelli è un saggio in commento alla traduzione italiana del libro di Kelsen *Società e natura*<sup>(54)</sup>. Il saggio di Scarpelli comparve nel 1954 sulla « Rivista internazionale di filosofia del diritto », come nota volta ad indicare i motivi di maggiore interesse di quell'opera. Egli rileva come questa rappresenti un notevole contributo alla revisione critica della dottrina kelseniana da parte dei giuristi italiani: « [...] l'opera contribuirà a distruggere un'immagine del Kelsen puro logico [...] e contribuirà a farci porre in modo sempre più consapevole la questione dei rapporti tra teoria pura e sociologia giuridica, e in genere del carattere e dei limiti della teoria pura del diritto »<sup>(55)</sup>.

Nella « Nuova collana di studi politici » dell'Università di Pavia, diretta da Bruno Leoni, compare nel 1954 uno scritto di Alessandro Giuliani<sup>(56)</sup>. Vi si prendono in considerazione i due aspetti della « speculazione pura », quello economico, rappresentato da Mises, e quello giuridico, rappresentato da Kelsen; in particolare, analizzando la dottrina pura del diritto, Giuliani ne evidenzia le analogie con lo storicismo giuridico.

Un interessante saggio che testimonia l'intensificarsi dell'interesse e quindi del dibattito sulla dottrina kelseniana, è quello che Norberto

<sup>(51)</sup> Guido FASSÒ, *Legge naturalistica e legge pratica*, in « Studi Parmensi », volume in onore di Gino Solazzi, 1953, pp. 277-317.

<sup>(52)</sup> Emilio DE LONGHI, *La dottrina pura del diritto e i pratici*, in « Rivista di diritto processuale », 1953, pp. 47-56.

<sup>(53)</sup> Uberto SCARPELLI, *Filosofia analitica e giurisprudenza*, Nuvoletti, Milano 1953, pp. 57-63. (Cioè, il cap. V: *La filosofia analitica ed il ritorno al Kelsen*).

<sup>(54)</sup> Uberto SCARPELLI, *Società e natura nel pensiero di Hans Kelsen*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1954, pp. 767-80.

<sup>(55)</sup> *Op. cit.*, p. 780.

<sup>(56)</sup> Alessandro GIULIANI, *Contributi ad una nuova teoria pura del diritto*, Giuffrè, Nuova Collana di Studi politici, Milano 1954, 206 pp.

Bobbio pubblicò nel 1954 sulla « Rivista trimestrale di diritto processuale civile » (57). In esso Bobbio respinge in modo reciso le accuse che venivano mosse a Kelsen, ed in particolare, quelle di Capograssi e Nicolosi che additarono in Kelsen il propalatore di teorie sediziose, il decadente portavoce del conformismo piccolo borghese; cioè, l'« immoralista » (58).

Nel 1956 Pierluigi Zampetti pubblica un saggio, *Metafisica e scienza del diritto nel Kelsen* (59). Zampetti si pone il problema della possibilità di riscontrare, alla base dei vari concetti elaborati dalla dottrina pura del diritto, un substrato filosofico comune, che consente di fornire un'interpretazione unitaria del sistema kelseniano.

Nel 1957 comparve sulla « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile » un articolo di Mario A. Cattaneo (60) che riprendeva il dibattito sull'opera di Kelsen *The Communist Theory of Law*. L'articolo infatti analizza i vari argomenti trattati nella opera e le critiche ad essa rivolte, anche da parte di autori italiani (cfr. a tale proposito le recensioni al libro e la prefazione alla traduzione di Giuseppino Treves alle nn. 19, 20). Cattaneo segnala come particolarmente interessante la discussione sul problema del diritto internazionale, « e ciò perchè nella polemica su questo tema i giuristi sovietici difendono un principio tradizionale, il dogma della sovranità, e il Kelsen si trova invece su posizioni progressive » (61).

Mentre Giuseppino Treves, nella sua prefazione alla traduzione di *The Communist Theory of Law* (v. n. 19), aveva rilevato che la costruzione kelseniana non era neutrale, ma presupponeva l'ideologia liberale, Cattaneo vede proprio in questa ideologia il fondamento di una scienza obiettiva, « in quanto una tale scienza è possibile solo in una situazione politica e sociale di libertà, ove il potere non si ingerisce e non dà direttive nel campo della cultura, non entra quindi nella coscienza degli uomini » (62).

A proposito del problema dell'interpretazione giuridica nella dottrina kelseniana ricordo l'opera di Luigi Caiani *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica* (63) che dedica le *Considerazioni finali* alla distinzione kelseniana tra interpretazione scientifica (o dottrinarica) e interpretazione giudiziale (o pratica).

(57) Norberto BOBBIO, *La teoria pura del diritto e i suoi critici*, in « Rivista trimestrale di diritto processuale civile », 1954, pp. 356-377.

(58) *Op. cit.*, p. 357, nota 3.

(59) Pierluigi ZAMPETTI, *Metafisica e scienza del diritto nel Kelsen*. (Pubblicazioni dell'Istituto di filosofia del diritto dell'Università di Roma dirette da Widar Cesarini Sforza), Giuffrè, Milano 1956, 180 pp.

(60) Mario A. CATTANEO, *Kelsen e la teoria giuridica sovietica*, in « Rivista trimestrale di diritto processuale civile », 1957, pp. 1521-32.

(61) *Op. cit.*, p. 1528.

(62) *Op. cit.*, p. 1531.

(63) Luigi CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Cedam, Padova 1954, 295 pp. In particolare cfr. le *Conclusioni finali*, pp. 273-291.

Sullo stesso argomento Giacomo Gavazzi nel 1957 scrisse il saggio *L'interpretazione giuridica in H. Kelsen* (64). Il problema è stato affrontato « in connessione da una parte con la problematica della dottrina pura del diritto e dall'altra con quella della teoria generale del diritto, e ciò con riferimento al classico problema della scientificità della giurisprudenza intesa come scienza dei contenuti di un ordinamento giuridico positivo » (65).

La conclusione di Gavazzi è piuttosto drastica: « quella di una scienza giuridica che scopra tutti i significati possibili delle norme è una concezione dogmatica che pone ancora una volta in seria difficoltà la interpretazione della legge che voglia costituirsi a scienza del diritto. A questa difficoltà non v'è, crediamo, che un riparo: o postulare di nuovo la identità della legge con il diritto, oppure riconoscere il carattere pluralistico delle scienze delle leggi, come pluralità di linguaggi analizzanti, arbitrari nelle loro definizioni, rigorosi nell'interno e pragmaticamente impegnati » (66).

Un aspetto particolare della costruzione kelseniana venne analizzato da Giorgio Tonelli nel saggio *Argomentazioni probatorie sulla Reine Rechtslehre di Kelsen* (67). Tonelli studia l'opera di Kelsen dal punto di vista del « metodo probatorio », cioè delle argomentazioni razionali impiegate da Kelsen per indurre il lettore al consenso. Il saggio prescinde quindi da ogni presa di posizione riguardo al contenuto della teoria kelseniana.

Nel 1958 compare sulla « Rivista internazionale di filosofia del diritto » l'articolo di Antonio Tozzi, professore dell'Università di Pisa, *Filosofia del diritto, giurisprudenza normativa, giurisprudenza sociologica e sociologia della giustizia in Hans Kelsen* (68). Il problema affrontato da Tozzi è quello della rilevanza della giurisprudenza sociologica rispetto alla dottrina pura, problema già dibattuto da Treves e Bobbio (cfr. nn. 45, 57).

Nel 1960 fu pubblicato l'articolo di Umberto Cerroni *Kelsen e Marx* (69), in cui l'autore critica Kelsen affermando che non si può fondare una teoria generale del diritto presupponendo tacitamente che le norme giuridiche siano uguali per tutti. Ciò significa porre alla base della teoria pura del diritto la struttura della società individualistica

(64) Giacomo GAVAZZI, *L'interpretazione giuridica in Hans Kelsen*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1957, pp. 217-229.

(65) *Op. cit.*, p. 217.

(66) *Op. cit.*, pp. 228 s.

(67) Giorgio TONELLI, *Argomentazioni probatorie sulla Reine Rechtslehre di Kelsen*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1958, pp. 422-439.

(68) Antonio Tozzi, *Filosofia del diritto, giurisprudenza normativa, giurisprudenza sociologica e sociologia della giustizia in Hans Kelsen*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1958, pp. 290-310.

(69) Umberto CERRONI, *Kelsen e Marx*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1960, pp. 660-667.

moderna e del suo stato di diritto, senza averla colta nei suoi limiti storici specifici.

Un saggio che illustra l'ampiezza del dibattito suscitato dalla teoria kelseniana in Italia è quello di Vittorio Frosini *La critica italiana a Kelsen* (70). Si tratta dell'esposizione del pensiero dei più significativi studiosi italiani che abbiano apportato un contributo critico alla dottrina kelseniana, a partire dal 1923 fino al 1960.

Sempre nel 1960 comparve sulla « Rivista internazionale di filosofia del diritto » un saggio di Bruno Leoni (71), che criticava nella dottrina pura del diritto l'indifferenza per i contenuti delle norme giuridiche. Questa indifferenza, secondo Bruno Leoni, suscitò reazioni polemiche soprattutto alla luce degli avvenimenti successivi alla guerra: essi contribuirono infatti a rafforzare l'esigenza di una teoria del diritto che non si limitasse a legittimare il comando del più forte.

Nel 1962 Virgilio Giorgianni pubblicava l'articolo *Il fondamento della validità del diritto nella teoria generale del Kelsen* (72). Giorgianni, partendo dalla descrizione della teoria kelseniana della norma fondamentale, ne critica la funzione di presupposto non dimostrato dell'intera costruzione chiedendosi, in ultima analisi, donde la norma fondamentale presupposta dal giurista derivi il significato oggettivo di norma obbligatoria.

Nel 1965 Norberto Bobbio pubblicava un'importante opera *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (73). Si tratta di una raccolta di 12 saggi scritti da Bobbio tra il 1959 ed il 1964. Il contenuto delle tre parti in cui si divide l'opera è così sintetizzato nell'*Introduzione*: « [...] La prima parte riguarda il problema della natura, della funzione e della situazione presente degli studi di filosofia del diritto; la seconda è dedicata principalmente ad una analisi del positivismo giuridico; la terza comprende una critica e un tentativo d'interpretazione del giusnaturalismo [...] ».

Ognuna delle tre parti è dominata da un'idea centrale.

La prima insinua che la filosofia del diritto, come dottrina unitaria, abbia fatto il suo tempo e sia venuta l'ora di disarticolarla in tante discipline particolari che richiedono una competenza specifica. La seconda è imperniata sulla tesi che tanto la critica quanto la difesa del positivismo giuridico siano viziate dalla mancata distinzione tra metodo positivo, teoria del diritto positivo ed etica legalistica. Infine,

(70) Vittorio FROSINI, *La critica italiana a Kelsen*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1961, pp. 201-213.

(71) Bruno LEONI, *Oscurità ed incongruenze nella dottrina kelseniana del diritto*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1960, pp. 165-179.

(72) Virgilio GIORGIANNI, *Il fondamento della validità del diritto nella teoria generale del Kelsen*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1962, pp. 102-109.

(73) Norberto BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano 1965, 241 pp.

la terza vuole dimostrare che il giusnaturalismo non è una determinata morale ma una determinata teoria della morale, e per di più, come teoria della morale, è infondato. Con queste affermazioni, accompagnate da analisi critiche e storiche, cerco prima di tutto di tracciare un itinerario, poi di sgombrare la strada, infine di chiudere un accesso sbagliato.

Ho detto che questi saggi sono introduttivi: infatti aprire la strada non vuol ancora dire percorrerla. Rappresentano l'indicazione di una direzione e, forse, di un metodo » (74). L'intera trattazione è intessuta di richiami alla dottrina kelseniana.

Nel 1966 appariva sulla rivista « Il Politico » un articolo di Bruno Leoni (75). Si trattava della relazione presentata da Leoni alla tavola rotonda sul positivismo giuridico tenuta il 2 maggio 1966 presso l'Istituto di scienze politiche dell'Università di Pavia. In questa relazione Leoni effettua una critica alle teorie pure in generale, ponendone in luce le insufficienze.

Sempre sulla rivista « Il Politico » ed in occasione della medesima tavola rotonda sul positivismo giuridico comparve il saggio di Mario G. Losano *Diritto e logica in Hans Kelsen* (76). L'autore si propone di chiarire con questo saggio la portata del termine « logica » in Hans Kelsen. Inoltre Losano respinge la definizione data alla teoria di Kelsen di « formalismo logico », sostenendo, al contrario, che si tratta di un sistema dinamico di successive delegazioni di potere.

Il problema della contrapposizione tra Sein e Sollen viene affrontato nel 1966 da Benigno Mantilla Pineda dell'Università di Antioquia, Medellin (Colombia), che pubblicò sulla « Rivista internazionale di filosofia del diritto » il saggio *Essere e dover essere in Hans Kelsen* (77). L'autore analizza le origini kantiane di questa distinzione e illustra come la dottrina pura del diritto si allontani dalla teoria kantiana sia nell'interpretazione della distinzione tra esse e dover essere, sia nell'applicazione di questa distinzione alla conoscenza del diritto.

Questo stesso argomento fu affrontato nel 1967 da Mario G. Losano sul suo saggio *Per un'analisi del « Sollen » in Hans Kelsen* (78). Il saggio inizia con l'esame dei problemi linguistici connessi con i termini « Sollen » (sostantivo) e « sollen » (verbo) nella lingua tedesca; segue poi una ricerca storico-esegetica sulle fonti da cui Hans Kelsen de-

(74) *Op. cit.*, p. 9.

(75) Bruno LEONI, *A proposito della teoria del diritto e del positivismo giuridico*, in « Il Politico ». (Nuova serie degli Annali di scienze politiche. Università degli Studi di Pavia), 1966, pp. 222-38.

(76) Mario G. LOSANO, *Diritto e logica in Hans Kelsen*, in « Il Politico ». (Nuova serie degli Annali di scienze politiche. Università degli Studi di Pavia), 1966, pp. 812-821.

(77) Benigno MANTILLA PINEDA, *Essere e dover essere in Hans Kelsen*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1966, pp. 745-760.

(78) Mario G. LOSANO, *Per un'analisi del « Sollen » in Hans Kelsen*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1967, pp. 546-568.

sume la sua concezione di Sollen: in particolare Kelsen desumerebbe l'indefinibilità del Sollen da Georg Simmel, mentre ne desumerebbe l'indivisibilità da Arnold Kitz. Losano poi colloca il problema del Sollen nell'ambito della dottrina pura del diritto ed enuclea le polemiche che ne sono derivate. Cercando di additare una possibile soluzione al problema dell'ambiguità del Sollen, Losano afferma che la distinzione tra Sollen descrittivo e Sollen prescrittivo può essere risolta nella consueta e radicale distinzione tra Sein e Sollen.

Nel 1967 Losano aveva presentato una relazione sull'interpretazione nella dottrina pura del diritto al « Colloquio internazionale di metodologia giuridica » organizzato dall'Accademia delle scienze e delle arti di Belgrado. Il testo italiano della comunicazione venne pubblicato l'anno successivo con il titolo *Il problema dell'interpretazione in Hans Kelsen* (79). Questa ricerca documenta la posizione kelseniana riguardo all'interpretazione e, in particolare, riguardo all'esigenza avanzata da Kelsen, secondo la quale il giurista dovrebbe proporre una serie di possibili interpretazioni, evitando però di prendere posizione su di esse. La scelta dell'una piuttosto che di un'altra, infatti, sarebbe un venir meno alla neutralità della scienza. È qui che Losano rileva come il testo kelseniano — pur asserendo di voler essere soltanto descrittivo del diritto — finisca in realtà per divenire esso stesso prescrittivo, imponendo al giurista un certo atteggiamento di fronte alla norma da interpretare.

Amedeo G. Conte, dell'Università di Pavia, pubblicò nel 1967 sulla rivista « Studia Ghisleriana » il saggio *In margine all'ultimo Kelsen* (80). Esso riguarda alcuni aspetti dei rapporti tra logica e proposizioni prescrittive, così come risultato dagli ultimi scritti di Kelsen *Recht und Logik* (81) e *Derogation* (82).

Tra le opere di dottrina dello stato ricordo il saggio di Alfredo Poggi *Sul pensiero giuridico-politico di Hans Kelsen* (83), che fu pubbli-

(79) Mario G. LOSANO, *Il problema dell'interpretazione in Hans Kelsen*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », XLV, 1968, n. 3-4, pp. 524-45. Il testo tedesco era stato distribuito durante il congresso, in forma ciclostilata (*Das Problem der Interpretation der Reinen Rechtslehre*, Beograd 1967, 20 pp.). Gli atti del congresso vennero pubblicati soltanto nel 1973: *Le problème de l'interprétation dans Hans Kelsen*, Srpska Akademija Nauka i Umetnosti, Beograd 1973, pp. 207-25.

(80) Amedeo G. CONTE, *In margine all'ultimo Kelsen*, in « Studia Ghisleriana », Pavia 1967, pp. 113-125.

(81) Hans KELSEN, *Recht und Logik*, in « Forum », 12, 1965, pp. 421-425. Hans Kelsen, *Law and logic*, in *Philosophy and Christianity*. Philosophical Essays dedicated to Herman Dooyeweerd. Kampon, J. H. Kok; North Holland Publishing Company, Amsterdam 1965, pp. 231-236.

(82) Hans KELSEN, *Derogation*. In *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*. Prepared by the American Society for Legal History. Edited by Ralph A. Newman, The Bobbs Merrill Co. Indianapolis-New York 1962, pp. 339-361.

(83) Alfredo POGGI, *Sul pensiero giuridico-politico di Hans Kelsen*. Atti della Accademia ligure di scienze e lettere in continuazione degli Atti della Società

cato sul volume XV degli *Atti della Accademia ligure di scienze e lettere*. Esso rappresenta l'ampliamento di un saggio scritto l'anno precedente sullo stesso argomento <sup>(84)</sup>. L'autore critica alcuni aspetti filosofici della teoria kelseniana quali il rapporto tra legge naturale e norma giuridica, il concetto di persona fisica e persona giuridica, il rapporto tra diritto e stato, nonché tra stato e cittadino. Infine, l'autore effettua una breve analisi dei rapporti tra dottrine kantiane e kelseniane.

Nel 1961 Bruno Leoni pubblicava il saggio *Il concetto di Stato nella teoria kelseniana* <sup>(85)</sup>. Leoni riprende qui le critiche mosse alla dottrina pura del diritto nella sua precedente opera *Oscurità ed incongruenze nella dottrina kelseniana del diritto* (v. n. 71), sostenendo che gli errori della dottrina kelseniana del diritto si ritrovano nella teoria kelseniana dello Stato.

In particolare, a proposito della teoria dello Stato, Leoni rileva come: « Il singolare nominalismo kelseniano rivela i suoi limiti insuperabili a proposito dello « Stato », e insieme la vacuità del tentativo di sostituire l'impostazione cosiddetta « giuridica » ad ogni tipo di impostazione del problema di individuare e studiare i rapporti di potere politico, nei quali si può, ed in effetti oggi da molti si tende, ad identificare lo « Stato » <sup>(86)</sup>.

Tra le opere di diritto internazionale va ricordata quella di Mario Giuliano, *La comunità internazionale e il diritto* <sup>(87)</sup>. Giuliano si propone in quest'opera di analizzare la funzione del diritto internazionale nella comunità degli Stati, e dedica il capitolo III alla *Concezione del diritto internazionale nella dottrina pura del diritto*. Dopo aver introdotto i concetti fondamentali posti alla base della dottrina kelseniana dello Stato e del diritto internazionale, Giuliano osserva come sia insita una contraddizione nel sistema elaborato dal giurista praghese. La pretesa unitarietà dell'ordinamento giuridico sarebbe in contrasto, secondo Giuliano, con « la separazione dei vari ordinamenti giuridici nazionali tra loro e di questi rispetto all'ordinamento giuridico internazionale in conseguenza di una altrettanto precisa separazione di ambienti sociali » <sup>(88)</sup>. Nel corso di un excursus storico sul problema

---

ligistica di scienze naturali e geografiche e degli Atti della Società di scienze e lettere di Genova, Genova 1959, pp. 161-238 (saggio presentato nell'adunanza del 28 maggio 1958).

<sup>(84)</sup> Alfredo POGGI, *Uomo e diritto in Hans Kelsen*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1958, pp. 694-717.

<sup>(85)</sup> Bruno LEONI, *Il concetto di Stato nella teoria kelseniana*, in « Quaderni della Società italiana di filosofia del diritto », 3, Scritti vari di filosofia del diritto raccolti per l'inaugurazione della Biblioteca Giorgio del Vecchio, Giuffrè, Milano 1961, pp. 205-216.

<sup>(86)</sup> *Op. cit.*, p. 216.

<sup>(87)</sup> Mario GIULIANO, *La comunità internazionale e il diritto*, Cedam, Padova 1950, 368 pp. In particolare, cfr. il Cap. III: *Concezione del diritto internazionale nella dottrina pura del diritto*, pp. 103-132.

<sup>(88)</sup> *Op. cit.*, p. 126.

del diritto internazionale nella scienza giuridica, Roberto Ago dedica all'indirizzo normativistico due paragrafi della sua opera *Scienza giuridica e diritto internazionale* <sup>(89)</sup>. L'atteggiamento normativistico verso il diritto internazionale viene inquadrato nell'ambito della dottrina pura del diritto: infatti le norme del diritto internazionale, per Kelsen, sono diritto come le norme del diritto statale.

Ago rivolge due critiche sistematiche alla dottrina pura del diritto. La prima critica afferma che, se la norma fondamentale è soltanto ipotizzata, si viene con ciò a rendere ipotetica la validità di tutto il sistema del diritto positivo. La seconda critica si riferisce al fatto che la norma fondamentale garantisce l'unitarietà del materiale empirico cui si rivolge la scienza giuridica. Quella norma dovrebbe quindi essere ipotizzata come vivente nel medesimo mondo empirico nel quale vivono le predette norme positive.

Concludo questa sommaria ricognizione sulla fortuna di Kelsen in Italia ricordando il saggio di Norberto Bobbio, pubblicato nel 1973, in occasione della morte di Hans Kelsen <sup>(90)</sup>.

Bobbio illustra l'importanza e i limiti della dottrina pura del diritto, ripercorrendone le tappe principali: « Il significato storico dell'opera kelseniana è legato all'analisi strutturale del diritto come ordinamento normativo specifico, la cui specificità consiste appunto non nei contenuti normativi ma nel modo con cui le norme sono unite l'una all'altra in sistema. Questo tipo di analisi costituisce anche il limite della teoria pura del diritto. Non c'è dubbio che lo sviluppo dell'analisi strutturale è andato a scapito dell'analisi funzionale: a paragone del rilievo che Kelsen ha dato ai problemi strutturali del diritto è estremamente angusto lo spazio che egli ha riservato ai problemi relativi alla funzione del diritto » <sup>(91)</sup>. Proprio per questa portata innovatrice e per questi precisi limiti, la dottrina pura del diritto rimane, comunque, per Bobbio una tappa fondamentale nella storia della teoria del diritto: Kelsen « ha tolto parte della loro importanza alle opere precedenti come quelle di Jhering, di Thon, di Jellinek, salvo a considerarle affluenti confluiti nel gran fiume. Teorie che avevano imboccato altre strade, come quella pur celebrata, di Duguit, finirono per essere abbandonate. Le due principali opere di teoria del diritto apparse in questi ultimi vent'anni, *Law and Justice* di Alf Ross (1958), e *The concept of law* di Herbert L. Hart (1961), pur essendo state scritte da autori educati in una tradizione giuridica non certo ben disposta verso il tanto deprecato e frainteso formalismo kelseniano, riconoscono il debito che hanno contratto verso la teoria

<sup>(89)</sup> Roberto AGO, *Scienze giuridica e diritto internazionale*, Giuffrè, Milano 1950, 108 pp. In particolare cfr. i §§ 7 e 8 alle pp. 31-42.

<sup>(90)</sup> Norberto BOBBIO, *Hans Kelsen*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1973, pp. 425-449.

<sup>(91)</sup> *Op. cit.*, p. 445.



pura del diritto. Malgrado i dissensi dall'opera del maestro, sono opere entrambe nettamente postkelseniane nel preciso senso che non si possono intendere senza Kelsen » <sup>(92)</sup>.

Nel maggio del 1976 Franco Russo pubblicava *Kelsen e il marxismo* <sup>(93)</sup>, libro in cui si proponeva di analizzare criticamente gli scritti di Kelsen degli anni venti. In quel periodo Kelsen si occupò in modo particolare di elaborare una dottrina generale dello stato ed una concezione della democrazia: basti pensare, a questo proposito, a scritti come *Allgemeine Staatslehre* del 1925, in cui Kelsen si occupa della dottrina dello Stato, e *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, del 1920, in cui Kelsen affronta i problemi relativi alla concezione della democrazia. Franco Russo si propone, da un lato, di individuare gli inevitabili incontri e scontri del pensiero politico kelseniano con il marxismo; dall'altro di evidenziare come la dottrina politica di Kelsen (ed in particolare la sua concezione di stato e democrazia) abbia posto in luce alcuni problemi fondamentali del marxismo ancora oggi esistenti. Kelsen individua assai bene le connessioni del revisionismo marxista con il riformismo borghese: in particolare, dice Russo, un fondamentale punto d'incontro tra le due posizioni suaccennate è « la salvaguardia dello stato, concepito come strumento di evoluzione sociale » <sup>(94)</sup>. In questo senso la posizione revisionista e quella borghese (di cui Kelsen, secondo Russo, è in un certo senso il portavoce) si scontrano inevitabilmente con la teoria leninista dell'estinzione dello stato.

---

<sup>(92)</sup> *Op. cit.*, p. 426.

<sup>(93)</sup> Franco Russo, *Kelsen e il marxismo. Democrazia politica o socialismo*, La Nuova Italia Editrice, Firenze 1976, 195 pp.

<sup>(94)</sup> *Op. cit.*, p. 150.

KLAUS LUIG - BARBARA DÖLEMEYER

ALPHABETISCHES VERZEICHNIS  
DER NEUEREN LITERATUR ÜBER  
FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY

(1779-1861)

Daß zum 200. Geburtstag von Savigny hier an Stelle eines kritischen Referates über den Stand der Savigny-Forschung nur eine Liste von teilweise mit Anmerkungen versehenen Titeln geboten wird, hat seinen Grund in erster Linie in der beschränkten Kompetenz derjenigen, die diese Liste zusammengestellt haben. Dazu kommt, daß gerade in den letzten Monaten aus Anlaß des Gedenkjahres eine große Anzahl von Arbeiten über Savigny publiziert worden ist, deren sorgfältige Analyse und vergleichende Auswertung das Erscheinen der vorliegenden Liste allzu lang verzögert hätte. So kann das nachstehende kommentierte Verzeichnis jüngerer Literatur kein einigermaßen zusammenhängendes Bild ergeben zur Feier des 200. Geburtstags des Heros Savigny, der in einem Atemzug genannt wird mit Kant und Goethe, aber auch mit Hitler; dessen Werk die Rechtskunde in Deutschland in den Rang einer Rechtswissenschaft erhoben hat, der aber auch verantwortlich ist für alle Mängel von Rechtswissenschaft und Rechtspflege auch noch im Nachkriegsdeutschland; der mit seiner historischen Methode « die Niederträchtigkeiten von heute mit den Niederträchtigkeiten von gestern » legitimiert hat, der jedoch auch mit scheinbarer Geschichtlichkeit illegale Rechtsschöpfung kaschiert hat; der Feudalideologe war, der Kapitalismus und Liberalismus gefördert hat und vielleicht sogar den Kompromiß zwischen Junkertum und Bürgertum zuwegegebracht hat; der Romantiker war oder Klassiker; der die Begriffsjurisprudenz ermöglicht und der Freirechtslehre die Stichworte geliefert hat usw.usw. Wie alle diese « Aber » und « Oder » zeigen, ist der sicher unvollständig gebliebene Versuch einer Bestandsaufnahme der Literatur erforderlich als Versuch einer Zwischenbilanz und mehr noch, um künftigen Autoren, die kommen werden, um über den unbewältigten Savigny zu schreiben, die Mißachtung früherer Diskussionsbeiträge mit Hilfe des allzu häufigen Hinweises auf die nicht mehr länger überschaubare Menge an Literatur etwas weniger billig zu machen. Dementsprechend bemüht sich die Liste um eine gewisse

Vollständigkeit, die zunehmen soll, je mehr sie sich dem heutigen Tage nähert. Diese Vollständigkeit ist sicher nicht erreicht worden. Aber es wird die Möglichkeit bestehen, im nächsten Heft dieser Zeitschrift eine Ergänzung abzdrukken. Für freundliche Hinweise auf Übersehenes sind die Autoren dankbar.

Die Liste beschränkt sich auf Savigny. Ihr Gegenstand ist nicht der Historismus, nicht das Systemdenken, nicht das Naturrecht, nicht der Vormärz, nicht die Romantik, nicht die Kodifikation - aber doch von allem etwas, soweit nämlich Savigny betroffen ist. Dabei war es allerdings nicht möglich, den Erwähnungen von Savigny vor allem in den größeren Monographien, die einen der vorgenannten Gegenstände behandeln, nachzugehen, so nötig das auch wäre, wenn man ein vollständiges Bild gewinnen will. In diesem Punkte haben sich die Autoren sicher die größten Versäumnisse vorzuwerfen. Denn gerade von solchen umfassenderen Monographien sind die größten Fortschritte für die Forschung zu erwarten, wenn man einmal entscheidend über die Exegese immer wieder der gleichen Stellen im Werk von Savigny hinauskommen will.

Ausgeklammert wurden weiterhin dogmengeschichtliche Untersuchungen privatrechtlicher Institutionen im 19. Jahrhundert, soweit sie nicht ausdrücklich und in besonderem Maße Savigny gewidmet sind. Selbstverständlich spielt Savigny in jeder dieser Arbeiten über die Geschichte der Übereignung, der Stellvertretung, der Unmöglichkeitstheorie usw. eine Rolle. Da man diese aber leicht von den eben genannten Materien her ausfindig machen kann und die Erwähnung von Savigny in allen ganz selbstverständlich ist, schien ihre Nennung hier schon der Fülle wegen nicht nur nicht möglich, sondern auch entbehrlich. Eine Ausnahme wurde für Arbeiten gemacht, die über die Erforschung eines bestimmten Dogmas hinaus bes. Bedeutung für die Arbeitsweise von Savigny haben (das gilt insbes. für die Arbeit von → SCHIKORSKI) oder die Savignys Lehre als von besonders großer Bedeutung für das geltende Recht zeigen (das gilt für die Monographie von → Jan WILHELM).

Zurückhaltung wurde weiter auch bei der Aufnahme von Arbeiten geübt, die Savignys Methodenlehre unter systematischen Gesichtspunkten behandeln. Nach Kiefner kann man dies wohl mit Recht nicht mehr als eine aktuelle Frage ansehen.

Die Ausführlichkeit der Noten zu den einzelnen Titeln bedeutet normalerweise keine Wertung. Hervorgehoben werden hier besonders wichtige Titel, deren Thesen noch nicht allgemein zur Kenntnis genommen worden sind, oder auch weniger bedeutende und weniger bekannte Arbeiten, die aber die Diskussion bereichern könnten. Demgegenüber sind gerade die Arbeiten, deren Kenntnis zum selbstverständlichen Rüstzeug jedes Savigny-Forschers gehört, oft nur kurz kommentiert worden.

Da die meisten Autoren in ihren Arbeiten Savigny unter vielen verschiedenen Gesichtspunkten behandeln, war es nicht möglich, die Titelliste systematisch nach Sachgebieten zu ordnen. Dieser Nachteil soll durch Querverweisungen ausgeglichen werden.

BENÖHR, Hans-Peter: *Politik und Rechtstheorie. Die Kontroverse Thibaut-Savigny vor 160 Jahren*, in *JuS* 1974, 681-684 (zugleich eine Besprechung von THIBAUT UND SAVIGNY. *Ihre programmatischen Schriften*, mit einer Einführung von Hans Hattenhauer, München 1973).

Nach einer kurzen Skizzierung der politischen und gesellschaftlichen Verhältnisse um 1814 stellt B. die rechtspolitischen Positionen Thibauts (Rechtssicherheit, nationale Rechtseinheit, Rechtsreform durch Verbesserung der Rechtspraxis) und S.'s (Rechtsentwicklung und -fortbildung durch die Rechtswissenschaft gemäß der Volksgeistlehre und nach der historischen Methode, Justizreform durch Durchdringung von Theorie und Praxis) einander gegenüber.

BERGFELD, Christoph: *Savigny und Donellus*, in: *Ius Commune* 8 (1980) 24-35.

B. untersucht ausgehend von der Frage nach den Vorbildern von S. die Rolle von Donellus für den «Besitz». Dabei erscheint insbes. Donellus als derjenige, der die Grundlagen für das Prinzip des Besitzwillens gelegt hat, das man somit nach der Ansicht von B. nicht ausschließlich der Lehre Kants von der «Gestaltung der Rechtsverhältnisse durch den autonomen Willen der Person» zuschreiben kann. Zum «Besitz» cf. → KIEFNER «Der junge Savigny».

BLÜHDORN, Jürgen: «*Kantianer*» und Kant. *Die Wende von der Rechtsmetaphysik zur «Wissenschaft» vom positiven Recht*, in: *Kant-Studien* 64 (1973) 363-394.

Nach Kant ist das Hauptproblem der Rechtstheorie die Verbindung des reinen, apriorischen Wissens vom Recht mit der empirischen Rechtslehre oder genauer mit der Vielfalt positiver Rechte, oder anders ausgedrückt das Verhältnis von Kritik zu Dogmatik, von Rationalem zu Positivem. An dieser Aufgabe scheitern, wie B. zeigt, sowohl — nach den von Feuerbach unterschiedenen Typen von Rechtsgelehrten — die «empirischen» als auch die «philosophischen» Rechtsgelehrten und schließlich auch Hugos «Philosophie des positiven Rechts».

Für den eher empirisch-historisch ausgerichteten Rechtsgelehrten steht der junge S. der Marburger Methodenlehre. Auch für S. beruht der vollständige Charakter der Jurisprudenz auf der Verbindung von historischer und philosophischer Erkenntnis, aber Philosophie ist für S. lediglich Methode, die systematische Bearbeitung der Jurisprudenz, und nicht (materiale) Prinzipienlehre. Das Ideal von S. ist danach die Bearbeitung des Rechts nach der kompositiv-resolutiven Methode mit der Aufeinanderfolge von analytischen (Exegese) und synthetischen (System) Schritten. Wie aber eine systematische Bearbeitung positiver Gesetze möglich sei, wird von S. nicht näher begründet. Damit leugnet sein Philosophiebegriff die Notwendigkeit eines Begründungszusammenhangs zwischen philosophischer und positiver Rechtslehre, wie ihn Kant gesucht hatte. S. geht es darum, den Rückgriff der Juristen auf das Naturrecht als Widerspruch zu einer recht verstandenen positiven Rechtswissenschaft darzutun.

Was das bedeutet, wird deutlich an dem Gegentyp des «philosophischen» Rechtsgelehrten, für den B. als Beispiel Feuerbach anführt. Allerdings, ebensowenig wie S. rein empirisch war, ist Feuerbach rein philosophisch. Die Zeit der rein deduktiven Systeme nach mathematischer Methode ist vorbei. Der philosophische Rechtsgelehrte weiß somit zwar, daß aus obersten naturrechtlichen Elementarbegriffen positive Regelungen nicht unmittelbar ableitbar sind, aber er hält daran fest, daß es ein allgemeingültiges Recht der Vernunft gibt (das mehr ist als die «philosophische» Methode von S.). So steht Feuerbach vor dem Problem, das S. nicht sehen sollte, «über dem Positiven nicht das Rechtliche» und «über dem Rechtlichen nicht das Positive» zu übersehen. Aber es blieb bei Feuerbach Programm, daß positive Gesetzgebung «ein Versuch und Fortschritt in der Darstellung und Realisierung des Vernunftgesetzes» sein soll. Der Übergang von der Rechtsmetaphysik zur positiven Rechtslehre gelang Feuerbach nicht. An die Stelle eines theoretischen und systematischen Übergangs konnte er nur die «Erfahrenheit» des gebildeten Rechtsgelehrten setzen.

Aber auch Hugo gelingt die Vermittlung zwischen der Rechtsmetaphysik und dem positiven Recht in seiner «Philosophie des positiven Rechts» nicht. Es bleibt bei dem, was Blühdorn als Kernsatz von Hugo zitiert: «Während alles Philosophieren auf Erforschen, auf Selbstdenken, auf Unabhängigkeit von fremden Vorschriften beruht, ist alles Juristische die Sache des Erlernens, des Sichfügens in das, was nun einmal ist» (HUGO, *Naturrecht*, 4. Ausg. § 1). Damit ist im Grunde Kritik nicht möglich. Hugo: «Das Resultat aller Metaphysik kann kein anderes sein, als daß alles das möglich ist, was die Erfahrung als wirklich lehrt, mithin muß alles dasjenige positives Recht sein können, was positives Recht ist» (HUGO, *Naturrecht*, 2. Versuch, § 50).

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang: *Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts*, in: *Collegium Philosophicum. Studien Joachim Ritter zum 60. Geburtstag*, Basel/Stuttgart 1965, 9-36; abgedruckt in: BÖCKENFÖRDE, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Frankfurt/M 1976, 9-47.

Stellt die Frage nach dem Kern der von S. entwickelten geschichtlichen Rechtsauffassung auf der Grundlage der Annahme, daß die Historische Rechtsschule die allgemeine Wendung zum geschichtlichen Denken, die in Deutschland als Reaktion auf den abstrakten Rationalismus des Aufklärungszeitalters einsetzte, für den Bereich des Rechts vollzogen hat.

B. deutet S.'s geschichtliche Rechtsauffassung als philosophische Aussagen über den Seinsgrund und den Entstehungsgrund des Rechts, d.h. der Volksgeist ist für S. der Seinsgrund und auch der Entstehungsgrund des Rechts. B. sucht nach dem Wahrheitsgehalt dieser Aussagen. Zwar ist er mit → WILHELM bereit, in diesen Aussagen unter zeitgeschichtlichem und ideologie-kritischem Aspekt die Gegenbewegung gegen den Individualismus der Aufklärung und den revolutionären Gestaltungswillen der französischen Revolution zu erblicken, aber er meint, die Beschränkung auf die ideologiekritische Fragestellung versperre den Weg zur Sacherklärung, zur Erkenntnis des Wahrheitsgehalts von S.'s Grundpositionen, zur Antwort auf die Frage, ob S. das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts wirklich erkannt habe.

Dazu sagt B. folgendes: Bei S. braucht die Frage nach dem Verhältnis von Recht und sozialer Wirklichkeit gar nicht gestellt zu werden, da die organische Entsprechung beider durch den Volksgeist vermittelt wird. Als Emanation des Volksgeistes hat das Recht seinen Sinn in sich selbst. Das geschichtliche Denken von S. ist somit ungeschichtlich. Es wächst nicht aus einem unbefangenen Stehen in der Geschichte, sondern aus einem bewußten Anknüpfen an die Geschichte, dem ein Bruch zur Geschichte vorausgeht. S. nimmt die materiellen Grundgehalte des Naturrechts, die rechtliche Gleichheit und Freiheit der Individuen, in die geschichtliche Rechtsentwicklung als deren immanentes Ziel auf. Es besteht eine organische Entsprechung des natürlichen Systems der rechtlich relevanten Lebensverhältnisse und des rechtlichen Systems der Rechtsverhältnisse, die im Ergebnis das Recht auf sich selbst stellt. B. hält das für eine Fiktion der «historischen» Schule, die damit zum Wegbereiter der abstrakt - formalen Begriffsjurisprudenz Puchtas, Gerbers, Iherings und Labands wird.

Sachlich beruht diese Jurisprudenz, wie B. insbesondere gegen Wilhelms Urteil («konservativ») hervorhebt, auf der Übernahme und Verabsolutierung des dem Vernunftrecht zugrundeliegenden Prinzips der allgemeinen rechtlichen Freiheit und Gleichheit des Individuums,

das durch die französische Revolution dem Grunde nach in die Wirklichkeit übergeführt wurde. Dadurch wurde die Begriffsjurisprudenz der Sache nach zum Schrittmacher der Emanzipation und stand in innerer Übereinstimmung mit den Tendenzen des liberalen Zeitalters.

Die Historische Schule führte auch zu einer auf das Vergangene als solches gerichteten Rechtsgeschichte. Diesen Gedanken verfolgt B. aber nicht. Vielmehr behandelt er des weiteren, wie man durch Reflexion auf die Funktion des Rechts die Rechtswissenschaft aus der Isolierung herausführen könne, in die sie durch S. gebracht worden sei.

BOHNERT, Joachim: *Über die Rechtslehre Georg Friedrich Puchtas*, Karlsruhe 1975.

P. war der Nachfolger von S. auf dessen Berliner Lehrstuhl. Auf ihn geht in erster Linie die Umformung der methodischen Prinzipien der Historischen Rechtsschule in eine formale Begriffsjurisprudenz zurück.

BOHNERT, Joachim: *Vierzehn Briefe Puchtas an Savigny*, in: *Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen*, I. Phil.-Hist. Klasse Jg. 1979, Nr. 2, Göttingen 1979.

Edition von bisher unveröffentlichten Briefen Puchtas, die vor allem die Zusammengehörigkeit der Vertreter der Historischen Schule betonen, fachlichromanistische Erörterungen, wie auch politische und literarische Ansichten Puchtas enthalten.

BRAUN, Johann: «*Schwan und Gans*». *Zur Geschichte des Zerwürfnisses zwischen Friedrich Carl von Savigny und Eduard Gans*, in: *Juristenzeitung* 1979, 769-775.

B. versucht durch Schilderung der wissenschaftlichen Kontroverse und des persönlichen Zerwürfnisses zwischen dem adligen, konservativen S. und dem jüdischen Hegel-Schüler Gans einiges Licht auf die Persönlichkeit von S. zu werfen. Dabei kommt der Mensch Savigny nicht sehr gut weg. Für die alte Grundfrage nach der Stellung von S. zwischen Revolution und Restauration wird dabei am Rande deutlich, daß bereits in der Sicht von Gans S. und die historische Schule auf der Seite der Reaktionäre standen, die mit den politischen Zuständen vor den Stein-Hardenbergischen Reformen «liebäugelten» (771).

BRETONE, Mario: *Tradizione e unificazione giuridica in Savigny*, in: *Dottrine storiche del diritto privato. Materiali per una storia della cultura giuridica*, rac. da Giovanni Tarello, 6 (1976) 187-213.

Diskutiert S.'s Äußerungen über das in der Zeit gewordene Recht im Verhältnis zum auf der Willkür des Gesetzgebers beruhenden Recht. Das System ist die organische Verknüpfung des geschichtlich gewordenen und somit jetzt geltenden Rechts. Das Recht so als historisch Gewachsenes zu verstehen, heißt, es legitimieren. Dagegen hatte schon E. Gans vom Standpunkt der Philosophie Hegels aus protestiert (cf. → BRAUN). B. erläutert weiter, daß gerade das römische Recht bei S. als das geschichtlich legitimierte Recht auftritt, genauer das römische Privatrecht, oder besser noch das römische private Vermögensrecht. Dies läßt sich zudem noch reinigen von abgestorbenen Institutionen und bereichern um neue Begriffe einer Konstruktionsjurisprudenz. Besonderes Augenmerk richtet B. auf S.'s Behauptung, das römische Recht erleichtere die Verbindung mit dem Recht anderer Völker. Die Verbindlichkeit des römischen Rechts besteht für S. auch darin, daß die römische Rechtswissenschaft den Idealfall der Verbindung von Theorie und Praxis darstellt. B. erwähnt, daß der konservative Grundzug der Entscheidung für die Wissenschaft und gegen die Kodifikationen schon den Zeitgenossen (insbes. also Thibaut) bewußt gewesen sei. Das Programm von S. schließlich gewinnt europäische Dimensionen dadurch, daß S. ein Recht postuliert, daß in seiner Abstraktheit und Rechenhaftigkeit genau den Bedürfnissen des modernen Kapitalismus entspricht (cf. → H. SCHRÖDER).

*Briefe der Brüder Grimm an Savigny*, hrsg. W. SCHOOF und I. SCHNACK, Berlin-Bielefeld 1953.

*Briefe Friedrich Creuzers an Savigny (1799-1850)*, unter Mitarbeit von Ingeborg SCHNACK herausgegeben von Hellfried DAHLMANN, Berlin 1972.

BRIMO, A.: *Les grands courants de la philosophie du Droit et de l'Etat*, Paris 1968 3. ed. 1978.

« Avec l'École historique du Droit, c'est le romantisme allemand qui fait son apparition dans le droit avec la notion de Volksgeist, d'esprit populaire, enfoui dans l'histoire et révélé peu à peu à travers les institutions juridiques par le génie national ... L'universalisme des écoles naturalistes et rationalistes est rejeté au profit du nationalisme juridique et du relativisme historique. Dans l'histoire de la philosophie



du Droit et de l'Etat, la doctrine de Savigny, en plaçant à la base des institutions un élément mystique et romantique, a, hélas, préparé l'avènement des théories totalitaires du nationalsocialisme » (p. 160-161; zit. bei → DUFOR, *Droit et Langage*, p. 154).

BROGGINI, Gerardo: *Intertemporales Privatrecht*, in: *Schweizerisches Privatrecht*, Band I, Basel und Stuttgart 1969.

B. behandelt den Einfluß von S. auf die schweizerische Kodifikation. Cf. → CARONI.

BRUTTI, Massimo: *L'intuizione della proprietà nel sistema di Savigny*, in: *Quaderni Fiorentini* 5-6 (1976-77) 41-103.

B. zeigt, daß S. sich bemüht hat, den Dualismus von römisch-rechtlicher Eigentumstheorie und deutschrechtlicher Eigentumspraxis zu vereinigen durch Herausarbeitung einer einzigen Erwerbsform und Herrschaftsform des Eigentums. Dabei hat S. ein feudalstaatliches Eigentum vor Augen und nicht ein liberales Eigentumskonzept. Anders → BRETONE.

BUCHHOLZ, Stephan: *Savignys Stellungnahme zum Ehe- und Familienrecht. Eine Skizze seiner rechtssystematischen und rechtspolitischen Überlegungen*, in: *Ius commune* 8 (1980) 148-191.

Die Behandlung der Ehe im « System » benutzt S. nicht zur Propagierung eines konkreten Ehebildes. In seinem Anteil an den preußischen Bemühungen zur Reform des Eherechts verfißt er eine christlich-konservative Rechtspolitik, mit edukativen und repressiven, die Scheidung zurückdrängenden Tendenzen entgegen einer « rein privatrechtlichen » Vorstellung der Ehe, wie sie Puchta vorträgt. Zu den christlichen Anschauungen von S. cf. auch → SCHIKORSKI, zur Ehe → MIKAT, → DÖRNER.

BUß, Bernd: *Die historische Schule und die Beseitigung des geteilten Eigentums in Deutschland. Ein Beitrag zum Verhältnis von Rechtswissenschaft und Rechtswirklichkeit im 19. Jahrhundert*, Diss. iur. München 1966.

B. will nachweisen, daß S. alle konkreten Aspekte des Eigentums und damit eben auch das Problem des geteilten Eigentums ignorierte. Somit hat nach dem Urteil von B. S. seine individualistischen Grundsätze einer Untersuchung der sozialen Funktion des Rechts vorgezogen.

CALASSO, Francesco: *Savigny e l'Italia*, in: *Annali di storia del diritto* 8 (1964) 1-8.

CARONI, Pio: *Savigny und die Kodifikation. Versuch einer Neudeutung des «Berufes»*, in: *Savigny-Zeitschrift, Germanist. Abtlg.* 86 (1969) 97-176.

Von der herrschenden Ansicht wird nach C.'s Feststellungen die Auseinandersetzung zwischen Thibaut und S. in der Kodifikationsfrage auf die politische Formel Frühliberalismus contra Restauration reduziert. Danach sprach sich S. gegen Kodifikationen als technisches Instrument der Gesetzgebung aus, weil er gegen die sozial-revolutionären Inhalte der Kodifikationen war, die damals überhaupt zur Debatte standen. Diese Sicht ist jedoch nach C. nicht zutreffend. Auf die «Inhalte» der Kodifikationen ging S. gar nicht ein. Davon griff er nur einzelne Punkte an. Vielmehr ging es S. im Grunde um die formelle Unzulänglichkeit der bereits geschaffenen Kodifikationen als neue Rechtsquellensysteme. Aber auch damit wollte er Kodifikation als solche nicht schlechthin ausschließen. Vielmehr entwickelte er «gleichsam kontrapunktisch zu den besprochenen Gesetzbüchern, ein eigenes Idealbild der Kodifikation», bei dem «das Gesetzbuch als wissenschaftliche Arbeit» im Vordergrund steht ... «als dogmatische Stellungnahme zum neuen Rechtsquellensystem» (149). Man darf also, wie C. darlegt, nicht den Schluß ziehen, S. sei die Wissenschaft vom römischen Recht wichtiger gewesen als die durch Kodifikation zu befördernde «Landeswohlfahrt». Im Gegenteil: Die Erneuerung der Rechtswissenschaft stand für S. im Dienste der Landeswohlfahrt (167).

C.'s Deutung von S. ermöglicht ihm auch die Klarstellung der Positionen von Wächter, Bruns, Arndts und bes. Bluntschlis, die, obwohl Anhänger der historischen Rechtsschule, doch die Kodifikation befürwortet haben, aber eben eine Kodifikation im Sinne des «Meisters». Demgemäß erscheint schließlich das ZGB als die reife Frucht der Bemühungen, die S. mit seinem «Berufe» begonnen hatte.

CARONI, Pio: *Savignys «Beruf» und die heutige Krise der Kodifikation*, in: *TRG* 39 (1971) 451-476.

Wendet sich gegen die allgemeine Auffassung, daß S. die Kodifikation allein aufgrund der Volksgeistlehre abgelehnt habe. Der «Beruf» muß seiner Meinung nach unterteilt werden in: 1) Rechtsentstehungslehre und 2) Lehre vom Rechtsquellensystem, die S.'s Kodifikationsbegriff enthält. Caroni mißt dann das ZGB und die heutige Kodifikationsidee an diesem Begriff von der Kodifikation als dem System einer Rechtsquellenmehrheit, innerhalb derer das kodifizierte Recht

die « wahre regierende Quelle » bildet. Das ZGB ist dann die Verwirklichung der Grundideen S.'s von der Kodifikation.

CARONI, Pio: *Der unverstandene Meister? Savignys Bemerkungen zum österreichischen ABGB*, in: *Festschrift Hermann Baltl*, Innsbruck 1978, 107-122.

Hält den meist negativen Stellungnahmen der österreichischen Rechtshistoriker zur Kritik S.'s am ABGB entgegen, daß diese keine unvoreingenommene Prüfung dargestellt habe, sondern im Zusammenhang mit dem im « Beruf » entwickelten Programm zu sehen sei. S., dem ja die Materialien zum ABGB nicht zugänglich waren, habe überall dort « Mißverständnisse » römisch-rechtlicher Begriffe gesehen, wo die Redaktoren des Gesetzbuches aus rechtspolitischen Gründen vom römischen Vorbild abgewichen seien. Zu S.'s Kritik an der mangelnden Vollständigkeit des ABGB und an der Konstruktion des § 7 bemerkt Caroni, daß S. 1814 so kurz nach Inkrafttreten des Gesetzbuchs voreilig geurteilt habe und daß sich sein Vorwurf, durch die subsidiäre Anwendung der natürlichen Rechtsgrundsätze werde richterliche Willkür ermöglicht, hauptsächlich auf ein aus dem Zusammenhang gerissenes Zitat Zeillers stütze. S.'s Kritik der drei Gesetzbücher sei von vornherein als ablehnend angelegt worden, um die theoretische Überlegenheit seines antikodifikatorischen Programms zu beweisen (« rechtspolitische Verkennung des ABGB », p. 115). Caroni untersucht dann die wissenschaftsgeschichtlichen und vor allem die rechtspolitischen Aspekte des Anschlusses der österreichischen Zivilistik an die deutsche gemeinrechtliche Lehre in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts. Zu S.'s Urteil über das ABGB cf. auch → EBERT und → DEMELIUS.

COING, Helmut: *Savignys rechtspolitische und methodische Anschauungen in ihrer Bedeutung für die gegenwärtige deutsche Rechtswissenschaft*, in: *Zs. bern. Jur. V.* 91 (1955) 329-343.

S.'s Rechtsauffassung hat einen politischen Sinn. Sie ist die Antwort auf die Rechtsauffassung der französischen Revolution, die die Rechtsanschauungen der Aufklärung zur Wirksamkeit brachte: den vernünftigen Neubau der menschlichen Gesellschaft durch den Gesetzgeber mit Hilfe von Kodifikationen, die auf den Prinzipien von Freiheit und Gleichheit beruhen. Hauptgegner dieser Auffassung war der Richterstand als Vertreter des überkommenen Rechts und als Hüter der alten vernunftwidrigen Privilegien. Gegen den Richterstand, insbes. die frz. Parlements, hatten übrigens Aufklärung (die zur Revol. führte) und aufgeklärter Absolutismus gemeinsam gekämpft.

S. wehrt sich gegen die Gleichmacherei durch eine Legislative, die alles « durch einen großen Schlag von oben herab (zu) verbessern »

will, die alles « regieren und immer mehr regieren » will (333). Dagegen setzt S. wieder das Juristenrecht, das sich in Wissenschaft und Rechtsprechung bildet. Das ist seine konservativ-ständische Antwort auf die frz. Revolution. Wissenschaftliche Bildung sollte dabei im Sinne Humboldts ersetzen, was dem Juristenstand an politischer Macht und Freiheit im Staate fehlte. Coing hält es für eine Täuschung von S., zu glauben, daß die Aufgabe, die vor dem deutschen Bürgertum lag, ein freies Staatswesen zu schaffen, ohne Kampf allein als Bildungsaufgabe lösbar gewesen sei, billigt aber S.'s Grundhaltung. C. ist davon überzeugt, daß S. diese Aufgabe ohne feudalistische Reserven lösen wollte. Ob das Privatrecht dieses freien Staatswesens des deutschen Bürgertums auf den Prinzipien von Freiheit und Gleichheit beruhen sollte, sagt C. nicht ausdrücklich, geht aber dem Zusammenhang nach davon aus.

An der Methode von S. hebt C. das Zusammenspiel von Institut (dem organischen Zusammenhang) und Rechtssatz (der daraus gewonnenen Einzelvorschrift) positiv hervor. Allerdings sind in der Begriffsjurisprudenz aus den Wesensbegriffen der Rechtsinstitute abstrakte Begriffe geworden. Demgegenüber empfiehlt C., die Ganzheit der Institute zu verstehen als die « Einheit der Wertgesichtspunkte, der Gerechtigkeitsgedanken », auf denen die Rechtsordnung beruht.

COING, Helmut: *Savigny et Collingwood*, in: *Archives de Philosophie du Droit* 4 (1959) 1-9.

COING, Helmut: *Rechtsverhältnis und Rechtsinstitution im allgemeinen und internationalen Privatrecht bei Savigny*, in: *Eranion in honorem Georgii S. Maridakis III*, Athen 1964, 19-28.

Coing richtet in seiner Abhandlung das Interesse insbesondere auf den Zusammenhang der international-privatrechtlichen Lehren von S. mit den Lehren seines allgemeinen Teils, wie sie in den ersten beiden Bänden des Systems dargestellt worden sind. Die Parallelität zwischen dem internationalen Privatrecht und dem allgemeinen Teil besteht zunächst darin, daß in beiden das Rechtsverhältnis zum Ausgangspunkt der Darstellung gemacht wird. Für das materielle Recht gilt, daß erst der Rückgriff auf die Rechtsinstitute die « Konstruktion » des Rechtsverhältnisses ermöglicht. S.'s System ist dann die Ordnung der Klassen von Rechtsverhältnissen. Auch im internationalen Privatrecht liegt der Schwerpunkt der Gedankengänge S.'s auf der Konstruktion des Rechtsverhältnisses. Aufgabe des internationalen Privatrechts ist es, bei jedem Rechtsverhältnis das Rechtsgebiet aufzusuchen, welchem das Rechtsverhältnis seiner eigentümlichen Natur nach angehört. Die « Klasse der Rechtsverhältnisse » spielt hier insofern eine

Rolle, als dabei für jedes Rechtsverhältnis verschiedene Gesichtspunkte heranzuziehen sind. Deswegen entwickelt S. auch hier ein System von Klassen von Rechtsverhältnissen. Für jede dieser Klassen wird dann die Regel festgestellt, nach der die Kollision verschiedener örtlicher Rechte zu entscheiden ist. In der Sicht von Coing ist für diese Arbeitsweise von S. folgendes entscheidend: Ausgangspunkt ist in beiden Fällen nicht die abstrakte Rechtsregel, sondern das konkrete Lebensverhältnis. Bei der Betrachtung der Lebensverhältnisse wird von dem bereits über dem positiven Recht stehenden Rechtsinstitut ausgegangen. Damit erhebt sich der Begriff über die Sphäre des positiven Rechts, er ist zeitlos und übernational. Die Begriffe der Rechtsinstitute ermöglichen die juristische Analyse der in sich komplexen («organischen») Rechtsverhältnisse. Im Ergebnis ist diese Methode vom positiven Recht gelöst. Das konkrete Rechtsverhältnis wird aufbereitet mit Hilfe von Begriffen der allgemeinen Rechtslehre oder der Rechtsphilosophie. Somit wird der Gedanke des allgemeinen Privatrechtssystems zur Grundlage eines zugleich am Fall, am konkreten Lebensverhältnis orientierten Rechtsdenkens.

COING, Helmut: *Friedrich Karl von Savigny*, in: *Juristische Schulung* 1979, 86.

COING, Helmut: *Savigny und die deutsche Privatrechtswissenschaft*, in: *Savigny y la ciencia jurídica del siglo XIX, Anales de la cátedra Francisco Suarez* 18-19 (1978-1979) 83-100.

Im Hauptteil weitgehend identisch mit dem in NJW 1979, 2018-2021, veröffentlichten Aufsatz. Im gleichen Sinne auch der Einleitungsaufsatz zu *Ius commune* 8 (1980) 9-23.

COING, Helmut: *Savigny und die deutsche Privatrechtswissenschaft*, in: *NJW* 1979, 2018-2021.

Nach einer Einleitung zur Lage der Privatrechtswissenschaft vor S. (wofür die Stichworte sind: Naturrecht, Übernahme von Grundbegriffen des Naturrechts, insbes. des Naturrechtssystems in die Privatrechtswissenschaft, Aufnahme des Naturrechts in die Kodifikationen, Konsolidierung der Diskussion über die materiellen Ergebnisse der Rezeption trotz Mangels einer festen Methode in der Rechtswissenschaft des *Usus modernus*) behandelt C. das Verhältnis S.'s zum positiven Recht, also dem römischen Recht, sein System und die Forderung nach Verknüpfung des Systems mit den Ergebnissen der Rechtsgeschichte. Die Betrachtung der Quellenbenutzung durch S. ergibt, daß S. die «römischen Texte und ihre Kasuistik wieder ernst

nimmt » (dadurch sinkt die gesamte ältere Literatur ab zum Hilfsmittel der Interpretation der verbindlichen Texte), aber versucht, durch Regelbildung über die Kasuistik hinauszukommen. Damit knüpft S. an bei Leibniz und Domat und schafft die später für die Pandektistik maßgebende Methode.

Das System ist kein formales Ordnungsschema, sondern ein « inneres System ». Es beruht allerdings nicht auf materialen Grundbegriffen, sondern auf dem formalen Begriff der Autonomie des Einzelnen. Nur als Schema hat das System Vorläufer in Domat, Leibniz und Wolff. Es wird grundlegend für die systematische Betrachtungsweise der Pandektistik.

S. fordert eine geschichtliche Betrachtungsweise als Grundlage für das Verstehen der Institute und damit der systematisch-dogmatischen Betrachtung. Das führt nicht zur Verbindung von Rechtsgeschichte und Dogmatik.

COING, Helmut: *Savigny und die deutsche Privatrechtswissenschaft*, in: *Ius commune* 8 (1980) 9-23.

Im wesentlichen identisch mit *NJW* 1979, 2018-2021.

COING, Helmut: *Savignys Lehre vom intertemporalen Privatrecht und die Theorien seiner Zeit*, in: *Ius commune* 8 (1980) 78-91.

Gilt der Schilderung von S.'s Arbeitsweise an einem konkreten Problem. S. entwickelt danach aus einer Sacherörterung, aus der Natur der Sache, allgemeine Prinzipien und schreitet von da aus zu einer Erörterung der Einzelprobleme. Hervorgehoben wird, daß S. sich den Weg zu diesem Verfahren freiräumt durch die Behauptung, das römische Recht biete keinerlei positive Regeln für diese Materie. Sachlich wird hervorgehoben, daß S. für Reformgesetze, die das « Dasein » von Rechtsinstituten betreffen, Rückwirkung annimmt.

CONRAD, Hermann: *Friedrich Carl von Savigny und die Rechtsentwicklung in Deutschland im 19. Jahrhundert*, in: *Juristenjahrbuch* 2 (1961/62) Köln 1961, 1-13.

Sieht S. insbes. unter dem Blickwinkel des Problems der Herstellung der deutschen Rechtseinheit im 19. Jahrhundert, die S. 1814 mit den restaurativen Kräften verhindert, im Ergebnis aber doch wissenschaftlich durch seine Methode von Begriffsbildung und System mit vorbereitet hat.

33. *Quaderni Fiorentini* - VIII/1979.

DEELEN, J. E. J. Th.: *De blinddoek van von Savigny*, Amsterdam 1968.

Zum IPR bei S. Dazu jetzt → STURM. Vgl. auch die Besprechung von J. KROPHOLLER in *RabelsZ* 35 (1971) 337. In dieser Arbeit geht es aber um die systematische Bedeutung von S. für das IPR. Eine historische Interpretation ist nicht beabsichtigt.

DE LOS MOZOS, José Luis: *La doctrina de F. C. von Savigny en torno a la transmisión del dominio*, in: *Revista general de legislación y jurisprudencia* 1967, p. 72-141.

Dazu jetzt → RANIERI.

DEMELIUS, Heinrich: *Drei Pandektisten über das österreichische ABGB*, in: *Festheft Schönbauer*, Estratto del terzo fascicolo di *Labeo* 11 (1965) Neapel 1965, 8-22.

Stellt die Kritik S.'s am ABGB den Stellungnahmen von Arndts und Wächter gegenüber. S., der vor allem die mangelhafte Begriffsbildung des ABGB gerügt habe, sei von einem falschen Ansatz ausgegangen und habe « das ABGB beurteilt als ob er ein wissenschaftliches System vor sich hätte »; so habe er die rechtsgestaltende Kraft dieses Gesetzbuchs und dessen Wert für die Praxis verkannt. → CARONI.

DICKEL, Günther: *Friedrich Carl von Savigny zum Gedächtnis (21.2.1779 - 25.10.1861)*, in: *Juristische Rundschau* 1961, 481-482.

Will an S.'s wissenschaftlicher Arbeitsweise das dem Leser ins Gedächtnis rufen, was « bleibender Erinnerung wert zu sein scheint ». D. betont die Verknüpfung von Dogmatik und Historie bei S., sowie dessen Lehre, daß das Recht durch « innere, stillwirkende Kräfte, nicht durch die Willkür eines Gesetzgebers » erzeugt werde. D. kritisiert die Ablehnung der Gesetzgebung und den unklaren Volksbegriff verbunden mit der Entscheidung für das römische Recht. Positiv unterstreicht er den von S. erkannten « Lebenswert der Rechtsgeschichte ». Die Würdigung Dickels ist nach der Ansicht von → WROBEL die beste Kompilation der in der « überkommenen Rechtsgeschichte » vertretenen « Standardmeinungen » über S.

DILCHER, Gerhard: *Der rechtswissenschaftliche Positivismus. Wissenschaftliche Methode, Sozialphilosophie, Gesellschaftspolitik*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 61 (1975) 497-528.

Zusammenfassung, S. 527:

Ziel der Abhandlung ist es, den rechtswissenschaftlichen Positivismus des 19. Jahrhunderts auf seine Bedeutung für die fundamen-

talen gesellschaftlichen Veränderungen dieser Epoche zu untersuchen. In der Veränderung rechtswissenschaftlicher Methodik vom aristotelischen Wissenschaftsverständnis und topischer Methode der altständischen Gesellschaft über die umfassende « Gesetzgebungswissenschaft » der Aufklärung zur verengten Begriffs- und Normwissenschaft des Positivismus kommt dem Werk S.'s eine Schlüsselstellung zu. Die bei ihm noch latent vorhandene Offenheit der Rechtswissenschaft zu den Sozialwissenschaften wird von der folgenden positivistischen Pandektenwissenschaft aufgegeben zugunsten eines formalistischen, die Privatautonomie konsequent durchsetzenden Privatrechts, das die Denkgfiguren des philosophischsozialwissenschaftlichen Positivismus (Comte) nur als « methodisches Spiel » übernimmt, nicht aber in seiner soziologischen Zielsetzung. Die Denkalternativen der Zeit (die Germanisten mit Gierke, Jhering, Marx) machen diesen Weg als eine als Methode ausgegebene Wertentscheidung deutlich. Am Schluß steht ein kurzer Blick auf die Prägung des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches durch den Positivismus und die hierdurch bedingte Problematik der Methode der Rechtsanwendung und der Juristenausbildung im 20. Jahrhundert.

Diese Arbeit ist auch abgedruckt in: *La formazione storica del diritto moderno in Europa, Atti del terzo congresso internazionale della Società Italiana di storia del diritto*, Firenze 1977, I, p. 123.

DÖRNER, Heinrich: *Industrialisierung und Familienrecht. Die Auswirkungen des sozialen Wandels dargestellt an den Familienmodellen des ALR, BGB und des französischen Code civil*, Berlin 1974.

Im Rahmen seiner Untersuchung des evolutionären Zusammenhangs von Rechts- und Sozialentwicklung schildert D. auch die Familienauffassung S.'s.

Nach D. hat die Industrialisierung zur Ausgliederung des Arbeitsplatzes aus dem 'Haus' geführt. Durch diese Trennung von Familie und Beruf ist auch die « ökonomische Legitimation männlicher Autorität » zerstört. Und weiter wird dadurch auch die Familie in eine Gruppe ausschließlich privaten Charakters verwandelt, sie wird eine « Institution zur Erfüllung persönlich-individueller Glücksbedürfnisse » (Schelsky). In S.'s konservativen Vorstellungen bleibt aber zunächst die Familie die Keimzelle des Staates. S. kann sich aber dann dem neuen, verinnerlichten Familienverständnis doch nicht ganz entziehen. In seiner Schrift über die Reform der Ehescheidung in Preußen wird aber von S. « trotz prinzipieller Übereinkunft im Ansatz in der Frage der Ehescheidung eine zu den auf Fichte beruhenden Vorschlägen der Revision völlig im Widerspruch stehende, den politischen Wünschen restaurativer Kreise aber entsprechendere Lösung angesteuert » (85). Vgl. dazu auch → BUCHHOLZ.



D'OLIVEIRE, Jessurun: *De ruine van een paradigma: de konfliktregel*, Dewenter 1976.

Zum IPR bei S. Dazu jetzt → STURM. Vgl. auch die Rez. von SCHULTE/TRENK-HINTERBERGER in *FamRZ* 1977, 759. Nur wichtig für die «systematische» Bedeutung von S.'s IPR.

DUBISCHAR, Roland: *Theorie und Praxis in der Rechtswissenschaft*, Freiburg/München 1978.

D. behandelt das Verhältnis von Theorie und Praxis in einer historischen Perspektive, die bei S. ihren Ausgangspunkt nimmt. S. steht dabei für die geisteswissenschaftliche Zielsetzung. Sein Gegenpol ist Lorenz vom Stein mit seinem wirklichkeitswissenschaftlichen Konzept «praxisgerechter Rechtswissenschaft». Demgegenüber bezeichnet D. das Modell der Theorie/Praxis-Integration von S. als «in seinem römischen Klassizismus museal und angesichts der zeitgenössischen Rahmenbedingungen schlechter Praxis anachronistisch». Cf. auch → MOHNHAUPT.

DUFOUR, Alfred: *Droit et Langage dans l'Ecole historique du Droit*, in: *Archives de Philosophie du Droit* 19 (1974) 151-180.

D. behandelt das Thema Recht und Sprache in der historischen Rechtsschule, weil dieses immer wiederkehrende Thema nie so gründlich behandelt worden sei wie in der historischen Schule und weil es zugleich das zentrale Anliegen dieser Schule gewesen sei.

D. führt die historische Rechtsschule zurück auf die Göttinger Schule, die elegante Jurisprudenz der Linie von Heineccius bis Weiss und schließlich auf romantische Strömungen in Deutschland. So erscheint sie ihm als «néo-humanisme juridique romaniste et européen» und als Ausdruck eines «romantisme juridique germaniste et national-démocratique» beruhend auf der nationalen und kulturellen Selbsterbewertung Deutschlands angesichts der napoleonischen Hegemonie.

D. konzentriert seine Darstellung im wesentlichen auf S. und Jakob Grimm. Er schildert ihre Vorstellung von der Parallelentwicklung von Sprache und Recht und somit von der paradigmatischen Bedeutung der Erkenntnisse über die Entwicklung der Sprache für eine Theorie der Entwicklung des Rechts im «Volksgeist» (die D. im Gegensatz zu den meisten modernen Forschern für wohlbegründet hält) sowie schließlich ihre Ansichten über die Besonderheiten einer juristischen Fachsprache. Weiter analysiert D. die wissenschaftlichen und politischen Implikationen der Lehren von S. und Grimm und untersucht

ihre Funktion und ihre Tragweite für die Geschichte des modernen Rechtsdenkens.

D. betont insbesondere die von S. und J. Grimm beobachtete Parallelität zwischen Sprache und Recht nicht nur in deren Ursprung, sondern auch in deren weiterer Entwicklung und in deren Struktur.

Den rechtspolitischen Sinn dieser Parallelisierungen sieht D. darin, daß S. und Grimm gegen die «französische» Kodifikation, deren Geltungsanspruch verbunden war mit dem Gedanken eines natürlichen Rechts für alle Völker, den Gedanken eines volksgebundenen deutschen Rechts hätten hervorkehren wollen. (Die Stelle *System VIII*, p. 38 bezieht D. nicht mit ein in seine Diskussion).

Zur Trennung der beiden Zweige der historischen Schule führt schließlich die Divergenz in den Anschauungen von S. und Grimm über die besonderen Gegebenheiten einer juristischen Fachsprache: Grimm führt die Parallelität bis zum Ende; S. erlaubt sein «Spezialistendogma» (dazu → J. SCHRÖDER) das Umschwenken auf das römische Recht.

In der Rechtstheorie der beiden tritt als Konsequenz des Parallelismus von Sprache und Recht die Rolle des Gesetzgebers zurück. Der Gesetzgeber ist «der wahre Vertreter des Volksgeistes» (*SAVIGNY, System I*, p. 39).

Die politische Funktion schließlich der Theorien von S. und Grimm ist eine Abwehr aller liberalen Tendenzen des 19. Jahrhunderts und ein Eintreten für die konservativen Prinzipien des Ancien Régime.

DUFOUR, Alfred: *Rationnel et irrationnel dans l'Ecole du droit historique*, in: *Archives de Philosophie du Droit* 23 (1978) 148-159.

ENGEL-JANOSI, Friedrich: *The intellectual background of Savigny*, in: *Seminar* 5 (1947) 39-61.

FIGUERAS, Montserrat: *Notas sobre la introducción de la Escuela Histórica de Savigny en España*, in: *Savigny y la ciencia jurídica del siglo XIX, Anales de la cátedra Francisco Suarez* 18-19 (1978-1979) 371-393.

Im zweiten Drittel des 19. Jahrhunderts werden die Vorstellungen der historischen Rechtsschule auch von spanischen Juristen übernommen. Der Aufsatz will einiges Licht bringen in diesen bisher weitgehend noch nicht aufgeklärten Vorgang.

Die Anschauungen der historischen Rechtsschule treffen in Spanien auf eine Kodifikationsbewegung, die sich zuerst an Bentham's Lehren und seit 1851 an dem französischen Vorbild orientiert hat. Die Gegner

der Kodifikation berufen sich auf S. Im einzelnen untersucht F. die Bedeutung der Lehren von S. an den Universitäten Madrid und Sevilla, sowie besonders ausführlich die einflußreiche Savigny-Rezeption in Katalonien (Cervera). Bes. hervorzuheben ist, daß die Übernahme der Lehren von S. überall an ältere historische Strömungen in der Art des Historismus des 18. Jahrhunderts anknüpfen kann.

FIKENTSCHER, Wolfgang: *La concepción de la historia y del sistema en Savigny*, in: *Savigny y la ciencia jurídica ...*, 49-82.

Eine überarbeitete und durch neuere Literatur (u.a. Flume, Stühler, Schmidlin) ergänzte Version des S. gewidmeten Kapitels in: FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts*, III, Tübingen 1976, 46 ss.

FIKENTSCHER, Wolfgang: *Methoden des Rechts*, Band III, Tübingen 1976, p. 46 ss.

Fikentscher sucht in seiner Darstellung aus der modernen Diskussion, die insbesondere von Wieacker, Larenz, Wilhelm und Kiefner geführt wird, das heraus, was sich am Besten in seine große Geschichte der «Methoden des Rechts» einordnen läßt. Das führt ihn zu folgendem Gesamtergebnis: «Savigny, um abzuschließen, ist das, was übrig bleibt, wenn man aus dem platonisch-polishaften humanistisch-ramistisch-geschichtlichen Übersummenprinzip die (dem wesensgemäße!) Demokratie herausstreicht; was etwa übrig bliebe, wenn man die Niederlande vor 1785 um die Republik oder das England von heute um den Parlamentarismus kürzte». Im einzelnen konzentriert Fikentscher seine Darstellung um die drei Kernbegriffe Geschichte, System und Anschauung. Dazu meint er im Ergebnis: «Savigny's Historismus ohne die distanzierende Frage nach Wahrheit, seine 'angeschaute' Geschichte, mußte sein wissenschaftliches System in die Irre leiten». Dieses generelle Urteil läßt sich in folgende einzelne Bewertungen auflösen:

1. Der Begriff der Anschauung wie ihn S. verwendete, war eine Reaktion auf die Kritiken an Kant, war allgemeiner Zeitgeist, dem sich S. nicht verschließen konnte. Diese Anschauung war es im Grunde wohl, die S. einen soliden Zukunftsbezug seiner Rechtswissenschaft verbaute (52, 57). Denn die Anschauung, nach Fikentschers Urteil letztlich wohl aus der jüdischen Kabbala stammend und auch dort sich in der Nähe der Gnostik befindend, läßt sich eben nicht auf die Zukunft anwenden. Durch diese Anschauung ist weiter für S. das Wesen der systematischen Methode die Erkenntnis und die Darstellung des inneren Zusammenhangs und der Verwandtschaft, wodurch die einzelnen Rechtsbegriffe und Rechtsregeln zu einer großen Einheit

verbunden werden (64). Wenn also S. sagt, das System sei das Resultat des Quellenstudiums, so heißt das eigentlich, das System ist das Resultat der Anschauung der Quellen. S. führt die Anschauung als erkenntnistheoretisches Mittel und System axiomatisch ein, weil er diesen direkten Zugriff nicht-begrifflichen Denkens auf Rechtsverhältnis und Rechtsinstitut benötigt, weil beides für ihn materialwertbezogene Größen sind, die er zur Gewinnung begründeter Aussagen zu Rechtsproblemen benötigt, nachdem die Zwecke im Recht seinem Kantianismus zum Opfer gefallen waren. Im Grunde ist es also die Anschauung, die das an Werten liefert, was im kantischen Ansatzpunkt von S. an eben diesen Werten aus der Rechtsmethodik hinausgeworfen worden war. Somit überdeckt das Verfahren der Anschauung nur die systematische und die historische Verkürzung in dem methodischen Verfahren von S. (70). Und schließlich liegt auch der tiefere Grund für das eigentliche Unpolitische in S.'s Haltung in diesem Begriff der Anschauung (75).

2. Was den Begriff des Geschichtlichen in S.'s Werk anbelangt, so waren nach Fikentscher Gegenstand des historischen Interesses beim jungen S. das positive Recht (und nicht etwa dahinterstehende Gebilde) und beim älteren S. die Rechtsinstitute und andere Systemelemente (55). Insbesondere für den älteren S. konkretisiert Fikentscher: « Also nicht das positiv gegebene Recht, das vordergründig vorgezeigt werden konnte, sondern die hinter dem Recht stehenden allgemeinen Kriterien sind es, die sich nach Auffassung des reifen Savigny historisch entwickeln » (56). Mit dieser Auffassung des Historischen stand S. « mit dem Rücken zur Zukunft » (56). Sinn der Rechtswissenschaft war für ihn, die Zusammenhänge des geltenden Rechts historisch zu deuten und zu erklären, um das Recht im Sinne des Allgemeinoptimismus seiner Zeit zu vervollkommen. Demnach war S. kein Theoretiker der Rechtsfortbildung. Gegen rechtsschöpferisch-praktische Tätigkeit hat er eine Abneigung. Trotzdem geht der moderne Viererkanon der grammatischen, logischen, historischen und systematischen Auslegung auf S. zurück (67).

3. Systematische Methode endlich ist die Erkenntnis und Darstellung des inneren Zusammenhangs der einzelnen Rechtsbegriffe und Rechtsregeln, wodurch diese zu einer großen Einheit verbunden werden (64). Dabei hebt Fikentscher jedoch hervor, daß eine gewisse Wiedereinführung des naturrechtlichen Elementes auf dem Umweg über das Rechtsinstitut stattfindet. Allerdings deckt S. das nicht ausdrücklich auf (66).

4. So kann also das in der Tradition von Kant stehende Heraushalten der empirischen Zwecke, der Wertungen aus dem Recht, nicht ganz durchgehalten werden. Über den Volksgeist, über die Rechts-

institute und über die Rechtsverhältnisse werden naturrechtliche Wertungen wieder eingeführt. Damit aber mußte, so Fikentscher, die sittliche Persönlichkeit gegenüber dem objektiven Recht ins Hintertreffen geraten (70). Trotzdem resümiert Fikentscher an anderer Stelle: « Im Historischen fehlt Savigny der Zugang zur Zukunft, im Systematischen der Zugang zu einem begrifflich abgesicherten (wenn schon nicht begründeten) Werturteil. Das Eine bedingt das Andere. Beides hat seinen Grund, ... in der gnostischen Grundhaltung Savigny's » (71). Zur Anschauung → D. NÖRR.

FIORAVANTI, Maurizio: *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*, Milano 1979.

Soweit S. von diesem Buch betroffen ist, geht F. aus von der Rolle die die Juristen und die Rechtswissenschaft nach seiner Lehre bei Rechtsbildung und Rechtsfortbildung spielen sollten. F. beschäftigt sich hier insbesondere mit dem bisher von der Forschung vernachlässigten Thema des öffentlichen Rechts und des Staates bei S. (Vgl. dazu auch → STRAUCH). Das Interesse F.'s gilt aber bald den Gegenbewegungen des Liberalismus, des Hegelianismus, der von L. v. Stein erhobenen Kritik und auch der Debatte innerhalb der Historischen Rechtsschule selbst, insbesondere von Seiten der Germanisten. Der Schwerpunkt der Arbeit liegt dann in Fortsetzung der Untersuchungen von → W. WILHELM, → BÖCKENFÖRDE und → v. OERTZEN auf der Debatte über Staat und Verfassung nach 1850.

FLUME, Werner: *Savigny und die Lehre von der juristischen Person*, in: *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*, Göttingen 1978, 340-360.

Korrigiert das Mißverständnis, das darin liegt, daß S.'s Lehre von der juristischen Person als « Fiktionstheorie » bezeichnet wird. Nach F. ist das Entscheidende an S.'s Konzeption, daß er auf die sozialen Gebilde selbst und nicht auf Personen oder Sachen als ihr « Substrat » abstellt. S. erfaßt für die unterschiedlichen sozialen Gebilde die Eigenschaft, kraft deren sie am Rechtsverkehr teilnehmen können, in dem Begriff der juristischen Person. Cf. → KIEFNER, *Personae vice fungitur*, und → SCHIKORSKI.

GAGNÉ, Sten: *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Uppsala 1960, p. 15-51.

G. ist der Ansicht, daß das gegen die Kodifikation gerichtete Programm der Historischen Rechtsschule das Programm der politischen

Restauration gewesen ist. Der «Beruf» erscheint G. «mehr als politisches Programm denn als unvoreingenommene Problembehandlung». Aber nach G. hat die politisch-sozial konservative Einstellung von S. ihre Grundlage in seiner metaphysischen Geschichtsauffassung. Und im Licht dieser Geschichtsmetaphysik hat S. als erster die Frage von Kodifikation und Gesetzgebung wissenschaftlich betrachtet. S. ist nach G. der erste gewesen, der den Versuch einer kritisch vergleichenden Analyse der verschiedenen Anschauungen in diesem Bereich geleistet hat. Insofern ist der «Beruf» für G. dann im Ergebnis doch ein Erzeugnis der angehenden kritischen Geschichtswissenschaft und S.'s Widerstand gegen die Gesetzgebung ein Ausfluß seiner zwar aus heutiger Sicht beschränkten, aber doch zu seiner Zeit durchaus diskutierbaren und diskutierten Geschichtsmetaphysik.

GAUL, Hans Friedhelm: *Die Entwicklung der Rechtskraftlehre seit Savigny und der heutige Stand*, in: *FS für Werner Flume I*, Köln 1978, 443-525.

Die Arbeit ist weniger ein Beitrag zur Savigny-Forschung als zur Dogmengeschichte der Rechtskraftlehre. Cf. auch → K. W. NÖRR.

GIBERT, R.: *F. C. von Savigny, fundador de la escuela historica jurídica*, in: *Fondadores del mundo contemporaneo*, Tomo I, Barcelona 1959, p. 353-365.

GMÜR, Rudolf: *Savigny und die Entwicklung der Rechtswissenschaft*, Münster 1962.

Die Arbeit ist eine gute Zusammenfassung der traditionellen Sicht, wie sie vor Wilhelms «Methodenlehre» üblich war. S. ist für G. der Schöpfer der modernen Rechtswissenschaft, der er den rechten Weg gewiesen hat zwischen den «hohlen Abstractionen eines vermeintlichen Naturrechts» (so S.) und dem «geistlosen, unbefriedigenden Handwerk» (so S.) der reinen Praxis (doch offensichtlich des *usus modernus*). Unter Ausschaltung der Kodifikationsfrage resümiert Gmür: «Savigny (hat) durch seine Theorie vom organischen Zusammenhang der historisch gewordenen Rechtsinstitute und von der organisch bildenden Kraft der Rechtswissenschaft eine Brücke vom nur der Praxis dienenden geltenden Recht zum philosophischen Naturrecht und zum kantianischen Idealismus geschlagen und damit der Jurisprudenz einen wahren wissenschaftlichen Rang, unter Wahrung ihrer Eigenständigkeit gegenüber der Philosophie, gegeben ...».

GONZALES VICÉN, Felipe: *Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo*, in: *Anales de filosofía del derecho* 8 (Madrid 1961), p. 9 ss.

Zur Bedeutung dieser Arbeit für die Savigny-Forschung cf. → WIEACKER, *Wandlungen*, p. 11 bei n. 29.

GONZALES VICÉN, Felipe: *La Escuela histórica del derecho*, in: *Savigny y la ciencia jurídica del siglo XIX*, *Anales de la cátedra Francisco Suarez* 18-19 (1978-1979).

G. schildert die Rechtswissenschaft der historischen Schule als eine Rechtswissenschaft, die sich ganz auf sich selbst zurückzieht und keine Berührungspunkte sucht mit der historisch-sozialen Umwelt und somit auch nichts beiträgt zur Legitimation des Aufstiegs des liberalen Bürgertums.

GUASTINI, Riccardo: *Marx: dalla filosofia del diritto alla scienza della società. Il lessico giuridico marxiano (1842-1851)*, Bologna 1974.

G. wendet sich (p. 89-93) gegen die insbes. von → JÄGER und P. ICHINO, *La concezione del diritto nelle opere giovanili di Marx*, in: *Problemi del Socialismo*, 1969, Nr. 43, vertretene These vom Einfluß des Historismus S.'s auf den jungen Marx.

HATTENHAUER, Hans: *Thibaut und Savigny, ihre programmatischen Schriften*, mit einer Einführung von Hans Hattenhauer, München 1973.

Den erfolgreichen Widerstand gegen Thibauts Kodifikationspläne erklärt H. als mit den Mitteln der Rechtstheorie erfochtenen Sieg der alten Ordnung. Das vorrevolutionäre römische Recht wird bekräftigt. Dazu kommt die « ständische Einbindung » dieses römischen Rechts durch die — nach Ablehnung der Kodifikation auch praktizierte — Lehre von der Rechtswissenschaft als Rechtsquelle. Gegen die vorstehende Deutung wendet sich insbes. → KIEFNER in verschiedenen Aufsätzen, bes. aber in « Geld und Geldschuld » bei Note 54.

HOLLERBACH, Alexander: *Der Rechtsgedanke bei Schelling*, Frankfurt/Main 1957.

Insbesondere wichtig für die geistesgeschichtlichen Hintergründe der Rechtstheorie von S. → ENGEL-JANOSI.

HÜTTER, Karl-Heinrich: *Savignys Geldlehre*, Diss. iur. Münster 1970.

H. weist S. neben G. F. Knapp die entscheidende Rolle bei der Entwicklung der modernen Geldlehre zu. Materiell wird S.'s Geldlehre im wesentlichen als Kurswerttheorie bezeichnet. Sie steht in Übereinstimmung mit der Theorie des Wirtschaftsliberalismus des 18. und 19. Jahrhunderts. Entscheidend ist dabei, daß S. dem Staat zu Gunsten der Autonomie der Individuen das Recht absprechen wollte, den Nennwert durch Gesetzgebung verbindlich festzusetzen. Diese von Kiefner angeregte Arbeit ist durch → KIEFNERS eigene Untersuchung über « Geld und Geldschuld » im wesentlichen überholt.

JAEGER, Hasso: *Note savignicienne I. La pauvre philologie face à la toute puissante histoire du droit. A propos de l'édition récente des lettres de Frédéric Creuzer à Savigny*, in: *Archives de Philosophie du Droit* 19 (1974) 407-424.

JAEGER, Hasso: *Savigny et Marx*, in: *Marx et le droit moderne*, *Archives de philosophie du droit* 12 (1967) 65-89.

J. unterscheidet drei Epochen in den Beziehungen zwischen S. und M. In der ersten lernt M. das römische Privatrecht und die historische Methode in den Vorlesungen von S. kennen. In der zweiten nimmt Marx, ganz durchdrungen vom Hegelismus, teil an den Angriffen der Jung-Hegelianer auf den Meister der historischen Rechtsschule. Im dritten Stadium schließlich, auf das J. hier besonders hinweisen will, nimmt M. die frühen Anregungen von S. in seinen Untersuchungen über vorkapitalistische Gesellschaftsformen wieder auf. Dabei ist es also das Konzept einer Rechtsgeschichte verstanden als Geschichte sozialer Fakten, durch die Beziehungen zwischen S. und M. hergestellt werden. Allerdings tritt dabei in den Schriften von M. nicht unmittelbar S. als Anreger und Diskussionspartner auf, sondern v. Maurer, Hanssen, H. Maine, Niebuhr und J. Grimm. Damit ist M. auch nicht ein Anhänger der historischen Methode von S. geworden, in dem Sinne, wie man es von Roscher oder F. List behaupten könnte. Und es bleibt auch dabei, daß die marxistische Methode von der Methode der historischen Schule verschieden ist. Marx verachtete das Sammeln der « facta bruta » durch die Historiker, doch bedient er sich des historischen Beispiels, um die Klassenkämpfe aufzuzeigen. Zwar ist auch für Savigny die Geschichte mehr als eine Sammlung von Beispielen. Aber diese Gemeinsamkeit in der Konzeption von « Historizität » ist auch nur scheinbar, da S. stets von den Ursprüngen ausgeht, Marx von der Gegenwart des Kapitalismus. Dahinter steht aber wiederum als Gemeinsamkeit die Auffassung, daß



das Recht nur ein Reflex des sozialen Lebens ist. Soziales Leben und Recht stehen im Verhältnis von Ursache und Wirkung. → GUASTINI.

JELLINEK, Walter: *Eine unbewußte Begegnung Savignys mit Feuerbach*, in: *Rechtsprobleme in Staat und Kirche - Festschrift für Rudolf Smend (zum 70. Geburtstag)*, Göttingen 1952, p. 163-175.

Behandelt S.'s Kritik an einer Detailfrage der zwischen den deutschen Ländern üblichen staatsvertraglichen Regelung der Zwangsvollstreckung auswärtiger Urteile, die letztlich auf einen entsprechenden Entwurf von Feuerbach aus dem Jahre 1811 zurückging.

KALTENBRUNNER, Gerd-Klaus: *Savigny als Rechtsdenker*, in: *Zeitbühne* 1979, Heft 5, p. 48-54.

K. charakterisiert S. als «den überragenden Konservativen der deutschen Geistesgeschichte des vorigen Jahrhunderts», der jedoch kein Reaktionär gewesen sei. K. bezeichnet die Lehre vom Volksgeist als Frucht der Einsicht in soziologische und völkerkundliche Zusammenhänge; den «späteren politischen Mißbrauch» der Volksgeistlehre (welchen?) habe S. nicht zu verantworten. Hervorgehoben wird S.'s sonst wenig beachteter Versuch, die Kontinuität zwischen der Rechtsordnung Roms und der romanisch-germanisch geprägten Kultur des christlichen Abendlandes nachzuweisen, worin nach Wieacker der Gedanke der Wiederherstellung eines «jus commune europaeum» stecke. Schließlich entnimmt K. dem Werk von S. auch das berechtigte Plädoyer gegen übereilte legislatorische Reformen, die in die Nähe von «revolutionären Gewaltakten» gebracht werden. Anders MAZZACANE.

KAUFMANN, Arthur: *Friedrich Carl von Savigny*, in: *Die Grossen der Weltgeschichte*, herausgegeben von Kurt Fassmann, Zürich 1976.

Kaufmann unterscheidet den Typ des betrachtenden und des handelnden Juristen. Feuerbach war für ihn das Extrem des handelnden Juristen. (Anders → BLÜHDORN; zur praktischen Tätigkeit von Feuerbach cf. B. DÖLEMAYER, *Die bayerischen Kodifikationsbestrebungen*, in: *Ius commune* 5 (1975) 138-177). S. verkörperte demgegenüber den Typus des juristischen Betrachters (dazu auch → FIKENTSCHER und → D. NÖRR). Nach Kaufmann gab es auf die Probleme der Jurisprudenz in der Zeit um 1800 zwei Antworten, eine politische und eine methodische. Thibaut agierte auf der politischen Ebene. S.'s Antwort kam auf der methodischen Basis: Er hielt die Kodifikation als Mittel der Rechtsbesserung für falsch. «Er sah einen anderen, richtigen (!) Weg: den der Erneuerung und Ausbildung der Jurispru-

denz zu einer wahren Wissenschaft». Zu diesem Zwecke übertrug er das Humboldtsche Bildungs- und Persönlichkeitsideal in die Jurisprudenz. Es handelte sich also um eine Reform durch «Bildung». Damit tat S. in der Sicht von Kaufmann das einzig Richtige. Für die übliche Kritik an der Begriffsjurisprudenz und an der politischen Rolle des deutschen Juristenstandes des 19. Jahrhunderts ist demgegenüber nach Kaufmann S. nicht die richtige Adresse.

KAUFMANN, Ekkehard: *Savigny in seiner Zeit: Aufklärung - Romantik - Positivismus*, in: *Fachbereich Rechtswissenschaft der Philipps-Universität Marburg an der Lahn. Akademische Feier aus Anlaß der 200. Wiederkehr des Geburtstages von F. C. v. S.*, als Ms. hrsg. von H. G. Leser, Marburg 1979, 73-94.

Mit dem Begriff der Aufklärung verbindet K. das Spannungsverhältnis von Autorität und Vernunft. S.'s Verhältnis dazu ist ambivalent: Er entscheidet sich für die Autorität des Überlieferten und lehnt jede Umwälzung ab. Andererseits übernimmt er von der Aufklärung die Gesichtspunkte von Begrifflichkeit, Methode und System. Die Romantik ist nach K. durch die Spannung Phantasie-Realität bestimmt. Demnach ist die Volksgeistlehre romantisch: nämlich der Evolutionsgedanke und der Gedanke organischer Einheit einer Kultur als 'Natur' eines Volkes. Die Organismuslehre ist aber zugleich die Grundlage für den Positivismus, den K. unter dem Gesichtspunkt 'Methode als Ideologie' ins Auge faßt.

KIEFNER, HANS: *Personae vice fungitur? Juristische Person und «Industrielle Corporation» im System Savignys*, in: *Festschrift Harry Westermann*, Karlsruhe 1974.

Zur «Fiktionstheorie» Savignys. Nimmt an, daß Savigny diese Theorie nicht erfunden habe, um die Aktiengesellschaft als juristische Person in das System des Privatrechts zu integrieren. Cf. → FLUME.

KIEFNER, HANS: *Lex frater a fratre. Institution und Rechtsinstitut bei Savigny*, in: *Rechtstheorie* 10 (1979) 129-141.

Dient entgegen der Meinung von Forsthoff und Rüthers dem Nachweis, daß S. nicht als der Begründer eines institutionellen Rechtsdenkens angesehen werden kann. Das einzige Beispiel institutioneller Argumentation bei S. dient zur Festigung von Ehe- und Familienbeziehungen im Gegensatz zum «Privatrecht» als dem Feld von in Geld ausdrückbaren, vermögenswerten Rechtsbeziehungen.

KIEFNER, Hans: *Der Einfluß Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert*, in: *Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert*, hrsg. J. Blühdorn und J. Ritter, Frankfurt/M 1969, 3-25.

K. geht es in dieser Arbeit um « Kant im System Savignys ». Dabei ist für K. das System von S. eine originale Schöpfung, ein aus den Grundregeln der Privatautonomie entfaltetes System, das die Grundlage für das gesamte Zivilrecht des 19. Jahrhunderts bildet. Dieses System beruht, ungeachtet selbstverständlich anderer Einflüsse, « auf einem Grundbegriff Kantischer ... Philosophie » (J. Binder). Die Grundbegriffe sind: Person, Freiheit, Wille. Das Prinzip ist, daß das freie, willensbestimmte Handeln unter der Herrschaft des Sittengesetzes steht. Für die sich daraus ergebende Frage nach dem Verhältnis von Sittlichkeit und Recht steht S.'s berühmter Satz: « Das Recht dient der Sittlichkeit, aber nicht, indem es ihr Gebot vollzieht, sondern indem es die freye Entfaltung ihrer, jedem einzelnen Willen inwohnenden, Kraft sichert ». Das Recht bezieht sich demnach nur auf « das Gebiet des äußeren Zusammenlebens ». K. schildert, wie S. aus diesen Axiomen sein System als ein System des Vermögensrechts entfaltet, das beruht auf der « unabhängigen Herrschaft des individuellen Willens ».

K. behandelt weiter auch einzelne privatrechtliche Lehren. Diese Dinge hat K. jedoch in seinen späteren Arbeiten insbes. zur → Geldlehre und zur → juristischen Person konkretisiert. Auf die ebenfalls angeschnittene → Irrtumsproblematik versucht die Arbeit von LUG eine Antwort zu geben. K. versucht am konsequentesten und erfolgreichsten von allen hier erwähnten Autoren, die Wirkung von S.'s Grundpositionen auf die Behandlung konkreter Fragen des materiellen Privatrechts zu ermitteln. Erst daraus ergibt sich sein — in dieser Abhandlung vorweggenommenes — Gesamturteil über den « Formalismus » von S., über die « Lösung von Zwecken », (wie sie sich insbes. in der abstrakten Einigung zeigt). Das Gesamturteil lautet, daß in der Sicht von S. das Recht losgelöst ist von allen Zwecken. Es hat eben trotz der Abhängigkeit vom Volksgeist ein « selbständiges Daseyn », es hat keinen Zweck außer der sittlichen Person.

Die Bindung an die moralische Persönlichkeit geht nach dem Urteil von K. erst in der Begriffsjurisprudenz nach Savigny ganz verloren. Der Frage nach der politischen Bedeutung der Ablösung vom « Politischen » geht K. in dieser Arbeit nicht näher nach.

KIEFNER, Hans: *Der junge Savigny (Marburg 1795-1808). Zu den Ursprüngen seiner Konzeption einer « Philosophie des positiven Rechts »*, in: *Fachbereich Rechtswissenschaft der Philipps-Universität Marburg an der Lahn. Akademische Feier aus Anlaß der 200. Wie-*

*derkehr des Geburtstags von F. C. von S.*, als Ms. hrsg. von H. G. Leser, Marburg 1979, 15-49.

K. untersucht die Grundlagen von S.'s Privatrechtstheorie als der Theorie eines liberalen Privatrechts auf kantischen Prämissen, das heute in Frage gestellt ist, das K. selbst aber sicher nicht ohne weiteres — zu Gunsten wessen? — aufgeben möchte. Im Hinblick auf zivilrechtliche Methodenlehren hält K. Savigny nicht mehr für eine aktuelle Frage. Ziel der Arbeit ist zuerst, zu untersuchen, was S. bei seiner Forderung nach einer « philosophisch-historischen » Bearbeitung des Rechts unter « historisch » begriff. Dabei ergibt sich, daß « historisch » weder im Sinne unseres durch das 19. Jahrhundert geprägten Geschichtsbewußtseins noch in dem der antiquarischen Befassung mit Altertüchern zu verstehen ist. Vielmehr bedeutet « historisch » für S. in Übereinstimmung mit der Bedeutungstradition dieses Begriffs « altes Wissen von einem objektiv Gegebenen ». Demgegenüber zielt die Philosophie auf die Begründungszusammenhänge. Der philosophische Charakter der Gesetzgebungswissenschaft besteht in ihrem systematischen Charakter, und zwar nach Kant verstanden als « Einheit der Erkenntnisse unter einer Idee ». Diese die systematische Einheit des Rechts stiftende Idee ist aber die Sicherung der Freiheit des Subjekts in seiner Sphäre, die in der Realität der Erfahrungswelt nur durch den Staat möglich ist. Das Problem dabei ist, daß sich apriorisch im Wege analytischer Urteile nicht deduzieren läßt, wie Freiheit und damit Recht in der empirischen Welt, in konkreten sozialen Beziehungen positiviert werden können. S. versucht im System dieser Vermittlungsproblematik dadurch gerecht zu werden, daß er eine Vereinigung des philosophischen und des historischen Elements in der Rechtswissenschaft postuliert. Die Möglichkeit dieser Verbindung läßt sich allerdings nicht näher begründen. Doch gibt K. an Hand des « Besitzes » eine Antwort auf die Frage nach ihren Resultaten.

K. resümiert: « Was Savigny vorschwebte, war — durchaus zeitgemäß — ein System des Rechts, beruhend auf dem Axiom der Freiheit der Person als einem apriorischen Postulat der praktischen Vernunft, rein, d.h. unabhängig von Moralität, inhaltlich ausgestaltet durch Sätze historischer Erfahrung ».

Das ergibt, auf den Besitz bezogen: Neben der Innehabung ist der Eigenbesitzwille, der Wille, eine Sache wie eine eigene zu haben und mit ihr nach Willkür zu verfahren, konstitutives Element für den Besitz. Besitzverletzung ist also Freiheitsverletzung. Diese Ansicht ist aber die Konsequenz des systematischen Ansatzpunktes und nicht Ergebnis der Betrachtung der historischen — objektiv gegebenen Quellen, die weder einen einheitlichen Besitzbegriff kennen noch die Notwendigkeit des Besitzwillens eindeutig ergeben. Daraus ergibt sich für S. die Notwendigkeit, mit den Quellen nach unserem Verständnis « ungeschichtlich » umzugehen, aber nicht « unhistorisch » in dem damaligen Sprach-

gebrauch. Nach K. handelt es sich dabei um die Freiheit des Systematikers, auf seine Weise der erdrückenden Fülle des positiv Gewordenen und Gegebenen Herr zu werden. Das positiv Gegebene, das dabei aufzuarbeiten ist, sind aber nicht Daten der Rechtserfahrung, wozu auch die soziale Wirklichkeit gehörte, sondern es sind positive Lösungsmodelle der Vergangenheit und der Gegenwart, die durch die Literatur vermittelt werden. Damit hat S. ein auf Privatautonomie, auf höchstmögliche Freiheit des Individuums gegründetes Privatrechtssystem errichtet, das den wirtschaftlichen Erfordernissen einer sich industrialisierenden bürgerlichen Gesellschaft in hohem Maße entgegenkam, die sozialen Bedürfnisse der «besitzlosen Klassen» aber ignorierte.

KIEFNER, Hans: *Geld und Geldschuld in der Privatrechtsdogmatik des 19. Jahrhunderts*, in: *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, hrsg. von Helmut Coing und Walter Wilhelm, Band V, Frankfurt/Main 1979, 27-54.

Diese Arbeit ist die Gegenprobe am konkreten materiellrechtlichen Problem der These über die generellen Ideen und Prinzipien S.'s, wie sie K. in seinem Aufsatz «Der junge Savigny» entwickelt hat. K. behandelt die Rolle des Geldes bei S. als Probe für dessen theoretische Grundüberzeugungen in der Erkenntnis der «privatrechtskonstituierende(n) Bedeutung des Geldes für S.'s 'Heutiges römisches Recht'». Das, was vor S. von juristischer Seite zum Geld im Privatrecht geschrieben worden ist, ist mit S. wirkungslos geworden. Bemerkenswert ist dabei aber angesichts dessen, was K. in «Der junge S.» ausgeführt hat, daß S. bei der Geldlehre die Verbindungslinien zur älteren juristischen Literatur kappt. Bemerkenswert für die prinzipielle Einstellung von S. ist weiter, daß er betont, beim Geld von der ökonomischen Seite ausgehen zu müssen, womit doch eigentlich das Prinzip des «abstrakten» Privatrechts (→ W. WILHELM) in Gefahr gerät.

Bei der Entwicklung seiner Ansichten hat sich S. kameralistisch-merkantilistischen Vorstellungen verschlossen und Anschluß gesucht bei dem gemäßigt liberalen Rau und dem reformfreudigen, der Praxis verbundenen Hoffmann. Die Funktion des Geldes als absoluten Wertmessers aller Gegenstände beruht nach S. nicht auf dem Willen des Staates, sondern auf der «öffentlichen Meinung». Die privatrechtliche Rolle des Geldes ist also Sache der «Privaten». Das Eingreifen des Gesetzgebers in private Rechtsverhältnisse durch Festsetzen eines «gesetzlichen Zwangsnennwertes» wäre verderblich. Der wahre Geldwert ist dementsprechend der «Coursverth». Der Wert, für den es auf den Inhalt einer Geldschuld ankommt, wird durch den Parteiwillen bestimmt. Er geht, wenn nicht anderes ausdrücklich vereinbart ist, auf den Kurswert. Dabei geht es S. aber nicht nur um die Ab-

lehnung des staatlichen Eingriffs in private Rechtsverhältnisse. Vielmehr hat das Geld für S. eine «privatrechtskonstituierende Bedeutung». Geld ist der abstrakte Ausdruck der Macht des individuellen Willens, die im Zentrum des Systems des Privatrechts steht. Privatrecht ist ein System von geldwerten Vermögensrechten. → HÜTTER.

KLENNER, Hermann: *Die Rechtslehre der reinen Vernunft*, in: *Revolution der Denkart oder Denkart der Revolution*, Berlin (Ost) 1976.

KLENNER, Hermann: *Anmerkungen zu «Savigny»*, in: Jürgen KUCZYNSKI, *Studien zu einer Geschichte der Gesellschaftswissenschaften*, Akademie-Verlag, Band 6, Berlin 1977, 158-173.

Siehe → dazu KLENNER, S. und das historische Denken in der Rechtswissenschaft.

KLENNER, Hermann: *Mommsen, der Jurist*, in: J. KUCZYNSKI, *Studien zu einer Geschichte der Gesellschaftswissenschaften*, Band 9, Akademie-Verlag, Berlin 1978, p. 182.

Siehe dazu → KLENNER, Savigny und das historische Denken in der Rechtswissenschaft.

KLENNER, Hermann: *Herder und das historische Denken in der Rechtswissenschaft*, in: *Sitzungsberichte der Akademie der Wissenschaften der DDR*, Nr. 8 G, Akademie-verlag, Berlin 1978, p. 35.

Siehe dazu → KLENNER, Savigny und das historische Denken in der Rechtswissenschaft.

KLENNER, Hermann: *Savigny und das historische Denken in der Rechtswissenschaft*, in: *Savigny y la ciencia juridica, Anales de la catedra Francisco Suarez 18-19 (1978-1979)* 133-139.

Diese Arbeit versteht Klenner als die Zusammenführung der Überlegungen, die er in den eben genannten Arbeiten publiziert hat. Im wesentlichen unter Beschränkung auf S. ist davon folgendes hervorzuheben: Im Gegensatz zu → H. SCHRÖDER und anderen marxistischen Forschern, die S. als «Feudalideologen» einstufen, stimmt Klenner mit → KUCZYNSKI darin überein, daß S. in der Epoche des Übergangs vom Feudalismus zum Kapitalismus auf der bürgerlichen, d.h. damals alles in allem fortschrittlichen Seite gestanden und diesen Prozeß mit

durchsetzen geholfen hat. Gerade das ist in seiner Sicht die spezifische Rolle von S. in der historischen Rechtsschule, die im übrigen, insbes. in der Person von Gustav Hugo die « Legitimationsideologie für die feudal-absolutistische Reaktion » liefert. Im Gegensatz zu Kuczynski sieht Klenner hier aber keinen Gegensatz zwischen dem jungen und dem späten S. Im Gegenteil, gerade die materialen Beiträge zu einem Zivilrecht wie es der Kapitalismus benötigte, stammen aus den Jahren nach 1820. War schon das römische Recht als « erstes Weltrecht der Warenproduktion » dem Kapitalismus günstig, so hat S. in seiner späteren Zeit über das römische Recht hinaus Rechtsfiguren und Rechtsmethodiken entwickelt, die der « zu seiner Zeit alles in allem fortschrittlichen bürgerlichen Gesellschaft » dienten. Klenner rechnet dazu: die Theorie von der juristischen Person, die Auslegungslehre, das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft und das Internationale Privatrecht.

Klenner bezeichnet Hugo als denjenigen, der das Naturrecht aus der Rolle einer Veränderungsideologie der Gesellschaft in eine Legitimationsideologie der Gesellschaft transformiert habe. Von Hugo wird der Ausspruch « wie es ist, ist es richtig, weil es so war » zitiert (→ BLÜHDORN), womit bewiesen ist, daß die historische Schule nicht nur antirational, sondern auch ahistorisch war. Zwar ist es richtig, daß alles nur aus seinen Entstehungsgründen erklärt werden kann, aber die historische Rechtsschule untersuchte nicht die Gegenwart als etwas Gewordenes, sondern das Gewesene als Gegenwärtiges, die Geschichte als Gegenwart. Zudem ist nach Klenner zu berücksichtigen, daß S.'s These, daß das Recht seinen Grund im geistigen Dasein des Volkes habe, materiell zur Abwehr des damals progressivsten Gesetzbuches, des Code Civil, diene (cf. dazu → CARONI). Und schließlich war ja auch S.'s Hinweis auf den Volksgeist nicht demokratisch gemeint. Er wollte nicht, daß der Wille des Volkes Recht werde, sondern behauptete, daß die Juristen den Willen des Volkes vollzögen. Deswegen kann man nach Klenner nicht, wie Kuczynski es tut, S.'s Position von 1814 als kluge Realpolitik bewerten. Nicht Thibaut, sondern Anselm Feuerbach ist nach Klenner der juristische Gegenspieler von S. (cf. dazu → STÜHLER, der die Arbeiten von Klenner nicht erwähnt), wie Klenner insbes. gegen → KIEFNER einwendet. Feuerbach führt aus Überzeugung den Kampf gegen den Feudalismus. S. tat dies, soweit er es tat, widerspruchsvoll und mehr getrieben als treibend.

KOCH, Ulrich: *Die Kritik preußischer Juristen an der Historischen Rechtsschule*, Diss. iur. Tübingen 1955.

Zu der Kritik, daß die Historische Rechtsschule eine Entfremdung zwischen Theorie und Praxis herbeigeführt habe. → MOHNHAUPT.

KOLLEWIJN, R. D.: *Quelques considérations à propos de la doctrine de Savigny*, in: *Nederlands Tijdschrift voor internationaal Recht* 15 (1968) 237-258.

Zum IPR bei S. Dazu jetzt → STURM.

KRAWIETZ, Werner: *Zur Kritik der juristischen Methodenlehre seit Friedrich Carl von Savigny*, in: *Savigny y la ciencia jurídica, Anales de la catedra F. Suarez* 18-19 (1978-1979) 101-131.

K. geht davon aus, daß S. die maßgeblichen Ansatzpunkte der Begriffsjurisprudenz geliefert hat und analysiert auf dieser Grundlage in einer Langzeitperspektive Begriffsjurisprudenz, Freirechtslehre, Interessenjurisprudenz und Wertungsjurisprudenz. Endet mit der Forderung nach Neubesinnung über die «methodische Eigenart des juristischen Problemlösungsverhaltens».

KRIELE, Martin: *Theorie der Rechtsgewinnung - entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, Berlin 1967, 2. Aufl. 1976.

Zu S.'s Lehre von der Interpretation insbes. p. 67-84, als klassische Formulierung der traditionellen Methodenlehre, der K. jedoch vom systematischen Standpunkt aus keine große Bedeutung beimißt.

KRYSTUFEK, Zdenek: *La querelle entre Savigny et Thibaut et son influence sur la pensée juridique européenne*, in: *RHD* 44 (1966) 59-75.

Bezeichnet S.'s Methode als «historicisme ahistorique» (im Gegensatz zu einer wirklich historischen Betrachtungsweise, die die Rechtsentwicklung im Zusammenhang mit den sozialen Verhältnissen untersucht). Die Thesen S.'s die ihn berühmt gemacht hätten, seien die besonders reaktionären gewesen. Aber infolge der Inkonsequenz seiner Gedanken (Verkennung der Verbindung zwischen Wirtschaftsleben und Rechtsordnung) habe S.'s Werk die Entwicklung, die er verhindern wollte, gefördert: Fortschritt durch Anwendung des römischen Rechts auf Produktionsvorgänge und Handel. In dieser Arbeit sieht → WROBEL die grundlegenden Einsichten seiner Untersuchung vorformuliert. → KLENNER.

KUCZYNSKI, Jürgen: *Savigny - glanzvolle Jugend eines reaktionären Gelehrten von einstigem Weltruf*, in: *Studien zu einer Geschichte der Gesellschaftswissenschaften*, Band 6, Akademie-Verlag, Berlin 1977, 125-157.

Eine Biographie des jungen, fortschrittlichen S. der Jahre bis 1819 - im Gegensatz zu dem älteren S. von 1820-1861, der ein Reaktionär



war, aber nie ein « Ultra ». Die Fortschrittlichkeit der politischen Rolle von S. bis zum Jahre 1819 belegt K. zunächst mit Äußerungen über S. und Zitaten von S., die S. als Liberalen zeigen. Diese Zeit bis 1819 zeigt S. im Umfeld von Gneisenau, Grolmann, Schleiermacher, Hardenberg, Frhr. vom Stein, Humboldt, Scharnhorst usw.

Positiv bewertet es K., daß S. der Rechtswissenschaft ihren Platz im Rahmen der Gesellschaftswissenschaften wieder erobert hat. Zum Beweis zitiert er zustimmend das Urteil von Mitteis, daß sich die historische Schule das Ziel gesetzt habe, die Gegenwart aus ihren geschichtlichen Voraussetzungen heraus zu begreifen. Fortschrittlich ist weiter S.'s Erkenntnis, daß alle gesellschaftlichen Erscheinungen Resultat der Lebensaktivität der Völker sind. Fortschrittlich ist schließlich S.'s Ablehnung der willkürlichen Gesetzgebung durch Despoten. Die spätere Legitimation der « Niederträchtigkeit von heute durch die Niederträchtigkeit von gestern » (Marx) ist eine Verzerrung des Programms der historischen Schule. Aber auch als aus dem fortschrittlichen S. von 1814/1815 ein Konservativer geworden war, da sucht er nicht ein feudales, sondern das halbfeudale Regime Friedrich Wilhelms IV. aufrechtzuerhalten, das in seinen Produktions- und Eigentumsverhältnissen bereits überwiegend kapitalistisch geworden war. K. sieht darin den Übergang der historischen Schule von einer feudalreaktionären zu einer bürgerlichen Richtung.

Die Fortschrittlichkeit von S. in den jungen Jahren muß sich aber insbesondere an der Schrift « vom Berufe » erweisen. Hierzu ist K. der Überzeugung, daß S. nur ungern Recht behielt gegen die fortschrittliche patriotische Forderung von Thibaut, mit dem er in den materiellen Zielen einig war. K.: « Man kann sich leicht vorstellen, was für ein Deutsches Gesetzbuch in der Zeit der Reaktion nach 1815 zusammengebastelt worden wäre ». Da war es schon besser, die Aufgabe der Rechtsfortbildung den bürgerlichen Juristen zu reservieren. Anders → KLENNER.

KUNKEL, Wolfgang: *Savignys Bedeutung für die deutsche Rechtswissenschaft und das deutsche Recht*, in: *JZ* 1962, 457.

Gegen die Bewertung von S.'s Methode als Begriffsjurisprudenz. S. entwickelte seine dogmatischen Lehren aus der Analyse der Quellen, der Anschauung der Rechtsinstitute und auch der Betrachtung des Rechtslebens. Erneuerung der Zivilrechtswissenschaft aus dem Geist der römischen Quellen, also Dogmatik (nicht historische Forschung) auf der Grundlage der verbindlichen römischen Quellen ist sein Ziel. Hebt sich nach Kunkel positiv ab von der auf der mittelalterlichen Doktrin beruhenden Methode des *Usus modernus* und von der geschichtslosen, rein auf die Vernunft gegründeten Spekulation des Naturrechts.

LAQUIS, M. A.: *Savigny*, Buenos Aires 1969.

LARENZ, Karl: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4. Aufl., Berlin-Heidelberg-New York 1979, p. 11-19.

L. beschäftigt sich mit der Auslegungslehre von S., also mit der Frage, welche Operationen und Argumentationsweisen nach der Theorie von S. zunächst bei der Anwendung und Fortbildung des Gesetzes (so in der Marburger Methodenlehre) und später im Umgang mit den « Rechtsinstituten » und den aus der « Totalanschauung » der Rechtsinstitute zu entwickelnden Rechtsregeln zulässig waren. Dabei kritisiert L. insbesondere die Rolle, die die « Anschauung » gespielt hat. L. schreibt der Methodenlehre von S. keine große Wirkung zu, außer daß sie die formale Begriffsjurisprudenz von Puchta, wenn nicht gefördert, so dann doch jedenfalls ermöglicht habe. → D. NÖRR, FIKENTSCHER.

LEGENDTRE, Pierre: *Méditations sur l'esprit libéral. La leçon de Laboulaye, juriste-témoin*, in: *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 87 (1970).

Zitiert p. 105-106 das Urteil, das Heinrich Zöpfl in einem Brief an Laboulaye über S. abgibt.

LEGENDTRE, Pierre: *Lettres de Savigny à Laboulaye*, in: *SZRom* 88 (1971) 322-328.

Edition der einzigen bis jetzt aufgefundenen Briefe (4 Briefe zwischen 1840 und 1845) S.'s an Edouard de Laboulaye, den wichtigsten Verbreiter der Ideen S.'s und der historischen Schule in Frankreich; cf. dazu → THIEME.

LENZE, Konrad: *Von der actio im Privatrechtssystem Savignys zum Streitgegenstand im Zivilprozeß*, Bamberg 1971.  
Vgl. dazu auch die Arbeiten von → K. W. NÖRR.

LIERMANN, H. / SCHOEPS, H. J.: *Materialien zur preußischen Eherechtsreform im Vormärz - Aus dem Briefwechsel Savigny, Puchta und Bethmann-Hollweg mit Ludwig von Gerlach*, in: *Nachrichten Akad. Wissenschaften Göttingen, Phil.-Hist. Klasse*, Göttingen 1961, p. 489-536. → BUCHHOLZ, MIKAT.

LOSANO, Mario G.: *Savigny en la correspondencia de Ihering y Gerber*, in: *Savigny y la ciencia jurídica del siglo XIV, Anales de la catedra Francisco Suarez* 18-19 (1978-1979) 321-340.

L. untersucht auf der Grundlage seiner Edition (Carteggio Ihering-Gerber (1849-1872), a cura di Mario G. Losano, Milano 1977) die Rolle, die S. in dem Briefwechsel zwischen Ihering und Gerber gespielt hat. L.'s Rechtfertigung für dieses Unternehmen ist, daß weder Ihering, der sich später von der Begriffsjurisprudenz abwandte, noch Gerber der ihr sein Leben lang treu blieb, jemals aufhören konnten, sich mit S. zu beschäftigen. Vorangestellt sind einige Bemerkungen zur Rolle S.'s in dem Briefwechsel zwischen Ihering und Windscheid.

Dazu kommen Notizen zu einem Gespräch, das Bismarck mit Ihering über S. geführt hat und über das sich Ihering Aufzeichnungen gemacht hat, weiter Bemerkungen zu Iherings Nachruf auf S. (in: *Iher. Jahrb.* 5 (1861) 354-377), über einige anonyme Schriften des jungen Ihering und schließlich ein Abschnitt «Bismarck, Ihering y el hijo de Savigny» (sc. Karl Friedrich von Savigny, 1814-1875); dazu auch → REAL.

LUIG, Klaus: *Savignys Irrtumslehre*, in: *Ius commune* 8 (1980) 36-59.

Der kantischen Bedeutung der Willkür im Rechtsverkehr entsprechend macht nach den Feststellungen von → KIEFNER S. die Willenserklärung zum eigentlichen Element der Selbstbestimmung im Privatrecht (KIEFNER, *Der Einfluß Kants*, 15). Die mögliche Auswirkung dieses Prinzips wird nach allgemeiner Meinung (FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, 440; KIEFNER) am deutlichsten in der Irrtumslehre, die die Willkür der Person zum konstitutiven Prinzip hat. Demgemäß muß aber, wenn Recht die Regel ist, nach der die Grenzen des freien Raums der Willkür bestimmt werden, die Irrtumslehre auch den deutlichsten Beweis für Existenz und Umschreibung der Grenzen der Herrschaft des individuellen Willens sein. Wo diese Grenzen bei der Möglichkeit, sich auf Irrtum, also auf Mängel des eigenen Willens, zu berufen, liegen, versucht diese Arbeit im einzelnen nachzuweisen. Dabei zeigt sich, daß S.'s Irrtumstheorie im Grunde ein System von Ausnahmen von der mit dem Verkehrsinteresse begründeten grundsätzlichen Unbeachtlichkeit eines jeden Irrtums beim Rechtsgeschäft ist. Worin der tiefere Grund für dieses von S. sogenannte Prinzip der «Zuverlässigkeit der Zeichen» liegt, bleibt offen. Auf die naturrechtliche Tradition dieses Prinzips ist an anderer Stelle hingewiesen worden (LUIG, *Zeiller und die Irrtumsregelung des ABGB*, in: *Forschungsband Franz v. Zeiller*, Wien 1980, 153-166).

MANTELLO, Antonio: 'Die Elemente der Staatskunst' di Adam Müller: *Una fonte per il 'Beruf' di Savigny?*, in: *Studi Senesi* 91 (1979) 401-435.

MARINI, Giuliano: *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milano 1966.

MARINI, Giuliano: *Jakob Grimm*, Napoli 1972.

M. beschäftigt sich mit J. Grimm als dem wichtigsten und markantesten Vertreter des germanistischen Zweiges der historischen Rechtsschule, dem S. eigentlich immer fremd gegenüber gestanden habe. Was an diesem Buche wichtig ist für das gesamte Bild von S. ist eingeflossen in M.'s Monographie über S. aus dem Jahre 1978.

MARINI, Giuliano: *Friedrich Carl von Savigny*, Napoli 1978.

Versteht sich als Zusammenfassung früherer Arbeiten des Autors über die Historische Rechtsschule. Beschäftigt sich in erster Linie mit den methodologischen und, wie M. sagt, «spekulativen» Aspekten des Werkes von S. in seinen verschiedenen Phasen mit besonderer Betonung der Bezüge zur Geschichte der Kultur zur Zeit von S. Insbes. interessiert sich M. für die Bedeutung von S. für die Entwicklung des modernen historischen Bewußtseins. Damit wird S. ganz generell zu einer der wichtigsten Figuren der deutschen Kultur des 19. Jahrhunderts.

MAZZACANE, Aldo: *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*, con un'appendice di testi, Napoli 1974,<sup>2</sup> Napoli 1976; ohne den Appendix auch in: *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, Vol. IV. *Scritti storico-filosofici*, Milano 1978, 515-557.

M. sieht Spuren des Gegensatzes zwischen (fortschrittlichen) Kodifikationsbestrebungen und (reaktionären) Systemtendenzen in der Rechtswissenschaft in der gesamten europäischen Rechtsgeschichte der Neuzeit bis hin zu Thibaut und S. Für S. und die Interessen der von ihm vertretenen Klasse geht es dabei darum, das Bürgertum nach zwei Seiten hin zu schützen, sowohl vor einer Rückkehr eines ungezügelten Absolutismus als auch vor demokratischer Revolution. Das Anliegen von M. ist es insbes. zu zeigen, daß «System» und «Volksgeist» keine unausgetragenen Widersprüche in S.'s Gedanken-

gebäude waren, sondern daß die im Idealismus begründete unhistorische Geschichtskonzeption der Volksgeistlehre notwendigerweise zur Entdeckung der als inhärent gedachten Systematik des Rechts führen mußte. Dieses System machte für S. die Rechtskunde zu einer (politisch unangreifbaren) Rechtswissenschaft. M. hebt weiter die Verwandtschaft zwischen der antiquarischen und systematischen Rechtswissenschaft des 16. Jahrhunderts und der Schule von S. hervor. Die Ablehnung der Kodifikation steht demnach in Parallele zum Antitribonianismus des 16. Jahrhunderts. Außerdem hatte bereits Bluhme beobachtet, daß im Grunde kein rechtstheoretischer Unterschied bestand zwischen den Versuchen der Rekonstruktion des Systems der Digesten und eigenen Systementwürfen. Parallelen zieht M. auch zu der verschiedenen Valutierung von Glossatoren und Kommentatoren durch S. und dessen eigenen Ansprüchen an die Rechtswissenschaft. Cf. G. MARINI, in: *Quaderni Fiorentini* 5-6 (1976-1977) 951.

MIKAT, Paul: *Zur Bedeutung Friedrich Carl von Savignys für die Entwicklung des deutschen Scheidungsrechts im 19. Jahrhundert*, in: *Festschrift für F. W. Bosch zum 65. Geburtstag*, Bielefeld 1976, 671-697.

Stellt die unter Friedrich Wilhelm III. eingeleiteten Reformbemühungen zur Entsäkularisierung des Ehescheidungsrechts und zur Einschränkung der Scheidungsgründe des ALR dar, die besonders seit 1842 von S. als Gesetzgebungsminister und als Vorsitzendem der Gesetzeskommission beeinflußt wurden. S. (« vom englischen Konservatismus Edmund Burkes geprägt ») formulierte die für die weitere scheidungsrechtliche Diskussion in Preußen maßgeblichen Grundsätze und Argumente betr. die Würde der Ehe als Institution (« doppelte Natur der Ehe »; Ehe als rechtliches und sittliches Verhältnis, deren rechtlicher Bestandteil Gegenstand des Rechtsschutzes ist; geringere Berücksichtigung der individuellen Freiheit der Ehegatten; Haupt Gesichtspunkt: Unabhängigkeit der Institution Ehe von dem Recht und dem Willen der Individuen).

Die unter seinem Einfluß ausgearbeitete Ehescheidungsverordnung beinhaltete zahlreiche materiell- und formellrechtliche Bestimmungen zur Einschränkung der Ehescheidungen (Beschränkung der Scheidungsgründe, Maßnahmen zur Verhinderung einverständlicher Scheidung, Einsetzung eines defensor vinculi, obligatorische Sühneveruche etc.). Die hier formulierte Position der Abkehr vom einseitigen vertragsrechtlichen Standpunkt des ALR und der Hinwendung zur stärkeren Betonung des sittlichen Charakters der Ehe wurde über die späteren preußischen Reformentwürfe auch für die Verfasser der ersten Entwürfe des BGB wirksam. Cf. auch → BUCHHOLZ, LIERMANN.

MOHNHAUPT, Heinz: *Richter und Rechtsprechung im Werk Savignys*, in: *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*, hg. Walter Wilhelm, Frankfurt/Main 1972, 243-264.

Sorgfältige Analyse aller Stellen, an denen S. seine Theorie über das Verhältnis von Theorie und Praxis entwickelt. Dient insbesondere der Hervorhebung des Wertes, den S. auf die Praxis gelegt hat. Cf. dazu auch → STRAUCH, Landrechtsvorlesung, → Jan SCHRÖDER, «Praktische Jurisprudenz».

MOHNHAUPT, Heinz: *Savignys Lehre von der Stellvertretung*, in: *Ius commune* 8 (1980) 60-77.

M. schildert Savignys «Geschäftsherrentheorie» zur Erklärung der Stellvertretung als wichtige Entwicklungsstufe zwischen älteren «Zessionstheorien» und der modernen, von Laband begründeten Stellvertretungslehre. Bes. Wert legt M. auf S.'s «Methode der Quellenbehandlung und Erkenntnisgewinnung».

S. fühlt sich berechtigt, die römischen Quellen so auszulegen, daß sie dem zwar dem römischen Recht unbekanntem, aber zu seiner Zeit herrschenden Grundsatz entsprechen: «Alles beruht jetzt allein auf dem Willen der bei dem Geschäft thätigen Personen». Damit kann er aus den römischen Quellen die Möglichkeit einer direkten Stellvertretung herauslesen. Dabei kommt es allein auf den Willen des Vertretenen an. Der Stellvertreter ist nicht mehr als ein Bote, der «bloße Träger des Willens» des Vertretenen. Im Zusammenhang mit den Feststellungen → KIEFNER zum jungen S. sollte erwähnt werden, daß S. bei der Stellvertretungslehre (anders als beim «Besitz») auf die Literärgeschichte der Diskussion über die Stellvertretung nur sporadisch Bezug nimmt. Zur Quellenbehandlung → RANIERI.

NEGRI, Antonio: *Alle origini del formalismo giuridico. Studi sul problema della forma in Kant e nei giuristi kantiani fra il 1789 e il 1803*, Padova 1962.

Cf. → WIEACKER, Wandlungen, p. II n. 31.

NEUHAUS, Paul Heinrich: *Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache*, in: *RabelsZ* 15 (1949/50) 364-381.  
Dazu jetzt → STURM.

NÖRR, Dieter: *La intuición viva de Savigny*, Ms. 1979.

Maschinenschriftlicher Text eines zur Publikation bestimmten Vortrages, den N. im Dezember 1979 in Madrid und Barcelona gehalten

hat. N. hat das Ms. für die Zwecke der vorliegenden Bibliographie freundlicherweise zur Verfügung gestellt.

Einleitend gibt N. eine Übersicht über die verschiedenen Methoden, sich dem Thema « Savigny » zu nähern. Der Hauptteil behandelt die mögliche aktuelle Bedeutung von S.'s theoretischen Grundeinsichten für das Problem der Anwendung der Norm auf den konkreten Sachverhalt, der zur Entscheidung gestellt ist. Insbesondere eine erneute Auseinandersetzung mit S.'s Begriff der « Anschauung » scheint die moderne Diskussion dieser Problematik bereichern zu können. Im Zusammenhang damit erörtert N. auch die Begriffe « Rechtsverhältnis » und « Institution ». Die Anschauung erweist sich bei dieser Untersuchung als verwandt mit der kantischen « Urteilskraft ». Insgesamt bemüht sich N., den wahren, sinnvollen, akzeptablen Kern aus S.'s Darlegungen herauszuschälen. Danach hat S. die Problematik des Verhältnisses von zu entscheidendem Fall und entscheidender Norm und damit im Zusammenhang das Problem von genereller Norm zu konkreter Entscheidungsgrundlage gut erfaßt und mit Hilfe seines Konzeptes der rechten « Anschauung » von Rechtsverhältnis und Rechtsinstitut in einer Weise gelöst, deren Betrachtung auch für die moderne Rechtstheorie noch lehrreich sein kann, nämlich als Warnung vor übertriebenem Dezisionismus und vor zu viel Technokratie und als Forderung nach einer sowohl die ganze Individualität des zu entscheidenden Falles als auch die Totalität der Rechtsordnung berücksichtigenden Methode der Fallbehandlung. → FIKENTSCHER, → LARENZ.

NÖRR, Knut Wolfgang: *Aus dem Aktionenrecht der Historischen Schule, besonders bei Savigny*, in: *FS für Werner Flume I*, Köln 1978, 191-198.

NÖRR, Knut Wolfgang: *Das Aktionenrecht bei Savigny*, in: *Ius commune* 8 (1980) 110-119.

Das Aktionenrecht zeit S. als Dogmatiker eher in den gewohnten Bahnen des gemeinen Rechts denn als Neuerer. Typisch ist für die dogmatisch-systematischen Grundsätze von S., daß er das Aktionenrecht aus dem Gedanken der Rechtsverletzung entwickelt (vgl. dazu → WILHELM, Jan).

NÖRR, Knut Wolfgang: *Zur Historischen Schule im Zivilprozess- und Aktionenrecht*, in: *Tradition und Fortschritt im Recht. Festschrift zum 500jährigen Bestehen der Tübinger Juristenfakultät*, Tübingen 1976, p. 73-89.

Im Gegensatz zu dem älteren Naturrecht, für das der Zivilprozeß primär eine staatliche Veranstaltung war, hatte die Rechtslehre seit

Kant den Zivilprozeß näher an das Privatrecht (Verhandlungsmaxime) herangeführt. Die historische Schule behielt diese Tendenz bei, betonte sie sogar noch.

NOLTE, Jürgen: *Burchard Wilhelm Pfeiffer - Gedanken zur Reform des Zivilrechts, Ein Beitrag zur Geschichte der deutschen Zivilgesetzgebung*, Göttingen 1969.

Bes. interessant wegen Pfeiffers sowohl von Thibaut als auch von S. abweichenden eigenen Vorstellungen, die er in Auseinandersetzung mit den beiden erstgenannten Autoren entwickelte.

VON OERTZEN, Peter: *Die Bedeutung F. C. von Gerbers für die deutsche Staatsrechtslehre*, in: *Staatsverfassung und Kirchenordnung - Festschrift für Rudolf Smend (zum 80. Geburtstag)*, Göttingen 1962.

Entwicklung einiger Grundgedanken aus « Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus » (Diss. phil. Göttingen 1953) unter Einbeziehung der späteren Arbeiten von → WILHELM und → BÖCKENFÖRDE. « Die soziale Funktion ... » ist im Druck erschienen, Frankfurt/M 1974.

OLLERO, Andres: *Savigny ante la interpretación del derecho: el legalismo aplazado*, in: *Savigny y la ciencia jurídica del siglo XIX, Anales de la cátedra Francisco Suarez 18-19 (1978-1979) 171-198*.

Untersuchung von S.'s Auslegungslehre vorwiegend aus systematischem Interesse.

PARESCHE, Enrico: « Savigny, Friedrich Karl (von) », in: *Novissimo Digesto Italiano*, XVI, Torino 1969.

PAUL, Wolf: *Marx versus Savigny*, in: *Savigny y la ciencia jurídica del siglo XIX, Anales de la cátedra Francisco Suarez, 18-19 (1978-1979) 243-269*.

Der Vortrag beruht im wesentlichen auf den entsprechenden Kapiteln von: Wolf PAUL, *Marxistische Rechtstheorie als Kritik des Rechts. Intention, Aporien und Folgen des Rechtsdenkens von Karl Marx - eine kritische Rekonstruktion*, Frankfurt/Main 1974.

Darstellung der Kritik des junghegelianischen Philosophen und Gesellschaftswissenschaftlers Marx an S. gedeutet als erste « moderne »



Kritik an den Grundproblemen der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts (Historismus, Relativismus, Positivismus, Legitimation des Positiven, Methodensynkretizismus). P. richtet zunächst die Frage an S., ob die historische Rechtsschule wirklich « geschichtliche Rechtswissenschaft » und eine « Kritik des positiven Rechts » geleistet habe. Das verneint P. mit der marxistischen Kritik an S. Nach Marx kann S. dem Recht eine eigene Geschichtlichkeit nur dadurch sichern, daß er die gesellschaftliche Dimension aus seiner Rechtsbetrachtung ausklammert.

Auch die behauptete Existenz einer kritischen Rechtswissenschaft wird, wie P. zeigt, nicht nur aus marxistischer Perspektive betrachtet, fragwürdig.

Marx selbst hat aber die rechtsphilosophischen Grundlagen und die Konsequenzen des Positivismus der historischen Schule an Gustav Hugo exemplifiziert. Der Hauptvorwurf, den P. auch übernimmt, ist, daß Hugos Kritik das geltende Recht nicht wirklich kritisiert, sondern verteidigt. Die Hauptkritik aber betrifft den Mangel an Rechtsphilosophie. → JAEGER.

PORZIO, Mario: *Formalismo e antiformalismo nello sviluppo della metodologia giuridica*, in: *Bull. Bibl. Ist. Giur. Napoli*, Napoli 1962, p. 254 ss.

Dazu → WIEACKER, *Wandlungen*, p. II n. 30.

RANIERI, Filippo: *Die Lehre der abstrakten Übereignung in der deutschen Zivilrechtswissenschaft des 19. Jahrhundert*, in: *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, ed. H. Coing und W. Wilhelm, II, Frankfurt/Main 1977, 90-III.

S. hat das Abstraktionsprinzip bei der Übereignung aus den römischen Quellen entwickelt (instruktive Schilderung des Verfahrens, p. 100). Es hat sich nach S. in Literatur, Praxis (dazu → SCHEUERMANN) und Gesetzgebung durchgesetzt. Das Prinzip erklärt sich aus S.'s formaler Rechtsauffassung (Rechtsverhältnisse werden durch den freien Willen begründet) und nicht aus rechtspolitischen Überlegungen. R. läßt offen, ob sich S. überhaupt der rechtspolitischen Konsequenzen der Verselbständigung des Umsatzaktes bewußt war (dazu Wieacker, *Pandektenwissenschaft und industr. Revol.*). Gegebenfalls wäre hier auch die Frage nach S.'s feudalstaatlichen Prinzipien zu prüfen (dazu → BRUTTI).

RANIERI, Filippo: *Brevi note sulla origine della nozione di negozio reale ed astratto*, in: *TRG* 38 (1970) 315-342.

Ausführliche Darstellung der Bedeutung von S. für die Entwicklung der Lehre vom abstrakten Rechtsgeschäft; cf. → DE LOS MOZOS.

RANIERI, Filippo: *Savignys Einfluß auf die zeitgenössische italienische Rechtswissenschaft*, in: *Ius commune* 8 (1980) 192-219.

Untersucht den Einfluß des «Dogmatikers» S. in Italien, d.h. Verbreitung und Übernahme der savignyschen Lehrmeinungen in der italienischen Rechtswissenschaft seiner Zeit, an Hand von S.'s Korrespondenz und an Hand der Übersetzungen seiner Werke. Cf. auch → THIEME.

REAL, Willy: *Aus dem Leben eines preußischen Diplomaten (K. F. v. Savigny 1814-1840)*, in: *Historisches Jahrbuch der Görres-Gesellschaft* 85 (1965) 84 ss.

Gilt in erster Linie S.'s Sohn K. F. Enthält aber wichtige Mitteilungen auch über den Vater. Cf. → LOSANO.

RODRIGUEZ MOLINERO, Marcelino: *Derecho y Pueblo en Savigny*, in: *Savigny y la ciencia jurídica, Anales de la Catedra Francisco Suarez* 18-19 (1978-79) 219-241.

Untersucht nach Vorarbeiten von Brie, Stammler, Manigk, Zwilgmeyer, Landsberg und insbesondere E. Wolf, der als Vorbild hervorgehoben wird, den wahren Sinn, den S. in jedem einzelnen Fall, da er ihn gebraucht, dem Begriff «Volk» beigelegt hat. Grundlage dafür ist, wie R. betont, eine minutiöse Analyse der Texte von S. Dementsprechend analysiert R. den «Beruf», «Über den Zweck» und das «System». Dabei entdeckt R. drei fundamentale Aspekte des Begriffs «Volk» bei S.: Volk als rechtserzeugendes Subjekt, die Natürlichkeit des Volkes als rechtserzeugendes Subjekt und der Staat als Konkretisierung des Volkes und Schöpfer des Rechts.

RÜCKERT, Joachim: *August Ludwig Reyschers Leben und Rechtstheorie. 1803-1880*, Berlin 1974.

In dieser in erster Linie dem frühliberalen Germanisten Reyscher gewidmeten Monographie sind S. und die Historische Schule (cf. die zahlreichen Nennungen im Register) stets gegenwärtig. Doch gilt die

Arbeit nicht S., sondern mehr seinen Wirkungen. Das Savigny-Bild Rückerts aus der Arbeit zu rekonstruieren wäre unangemessen. Ihr großer Wert für die Savigny-Forschung liegt vielmehr darin, daß die Historische Rechtsschule nicht mehr länger als ein geschlossener Block von Jüngern S.'s erscheint, sondern sich in eine heterogene Gruppe von Individualitäten auflöst (so die Rezension von H. HATTENHAUER, in: *Zeitschrift für historische Forschung* 3 (1976) 280-283).

SCHAFFSTEIN, Friedrich: *Friedrich Carl von Savigny und Wilhelm von Humboldt*, in: *SZGerm* 72 (1955) 154-176.

Weist ausgehend von der Berliner Berufung S.'s auf dessen geistige Verwandtschaft mit Humboldt hin, die er nicht nur im Neuhumanismus begründet sieht, sondern auch in einer weiteren parallelen Entwicklung beider: S.'s «romantische» Wendung zum Begründer der historischen Schule und Humboldts Entwicklung zum «individualitätsbestimmten organisch-historischen Denken». Humboldts Aufsatz «Ideen über Staatsverfassung ...» (1792) wird als Ausdruck einer sehr frühen Vorwegnahme von S.'s späterer Absage an die Rechtsentstehung aus der Vernunft zitiert. → MANTELLO, H. SCHRÖDER.

SCHUEERMANN, Reimund: *Einflüsse der Historischen Rechtsschule auf die oberstrichterliche gemeinrechtliche Zivilrechtspraxis bis zum Jahre 1861*, Berlin 1972.

Insgesamt war der Einfluß gering. Doch finden sich Urteile, die dogmengeschichtliche und textkritische Überlegungen anstellten. Die Modifikationen der Praktiker des Usus modernus werden im allgemeinen entgegen dem Quellenpurismus der historischen Schule beibehalten (Beispiel: Der Vertrag zugunsten Dritter). Die überkommene Argumentation mit der Natur der Sache wird fortgesetzt. Die Lehre vom Gewohnheitsrecht, die die Rechtsüberzeugung für entscheidend erklärt, wird übernommen, da sie der Praxis den Nachweis von Gewohnheitsrecht erleichtert. Die Lehre von der abstrakten Übereignung hat keine große praktische Bedeutung. Cf. die Rezension von LUIG, in: *Savigny-Zeitschr., Rom. Abt.* 90 (1973) 522.

SCHIKORSKI, Felix: *Die Auseinandersetzung um den Körperschaftsbegriff in der Rechtslehre des 19. Jahrhunderts*, Berlin 1978.

Ausgangspunkt der Untersuchung von Sch. ist S.'s allgemeiner Personenbegriff. Die dabei ermittelten Ergebnisse sind äußerst wichtig für die Frage nach den Grundlagen der Anschauungen von S. Sch.

interessiert sich insbesondere für die Zusammenhänge zwischen Kant und S. Im Gegensatz zu → KIEFNER kommt er zu dem Ergebnis, daß S. eine Antwort sucht auf die bei Kant im Hintergrund verbleibende Frage, wer eigentlich das hinter dem Sittengesetz, hinter dem sittlichen Imperativ (der ja einen Imperator voraussetzt) stehende Subjekt sei. Dies ist für S. der christliche Gott (vgl. dazu auch → STRAUCE). Durch seine « christliche Lebensansicht » entfernte sich nach Sch.'s Deutung S. weit von der philosophischen Nachbarschaft zu Kant. Dieses Ergebnis ist insbes. mit der These von → WROBEL zu kontrastieren. Ohne sich ausdrücklich mit Wrobel auseinanderzusetzen, distanziert sich Sch. deutlich von der Ansicht, daß eine wissenschaftliche Auseinandersetzung, wie sie Gegenstand seiner Arbeit ist, « könne in irgendeiner Weise 'logisch' (dialektisch) auf die ökonomischen oder sozialen Verhältnisse ihrer Zeit 'reduziert' werden in dem Sinne, daß diese Reduktion eine objektiv gültige, historische Erkenntnis zu vermitteln vermöchte » (15). Vgl. dazu auch → KLENNER. Allerdings lehnt Sch. eine reine Deduktion aus den geistig-kulturellen Bedingungen ebenfalls ab.

SCHILD, Wolfgang: *Savigny und Hegel. Systematische Überlegungen zur Begründung einer Rechtswissenschaft zwischen Jurisprudenz und Philosophie*, in: *Savigny y la ciencia jurídica, Anales de la Catedra F. Suarez* 18-19 (1978-1979) 271-320.

Ausgehend davon, daß S. als der Begründer der eigentlichen eigenständigen Rechtswissenschaft gilt, der die Trennung von der Philosophie vollzogen hat, während H. wohl der letzte systematische Rechtsphilosoph ist, erörtert Sch. das Verhältnis der grundlegenden wissenschaftlichen Anschauungen beider. Dabei geht es zentral um die Möglichkeit einer eigenständigen Rechtswissenschaft und gegebenenfalls um das Prinzip ihrer Wissenschaftlichkeit, das sie zugleich von der Philosophie auf der einen Seite und von einer bloß handwerklich-rhetorischen Jurisprudenz auf der anderen Seite unterscheiden kann. Die Arbeit von Sch. fällt aus dem Rahmen der vorliegenden Bibliographie, da Sch. ein ausschließlich systematisches Anliegen verfolgt. Er will herausarbeiten, welche Argumente von S. und H. für eine Theorie der heutigen Rechtswissenschaft nutzbar gemacht werden können.

SCHMIDLIN, Bruno: *Das Problem des Gesetzeszweckes in der Auslegungslehre Savignys*, in: *Convivium utriusque iuris. Alexander Dordett zum 60. Geb.*, Wien 1976, 79-90.

Kritisiert das Fehlen des teleologischen Elements (des Zwecks im Recht) in S.'s Auslegungslehre als Hauptursache für die Wirklichkeits-

feindlichkeit der späteren Begriffsjurisprudenz, die auch noch auf den Rest Teleologie verzichtet, der bei S. im Entwicklungsgedanken steckt. Bei S. ist die Zweckidee des Rechts nur in der Geschichte lebendig, nicht in der Natur des Menschen und nicht im Bereiche seiner planbaren Willkür. Darin äußert sich S.'s Gegnerschaft zum teleologisch orientierten Naturrecht. Die Auslegung hat demnach eine rein explikative Funktion, die der Rekonstruktion des Gedankens des Gesetzgebers. Applikation ist ausgeklammert.

Historisch-philosophische Methode bedeutet dann folgendes: Der Rechtsanwender betrachtet das Recht als etwas objektiv Gegebenes, dem er subjektiv nichts hinzufügt. Das Wissen um das objektiv Gegebene ist historisch. Philosophisch ist die Rechtswissenschaft aber zugleich, weil der Rechtsanwender das Recht nicht als etwas Zufälliges, sondern als allgemein notwendige, systematische Begriffe verstehe.

SCHNEIDER, Gerhard: *Der Ursprung des Positivismus in der Gestalt des Historismus*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 58 (1972) 267-287.

Zusammenfassung, S. 286:

In diesem Aufsatz wird zunächst gezeigt, daß die in der historischen Rechtsschule von Savigny vollzogene Reduktion der Rechtswissenschaft auf historische Kenntnis des jeweils geltenden Rechts erwachsen ist aus einem politisch motivierten Kampf gegen das im Vernunftrecht der Aufklärung gegründete bürgerliche Recht der französischen Revolution. Eine Analyse des von Savigny für die historische Rechtswissenschaft ausgearbeiteten Wissenschaftsverständnisses ergibt dann, daß hier auf dem Gebiete der Rechtswissenschaft die Grundpositionen des geisteswissenschaftlichen Positivismus entworfen werden, d.h. daß der Historismus auf dem Gebiete des Rechts die Ursprungsform des Positivismus, daß der Historismus das Wesen des Positivismus ist. Aus beiden Gedankengängen folgt, daß die Ursprungsmotivation des Positivismus nicht wissenschaftstheoretischer, sondern politischer Art ist ».

SCHNEIDER, Hans: *Der preußische Staatsrat 1817-1919. Ein Beitrag zur Verfassungs- und Rechtsgeschichte Preußens*, München und Berlin 1952.

Schneider hebt S.'s technisches Geschick bei der Redaktion der Gesetze hervor. Im übrigen habe er sich «unpolitisch» verhalten. Er sei weder ein phantasievoller Anreger noch ein tatkräftiger Gestalter gewesen (hier nach SCHUBERT *SZGerm* 95, 1978, 159).

SCHOOF, Wilhelm: *Friedrich Carl von Savigny in Berlin - Ein Lebens- und Zeitbild*, in: *Der Bär von Berlin, Jahrbuch des Vereins für die Geschichte Berlins*, 21 (1972) 7-61.

Dieser Aufsatz ist eine äußerst unkritische und lobrednerische Schilderung des Lebens, das S. in Berlin geführt hat. S. beklagte sich im Jahre 1820 in einem Brief an Pfarrer Bang über sein Kopfleid. Zu einem längeren Auszug aus diesem Brief setzt Schoof folgenden Zusatz: «Dazu kamen noch widrige Verhältnisse in der Fakultät. Seit 1820 lehrte ein Gegner, Sohn eines jüdischen Bankiers, als Privatdozent in Berlin: Eduard Gans, ein Anhänger der Hegelschen Schule, der Savigny wiederholt in seinen Schriften beschimpft und in der übelsten Weise angegriffen hatte». Vgl. dazu neuerdings die Arbeit von → BRAUN.

SCHRÖDER, Horst: *Über die Gesellschafts-, Staats- und Rechtsauffassungen Wilhelm von Humboldts, unter besonderer Berücksichtigung ihrer Abgrenzung zu den Anschauungen der historischen Rechtsschule - ein Beitrag zu seinem 200. Geburtstag*, in: *Wissenschaftliche Zeitschrift der Humboldt-Universität zu Berlin*, Ges.- Sprachw. Reihe XVII (1968) 3, 407-411.

Stellt anhand von Humboldts Schrift «Ideen über Staatsverfassung, durch die neue französische Constitution veranlaßt» die philosophischen und historischen Grundlagen von dessen Rechts- und Staatstheorie der Position Savignys und der historischen Schule gegenüber. Sieht den wesentlichen weltanschaulichen Unterschied in ihrer verschiedenen Beurteilung der historischen Berechtigung der französischen Revolution und in der Nichteinbeziehung des bestehenden bürgerlichen Staats in die wissenschaftlichen Untersuchungen der historischen Schule. → SCHAFFSTEIN.

SCHRÖDER, Horst: *Über die Stellung und die Auffassungen Carl Friedrich von Savignys zum Wesen und zu den Aufgaben der Universitäten in seiner Zeit*, in: *Wiss. Zs. der Humboldt-Universität zu Berlin*, Ges. Sprachw. R. XVII (1968) 3, 413-43; teilweise auch in: *Acta facultatis Juridicae Universitatis Comenianae*, Bratislava 1968, 243-258.

Sucht in S.'s Vorstellungen über das Wesen der Universitäten Aufschluß über Savignys gesellschaftspolitischen Standort. Nach Schröders Ansicht ignorierte S. infolge seiner «antiphilosophischen Position» die politische Bedeutung der Stellung der bürgerlichen Philosophie im akademischen System. Trotz S.'s konservativer Gesamthaltung zeigen seine Auffassungen von der Stellung der Univer-

sitäten auch progressive Tendenzen (Eintreten für Beibehaltung der Korporationen und für die Lehr- und Lernfreiheit).

SCHRÖDER, Horst: *Friedrich Karl von Savigny, 21.02.1779 - 25.10.1861*, in: *Staat und Recht* 28 (1979) 158-166.

Nach der gewaltsamen Beseitigung des Feudalismus und der Einführung kapitalistischer Produktions- und Eigentumsverhältnisse durch die Revolution in Frankreich sieht S. seine gesellschaftspolitische Aufgabe darin, in Deutschland die gewaltsame Beseitigung des Feudalsystems zu verhindern und unter Wahrung der Suprematie des Adels (durch das Mittel der Ablehnung der Kodifikation und die Überweisung der Rechtsentwicklung an einen feudalen Juristenstand) seine Anpassung an den nicht aufzuhaltenden Kapitalismus vorzubereiten. Mit diesem Versuch eines Klassenkompromisses zwischen Junkertum und Bourgeoisie scheitert aber S. Objektiv gibt er dem entstehenden bürgerlichen Nationalstaat entscheidende wissenschaftliche Impulse: Das «System» ist die für die weitere Entwicklung des kapitalistischen Eigentumsrechts entscheidende systemtheoretische Aufbereitung des römischen Rechts. Darauf beruht auch noch das BGB. So behauptet sich im Ergebnis Thibauts zu seiner Zeit illusionäre Vorstellung einer nach bürgerlichen Prinzipien organisierten Staatsgesellschaft. S. hatte seine rechtspolitischen und rechtstheoretischen Vorstellungen den objektiven Erfordernissen der Gesellschaftsentwicklung der Zeit unterordnen müssen und bei der Errichtung einer kapitalistischen Staatsordnung mithelfen müssen. → KLENNER, KUCZINSKY, WROBEL.

SCHRÖDER, Horst: *Zur historischen Methode F. K. v. Savignys*, in: *Sammelband zur Staats- und Rechtsgeschichte*, Univerzita Karlova, Praha 1979, 71-103.

Schröders Untersuchung hat die historische Methodologie des dialektischen Materialismus zur Grundlage, die auf einer theoretischen Verallgemeinerung der bisherigen Geschichte beruht. «Ihre inhaltlichen Grundprinzipien können durch neue Ergebnisse der historischen Quellenforschung im Wesen nicht widerlegt, sondern nur bestätigt werden» (81-82). Somit gilt für Schröder: «Der Marxist hat also keine Angst vor den weißen Flecken in der Geschichte, er sucht sie vielmehr in der Gewißheit auf und mit neuen Erkenntnissen im Interesse seiner Weltanschauung beseitigen zu können» (82, so wörtlich!). Auf dieser festen methodischen Grundlage, die immer mit «neuen historischen Erkenntnissen den Wahrheitscharakter dieser Methode» selbst bestätigt (82), schildert Sch. die historische Methode von S. Das Ergebnis davon ist, daß sich die Lehre von S. «als ein entscheidendes Mittel

zur Aufrechterhaltung der überlebten Klassensituationen » erweist (71, 76, 101, 103).

S.'s « historische Rechtswissenschaft » zielte also auf die « Interessen einer geschichtlich überholten Klassen und Gesellschaft dienenden Ideologie » (76). Doch kam sie durch die totale Entpolitisierung des Rechts gleichzeitig den Bedürfnissen der nachfolgenden bürgerlichen Rechtswissenschaft besonders entgegen (77, 100). Auf die Thesen von → KLENNER geht allerdings Sch. in diesem Zusammenhang nicht ein. Cf. auch → WROBEL; anders → SCHIKORSKI.

SCHRÖDER, Jan: *Savignys Spezialistendogma und die « soziologische » Jurisprudenz*, in: *Rechtstheorie* 7 (1976) 23-52.

Als « Spezialistendogma » bezeichnet Sch. die Annahme von S., daß bei steigender Kultur eines Volkes die Funktion des Volksgeistes, das Recht hervorzubringen, mehr und mehr von Juristenstand übernommen werde. Sch. behandelt die Entstehung dieser Anschauung, ihre allmähliche Loslösung von der Volksgeistlehre, ihre Verwendung im Kampf gegen die Germanisten und ihre Wiederkehr bei der Bekämpfung der Freirechtsbewegung.

Für Sch. ist der Bruch zwischen den Germanisten und den Romanisten in der historischen Rechtsschule auch ein Bruch der ursprünglichen Theorie selbst: Die Volksgeistlehre verbleibt bei den Germanisten, das Spezialistendogma ist Sache der Romanisten. Elemente der Volksgeistlehre findet Sch. auch bei Eugen Ehrlich, H. U. Kantorowicz und Ernst Fuchs « als verlassene Erbschaft aus den besseren Anfängen der historischen Schule » (Kantorowicz). Demgegenüber erscheinen Sch. die Einwände gegenüber den Positionen des Freirechts aus der Feder von Josef Unger, Ludwig Mitteis und Max Weber als Ausprägungen des Spezialistendogmas. Von dieser Warte aus ließe sich sicher auch Wieackers Gesamturteil über die Historische Schule als Ausdruck eigener Anhängerschaft an das Spezialistendogma deuten.

SCHRÖDER, Jan: *Friedrich Carl von Savigny (1779-1861)*, in: KLEINHEYER/SCHRÖDER (Hrsg.), *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, Karlsruhe und Heidelberg 1976, p. 230-236.

Sch. betont die Bedeutung der rechtstheoretischen Ansichten von S. insbesondere über die Entstehung des Rechts aus dem Volksgeist und die Rolle des Juristenstandes. Hebt hervor, daß S. im Gegensatz zur späteren Begriffsjurisprudenz noch ein Verbindungsglied sah zwischen den verselbständigten Rechtssätzen und der sozialen Wirklichkeit des Rechts. Sch. meint, S.'s Rechtstheorie sei von den unmittelbaren Nachfolgern nicht verstanden worden. Die Historische



Rechtsschule sei später dem etatistischen Denken verfallen, das S. gerade bekämpft hatte. Erst die Freirechtler, vor allem Ehrlich, hätten diese erste « soziologische » Rechtstheorie verständnisvoll gewürdigt. Zu den soziologischen Ansätzen in der Rechtstheorie von S. cf. insbes. → JAEGER.

SCHUBERT, Werner: *Savigny und die rheinisch-französische Gerichtsverfassung*, in: *SZGerm.* 95 (1978) 158-169.

Abdruck eines bisher unveröffentlichten Votums S.'s (17.06.1818) zur rheinischen Gerichtsverfassung, in dem er sich für die Rückkehr zur alten preußischen Gerichtsverfassung aussprach (Vereinigung der gesamten erstinstanzlichen Zivilgerichtsbarkeit in einer Hand, incl. freiwilliger Gerichtsbarkeit). Schubert sieht hierin ein weiteres Beispiel für S.'s rechtspolitischen Konservativismus.

SCHULER, Theo: *Jacob Grimm und Savigny. Studien über Gemeinsamkeit und Abstand*, in *SZGerm.* 80 (1963) 197-305.

Sch. behandelt, wie S. auf J. G. gewirkt hat. Umgekehrt wird aber auch untersucht, welche Rolle J. G. bei der Volksgeistlehre und ganz konkret bei der Konzipierung der Gedanken des « Berufs » spielte. Sch. konstatiert, daß J. G. « in der entscheidenden Zeit bereits Gedankengänge ausgesprochen habe, die ihrerseits Savigny sinnentsprechende Umschreibungen für den Ausdruck ' Volksgeist ' nahelegten » (223). Über den « Beruf » schreibt J. G. an S.: « Das Volk achtet in der Poesie auch nur allein dieses Unsichtbare und mag das Neue nicht » (229). Sch. meint jedoch, daß die Entwicklung von S. wohl auch ohne den Einfluß von J. G. nicht anders verlaufen wäre. Ausführliche Erörterung der Frage, wie sich S. und J. G. zu Klassik und Romantik verhielten. Sehr ergiebig zur Persönlichkeit von S., aber stets nur soweit, wie auf J. G. bezogen.

SCHULTE, Erich: *Die juristische Methodenlehre des jungen Savigny. Die Entwicklung des historischen Denkens von dem Methodenkolleg des Wintersemesters 1802/03 zur Methodologie des « Systems des heutigen römischen Rechts »*, Diss. iur., Kiel 1954.

Sch. schildert die Methode von S. im wesentlichen unter dem Gesichtspunkt der Überwindung des Naturrechts der Aufklärung durch das « neue Lebensgefühl des sich in der Geschichte wissenden Menschen ». Betont die Verbindung dieser Haltung mit dem Idealismus von Schelling und Hegel.

SCHWARZ, Fritz: *Was bedeutet uns Savigny heute?*, in: *Archiv für die civilistische Praxis* 161 (1962) 481-499.

Versuch einer Deutung S.'s auf der ohne Kritik akzeptierten Voraussetzung, daß S.'s Absichten dem Privatrecht eines europäischen Besitzbürgertums galten. Eine bes. feudalistische Tendenz wird nicht hervorgehoben. Positive Hervorhebung der Bedeutung von S.'s prinzipieller Einsicht in die Rolle von System, Institution und Rechtsbegriff bei Problemlösungen. Die Hinwendung zum römischen Recht entspricht dem Geist des zweiten Humanismus. Sie bedeutete praktisch die Bewahrung der Rechtseinheit für Deutschland. Was anderswo als « rechtspolitische Funktion » bezeichnet wird, ist für Sch. Verkennen der sozialen Bedingungen des Rechts seiner Zeit (486, 494).

SELLNOW, Werner: *Gesellschaft - Staat - Recht*, Berlin 1963.

Sellnow hat sich nach dem Urteil von → KUCZYNSKI bis 1977 als einziger Marxist der DDR etwas eingehender mit S. beschäftigt. Sellnow weist S. eindeutig der Romantik zu. Bei Sellnow, p. 158, heißt es: « Seitz hatte nicht unrecht, als er über Hugo, Savigny und dessen Schüler schrieb, daß ihre Methode zwar entstanden sei auf dem Boden des Zivilrechts, sehr bald aber zur Grundlage der klerikalen Schule um Stahl wurde und damit zur direkten Politik von Metternich und zu 'dem gewaltthätigen Polizeistaat der Romantiker (führte, der sich) um 1830 und 1848 fortwährend am Rande politischer Revolutionen' bewegte ». (Bei dem zitierten Seitz handelt es sich um: K. J. SEITZ, *Die praktische Rechtsschule im Entwicklungskampf mit den bisherigen doktrinären, historischen und Natur-Rechtsschulen*, München 1895, p. xxvi; hier zitiert nach J. KUCZYNSKI, *Studien zu einer Geschichte der Gesellschaftswissenschaften*, Band 6, p. 141).

SIEMANN, Wolfram: *Die Frankfurter Nationalversammlung 1848/49 zwischen demokratischem Liberalismus und konservativer Reform. Die Bedeutung der Juristendominanz in den Verfassungsverhandlungen des Paulskirchenparlaments*, Bern-Frankfurt 1976.

Der Verfasser zeigt, daß die Grundsätze der Historischen Rechtsschule Folgen hatten, die auch für verfassungs- und staatsrechtliche Positionen bedeutsam waren. In Frankfurt setzt sich eine im Sinne der Historischen Schule politisch agierende Juristengruppe durch. Deswegen kann man nicht mehr von einer liberalen Mehrheit in der Paulskirche sprechen. Das Programm der Mehrheitsfraktionen war vielmehr reformkonservativ. Cf. dazu die Rezension von J. RÜCKERT, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, germanist. Abteilung* 96 (1979) 365-371.

SPERDUTI, G.: *La sottomissione volontaria ad una legge secondo Savigny*, in: *Studi in onore di A. Segni*, IV, Milano 1968.

STEIN, Peter: *Legal Evolution, The Story of an Idea*, Cambridge 1980.

St. verfolgt die Geschichte des Evolutionsgedankens im Recht, also die Geschichte der Idee oder der Vorstellung, daß sich Recht unter dem Einfluß bestimmter soziologischer Faktoren mehr «entwickelt» als es vom Gesetzgeber gemacht wird. Diese Vorstellung entstand im 18. Jahrhundert und hatte ihren Höhepunkt im 19. Jahrhundert, sie ist verbunden mit den Namen Adam Smith, Savigny und Maine. S. bleibt also von zentraler Bedeutung für den Evolutionsgedanken im Recht. St. stellt aber S. in einen größeren europäischen Zusammenhang als dies meist in deutschen Abhandlungen geschieht. Es bleibt aber dabei, daß die Idee der Evolution des Rechts stets in erster Linie von konservativen Rechtsdenkern verfochten worden ist.

Hugo war der Vorläufer von S. in Deutschland. Während aber Hugo in erster Linie von der pragmatischen Sicht von Montesquieu sich angesprochen fühlte, entwickelte S. Montesquieus Gedanken in einer mehr romantischen, fast mystischen Art fort. Außerdem fügte er Montesquieus Grundgedanken weitere Elemente bei, die er teils von Edmund Burke und teils von J. G. Herder übernahm, und zwar von Burke den politischen Konservatismus und von Herder die Überzeugung von der Bedeutung der kulturellen Tradition. S.'s Evolutionsmodell des Rechts ist aber eigentlich nur eine Generalisierung der Entwicklung des römischen Rechts. Auf andere Rechtskulturen paßt es nicht. Seinen Erfolg verdankt es dem Umstand, daß es jedem etwas bietet: Den Fürsten Argumente gegen legislatorische Reformen; den Demokraten die Genugtuung, daß das Recht aus der Mitte der Völker entspringt; den Professoren das «Spezialistendogma» (dazu → J. SCHRÖDER) und den Nationalisten endlich die Betonung der Bedeutung des Volkscharakters.

STRAUCH, Dieter: *Friedrich Carl von Savigny - Briefwechsel mit Friedrich Bluhme 1820-1860*, Bonn 1962.

STRAUCH, Dieter: *Recht, Gesetz und Staat bei Friedrich Carl von Savigny*, 2. Aufl., Bonn 1963.

Die ohne Berücksichtigung des Buches von → W. WILHELM geschriebene Monographie unterscheidet in der Rechtsentstehungslehre von S. drei Perioden: die gesetzessystematische der Methodenlehre, die das

« Werden » des Rechts aus dem Volksgeist hervorhebende des « Berufs » und eine späte Periode, in der die gesetzgeberische « Tat » den Vorrang haben sollte. Trotzdem blieb die Rechtswissenschaft, die im 19. Jahrhundert den Gesetzgeber ersetzte, im Zentrum des Interesses von S. St. stellt fest, daß die in der Rechtslehre gewonnenen Einsichten von S. ihn zu einer konservativen Grundhaltung geführt haben, die allerdings Neuerungen nicht abhold gewesen sei. Diese hielt S. nach St. allerdings eher auf staatsrechtlichem Gebiete für erforderlich als auf sozialem (doch wohl auch privatrechtlichem) Gebiete. Die übliche Frage nach Klassik oder Romantik beantwortet St. durch Hinweis auf die Komplexität des Denkens von S.

STRAUCH, Dieter: *Friedrich Carl von Savignys Landrechtsvorlesung vom Sommer 1824*, in: *Staat-Recht-Kultur. Festgabe für E. v. Hippel*, Bonn 1965, 245-264.

Würdigung der Nachschrift, die sich im jurist. Seminar der Universität Bonn (Sign. Eb 39) befindet. Nach St. war S.'s Ziel, das Landrecht so darzustellen, wie es vom Standpunkt des römischen Rechts aus zu betrachten war, d.h. S. behandelt vorwiegend die romanistischen Materien: « Bestandsaufnahme der Regeln des römischen Rechts, die der aufklärerischen Kritik widerstanden haben ». Das von → THIEME (*Savigny und das deutsche Recht*) beschriebene Programm bleibt in der Vorlesung unerfüllt. St. hebt aber die historische oder genetische Betrachtungsweise von S. hervor, deren Fehlen sonst oft bemängelt wird (so von → STÜHLER, p. 38). Im Zusammenhang damit hebt St. auch hervor, wie sehr S. die Bedeutung des historisch gewachsenen Schatzes an Präjudizien betont.

STÜHLER, Hans-Ulrich: *Die Diskussion um die Erneuerung der Rechtswissenschaft von 1780-1815*, Berlin 1978.

Schon vor S. haben vor allem Gustav Hugo und Anselm Feuerbach unter kantischem Einfluß durch Kritik am materialen Naturrecht und durch die Verbindung von historischer (empirischer und pragmatischer) und philosophischer Methode die methodologische und gegenständliche Selbständigkeit der positiven Rechtswissenschaft begründet. Vor allem im Gegensatz zu S.'s konservativem Reformmodell wird Feuerbachs Verdienst um eine bürgerlich-liberale aufklärerische Jurisprudenz hervorgehoben und S. als Gründungshero entthront (Thesen, S. 237-238). Zu Feuerbach → BLÜHDORN.

STURM, Fritz: *Savigny und das internationale Privatrecht seiner Zeit*, in: *Ius commune* 8 (1980) 92-109.

S.'s Abkehr von der Statutenlehre und sein Gebot, das Rechtgebiet auszumachen, dem die Rechtsverhältnisse ihrer Natur nach angehören, ist entgegen der Annahme von → NEUHAUS keine kopernikanische Wende des Kollisionsrechts, sondern vielmehr der durch S.'s Durchblick und klaren Stil ermöglichte Abschluß einer tief in der Tradition angelegten Entwicklung. Dieser Abschluß, diese Synthese sind aber zugleich Neuanfang, weil sie sich auf Grund S.'s großer Autorität sofort in Wissenschaft, Praxis und Gesetzgebung durchsetzen. Materiell steht im Vordergrund von S.'s Interesse eine gut funktionierende völkerrechtliche Gemeinschaft. Sturm verteidigt S. gegen den Vorwurf, im Interesse der Unternehmerklasse ein Privatrecht geschaffen zu haben, dem der Staat indifferent gegenüberstehen sollte.

TEGETHOFF, Wilhelm: *Kant und Savigny - Der Einfluß des deutschen Idealismus, insbesondere Kants auf Fr. C. von Savigny*, Diss. iur., Frankfurt/Main 1952.

THIEME, Hans: *Die deutsche Historische Rechtsschule Savignys und ihre ausländischen Jünger*, in: *Acta Facult. Jurid. Univ. Comenianae*, Bratislava 1968, 259-269.

Kurzer Überblick über Einflüsse unmittelbarer und mittelbarer Schüler S.'s auf die Rechtswissenschaft in den europäischen Ländern von Skandinavien über Mittel- und Osteuropa bis Rußland. Für Italien → RANIERI, für Spanien → FIGUERAS.

THIEME, Hans: *Savigny und das deutsche Recht*, in: *SZGerm* 80 (1963) 1-26.

Zusammenstellung und Diskussion der positiven Äußerungen von S. über das deutsche Recht in der Absicht, zu zeigen, daß S. objektiv genug war, auch das deutsche Recht in seiner Besonderheit zu würdigen, und gleichzeitig, zu zeigen, daß das deutsche Recht auch der positiven Einstellung von S. wert war.

VONNESSEN, Hedwig: *Friedrich Karl von Savigny und Jakob Grimm*, Köln 1958.

WEBER, Heinz Peter: *Die Bibliothek des Juristen Friedrich Carl von Savigny in der Universitätsbibliothek Bonn*, Bonn 1971.

WIEACKER, Franz: *Ihering und der « Darwinismus »*, in: *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, hrsg. von G. Paulus, U. Diederichsen und C.-W. Canaris, München 1973, 63-92; dasselbe in spanischer Sprache: *Ihering y el « Darwinismo »*, in: *Savigny y la ciencia jurídica del siglo XIX, Anales de la catedra Francisco Suarez*, 18-19 (1978-1979) 341-370.

Der Umstand, daß naturwissenschaftlicher und juristischer Positivismus im 19. Jahrhundert in gleicher Weise darauf verzichteten, einen außerhalb ihres eigentlichen Untersuchungsgegenstandes liegenden Grund (der natürlichen Erscheinungen oder des rechtlichen Sollens) in Betracht zu ziehen, ermöglichte eine beschränkte Wirkung naturwissenschaftlicher Voraussetzungen und Erkenntnismethoden auf die Rechtswissenschaft. W. zeigt das am Beispiel von Ihering, der nach W. fast allein unter den Klassikern der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts sich den Einflüssen der zusammengefaßt als « Darwinismus » bezeichneten lebenswissenschaftlichen Hauptströmung geöffnet hatte.

WIEACKER, Franz: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Auflage, Göttingen 1967, insbes. p. 348-430.

Die S. betreffenden Grundgedanken dieses Kapitels der Privatrechtsgeschichte sind bei dem Titel → « *Wandlungen* » kurz resümiert worden. Im übrigen setzt die vorliegende Bibliographie in allen Punkten die Kenntnis dieses Kapitels voraus.

WIEACKER, Franz: *Wandlungen im Bilde der historischen Rechtsschule* (Schriftenreihe der juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 77), Karlsruhe 1967.

Zeigt, daß S.'s Absichten in den Jahren von 1802-1815 der Erneuerung der Wissenschaft vom geltenden Recht galten, nämlich deren Erhebung zu einer logischen, allgemeingültigen, im Sprachgebrauch der Zeit « philosophischen » Wissenschaft. Dabei sollte es sich nicht um eine Wissenschaft von der Rechtsgeschichte handeln, sondern um eine geschichtliche Rechtswissenschaft. Dies entsprach generell der wissenschaftlichen Erneuerungsbewegung, welche die « Kritiken » Kants hervorgerufen hatten und die in der Universitätsgründung von W. v. Humboldt ihre Erfüllung suchte. Wissenschaftliche Erkenntnis war danach die Organisation des Erfahrungsstoffes durch die reinen Anschauungsformen des Geistes (cf. → D. NÖRR). Das an den Universitäten wissenschaftlich gebildete Bürgertum verstand sich als Nation. Wieacker ordnet die Bestrebungen des jungen S. in den gesamten

kulturpolitischen Horizont der Zeit ein. Die Entlarvung seiner Bemühungen um Rechtsreform durch Reform der Rechtslehre als Votum gegen die revolutionären Inhalte des Code Napoléon trifft demnach nicht das Ganze. Wieacker hebt insbes. hervor, daß eine «philosophische» positive Rechtswissenschaft sich schon vor S. durchzusetzen begann (dazu → WILHELM, → BLÜHDORN, → GONZALES VICÉN, → PORZIO, → NEGRI). Er weist aber auch auf das dabei entstehende bis heute nicht beigelegte Problem der Verbindung von allgemeiner Vernunft und empirischer Erfahrung hin, das letztlich dazu führte, daß S.'s geschichtliche Rechtswissenschaft im Grunde ungeschichtlich war (dazu → BÖCKENFÖRDE). Die Erhebung gegen den vernunftrechtlichen Rationalismus mündete somit in die Entfremdung von der politischen, geschichtlichen und gesellschaftlichen Wirklichkeitsgrundlage des Rechts. Wieacker meint, dies sei das Schicksal der Rechtswissenschaft bis auf unsere Tage geworden. Ähnlich wie Feuerbach sagt er, nur die reifste praktische Rechtsvernunft könne über den messerscharfen Grat zwischen lebensfremdem Formalismus und rechtsfremdem Zweckdenken leiten (zu Feuerbach cf. → BLÜHDORN). Für das 19. Jahrhundert will Wieacker dem Formalismus aber ein Verdienst nicht absprechen: Er hat die Emanzipation der bürgerlichen Gesellschaft des 19. Jahrhunderts ermöglicht. Doch fand diese Aufgabe ihr Ende, als sich hinter den errungenen bürgerlichen Freiheiten erneut die Frage nach der Gerechtigkeit der Rechtsordnung oder anders die neue Frage nach der sozialen Gerechtigkeit der Rechtsordnung erhob.

WIEACKER, Franz: *Friedrich Carl von Savigny*, in: *Gründer und Bewahrer - Rechtslehrer der Neueren Deutschen Privatrechtsgeschichte*, Göttingen 1959.

Die Studie ist eine Rede, die Wieacker im Jahre 1954 auf dem Hamburger Rechtshistoriker-Tag gehalten hat. Die Arbeit ist durch die neueren Darstellungen aus der Feder von Wieacker weitgehend ersetzt. Schon hier stellt Wieacker fest, daß es bei der Frage nach dem Charakter der Schriften S.'s als «Parteyschrift» (so die Vorrede zum System) im Grunde um die Gegnerschaft zwischen einer nationaldemokratischen Kodifikationsbewegung und einer staatsfrommen konservativen Reaktion handelt. Wieacker glaubt aber, S.'s «eigentliches justizpolitisches Anliegen», seine Warnung nämlich vor einer unwissenschaftlichen Kodifikation, davon trennen zu können. Auch zum Problem des von Kant abgeleiteten Formalismus von S. nimmt Wieacker Stellung. Von einer Instrumentalität der historischen Methode will Wieacker jedoch nichts wissen. Er sagt: «Gerade sein historisch-organisches Rechtsbewußtsein bewahrte indessen diesen konservativen, später selbst restaurativen Juristen davor, der Reaktionär

zu werden, als der er dem Jungen Deutschland und dem entschiedenen Fortschritt gern gegolten hat». Wieacker ist auch nicht bereit, S.'s historisches Denken als im Grunde ahistorisch abzuqualifizieren. Allerdings steht S.'s historische Kulturphilosophie stets im Dienste der Aufgabe einer wirklichen Rechtswissenschaft seiner Zeit. Das verbindende Zwischenglied ist das Verständnis der Kultur als Literatur, der Rechtskultur folglich als Rechtsliteratur. Der Kernsatz von Wieackers Deutung ist folgender: «Die drei Pfeiler dieser Neubegründung der Rechtswissenschaft waren einmal die Anerkennung der Autonomie, des 'selbständigen Daseyns' der Rechtsordnung, sodann die Vergegenständlichung der abstrakten Rechtsvernunft des Naturrechts im erneuerten Römischen Recht und umgekehrt die Durchdringung der gemeinrechtlichen Tradition mit der bisher nur abstrakten Rechtsvernunft, endlich die Krönung dieser Vereinigung von Geschichte und Philosophie durch das 'innere System'».

WIETHÖLTER, Rudolf: *Rechtswissenschaft*, Frankfurt a. Main 1968.

Alle Versuche einer historischen Würdigung von S. stehen vor der Schwierigkeit, daß S. im positiven oder auch im negativen Sinne verantwortlich ist auch noch für den heutigen Zustand des Rechts. Modern ausgedrückt hat in der Rechtswissenschaft seit S. kein Paradigmenwechsel mehr stattgefunden. So geht auch Wiethölter's Analyse und Kritik der modernen Rechtswissenschaft stets von S. aus. Der Hauptpunkt der Kritik ist dabei, daß der «Sieg der historischen Schule» von S. und Puchta eine Demokratisierung der Rechtswelt verhindert hat. Das hat ursprünglich im Interesse des Feudaladels gelegen und richtete sich gegen Bürgertum und Unternehmerklasse. Inzwischen liegt jedoch die Verhinderung der Demokratisierung gerade im Interesse der Unternehmerklasse und richtet sich gegen den Stand der Arbeiter. Immerhin hat S. dem bürgerlichen Rechtsstaat juristisch die Bahn geebnet. Er hat Kant und Smith in die Rechtswelt übersetzt. Im Gegensatz zu anderen Deutungen läßt Wiethölter offen, inwieweit der bürgerliche Rechtsstaat im 19. Jahrhundert etwa einen echten Fortschritt darstellte. Entscheidend ist für ihn der Umstand, daß dies allenfalls ein Rechtsstaat für nur 20-30% der Bevölkerung war und heute noch ist. So schuf S. nach Wiethölter zwar ein bürgerliches Recht, aber ein bürgerliches Recht ohne Sittlichkeit. Cf. auch → DUBISCHAR.

WILHELM, Jan: *Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung*, Bonn 1973.

W. schildert die Kondiktionenlehre von S. als Lehre von der Kondiktion als Rechtsverletzungsanspruch (im Gegensatz zu dem moder-



nen Dogma der Vermögensverschiebung). W. schildert eindringlich die Wirkung der Lehre von S. für die weitere Entwicklung der Kondiktion und für die moderne Bereicherungsdogmatik. In dieser Frage gilt es nach Ansicht von W. nicht, wie sonst in der Regel, S. zu überwinden, sondern die Erkenntnisse von S. zu erhalten und für die Dogmatik des BGB fruchtbar zu machen. Mit Rücksicht auf diesen streng systematischen Gesichtspunkt verzichtet W. auf eine ausdrückliche Einordnung der Kondiktionenlehre von S. in dessen Vorstellung vom Privatrecht als einem Inbegriff subjektiver Rechte, die auf der Willensmacht des Individuums beruhen. S.'s Qualifizierung der Kondiktion als Rechtsverletzungsanspruch bestätigt aber die grundsätzlichen Einsichten von → KIEFNER über S.'s Privatrecht.

WILHELM, Walter: *Savignys überpositive Systematik*, in: *Philosophie und Rechtswissenschaft, zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert*, hg. J. Blühdorn und J. Ritter, Frankfurt/M. 1972, 123-136.

Beschreibung der Bedeutung der «Systematik» in S.'s Verbindung von historischer und systematischer Methode. Für S. macht das System die Rechtswissenschaft zu einer positiven Wissenschaft im Sinne der zeitgenössischen idealistischen Philosophie. Die Systematik führt zur Philosophie hin. Sie relativiert das wirkliche Recht auf die Existenzform eines möglichen denkbaren und weist damit den Weg zur Rechtsfortbildung durch das Medium des Systems.

WILHELM, Walter: *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Frankfurt/Main 1958; übersetzt ins Italienische von P. L. Lucchini als *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milano 1974.

Beschreibt die «juristische» Methode von Laband, deren rechtspolitische Funktion nach 1870 vorwiegend darin bestand, die neugegründeten staatsrechtlichen Verhältnisse des Kaiserreiches zu legitimieren und gegen politische Kritik zu sichern. Die Methode Labands geht im wesentlichen auf S.'s Rechtstheorie zurück. Die nach S.'s geschichtlicher Rechtstheorie verfahrenende «wissenschaftliche Praxis» diente teils einer rechtspolitischen Passivität, teils der direkten Rechtfertigung der bestehenden Ordnung. Zur Bedeutung dieses Buches für die Erforschung der Rechtsgeschichte des 19. Jahrhunderts cf. die Rezensionen von WIEACKER in *Savigny-Zeitschrift Romanistische Abt.* 76 (1959) 645 und BÖCKENFÖRDE in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 48 (1962) 249-254, weiter die Stellungnahmen von → WROBEL und dann auch die Rezension der italienischen Übersetzung von

→ MAZZACANE in: *Quaderni fiorentini* 3-4 (1974-1975) 753-762. Die Kenntnis der Thesen dieses Buches wird in den kommentierenden Bemerkungen der vorliegenden Bibliographie stets vorausgesetzt.

WOLF, Armin: Savignys «*Beitrag zur Rechtsgeschichte des Adels im neueren Europa*», in: *Ius commune* 8 (1980) 120-147.

Methodisch versteht W. seine Untersuchung als Beitrag zu einer Antwort auf die Frage, wie S. bei der Begründung seiner Lehre vom Adel — seiner Lehrmeinung über die Rechtsstellung des Adels — seine rechtspolitischen Gesichtspunkte mit den Quellen in Übereinstimmung brachte. In der Sache geht es S. darum, die Existenz eines ursprünglichen Adels nachzuweisen, der nicht vom Staate verliehen ist, also von ihm auch nicht wieder entzogen werden kann. Die Theoretiker des liberalen bürgerlichen Rechtsstaates leugneten im übrigen die Existenz eines Uradels zugunsten der ihren politischen Absichten mehr entsprechenden Annahme von den Gemeinfreien als dem Kern des Volkes.

WOLF, Erik: *Friedrich Carl von Savigny*, in: *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 4. Aufl. Tübingen 1963, p. 467-542.

Nach wie vor als zusammenfassende Darstellung von großer Bedeutung, wenn auch stellenweise durch die jüngste Diskussion überholt. Unverzichtbar als Dokumentation der gesamten älteren Literatur über S.

WOLF, Ernst: *Grundlagenkritik der historischen Rechtstheorie Savignys*, in: *Fachbereich Rechtswissenschaft der Philipps-Universität Marburg an der Lahn. Akademische Feier aus Anlaß der 200. Wiederkehr des Geburtstags von Friedrich Carl von Savigny am 4. Mai 1979, 11 Uhr, in der Aula der Alten Universität*. Als Manuskript herausgegeben von H. G. Leser, Marburg 1979, p. 51-71.

W. unternimmt den Nachweis, daß die «historische Rechtsauffassung» von S. wegen ihrer inneren Widersprüchlichkeit, die sich aus ihrer Abhängigkeit von den Grundthesen der deutschen idealistischen Philosophie von Kant bis Hegel ergibt, als Grundlage einer modernen Rechtstheorie und Rechtsphilosophie nicht zu verwerten ist. W. meint, ohne zu sagen, gegen wen er sich damit in erster Linie richtet, man solle S.'s historische Rechtsauffassung «endlich aufgeben». Als Historiker und Dogmatiker jedoch hält W. S. für unantastbar.

WROBEL, Hans: *Rechtsgeschichte, Wirtschaftsgeschichte, Sozialgeschichte: die Thibaut-Savigny-Kontroverse*, in: *Kritische Justiz* 1973, p. 149-157.

Dazu 1975 ausführlicher « Die Kontroverse ... ».

WROBEL, Hans: *Die Kontroverse Thibaut-Savigny im Jahre 1814 und ihre Bedeutung in der Gegenwart*, Diss. iur. Bremen 1975.

W. analysiert nicht nur die Kontroverse, sondern unternimmt es auch (im Gegensatz zu den meisten Autoren über dieses Thema), seine Ergebnisse mit den Ergebnissen anderer zu vergleichen. Dabei beschränkt er sich allerdings auf die rechtshistorische « Nachkriegsliteratur der Bundesrepublik », die er als « das Schrifttum » bezeichnet. Das gibt W. Gelegenheit, Grundlagen und Forschungsinteressen der Rechtsgeschichtswissenschaft der letzten 30 Jahre überhaupt herauszuarbeiten, was sich im Ergebnis als das Hauptziel der Untersuchung darstellt. Diese Kritik ist aber bisher kaum zur Kenntnis genommen worden. In der Savigny-Literatur zum Jahre 1979 fehlen Auseinandersetzungen mit Wrobel vollständig.

Wrobels entscheidende neue Erkenntnis, die die Kritik an der gesamten bisherigen Literatur tragen soll, die « trotz entgegenstehender Quellenlage » mit bestimmten « Argumenten und Techniken ihren geistes- und kulturgeschichtlichen Ansatz ermöglicht und durchhält » (7), ist die Erkenntnis, daß die Kontroverse Thibaut-Savigny keine rein « geistig-kulturelle », « wissenschaftliche » Auseinandersetzung zweier Gelehrter war, sondern eine Auseinandersetzung zwischen bürgerlich-demokratischen (Thibaut) und konservativ-reaktionären (Savigny) Kräften.

W. muß sich jedoch dreierlei entgegenhalten lassen: Ganz abgesehen davon, daß auch die ältere Literatur (→ Wolf, Rechtsdenker, → Wieacker, *Privatrechtsgeschichte* I. Aufl.) für die politischen Implikationen wissenschaftlicher Lehrmeinungen sensibler war als es W. wahrhaben will, betrifft doch jedenfalls W.'s neue Erkenntnis Phänomene die seit → Wilhelm genau beschrieben und spätestens seit → Wieackers « Wandlungen » auch in die Diskussion miteinbezogen werden. Cf. dazu insbes. auch die 1974 erschienene Monographie von → RÜCKERT über Reyscher und dortselbst etwa p. 130 n. 31.

Zudem ist die Rechtsgeschichtswissenschaft nicht ohne weiteres bereit, W.'s streng materialistische Position zu teilen. Die Diskussion darüber findet auch auf einem höheren Niveau statt als es die Arbeit von W. hat (cf. J. RÜCKERT, *Zur Erkenntnisproblematik materialistischer Positionen in der rechtshistorischen Methodendiskussion*, in: *Zeitschrift für historische Forschung* 5 (1978) 257-292; insbes. eine Auseinandersetzung mit U. WESEL, *Zur Methode der Rechtsgeschichte*, in:

*Kritische Justiz* 7 (1974) 337-368. Speziell zu S. vgl. auch → SCHIKORSKI).

Entscheidend spricht aber schließlich gegen W.'s Arbeit, daß auch die Autoren, die wie W. von einer materialistischen Position ausgehen, teilweise zu von W. abweichenden Deutungen kommen, und das, obwohl W. praktisch sagt, man müsse schon die Quellen verfälschen, um zu einem anderen als seinem Ergebnis zu gelangen. Cf. dazu insbes. die Diskussion zwischen → KUCZYNSKI und → KLENNER.

W.'s eigener Standpunkt in den Klassenkämpfen unserer Zeit, danach zu fragen ist ja nach W. geradezu Pflicht des Lesers, offenbart sich in etwas, was man auf den ersten Blick für einen Druckfehler halten möchte, der sich aber durch seine Wiederholung eher als Frucht von Unkenntnis, wenn nicht sogar fast absichtlicher Verfälschung erweist. Es handelt sich um folgendes: W. berichtet auf p. 299 n. 2 im dritten Absatz, Wieacker bezeichne, sich damit gleichsam selbst bloßstellend, die Rechtsgeschichte als « ideographische Wissenschaft ». In Wirklichkeit heißt es aber bei Wieacker « idiographische » (Privatrechtsgeschichte, p. 17). « Ideographisch » las man aber auch schon in « Arbeitsgruppe. Kritik der bürgerlichen Rechtsgeschichte », in: *Kritische Justiz* 1973, p. 113 n. 21. (Richtig dort allerdings das Zitat auf p. 109).

ZULETA PUCEIRO, Enrique: *Savigny y la teoría de la ciencia jurídica*, in: *Anuario de Filosofía del derecho* 19 (1976-1977) 68.

ZULETA PUCEIRO, Enrique: *Savigny y la teoría moderna de la interpretación*, in: *Savigny y la ciencia jurídica del siglo XIX, Anales de la cátedra Francisco Suarez* 18-19 (1978-1979) 199-218.

Beschäftigt sich ganz generell mit den Grundlagen der Erkenntnis des Rechts.



	pag.
PAOLO GROSSI, <i>Pagina introduttiva</i> . . . . .	I
<b>MODELLI E DIMENSIONI</b>	
BARTOLOMÉ CLAVERO, <i>Historia, ciencia, politica del derecho</i> . . . . .	5
<b>LA DIMENSIONE GIURIDICA</b>	
JESUS LALINDE ABADIA, <i>Una ideologia para un sistema (La simbiosis histórica entre el iusnaturalismo castellano y la Monarquía Universal)</i>	61
JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ, <i>Penser les institutes hispano-romaines</i> . . .	157
GERHARD OTTE, <i>Der sogenannte Mos geometricus in der Jurisprudenz</i> . .	179
LEONARDO RUTA, <i>Tentativi di riforma dell'Università di Pisa sotto il Granduca Pietro Leopoldo (1765-290)</i> . . . . .	197
ERK VOLKMAR HEYEN, <i>Positivistische Staatsrechtslehre und politische Philosophie zur philosophischen Bildung Otto Mayers</i> . . . . .	275
SEVERINO CAPRIOLI, <i>Satura lanx 13. Una lettera per Accursio, ovvero filologia mistica</i> . . . . .	307
MASSIMO BRUTTI, <i>Storiografia e critica del sistema pandettistico</i> . . . . .	317
<b>LETTURE</b>	
P. BISCARETTI DI RUFFIA - G. CRESPI REGHIZZI, <i>La Costituzione Sovietica del 1979. Un sessantennio di evoluzione costituzionale nell'URSS</i> (G. Bognetti) . . . . .	363
S. BUCHHOLZ, <i>Abstraktionsprinzip und Immobilienrecht - Zur Geschichte der Auflassung und der Grundschuld</i> (W. Wiegand) . . . . .	372
N. HAMMERSTEIN, <i>Aufklärung und katholisches Reich</i> (K. Luig) . . . . .	377
H. KELSEN, <i>Socialismo e Stato</i> (D. Zolo) . . . . .	382
G. MARINI, <i>Libertà soggettiva e libertà oggettiva nella 'Filosofia del diritto' hegeliana</i> (C. Cesa) . . . . .	389

	<i>pag.</i>
V. PIANO MORTARI, <i>Diritto Logica Metodo nel secolo XVI</i> (C. Vasoli) . . .	395
R. SCHNUR, <i>Individualismo e assolutismo. Aspetti della teoria politica prima di Thomas Hobbes (1600-1640)</i> (P. Costa) . . . . .	411
V. TAU ANZOÀTEGUI, <i>La codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad social e ideas jurídicas</i> (R. Zorraquin Becú) . . . . .	413
Segnalazioni . . . . .	417

A proposito di...

MARIO A. CATTANEO, <i>Una recente interpretazione dell'ultimo Feuerbach</i> (A proposito di G. SCHUBERT, <i>Feuerbachs Entwurf zu einem Strafgesetzbuch für das Königsreich Bayern aus dem Jahre 1824</i> ) . . . . .	423
GIANFRANCO LIBERATI, <i>Il parlamento dei giuristi</i> (A proposito di W. SIEMANN, <i>Die Frankfurter Nationalversammlung 1848/49 zwischen demokratischem Liberalismus und konservativer Reform</i> ) . . . . .	437

#### STRUMENTI

ALBERTO DAVID LEIVA, <i>Los estudios de historia del derecho en la Republica Argentina durante los últimos veinte años</i> . . . . .	455
MARIO G. LOSANO - MICHELE MARCHETTI - RAFFAELLA ORSINI - DONATELLA SORIA, <i>La fortuna di Hans Kelsen in Italia</i> . . . . .	465
KLAUS LUIG - BARBARA DÖLEMAYER, <i>Alphabetisches Verzeichnis der neueren Literatur über Friedrich Carl von Savigny (1779-1861)</i> . . . . .	501

## I collaboratori dell'ottavo « Quaderno »

Bartolomé CLAVERO

*Profesor Agregado de Historia del derecho - Universidad de Sevilla*

Jesus LALINDE ABADÍA

*Catedrático de Historia del derecho español - Universidad de Zaragoza*

Johannes-Michael SCHOLZ

*Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte - Frankfurt/Main*

Gerhard OTTE

*Ord. Professor für Deutsche Rechtsgeschichte und Bürgerliches Recht - Universität Bielefeld*

Leonardo RUTA

*Contrattista di Storia del diritto italiano - Università di Pisa*

Erk. Volkmar HEYEN

*Referent am Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung - Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer*

Severino CAPRIOLI

*Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Perugia*

Massimo BRUTTI

*Prof. Ordinario di Diritto romano - Università di Roma*

Giovanni BOGNETTI

*Prof. Ordinario di Diritto pubblico comparato - Università di Pavia*

Wolfgang WIEGAND

*Ord. Professor für Privatrecht und Privatrechtsgeschichte - Universität Bern*

Klaus LUIG

*Ord. Professor für Römisches Recht und Bürgerliches Recht - Universität Passau*

Danilo ZOLO

*Prof. Incaricato stabilizzato di Filosofia del diritto - Università di Sassari*



Claudio CESA

*Prof. Ordinario di Filosofia morale - Università di Firenze*

Cesare VASOLI

*Prof. Ordinario di Storia della filosofia - Università di Firenze*

Pietro COSTA

*Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Firenze*

Ricardo ZORRAQUIN BECÚ

*Director del Instituto de Historia del Derecho 'Ricardo Levene' - Universidad de Buenos Aires*

Mario A. CATTANEO

*Prof. Ordinario di Filosofia del diritto - Università di Ferrara*

Gianfranco LIBERATI

*Prof. Incaricato stabilizzato di Storia delle codificazioni degli stati europei - Università di Bari*

Alberto David LEIVA

*Prof. Adjunto de Historia del derecho argentino - Universidad de Buenos Aires*

Mario G. LOSANO

*Prof. Incaricato stabilizzato di Teoria generale del diritto - Università Statale di Milano*