QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

13

(1984)

giuffrè editore milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAGINA INTRODUTTIVA

In questo volume — e nel prossimo — si realizza una iniziativa segnalata già nella ' Pagina introduttiva ' del ' Quaderno ' X° e da tempo progettata: l'avvio di un dialogo con i sociologi del diritto, studiosi operanti in un'area di ricerca limitrofa alla nostra, ben caratterizzata nella sua specificità rispetto alla storia del diritto ma al tempo stesso contrassegnata da cospicue comunanze particolarmente per quanto attiene al metodo di approccio con l'universo giuridico. Storici e sociologi del diritto sono infatti almeno accomunati nell'inappagamento per le forme, nella ricerca costante di radici sostanziali, nello sguardo aguzzo che, senza diventare sfocato, corre pronto al di là del diritto per cogliere le fondazioni più sicure di questo, o che — se non altro — ama sostare sullo scrimolo della cinta muraria che il formalismo moderno ha innalzato fra il ristretto territorio consacrato del giuridico e l'ampia distesa lasciata con noncuranza alla profanità dei fatti. Comunanza che i recenti dibattiti deliberatamente storiografici dei sociologi-giuristi su « Max Weber e il diritto » e su « Lo studio dei diritti antichi e le origini della sociologia del diritto » hanno contribuito a sottolineare con vigoria.

Ad Alberto Febbrajo, ordinario di Sociologia del diritto nella Università di Macerata, abbiamo affidato il compito di avviare il dialogo e gli abbiamo chiesto di curare quella che si presenta in seno al volume come una parte affatto autonoma e conchiusa; a lui e a lui soltanto vanno i meriti organizzativi ed è a lui che sentiamo di esprimere un ringraziamento cordiale. Alla sua ' prefazione ' rinviamo pertanto volentieri come alla ' pagina ' che introduce e motiva effettivamente la sezione più impegnativa dell'attuale ' *Quaderno* '.

Questo si presenta come un *quid medium* fra il volume monografico e la raccolta sparsa di contributi. È una scelta che ripe-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

teremo anche nel prossimo e che ci consentirà di dedicare uno sguardo fornito di un minimo di autonomia e di organicità al rapporto storia giuridica-antropologia giuridica, senza dover rinunciare ad apporti significativi da accogliersi in una parte priva di condizionamenti tematici.

L'incontro con i sociologi del diritto ci spinge in una zona di frontiera, ma non è lontano il momento in cui sentiremo l'esigenza di escursioni *extra moenia*. La prima — indifferibile — sarà sul terreno di quelle recenti e suggestive correnti della storiografia generale, in cui una rinnovata consapevolezza metodica ha strappato lo storico dai pinnacoli dei grandi accadimenti per immergerlo nelle orditure del divenire sociale promuovendo un grosso coinvolgimento interdisciplinare nel vasto campo di tutte le scienze umane. Se un colloquio è finora mancato, è però fra questa 'nouvelle histoire' e il giurista. Stiamo creando l'occasione per realizzarlo; e si sta creando — lo speriamo — la possibilità di superare diffidenze, sordità ed equivoci fuorvianti.

PAOLO GROSSI

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

STORIA E SOCIOLOGIA DEL DIRITTO

a cura di ALBERTO FEBBRAJO

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PREFAZIONE

Il numero dei sociologi del diritto che oggi mantengono un rapporto aperto e costruttivo con la storia del diritto — come risulta senza ombra di dubbio da un esame della letteratura sia italiana sia straniera — non è ampio. Proprio per questo si è ritenuto utile invitare alcuni di essi a misurarsi con temi e problemi che fossero di interesse anche per gli storici, in modo da contribuire a individuare il ventaglio di convergenze e di divergenze, che è attualmente possibile registrare tra queste due prospettive.

Si è d'altra parte volutamente rinunciato a imporre, in questo contesto, un oggetto comune ai singoli contributi, e si è insistito al contrario perché fossero scelti argomenti in grado di caratterizzare l'opera dei singoli autori in modo da dare un quadro limitato, sì, ma il più possibile fedele, dei rispettivi orientamenti, evitando di correre i rischi di una esercitazione in scritti d'occasione, spesso freddi e sterili. Nel successivo numero dei *Quaderni Fiorentini* si prevede comunque di dedicare una apposita sezione a lavori di sociologi del diritto impegnati sul terreno della disciplina che oggi si presenta come la più propizia all'incontro con la prospettiva storica: l'antropologia giuridica.

I contributi che seguiranno verranno così articolati. A un'*introduzione* generale — in qualche punto forzatamente generica — che cercherà di dare un quadro dei rapporti tra storia e sociologia del diritto facendo riferimento al particolare àmbito della cultura giuridica tedesca, estremamente significativo per decifrare tendenze attualmente diffuse, seguirà una prima sezione, intitolata « *strumenti* », nella quale Niklas Luhmann affronterà da par suo, muovendo dalla prospettiva macrosociologica che gli è propria — già nota nelle grandi linee al lettore italiano —, uno degli arnesi del mestiere più discussi e più usati dagli storici del diritto: il concetto di classe.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nella sezione successiva, intitolata « *dimensioni* », tre sociologi del diritto contemporanei, un polacco e due tedeschi, affronteranno temi idonei a tipizzare i rispettivi approcci alla storia del diritto. Adam Podgorecki, una figura ormai « storica » nella sociologia del diritto contemporanea avendo giocato un ruolo di primo piano nel difficile periodo del decollo a livello internazionale della disciplina, da lui costantemente intesa come « sociotecnica » aperta ai problemi della prassi giuridica e della programmazione sociale, ripropone una concezione del diritto che affonda le sue radici nel pensiero di L. Petrazycki, la quale è strettamente collegata ad una visione non statualista e lascia ampi spazi alla collaborazione con gli storici. Tra i « neoevoluzionisti » della generazione di mezzo, da tempo impegnati a rinnovare l'apparato concettuale e metodologico necessario a uno studio dello sviluppo delle strutture giuridiche, Gunther Teubner tenta in questa sede di forzare i limiti esplicativi della teoria dei sistemi per riuscire a cogliere processi di trasformazione e sviluppo delle strutture giuridiche nei paesi industriali avanzati, mentre Günter Dux offre un saggio delle possibilità interpretative di un approccio largamente influenzato dalla sociologia cognitiva e dalla psicologia evolutiva che egli da anni coerentemente persegue e che, se forse è ancora destinato a risultare anticonvenzionale per il nostro mondo accademico, è certo ricco di suggestioni per lo storico del diritto.

In una sezione denominata « *implicazioni* », infine, uno dei sociologi del diritto italiani per formazione più vicino ai problemi della storia del pensiero giuridico, Giorgio Rebuffa, affronterà il tema della evoluzione del costituzionalismo continentale muovendo da un'ipotesi ricavata da Weber e utilizzando strumenti di analisi offerti dalla sociologia contemporanea.

Concluderà la rassegna, in « *appendice* », un attento resoconto di Carla Faralli sull'ultimo dei convegni annuali che i sociologi del diritto italiani hanno voluto dedicare proprio alla storia del diritto vista come fonte della loro disciplina, convegno che costituisce una tappa importante, e quindi da non ignorare, nel quadro dei contatti tra storia e sociologia del diritto attualmente avviati da entrambi i versanti.

A. F.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Introduzione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ALBERTO FEBBRAJO

STORIA E SOCIOLOGIA DEL DIRITTO

1. *Premessa.*

Il vasto e complesso àmbito delle interrelazioni tra storia e sociologia del diritto può essere riguardato in due sensi, tra loro contrapposti, ma legittimi e suffragabili entrambi sulla base di esempi concreti: in un senso volto a determinare le influenze che la sociologia del diritto è stata in grado di esercitare sullo sviluppo della storia del diritto, e viceversa in un senso volto a determinare l'influenza che quest'ultima è stata a sua volta in grado di esercitare sullo sviluppo della prima.

Un siffatto rapporto reciproco — interculturale prima ancora che interdisciplinare —, verrà qui esaminato limitatamente al secondo e più appariscente dei sensi indicati, in modo da sottolineare il ruolo *attivo* svolto dalla storia sulla sociologia del diritto.

Nel seguito, per precisare la portata e le implicazioni di questa influenza, si individuerà un gruppo sufficientemente ampio di problemi che caratterizzano la ricerca sociologico-giuridica (par. 2) e in riferimento ad essi si cercherà di comparare tra loro alcune teorie sociologiche fortemente significative (par. 3) in modo da individuare alcune linee di tendenza generali (par. 4) e avvalorare così l'ipotesi secondo la quale proprio le modificazioni intervenute nel tipo di influenza esercitato dalla storia del diritto sullo sviluppo della sociologia del diritto costituiscono un'essenziale chiave interpretativa della profonda diversità delle risposte che quest'ultima disciplina ha volta a volta dato ai suoi problemi (par. 5).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

2. *Per una storia della sociologia del diritto.*

A tutta prima, la ricostruzione delle vicende di una disciplina, la cui nascita viene solitamente collocata nel primo decennio di questo secolo, non sembrerebbe impresa eccezionalmente ardua. Tuttavia, anche se non mancano ricostruzioni storiche aggiornate (1), molte sono ancora le questioni che restano aperte in questa pagina, relativamente non ampia, della cultura giuridica moderna.

A) Tali questioni possono anzitutto ricondursi a tre preliminari difficoltà di delimitazione. In *primo* luogo vi è la difficoltà di fissare l'àmbito temporale della disciplina. Proprio per questo, nelle ricostruzioni più autorevoli, si è costretti a ricorrere ad un'ampia zona grigia comprendente vari autori (i « precursori ») che, pur avendo operato anteriormente a una data di inizio convenzionale, di solito fatta coincidere con la pubblicazione della *Grundlegung einer Soziologie des Rechts* di Eugen Ehrlich (1912), sono almeno altrettanto significativi, per lo sviluppo della disciplina, di alcuni di quelli ricompresi nell'arco temporale canonicamente riconosciuto. In tal modo, però, il problema viene semplicemente spostato. Se, infatti, si giunge così ad ammettere, fondatamente, che correnti come la scuola storica del diritto e certe varianti del giusnaturalismo hanno molti aspetti in comune con la sociologia del diritto e ne preparano e sostengono l'affermarsi, d'altro lato si evita, in qualche misura arbitrariamente, di proseguire in questo gioco di associazioni di filoni di pensiero e di idee oltre certi limiti, ancora una volta convenzionali.

In *secondo* luogo, risulta altrettanto arbitrario delimitare l'oggetto di studio « sociologia del diritto » in certe aree linguistiche piuttosto che in certe altre. Ciò vale sia per la sociologia del

---

(1) La più recente e informata, in lingua italiana, è quella di Renato TREVES, *Introduzione alla sociologia del diritto*, Torino, Einaudi, 1980². Tra le opere tradotte, un buon panorama dei principali contributi teorici si trova anche, con intenti prevalentemente espositivi, in Manfred REHBINDER, *Sociologia del diritto*, Padova, Cedam, 1982, e, con intenti prevalentemente critici, in Niklas LUHMANN, *Sociologia del diritto*, Bari, Laterza, 1977; non sempre sufficientemente preciso è invece Edwin M. SCHUR, *Sociologia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1970.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diritto c.d. « classica », per la quale numerose e importanti connessioni sono rintracciabili con scuole e movimenti di una cultura mitteleuropea comprendente àmbiti linguistici oggi negletti (si pensi, ad esempio, ad autori come il Bogišič), sia per la sociologia del diritto contemporanea, la cui diffusione, soprattutto negli ultimi quindici anni, ha provocato la rapida crescita di sociologie del diritto nazionali importanti (2), ma solo marginalmente conoscibili a causa di barriere linguistiche contingenti (si pensi, ad esempio, all'importanza, anche teorica, assunta dalla sociologia del diritto polacca con Podgorecki e la sua scuola) (3).

In *terzo* luogo, la stessa proliferazione di studi sociologico-giuridici, che ha accompagnato la rinascita della disciplina in questo dopoguerra, ha reso sempre più difficile una sua delimitazione rispetto a discipline limitrofe, essendo diventata sempre più evidente la incompatibilità tra separazioni accademiche proposte per garantire una certa autonomia alla sociologia del diritto, e l'eterogeneo intreccio di ricerche, non più controllabili in una prospettiva unitaria, che si è andato sviluppando in varie direzioni. Così, ad esempio, l'affermarsi di una sociologia del diritto penale ha reso sempre più permeabili i confini che si era tentato di tracciare nei confronti della criminologia, mentre il (per ora solo auspicato) decollo di una sociologia del diritto costituzionale porterà immancabilmente ad una simbiosi sempre più stretta tra sociologia del diritto e sociologia della politica (4).

B) Accanto a queste difficoltà che, riguardando la « delimitazione » della disciplina, possono dirsi « esterne », ve ne sono altre,

---

(2) Sullo sviluppo delle sociologie del diritto nazionali cfr. R. TREVES (a cura di), *La sociologia del diritto*, Milano, Comunità, 1966, e ID., *Nuovi sviluppi della sociologia del diritto*, Milano, Comunità, 1968. Qualche aggiornata informazione al proposito anche in André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique. Ou va la Sociologie du droit?*, Paris, L.G.D.J., 1981, pp. 53 ss.

(3) Per una esposizione critica di alcuni aspetti dell'opera di Adam Podgorecki, cfr. Klaus A. ZIEGERT, *Adam Podgorecki's Sociology of Law: The Invisible Factors of the Functioning of Law made Visible*, in « Law and Society Review », XII (1977), pp. 151 ss.

(4) Una classificazione dei principali temi delle ricerche sociologico-giuridiche contemporanee in R. TREVES, *Introduzione alla sociologia del diritto*, cit., pp. 153 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ancora più rilevanti, che riguardando i suoi contenuti possono dirsi « interne ». Tali difficoltà appaiono riconducibili ad una vistosa caratteristica della storia della sociologia del diritto: la sua *discontinuità*. Per discontinuità non si intende qui, è necessario sottolinearlo, una semplice *eterogeneità* del tutto fisiologica dei diversi modelli elaborati dai singoli autori, quanto piuttosto una loro sorprendente indifferenza reciproca per cui essi, oltre a sembrare costruiti indipendentemente l'uno dall'altro, avanzano pretese, talora esplicite, di rifondare ogni volta la disciplina *ex novo*, dando luogo ad una incessante serie di veri e propri salti di « paradigma » che prescindono dal lavoro già fatto. Con una immagine, si può dire insomma che, se per rappresentare lo sviluppo storico ideale di una disciplina scientifica si ricorre al modello del « salotto », in cui ciascun interlocutore si sente obbligato a tenere conto di quanto detto o scritto sullo stesso tema da chi, appartenendo alla medesima cerchia culturale, è già intervenuto sull'argomento, l'insieme delle teorie sociologico-giuridiche risulta piuttosto assimilabile a un modello opposto, rappresentabile come una serie di « monologhi » di contenuto profondamente diverso, recitati separatamente da attori diversi a pubblici diversi, sia pure sotto una intitolazione comune (5).

Tra le ragioni di tale radicale discontinuità vi è anche il carattere « eterodiretto » della disciplina, e più in particolare, come si vedrà meglio più avanti, il diverso grado di influenza esercitato dalla storia del diritto.

Uno sguardo alle vicende della sociologia giuridica mostra che la discontinuità delle teorie è la diretta conseguenza di un modo di procedere che, mentre esclude affinamenti progressivi di un medesimo patrimonio teorico, è non solo impegnata a mantenere una costante apertura a suggestioni provenienti da variabili culturali estranee agli sviluppi della disciplina, ma giunge addirittura a rimuovere quelle fonti di elaborazione teorica che essa abbia per avventura sviluppato al proprio interno. Si può così spiegare da un lato il fatto che la presenza ingombrante e non ignorabile

(5) La eterogeneità dei destinatari delle ricerche sociologico-giuridiche è stata da me sottolineata in *Funzioni della sociologia del diritto nel pensiero tedesco contemporaneo*, in « Sociologia del diritto », I (1974), pp. 162 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di un filosofo e sociologo del diritto dell'importanza storica di Marx, che avrebbe potuto costituire un adeguato baricentro interno dal quale ricavare criticamente un patrimonio di elementi e di suggestioni per nuove costruzioni teoriche, sia stato in realtà sfruttato dalla sociologia del diritto solo implicitamente e indirettamente (6) e d'altro lato il fatto che si sia registrata l'influenza significativa di almeno quattro coordinate culturali soggette a mutazioni indipendenti dalle vicende della sociologia del diritto ma capaci di condizionarla da vicino. Esse sono: il « *modello di scienza* » che volta a volta è stato adottato dai vari sociologi del diritto al fine di caratterizzare la sociologicità del loro approccio con riferimento alla situazione metodologica specifica della sociologia e delle altre scienze sociali; il *modello di cultura* giuridica, e in particolare la percezione della crisi della stessa, che volta a volta ha motivato e condizionato la pretesa di inserire una nuova scienza sociologica del diritto nel già affollato campo delle scienze giuridiche tradizionali; il *modello di stato* che volta a volta ha delineato il quadro politologico all'interno del quale interpretare le modificazioni dei rapporti tra istituzioni giuridiche e politiche, e tra queste e la società; il *modello di legittimazione* degli strumenti di controllo sociale, e in particolare del diritto, che non ha mancato di influenzare le rappresentazioni del concreto modo di operare delle strutture giuridiche nei confronti dei loro utenti.

C) Le difficoltà di delimitazione elencate, e soprattutto il carattere prevalentemente eterodiretto della disciplina e la sua conseguente discontinuità, impongono allo storico della sociologia del diritto una serie di decisioni euristiche che, tanto più limitano e rendono omogeneo il campo di ricerca, tanto più paiono prestarsi a raggiungere risultati ricostruttivamente apprezzabili.

In vista dei fini che qui si perseguono, si cercherà di eludere le difficoltà c.d. « esterne » selezionando una limitata serie di con-

(6) Ovviamente le (parziali) eccezioni non mancano. Uno dei sociologi che più si è impegnato per una utilizzazione del patrimonio teorico marxiano anche nella sociologia del diritto è Jürgen HABERMAS il quale, nella propria rielaborazione, giunge però, come è noto, a tradurre il rapporto « struttura/interazione »), e a sottolineare la relativa autonomia delle strutture normative (cfr. da ultimo *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt a M., Suhrkamp, 1981, vol. I, pp. 332 ss.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tributi teorici — quelli di Eugen Ehrlich, Max Weber, Theodor Geiger, Niklas Luhmann — in quanto essi, nel loro insieme, abbracciano un'area geografico-culturale particolarmente significativa, quella della sociologia del diritto di lingua tedesca, un'area temporale adeguatamente ampia, che va dalla « fondazione » della disciplina ai nostri giorni, e un'area tematica sufficientemente complessa, in grado di inquadrare in concezioni macrosociologiche anche problematiche di confine.

Quanto poi alla fondamentale difficoltà interna della elevata discontinuità, si cercherà di enucleare una griglia di problemi ricorrenti, sia pure con diverse accentuazioni e sotto diverse angolazioni, in tutti gli autori indicati, in modo da recuperare quel minimo di omogeneità dei punti di riferimento che è indispensabile ad una comparazione. Tale griglia comprenderà, oltre al problema preliminare che ogni teoria sociologico-giuridica deve almeno implicitamente affrontare e risolvere (vale a dire la *definizione del concetto di diritto*), altri tre centrali problemi teorici: il problema del ruolo che la ricerca sociologica svolge nei confronti delle scienze giuridiche tradizionali (problema dello *studio del diritto*); il problema dell'influenza di fattori sociali sul mutamento del diritto (problema dell'*evoluzione del diritto*); il problema dell'effettiva rilevanza del diritto come strumento di mutamento e di controllo sociale (problema dell'*efficacia del diritto*).

Come si vedrà in seguito, i diversi atteggiamenti assunti nei confronti della storia del diritto ed i diversi modi di utilizzarne i risultati hanno profondamente influenzato le diverse soluzioni date non solo al problema della evoluzione del diritto ma a tutti i problemi indicati, prova questa della stretta connessione esistente tra i vari problemi, oltre che della centralità della questione della storia per la sociologia del diritto.

3. *La storia nelle grandi teorie sociologico-giuridiche.*

Una comparazione dei grandi edifici teorici della sociologia del diritto tedesca che sia imperniata sulla griglia della problematica appena indicata dovrebbe contribuire a una verifica puntuale non solo della esasperata pluralità di soluzioni adottate dai singoli autori e della loro dipendenza da una serie di fattori esogeni alla

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

disciplina, ma anche del rilevante ruolo in essa giocato dalla variabilità dei rapporti con la storia. A tal fine non sarà comunque necessario addentrarsi nel seguito in una vera e propria ricostruzione del pensiero dei singoli autori, del resto già assai noti, ma ci si limiterà a sottolineare dapprima quegli aspetti che più valgono a differenziarli, facendo emergere caratteri utili a tipizzare orientativamente i rispettivi approcci, per poi passare a ordinarli a seconda del loro diverso grado di disponibilità a tenere conto della storia del diritto.

a) *Il problema della definizione del diritto.* — Rispetto al problema preliminare della definizione del diritto, i quattro autori presi qui in esame offrono soluzioni che rivelano profonde differenze, sia quanto al livello al quale viene collocata la realtà giuridica sociologicamente rilevante, sia quanto al criterio per delimitare, a tale livello, il diritto da fenomeni contigui. Un rapido sguardo alla loro opera che tenga conto di tali due parametri offre, quindi, elementi per differenziare in modo sufficientemente chiaro sia le diverse soluzioni proposte, sia gli àmbiti concettuali nei quali può essere affrontato il, per noi cruciale, problema della evoluzione del diritto.

Ehrlich, come è noto, tende a porre il centro della propria indagine, in generale, al livello dei « fatti del diritto » intesi come punti comuni di convergenza strutturale dei vari ordinamenti giuridici concreti, e più in particolare al livello della organizzazione interna dei gruppi sociali (non solo di quelli costituiti dallo Stato o da esso riconosciuti, ma anche di quelli sorti indipendentemente dal suo intervento).

Conseguentemente egli ricorre, per separare il diritto da altri ordinamenti normativi contigui (morale, etichetta, etc.) a criteri che presuppongono un legame immediato tra diritto (non statuale, « vivente ») e individui compresi nei gruppi sociali da questo regolati. « Il problema della differenza tra norma giuridica e norme extra-giuridiche è un problema, non della scienza sociale, ma della psicologia sociale », egli afferma senza mezzi termini, collocandosi così tra gli esponenti della c.d. « teoria del riconoscimento ». Decisivo per Ehrlich è comunque lo stato d'animo, non di chi aderisce alla norma del diritto vivente, ma piuttosto di chi reagisce alla

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sua violazione, in quanto di diritto si può parlare solo nei casi di reazione della massima intensità (sentimento di rivolta, non semplice sdegno o disapprovazione) (7).

Con Weber, la realtà sociologicamente rilevante del diritto viene invece spostata a due diversi livelli: quello dei modi di attribuzione della legittimità da parte dei consociati (soprattutto rilevante qui non è il « come » ma il « perché » di tale attribuzione), e quello degli stili di decisione (« razionali » o « irrazionali », secondo una articolata tipologia) degli operatori giuridici.

Corrispondentemente, la delimitazione in quest'àmbito del diritto rispetto ad altri ordinamenti normativi (convenzione, uso, costume) avviene in modo da tenere conto, oltre che dell'atteggiamento tipico del singolo attore, che orienta il proprio agire ad un ordinamento considerandolo « legittimo », anche della oggettiva presenza di un apparato coercitivo istituzionalizzato e statale. La soluzione weberiana si colloca pertanto in una posizione intermedia tra « teoria del riconoscimento » e « teoria della sanzione » raccogliendo elementi propri di entrambi (8).

Con Geiger la soluzione del problema della definizione del diritto presenta un'ulteriore variante in quanto viene posta al livello non dei gruppi, né degli atteggiamenti dei consociati o degli stili decisionali degli operatori giuridici, ma dei comportamenti individuali statisticamente regolari.

La delimitazione, nell'àmbito delle regolarità puramente iterative, delle regolarità deontiche, e in particolare delle regolarità giuridiche, avviene d'altro canto grazie a un indicatore che è anch'esso un comportamento osservabile dall'esterno senza fare riferimento a variabili psicologiche che si presuppongono di impossibile accertamento: la sanzione istituzionalizzata. A differenza da Weber, tuttavia,la soluzione geigeriana, mancando totalmente dell'altra chiave esplicativa rappresentata dalla teoria del riconoscimento, dà luogo alla conseguenza paradossale che proprio le norme immuni da violazioni, e quindi più « forti », siano invisibili

(7) Cfr. E. EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 200 ss. Cfr. anche la mia *Introduzione* a tale opera, nella quale seguo la partizione problematica qui adottata.

(8) Su questo punto cfr. il mio *Per una rilettura della sociologia del diritto weberiana*, in « Sociologia del diritto », III (1976), p. 8.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per il sociologo, difficoltà lucidamente percepita e aggirata, ma non risolta sul piano metodologico, con l'introduzione del concetto di « norma latente » (9).

Dichiaratamente in contrasto con l'intera sociologia del diritto classica, Luhmann colloca infine la realtà giuridica sociologicamente rilevante al livello del « sistema », inteso come struttura di aspettative, separabile dall'ambiente in quanto collegata a ruoli interagenti tra loro e globalmente dotata di un « senso » specifico che prescinde totalmente dagli orientamenti dei singoli soggetti.

Questo spostamento di prospettiva, che pone il diritto al medesimo livello di ogni altro sottosistema sociale, viene opportunamente accompagnato, in sede di determinazione dei criteri di giuridicità, da un approccio integrativo di tipo « funzionalistico », che mira ad attribuire ai singoli sottosistemi sociali, e quindi anche al diritto, una specifica sottofunzione rispetto a quella universale della « riduzione della complessità ». Pertanto, il criterio decisivo per delimitare in quest'àmbito il diritto, non è più, secondo Luhmann, la sanzione vista nei suoi aspetti psicologici, nelle sue modalità di esercizio o nella sua istituzionalizzazione, ma è, appunto, la « funzione » sociale del diritto (10).

b) *Il problema dello studio del diritto.* — La eterogeneità di soluzioni adottate per risolvere il problema preliminare della definizione del concetto di diritto si precisa ulteriormente allorché si passa al primo dei grandi problemi teorici della sociologia giuridica, quello dello studio del diritto. Anche rispetto a tale problema, la lettura dei quattro autori presi in considerazione può essere utilmente semplificata isolando dalla complessa tematica solo alcuni motivi di discontinuità. Ci si concentrerà qui sull'aspetto dei rapporti reciproci tra diritto e società e sull'aspetto della determinazione dei rapporti che, in questo quadro, vengono di volta in volta attribuiti a sapere giuridico e sapere sociologico.

---

(9) Cfr. T. GEIGER, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Neuwied a.R.-Berlin, Luchterhand, 1964, p. 96 (di quest'opera è in preparazione la traduzione italiana).

(10) Sul funzionalismo nella sociologia del diritto di Luhmann in generale cfr. il mio *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann*, Milano, Giuffrè, 1975.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È appena il caso di aggiungere che lo studio di tali rapporti prepara metodologicamente lo studio del problema della evoluzione del diritto.

L'opera di Ehrlich muove chiaramente dal presupposto di una fondamentale coincidenza tra diritto e società, in quanto il diritto, inteso come forma spontanea di organizzazione, interna ai gruppi sociali, non può non condividere la natura di una società che risulta costituita dalla giustapposizione e sovrapposizione di tali gruppi.

Coerentemente con questa impostazione, l'aspetto della determinazione dei rapporti tra sapere giuridico e sociologico risulta interpretato in termini di interrelazione asimmetrica. Se la sociologia del diritto come « scienza rivolta ai fatti, non alle parole », preferisce allo studio delle proposizioni giuridiche, caratteristico della scienza giuridica pratica, lo studio del « diritto vivente », essa sarà, a differenza da quest'ultima, in grado di cogliere non un mero epifenomeno ma la vera essenza del diritto, assumendo un campo di ricerca non tanto diverso e più ampio quanto più corretto di quello dell'operatore giuridico (le decisioni giudiziali e i documenti giuridici danno infatti un'immagine in certa misura sviante rispetto ai rapporti « normali » nella vita del diritto) (11).

Nell'opera di Weber i rapporti tra strutture giuridiche e strutture sociali sono inseriti in una fitta gabbia di costruzioni idealtipiche che lasciano intravedere non tanto una loro coincidenza ma un loro fondamentale parallelismo, e anche per questo egli è indotto ad abbandonare la fiducia in una netta prevalenza della cultura sociologica su quella giuridica e a riconoscere pari legittimità ad entrambi i tipi di approccio, quello sociologico e quello tecnico giuridico (12).

Con Geiger, invece, l'aspetto dei rapporti tra cultura giuridica e cultura sociologica torna ancora una volta ad essere influenzato da una omogeneità di fondo tra società e diritto, che però, a differenza da quanto avviene in Ehrlich, non è ricavata da una analisi storica, ma è semplicemente affermata per definizione, essendo ancorata al ruolo universale attribuito preliminarmente al concetto

(11) EHRLICH, *I fondamenti*, cit., pp. 151, 235, 596.

(12) WEBER, *Economia e società*, Milano, Comunità, 1968, vol. I, p. 309.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di « regolarità di comportamento » che abbraccia sia il sociale sia il giuridico.

Una siffatta concezione comporta un drastico ridimensionamento della distinzione tra scienza dogmatica del diritto e scienza empirica della società, e spinge a sostenere la necessità di una scienza del diritto realistica, cioè guidata dagli stessi metodi e orientata agli stessi oggetti di una qualsiasi scienza empirica della società (13).

La medesima omogeneità strutturale tra diritto e società ritorna in Luhmann, che però non manca di articolarla ulteriormente sottolineando con enfasi le distinzioni funzionali tra i vari sottosistemi e le progressive suddistinzioni all'interno di ciascuno di essi.

Una tale differenziazione dei vari àmbiti sistemici nella società viene coerentemente estesa anche a livello di sistematica delle scienze: così, alla sociologia, il cui compito è quello di cogliere funzioni latenti andando al di là del senso comune, viene contrapposta radicalmente la dogmatica, che dalla propria cecità nei confronti degli effetti delle decisioni giuridiche e dall'orientamento tipico a programmi condizionali ricava la prima ragione di esistenza (14).

c) *Il problema dell'evoluzione del diritto.* — Anche relativamente al problema della evoluzione del diritto, che è quello più direttamente rilevante per la questione, qui presa in esame, della determinazione dell'influenza esercitata sui singoli autori dalla storia del diritto, risulta utile orientare la comparazione a due soli aspetti. Essi sono: l'effettivo andamento della linea di tendenza evolutiva, e il ruolo che in questa viene svolto da un rilevante fattore di trasformazione del diritto quale la codificazione.

Per Ehrlich la evoluzione del diritto non segue una linea di tendenza rettilinea, ma viene piuttosto intesa come un movi-

---

(13) Per una critica del particolare realismo geigeriano da un punto di vista anch'esso realistico, cfr. comunque Alf Ross, *Om begrebet 'gaeldende ret' hos Theodor Geiger*, in « Tidsskrift for rettsvitenskap » (1950), pp. 242-272.

(14) Su questo punto cfr. in particolare N. LUHMANN, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bologna, Il Mulino, 1978.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mento ciclico guidato dall'alternanza di due idee di giustizia contrapposte, l'individualismo e il collettivismo.

All'interno di questo andamento per corsi e ricorsi il significato di svolta storica delle codificazioni appare chiaramente ridimensionato, tanto più che neppure nel momento delle codificazioni il ruolo dello Stato e del giurista giunge ad essere evolutivamente decisivo. Le codificazioni, infatti, se pure hanno recepito gran parte del diritto dei giuristi prodotto fino alla loro entrata in vigore, diritto questo che costituisce la parte tecnica, non politica del loro contenuto, non hanno per ciò bloccato lo sviluppo del diritto, né lo hanno indirizzato esclusivamente sulla strada della legislazione ([15]).

Nettamente diversa è la soluzione weberiana del problema. La evoluzione del diritto viene inquadrata all'interno di un movimento che punta verso traguardi di razionalizzazione, che coinvolgono l'intera cultura occidentale e che tuttavia da un lato non vengono mai raggiunti pienamente, mentre d'altro lato producono tendenze di segno contrario, rendendo così il processo evolutivo riconducibile ad un metamodello caratterizzato dalla realizzazione mista dei tipi ideali volta a volta chiamati in causa.

Le codificazioni, di cui Ehrlich si preoccupa di ridimensionare gli effetti, sono quindi per Weber una pietra miliare nel processo di evoluzione del diritto e vengono presentate come il risultato dell'azione congiunta di innumerevoli fattori, anche non giuridici, diffusi all'interno della società, e più in particolare di una tendenza predominante verso la formalizzazione del diritto, che lascia ampi spazi ad una razionalità giuridica di segno contrario ([16]).

In Geiger, invece, la linea di tendenza evolutiva appare non ciclica, come in Ehrlich, né divaricata, come in Weber, ma nettamente orientata verso uno sbocco univoco: la monopolizzazione statuale del potere coercitivo e legislativo. L'approccio realistico impone tuttavia di non congiungere questa tendenza con la credenza dogmatica in una sua effettiva realizzazione, e l'evoluzione del diritto è quindi vista come il risultato di una complessa inte-

---

([15]) EHRLICH, *I fondamenti*, cit., pp. 520-21.

([16]) Più ampiamente, su questo punto, il mio *Capitalismo, stato moderno e diritto razionale-formale*, in « Sociologia del diritto », VIII (1981), pp. 39 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

razione nella quale anche in presenza di un diritto codificato sia i consociati sia i giudici stabiliscono di volta in volta, e ciascuno per la propria competenza, quale parte del diritto scritto si trasformi realmente in norma di decisione e in regolarità di comportamento ([17]).

Con Luhmann, infine, la linea evolutiva del diritto acquista un andamento ancora diverso risultando non tanto rettilinea quanto scomponibile in una serie di gradini che contrassegnano i vari salti di complessità compiuti dalle varie conquiste evolutive, e quindi in punti di non ritorno dai quali risulta impossibile ricadere a livelli inferiori di complessità. Questo non significa però adesione ad una teoria che sostenga un progresso unilineare, irreversibile, immanente, necessario e fornito di valore, teoria che per Luhmann è condannata già a priori al naufragio per la inadeguatezza esplicativa dello schema fondamentale « causa-effetto » su cui essa si fonda.

Coerentemente, la codificazione ritorna ad avere una importanza cruciale anche se l'analisi non è più concentrata, come in Weber, sui fattori che l'hanno codeterminata. Più che dalla singolarità storica del fenomeno e delle sue cause l'attenzione di Luhmann viene infatti catturata da « universali evolutivi » come i meccanismi riflessivi, nel cui àmbito e nella cui logica vanno interpretate anche le codificazioni ([18]).

d) *Il problema dell'efficacia del diritto.* — Relativamente al quarto ed ultimo problema, quello dell'efficacia del diritto, i vari approcci teorici possono essere distinti e classificati sia quanto ai fattori che determinano, in generale, la efficacia o inefficacia delle norme giuridiche, sia quanto al ruolo che, in questo quadro esplicativo, viene riservato agli apparati coercitivi. Sotto entrambi gli aspetti, le posizioni dei diversi autori risultano, ancora una volta, nettamente differenziate.

In Ehrlich l'accento è posto soprattutto sui fattori d'efficacia che risiedono nelle organizzazioni sociali spontanee, mentre quei pochi fattori di efficacia che possono apparire interni alle orga-

([17]) GEIGER, *Vorstudien*, cit., pp. 70, 90.
([18]) LUHMANN, *Sociologia del diritto*, cit., pp. 159 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nizzazioni giuridiche, come il prestigio sociale dell'autore delle norme, chiamano in causa anche e soprattutto fattori extragiuridici.

Il ruolo degli apparati coercitivi statali come strumenti di efficacia del diritto è pertanto ridimensionato in quanto la efficacia delle norme giuridiche non è necessariamente garantita dai tipici strumenti della coercizione giuridica, vale a dire la pena e la esecuzione forzata, ma piuttosto dalla pressione sociale esercitata sul singolo dagli altri membri del gruppo ([19]).

Con Weber si assiste all'adozione di una soluzione più complessa, per la quale il consenso va conquistato su vari fronti in quanto ogni singolo istituto giuridico svolge una pluralità di funzioni, e quindi interessa una pluralità di idee e di interessi eterogenei ma sinergetici in vista del suo mantenimento.

In quest'ottica, la società intrattiene un rapporto dinamico e paritetico col diritto essendo in grado di influenzare a sua volta le norme che intendono controllarla, come è limpidamente esemplificato dai rapporti di interazione che è possibile registrare tra coercizione giuridica ed economica ([20]).

Per Geiger, invece, il consenso torna ad avere una matrice universale insita nell'essenza stessa della società, del cui mantenimento ogni singolo ha da guadagnare qualcosa, con la differenza, rispetto ad Ehrlich, che il consenso è qui semplicemente presupposto indipendentemente da ogni analisi empirica, diventando una specie di ipotesi metastorica di carattere contrattualistico.

Non si esclude peraltro la possibilità che la regolarità dell'agire venga di tanto in tanto interrotta dalla eccezionale violazione della regola (non a caso si ha cura di distinguere tra « norme verbali » e « norme sussistenti »), ma in tali casi la sanzione istituzionalizzata, più che ristabilire l'ordine, fa parte essa stessa dell'ordine, essendo disgiuntivamente compresa una reazione nei confronti del comportamento deviante nello schema-base di ogni regolarità sociale ([21]).

([19]) EHRLICH, *I fondamenti*, cit., p. 87.
([20]) WEBER, *Economia e società*, cit., p. 331.
([21]) GEIGER, *Vorstudien*, cit., p. 86.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Per Luhmann, infine, l'attenzione rivolta al problema del sovraccarico dei sistemi spinge da un lato a sottolineare l'importanza di strumenti adatti a svincolare la efficacia delle norme giuridiche dai loro contenuti, non più conoscibili per l'ipertrofia e la tecnicizzazione del sistema giuridico, e d'altro lato ad affidare il consenso al soddisfacimento di condizioni meramente formali. Questo pone in una luce diversa il ruolo della coercizione, la quale in una situazione in cui il consenso viene prodotto dagli stessi procedimenti di produzione delle decisioni, indipendentemente dai loro esiti concreti, tende ad assumere una funzione prevalentemente simbolica (22).

e) *La eclissi della storia e le sue cause.* — Per riepilogare gli eterogeni risultati della panoramica precedente, articolata problema per problema e autore per autore, e ricondurla ad un minimo comune denominatore, possiamo riprendere a questo punto la ipotesi di partenza e osservare che, al di sotto dei più evidenti motivi di discontinuità, che si è cercato volta a volta di rilevare, i quattro modelli teorici analizzati sono collocabili lungo una linea di tendenza evolutiva caratterizzata fondamentalmente dalla graduale eclissi di un contatto diretto tra storia e sociologia del diritto, oltre che dalla parallela emergenza di una preoccupazione, prevalentemente metodologica, di prevenire l'infiltrazione di ideologie giuridiche. La maturazione di tale processo coincide all'incirca con una cesura, quella del secondo dopoguerra, sottolineata di frequente nella letteratura anche se con altre motivazioni. Tale cesura, quindi, può essere ora riformulata in termini di contrapposizione tra una sociologia del diritto prevalentemente orientata alla *storia* (Ehrlich, Weber) e una sociologia del diritto che lascia affiorare, quale orientamento prevalente, quello di una *critica ideologica* non necessariamente sorretta da una approfondita e preventiva analisi storica (Geiger, Luhmann).

In effetti, come è facile comprendere, la esperienza del cataclisma mondiale e degli eccessi ideologici che l'avevano preceduto

(22) Su questo punto cfr. in particolare: N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied a.R.-Berlin, Luchterhand, 1969 (di quest'opera è in corso la traduzione italiana).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e preparato all'interno di grandi sistemi politici europei, insieme ai problemi della ricostruzione non solo economica ma istituzionale, avevano costituito segnali d'allarme del tutto adeguati a fare emergere come temi privilegiati della sociologia del diritto il presente e il futuro della società piuttosto che il suo passato, orientando prioritariamente la ricerca alla razionalizzazione della società mediante il diritto, e alla prevenzione di infiltrazioni ideologiche nella vita politico-giuridica [23].

A ben vedere un tale spostamento del fuoco delle ricerche affiora infatti con chiarezza in ognuno dei vari segmenti della partizione problematica adottata.

Sulla base della esposizione precedente si può dire, quanto al problema preliminare della *definizione* del concetto di diritto, che tale concetto viene volta a volta posto al livello di « fatti strutturali » individuati attraverso una analisi storico-comparativa che affonda le sue radici in una conoscenza del diritto romano privato (Ehrlich), o al livello di « fatti funzionali » in grado di variare col variare degli ordinamenti giuridici nei vari momenti storici (Weber), oppure al livello della « struttura dei fatti » normativi intesa come regolarità di comportamento qui e ora osservabile (Geiger), o infine al livello della « funzione dei fatti » costituenti il diritto dell'intera società, nel quadro di una analisi tipicamente orientata verso l'*output* del diritto (Luhmann).

Quanto poi al problema dello *studio* del diritto, si è assistito, nella successione dei diversi modelli teorici, al passaggio da una percezione del dualismo « diritto/società » basata sulla ricostruzione storica di una loro « coincidenza » sostanziale (Ehrlich) o quanto meno di « parallelismi » tipici tra strutture giuridiche e strutture sociali (Weber), ad un tipo di spiegazione che tende invece a dedurre per via ipotetica la esistenza di un rapporto di « omogeneità » (Geiger) o di « adeguatezza » tra differenziazione funzionale della società e soddistinzione interna di strutture e programmi del diritto (Luhmann).

Quanto al problema della *evoluzione* del diritto si è registrato il passaggio da una concezione dichiaratamente antistatalistica

---

[23] Significativi al proposito sono alcuni saggi di GEIGER, tradotti a cura di Paolo FARNETI, sotto il titolo: *Saggi sulla società industriale*, Torino, UTET, 1970.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del diritto, che pone univocamente le forze evolutive del diritto al di fuori del diritto positivo, nella storia della società (Ehrlich), e da una concezione che integra la precedente rivalutando il ruolo della storia dello Stato e delle sue organizzazioni interne (Weber), a concezioni che finiscono con l'assolutizzare l'esito evolutivo della statualizzazione del diritto limitandosi a delineare in modo estremamente stilizzato, destinato più ad influenzare la ricerca storica che ad essere da questa influenzato, le varie tappe necessarie a raggiungere questo traguardo (Geiger, Luhmann).

Quanto al problema della *efficacia* del diritto, infine, si è passati da una spiegazione ancorata a un concetto di consenso visto come prodotto storico spontaneo della autoregolamentazione dei gruppi sociali (Ehrlich), o come prodotto di un faticoso processo storico che richiede il sostegno dei settori più diversi della società (Weber), a concezioni che tentano di presupporre contrattualisticamente il consenso (Geiger) o di renderlo indipendente dal contenuto dei singoli precetti normativi per la improbabilità che essi possano essere consapevolmente conosciuti e accettati (Luhmann).

Proseguendo su questa strada si può giungere a stabilire anche una concessione tra la discontinuità delle diverse soluzioni adottate nelle quattro aree problematiche precedentemente discusse e un processo, che può dirsi di crescente « formalizzazione » che investe le quattro coordinate culturali indicate nel paragrafo precedente. Così, schematicamente, la crescente formalizzazione concettuale del *modello di scienza* si riflette sulle varie soluzioni adottate riguardo al problema della definizione del concetto di diritto, nelle quali « tipi », « regolarità statistiche », « sistemi », vengono utilizzati per filtrare i fatti sociali rilevanti in concomitanza con una crescente desoggettivizzazione dei criteri di delimitazione dell'oggetto; così, la crescente formalizzazione metodologica del *modello di cultura giuridica* si riflette sulle varie soluzioni adottate riguardo al problema dello studio del diritto, attraverso il passaggio da una accentuazione delle origini sociali di tale cultura a una accentuazione della sua autonomia; così, la crescente formalizzazione dei presupposti politologici del *modello di Stato* si riflette sulle varie soluzioni adottate riguardo al problema della evoluzione del diritto, attraverso il passaggio da un approc-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cio esplicitamente antistatualistico a un riconoscimento del ruolo centrale e determinante che lo Stato svolge nei confronti del diritto e della società; così, infine, il processo di formalizzazione del *modello di legittimazione* si riflette sulle varie soluzioni adottate riguardo al problema della efficacia del diritto, attraverso il passaggio da un concreto riferimento agli interessi dei singoli o dei gruppi a categorie esplicative che si prestano a sostenere l'ipotesi della « legalizzazione » del consenso.

4. *La storia nella sociologia giuridica contemporanea.*

La tendenza, appena rilevata, a eclissare gradualmente il contatto con la storia, non interessa solo i grandi edifici teorici, ma risulta tanto profonda da coinvolgere l'intero panorama della sociologia del diritto tedesca contemporanea. Procedendo anche in questo campo — estremamente complesso per l'intreccio di scuole, indirizzi, correnti — ad una classificazione orientativa, si possono ricondurre, pur a prezzo di qualche inevitabile forzatura, ai maggiori nuclei teorici sui quali ci si è fermati in precedenza, alcuni recenti contributi i quali, come si vedrà, cercano di elaborare concezioni del diritto eterogenee, rispettivamente basate su fatti, su norme e su valori, ma tendenti comunque, per queste diverse vie, a fare a meno della storia.

a) Una prima surrogazione della storia compiuta facendo esplicito riferimento all'opera di Ehrlich è riconoscibile ad esempio nei contributi sociologico-giuridici di Ernst E. Hirsch e della « scuola » sviluppatasi verso la fine degli anni sessanta intorno all'*Institut für Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung* da lui stesso fondato presso la *Freie Universität* di Berlino ([24]). Hirsch ha avuto l'indubbio merito di farsi sostenitore, in un'epoca in cui la disciplina mancava ancora di concreti riconoscimenti accademici, di una sociologia del diritto concepita come strumento per aumentare la consapevolezza degli operatori giuridici intorno ai limiti apposti dalla società ai loro interventi regolativi; essa

([24]) Di HIRSCH l'opera più importante in questo contesto è: *Das Recht im sozialen Ordnungsgefüge. Beiträge zur Rechtssoziologie*, Berlin, Duncker-Humblot, 1966.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

è quindi presentata come utile integrazione dei corsi di preparazione dei futuri giuristi. A differenza da Ehrlich, comunque, Hirsch non pone l'accento su una società formatasi storicamente e quindi destinata a prevalere nei confronti di un diritto statale, frutto di un processo decisionale relativamente breve e contingente, ma pone al contrario l'accento proprio su tale diritto, e in particolare sulla necessità di renderlo « efficace » oltre che « effettivo », attraverso un esame sociologico preventivo volto ad accertare la sua idoneità a conseguire non un qualche effetto, ma gli effetti voluti. Per Hirsch, quindi, il diritto positivo è uno strumento di canalizzazione dei conflitti della società nell'àmbito di un potere statale non illimitato, e purtuttavia relativamente autonomo e teleologicamente controllabile.

Data questa impostazione generale non stupisce che il concetto di « diritto vivente », opportunamente reinterpretato, ricorra nell'opera di Manfred Rehbinder, che ha sviluppato con particolare rigore le intenzioni programmatiche di Hirsch. In Rehbinder, perciò, che risente dell'influsso del realismo americano (Llewellyn) oltre che della *Rechtstatsachenforschung* di A. Nussbaum, tale concetto risulta depurato dagli originari intenti polemici diventando l'altra faccia della medaglia di un diritto positivo inteso come somma delle norme giuridiche vigenti (*law in the books*). È quindi muovendo da tali norme che è possibile giungere a studiare il diritto vivente, che appartiene col diritto positivo « ad uno stesso concetto giuridico », e viene visto non più come la fonte assai più antica e storicamente radicata del diritto positivo, ma semplicemente come « il diritto vigente che è efficace » ([25]).

b) Una profonda influenza non tanto dell'opera di Ehrlich quanto dell'opera geigeriana è invece riscontrabile in Heinrich Popitz e nell'intera « scuola di Friburgo » alla quale si sono formati sociologi e antropologi del diritto di indirizzo behavioristico come Spittler, Treiber, Blankenburg. Popitz, che nella propria opera ripercorre non a caso i medesimi centri di interesse della poliedrica opera geigeriana, passando dalla sociologia del lavoro,

([25]) Per una più ampia analisi parallela delle opere di Hirsch e Rehbinder cfr. il mio *Sociologia del diritto e prassi giuridica*, in « Sociologia del diritto », V (1978), pp. 295 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

alla sociologia politica, alla sociologia del diritto, cerca in quest'ultimo àmbito di sviluppare e affinare la teoria generale degli ordinamenti normativi elaborata da Geiger, e di articolarne meglio le strutture costanti. Scopo dichiarato di questa teoria generale degli ordinamenti normativi è di giungere alla formulazione di proposizioni universali che si adattino, in prospettiva chiaramente metastorica, alla struttura delle norme, delle sanzioni, della validità, di tutti gli ordinamenti regolativi e di controllo in ogni società conosciuta ([26]).

Un analogo interesse per una riflessione sociologico-giuridica, condotto lungo i binari di un approfondimento dell'approccio realistico che tenga ben presenti le esigenze conoscitive della teoria generale del diritto, si riscontra nell'opera di Werner Krawietz. Tale autore nel suo ultimo lavoro sul diritto come strumento di regolazione sociale si fa sostenitore di un realismo moderato che prende le distanze sia da chi « isola il diritto dal contesto sociale, immobilizzandolo », sia da chi indulge acriticamente a una sorta di panrealismo ignorando il reciproco legame di derivazione e di presupposizione che collega le norme giuridiche a « certi » fatti sociali, e inoltre, sottolinea con un richiamo alla distinzione geigeriana tra validità formale e sostanziale e in polemica con Luhmann, il congenito bisogno di integrazione che hanno i programmi di decisione rivolti ai giudici in conseguenza del carattere ideologico-politico della loro funzione ([27]).

c) Una concezione della sociologia del diritto che rifiuta di limitarsi a un lavoro empirico e teorico « neutrale » non rinunciando a prese di posizione esplicitamente valutative è invece reperibile presso almeno due autori, Helmut Schelsky e Hans Ryffel, che si rifanno a uno dei primi ispiratori dell'opera di Luhmann, Arnold Gehlen. Da Gehlen entrambi derivano una concezione antropologica incentrata sul concetto di « *Entlastung* » che considera l'istituzione come uno strumento culturale in grado di

---

([26]) Tra i numerosi lavori di H. Popitz dedicati a tali temi cfr. *Ueber die Präventivwirkung des Nichtwissens*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1968, e soprattutto, *Die normative Konstruktion von Gesellschaft*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1980.

([27]) Cfr. W. Krawietz, *Recht als Regelsystem*, Wiesbaden, Steiner, 1984 (di tale opera ho potuto avere in visione le bozze grazie alla cortesia dell'Autore).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

svolgere, in luogo dell'istinto, la funzione di ridurre la complessità del mondo. Mentre però Luhmann, muovendo da analoghi presupposti, si propone di mettere al posto del concetto di « istituzione » quello più formalizzabile di « sistema », Schelsky e Ryffel si rifanno in definitiva, sia pure in misura diversa, anche all'aspetto idealistico che la concezione di Gehlen, nonostante varie oscillazioni, conserva nel corso del suo sviluppo.

Schelsky, preoccupandosi soprattutto di mitigare l'eccessiva astrattezza raggiunta dalla teoria sistemica di Luhmann, sottolinea l'opportunità teorica di riportare il fuoco della sociologia del diritto sulle istituzioni, più facilmente suscettibili di analisi empirica, e sulla trascurata connessione tra diritto e persona, e quindi non nasconde la propria convinzione che sia lo stato di diritto a garantire il bilanciamento ottimale fra mantenimento della istituzione e libertà individuale ([28]). Ryffel, dal canto suo, rimprovera a Luhmann soprattutto la inadeguatezza della formula della riduzione della complessità che dovrebbe essere a sua volta integrata da criteri ausiliari idonei a stabilire « quale » riduzione sia da perseguire tra quelle possibili, e rivendica pertanto la legittimità di una sociologia del diritto che non rinuncia alla ricerca di criteri di riduzione « giusti », senza i quali l'efficacia delle decisioni prodotte dal sistema giuridico sarebbe inesplicabile ([29]).

d) Mentre gli approcci fin qui visti cercano in varia misura di tralasciare, rimuovere o superare il riferimento al patrimonio conoscitivo della storia del diritto, proponendo modelli teorici che si orientano rispettivamente a fatti, norme, valori da reperire soprattutto nel presente o in prospettiva atemporale, altri autori, ispirati più o meno direttamente dall'opera weberiana, si sforzano maggiormente di non perdere il contatto con tale patrimonio, sia pure battendo strade concettualmente e metodologicamente rinnovate.

([28]) Cfr. H. SCHELSKY, *Die Soziologen und das Recht*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1980.

([29]) Cfr. H. RYFFEL, *Rechtssoziologie. Eine systematische Orientierung*, Neuwied a.R.-Berlin, Luchterhand, 1974. In generale sull'opera di Schelsky e Ryffel cfr. il mio *Sociologia del diritto e criteri di giustizia*, in « Sociologia del diritto », IV (1977), pp. 39 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Tra questi autori ricordo Gunther Teubner che in numerosi lavori ha tentato di rivedere categorie evolutive tradizionali adeguandole soprattutto a quei settori degli ordinamenti giuridici contemporanei, come il diritto costituzionale o il diritto del lavoro, che stanno mostrando, sotto le crescenti sollecitazioni, più evidenti segni di dinamica interna ([30]). In un contributo significativo egli ha in particolare delineato, in contrapposizione sia alla distinzione weberiana tra razionalità formale e materiale, sia alla distinzione tra « *autonomous law* » e « *responsive law* » recentemente introdotta nel dibattito sociologico-giuridico da un fortunato lavoro di Nonet e Selznick ([31]), una forma di razionalità diversa, di tipo « riflessivo » che tiene conto dell'apparato concettuale della teoria generale dei sistemi e che viene proposta come quella probabilmente dominante nel diritto post-moderno ([32]).

Pure influenzata dall'approccio weberiano è l'opera di Günter Dux. Questo autore, al quale si deve, tra l'altro, un'ampia analisi del tema della « legittimazione » in cui ha largo spazio una Auseinandersetzung con Weber, e una introduzione alla sociologia del diritto che affronta il tema centrale della genesi sociale delle norme muovendo dall'orientamento intersoggettivo dell'agire ([33]), ha condotto ampie ricerche storico-comparative sui processi di apprendimento che sostengono in varie aree l'evoluzione delle strutture normative, presupponendo che tali processi passino costantemente, pur fermandosi nei diversi contesti a livelli diversi, attraverso una medesima serie di stadi derivati, ipotizzando un parallelismo fra filogenesi e ontogenesi, dalla teoria psicologico evolutiva di Piaget e Kohlberg ([34]).

([30]) Cfr. soprattutto G. TEUBNER, *Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1978.

([31]) Cfr. Philippe NONET e Philip SELZNIK, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, New York, Harper, 1978.

([32]) Cfr. G. TEUBNER, *Reflexives Recht*, in « Archiv fur Rechts- und Sozialphilosophie », LXVIII (1982), pp. 13 ss., e ID., *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, in « Law and Society Review », XVII (1983), pp. 239 ss.

([33]) Cfr. G. DUX, *Strukturwandel der Legitimation*, Freiburg i. Br.-München, Alber, 1976, e ID., *Rechtssoziologie*, Stuttgart, Kohlhammer, 1978.

([34]) Per una esposizione generale dei programmi di tali ricerche, ancora in corso, cfr. G. DUX, *Geschichte als Lernprozess*, in « Saeculum », pp. XXXIII (1982), pp. 148 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Senza proseguire oltre in tale rassegna, sommaria e incompleta, occorre comunque rilevare che gli approcci teorici menzionati in questo paragrafo, al di là dei diversi atteggiamenti nei confronti della storia del diritto, sono tutti legati da una atmosfera culturale che li vede impegnati in un tentativo di rinnovamento teorico il cui minimo comune denominatore è ravvisabile nella adesione a coordinate culturali meno ricche di varianti e più nettamente orientate rispetto a quelle della sociologia del diritto classica: a un *modello di scienza* che ormai non può più essere ingenuamente empiristico, a un *modello di cultura giuridica* che confida ottimisticamente nel superamento dell'attuale crisi grazie all'apporto delle scienze sociali, a un *modello di Stato* concepito come principale regolatore della società e monopolizzatore del potere di creazione del diritto, a un *modello di legittimazione*, infine, aperto alla partecipazione dei singoli.

Quanto alla prospettiva storica, poi, essa, per quegli autori che ancora si sforzano di ricondurla all'interno della prospettiva sociologico-giuridica, costituisce non solo una estensione dell'orizzonte di ricerca volta ad aumentare i dati disponibili, ma una fonte da cui ricavare criteri di razionalità interni all'ordinamento (Teubner) o un quadro comparativo per studiare le influenze esterne cui l'ordinamento è sottoposto (Dux); né mancano d'altro canto, sullo sfondo, rinnovati tentativi di applicare alla storia dei concetti sociologici — e per questa via anche alla storia della società — gli strumenti della teoria dei sistemi (cfr. ad es. il saggio di Luhmann, *infra*, p. 35 ss.).

5. *Alcune osservazioni conclusive.*

Dalla variegata situazione teorica che si è cercato per sommi capi di delineare è ora possibile trarre qualche conseguenza più generale ove si assuma, come si è già anticipato all'inizio, che le tendenze della sociologia del diritto tedesca hanno anche il carattere di « indicatori », utili a cogliere tratti tipici della sociologia giuridica contemporanea.

Una *prima* conseguenza, generalizzabile in tal senso, riguarda la crescente divergenza tra « genesi » e « applicazione » delle costruzioni teoriche. La eclissi della storia ha fatto sì che, invece

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di una vera e propria *teoria « della »* sociologia del diritto, ricavata dalla elaborazione di fatti anche storici, si sia giunti ad una *teoria « nella »* sociologia del diritto che prevede l'innesto di elementi teorici sviluppati al di fuori dell'àmbito della disciplina e destinati, una volta messi a dimora, a riprodursi autonomamente secondo una logica propria. È questo il caso, per fare un esempio oggi significativo, della teoria generale dei sistemi, la cui applicazione al settore della sociologia del diritto ha imposto un particolare modo di concepire il diritto, basato non tanto su ricerche sociologico-giuridiche preesistenti, ma su procedimenti analogici volti ad orientare ricerche future. L'esercizio dell'immaginazione sociologica è stato così spinto a svolgersi non in senso verticale, verso una progressiva « astrazione » dai dati disponibili, ma in senso orizzontale, verso una sempre più dilatata attenzione a patrimoni teorici sviluppati altrove, da utilizzare in quanto tali adattando ad essi il nuovo campo di applicazione.

Una *seconda* conseguenza è il progressivo prosciugamento dell'importante bacino della comparazione storica, da cui la sociologia giuridica aveva attinto in passato prospettive incongruenti, e quindi « critiche » rispetto al senso comune e ad una percezione prescientifica della vita sociale. Ciò ha spinto la « teoria » ad una sempre più stretta connessione con la realtà politica esistente, e col diritto qui e ora vigente che tende quindi ad essere assolutizzato, assurgendo, sia pure inavvertitamente, ad unico quadro normativo possibile. Si spiega così la continua tendenza verso la « attualizzazione », nella scelta dei temi, della ricerca sociologico-giuridica contemporanea, paradossalmente proprio di quella più « criticamente » impegnata. Essa viene così progressivamente condizionata dal tentativo, non tanto di « superare » quanto, visibilmente, di « raggiungere » la immediatezza della cronaca, disposta come è a pagare con una (sicura) perdita in termini di spessore storico un (solo auspicato) guadagno in termini di risonanza pratica.

Una *terza* conseguenza, connessa a quelle precedenti, è la sempre più urgente necessità di ricercare modi alternativi di svolgere la duplice funzione che il sapere storico, ormai quasi estromesso dal processo di formazione della teoria, non può più soddisfare, vale a dire la funzione di assicurare al discorso teorico della socio-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

logia del diritto un sufficiente grado di « astrazione », e quindi un distacco da quei problemi quotidiani ai quali, come si è visto, esso tende invece ad aderire.

Questa necessità di reperire « alternative funzionali » della storia contribuisce a spiegare la fortuna di un allargamento della prospettiva sociologico-giuridica soprattutto a due settori, quello della sociologia politica e della antropologia giuridica, che promettono di avere in futuro una rilevante influenza: l'apertura alla sociologia politica può essere infatti intesa come un modo per soddisfare la funzione della « astrazione » attraverso la scorciatoia del riferimento a corpi teorici già elaborati in un àmbito contiguo alla sociologia del diritto e in grado di fornire ad essa criteri di classificazione delle diverse forme di Stato che nei diversi contesti storici possono trovarsi « al di sopra » del diritto; il ricorso alla antropologia giuridica appare invece come un modo per soddisfare la funzione della « critica » attraverso la scorciatoia del riferimento ad un'immagine di uomo più o meno esplicitamente delineata, dalla quale ricavare la struttura di bisogni che nei diversi contesti culturali possono trovarsi « al di sotto » del diritto. Attraverso una tale duplice apertura la sociologia del diritto mostra, insomma, di ricercare un recupero del « diverso » (politico, antropologico) per mantenere, sia pure in forme e modalità rinnovate, il rapporto con una dimensione storica che, in entrambi i casi, si conferma così, nella sostanza, come fondamentalmente insostituibile.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Strumenti

3.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

NIKLAS LUHMANN

ZUM BEGRIFF DER SOZIALEN KLASSE (*)

I.

Der Begriff der sozialen Klasse nimmt in der Theorie der gesellschaftlichen Schichtung einen wichtigen Platz ein. Nicht selten wird soziale Differenzierung mit Schichtung und Schichtung mit Klassenbildung nahezu gleichgesetzt (1). Oft wird der Begriff, obwohl er erst gut zweihundert Jahre alt ist, weit in die Geschichte zurückprojiziert mit der Folge, daß alle Hochkulturen als « Klassengesellschaften » bezeichnet werden (2). Diese Stellung in einem der Zentren soziologischer Aufmerksamkeit hat jedoch im Laufe der Zeit zu einer Überdeterminierung des Begriffs geführt und ihn dadurch nahezu unverwendbar gemacht. Eine lange Begriffsgeschichte scheint in Konfusion bzw. in dogmatischer Erstarrung zu enden. Die Begriffsgeschichte selbst wird kaum noch begriffen, wenn man, wie weithin üblich, den Begriff

---

(*) L'autore si propone di tornare più ampiamente sullo stesso tema nel terzo volume di *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Suhrkamp Verlag Frankfurt a.M.

(1) Vgl. etwa Kaare SVALASTOGA, *Social Differentiation*, New York 1965; Friedhart HEGNER, *Klasse soziale*, in *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 4, Basel-Stuttgart 1976, S. 848-853: « Klasse, soziale ... -ist in seiner allgemeinen Bedeutung der begrifflich-kategoriale Ausdruck des Bemühens um die Erfassung der Unterschiede zwischen Menschen bzw. der Differenzierung von Gesellschaft in Menschengruppen » (848).

(2) Und dies nicht nur innerhalb der sich auf Marx berufenden Tradition, die sich hierfür wenigstens um eine theoretische Begründung bemüht. Vgl. für diesen unhistorischen Sprachgebrauch etwa Klaus EDER (Hrsg.), Seminar: *Die Entstehung von Klassengesellschaften*, Frankfurt 1973; Bernhard GIESEN, *Makrosoziologie: Eine evolutionstheoretische Einführung*, Hamburg 1980, S. 157 ff.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

der Klasse mit dem Marxschen Theorieapparat assoziiert. Die folgenden Überlegungen gehen davon aus, daß man den Begriff neu fassen muß - nicht zuletzt auch, um seine eigene Geschichte wieder lesen zu können.

Es gibt mehrere Anhaltspunkte für eine Bestimmung des Klassenbegriffs, die sich möglicherweise — aber auch das steht nicht sicher fest — wechselseitig ausschließen. Wir wollen, um dieses Theoriedilemma zu verdeutlichen, uns mit dem Hinweis auf zwei verschiedene Dimensionen der Bestimmung begnügen, die beide kontrovers gehandhabt werden.

Der eine Ausgangspunkt liegt in der *ungleichen Verteilung sozialer Güter*, also in der Allokation von wirtschaftlichen und anderen Vorteilen. Wenn sich hier deutliche Differenzen abzeichnen und wenn eine Werteagglomeration für Individuen den Zugang zu anderen Werten, wenn zum Beispiel Wohlstand den Zugang zu Bildung, Prestige, Einfluß, Gesundheit erleichert oder wenn umgekehrt entsprechende Deprivationen andere Deprivationen wahrscheinlich machen, sieht man das als Beleg für die Existenz sozialer Klassen an. In jedem Falle liegt dem Konzept eine *multidimensionale* Schematisierung der Ungleichheit zu Grunde. Es geht also nie nur um wirtschaftliche Werte (3).

Multidimensionalität ist nicht nur als eine methodologische Komplikation zu sehen. Sie ist auch aus einem Sachgrunde unerläßlich. Ungleichheit als solche ist ubiquitär gegeben und deshalb allein noch kein Schichtungsprinzip. Schichten und soziale Klassen entstehen erst durch wechselseitige Verstärkung einer Mehrzahl von Ungleichheiten, durch eine Art spill over Effekt. Derjenige, der reicher ist als andere, hat dadurch auch größere Chancen, im Streitfalle Recht zu bekommen, ins Ausland zu reisen, Kunst

---

(3) Selbst Autoren der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts, die für Schichtungsfragen vielleicht am stärksten auf wirtschaftlich begriffenes Eigentum (bzw. « richesses ») abstellen, ziehen auch andere Gütersphären mit in Betracht, um dann *deren* Ungleichverteilung auf wirtschaftliche Ungleichheit zurückzuführen. « Tels sont les effets inséparables des lois de propriété », heißt es zum Beispiel in Bezug auf Ungleichheiten der Erziehung und der Gesundheitspflege bei Jacques NECKER, *De l'importance des opinions religieuses*, London-Lyon 1788, zit. nach *Oeuvres complètes* Bd. 12, Paris 1821, S. 23 f. - mit der aufgeklärten Schlußfolgerung, daß Armut, also auch Religion, notwendig seien.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

genießen und/oder Kunstgenuß zur Schau stellen zu können; sozial bekannt zu sein, als Geisel in die Zeitung zu kommen, seine Kinder auf höhere Schulen zu schicken usw. Erst Multidimensionalität ermöglicht Clusterbildung (4), ermöglicht eine Steuerung von Verteilungen; und erst gegen solche als normal empfundenen Zusammenhänge profilieren sich dann Ausnahmelagen im Sinne von « Statusinkongruenz ».

Multidimensionalität der Ungleichheit ist mithin das eigentliche, in der bisherigen Theorie aber deutlich unterbelichtete Merkmal der Schichten - oder Klassenbildung. Erst dadurch nämlich wird die Frage akut, ob eine bestimmte Dimension, etwa die wirtschaftliche oder die der Geburt (Familie), eine Leitfunktion in bezug auf alle anderen wahrnimmt. Erst auf dieser zweiten Linie der Theoriebildung findet man die üblichen Kontroversen. Nur mit Bezug auf Multidimensionalität hat es Sinn, zu behaupten, daß die Ungleichheit der Klassen auf ihre Stellung zum Produktionsprozeß zurückgeführt werden können. Und nur diesem Rahmen gibt es eine Geschichte des Klassenbegriffs.

Die Rückführung von sozialen Klassen auf ihre Stellung zum Produktionsprozeß ist zuerst von den Physiokraten vorgeschlagen worden. François Quesnay, ein Arzt, mag an Linné's systema naturae secundum classes gedacht haben, als er für seine Einteilung der Wirtschaft den Begriff der Klasse übernahm. Jedenfalls gilt seine berühmte Gliederung in classe productive, classe de propriétaires und classe stérile als Hauptquelle (5). Mit der

---

(4) Man mag hier einen der Gründe dafür sehen, daß die Semantik geschichteter Gesellschaften moralisch-ökonomische Generalisierungen erzeugt, etwa den Begriff des « Gutes », die solche Zusammenhänge formulierbar machen und als begründet erscheinen lassen - oft angereichert mit weiteren, Assoziationen, im griechischen Falle des tò agathón zum Beispiel mit Assoziationen der Tüchtigkeit (auf Personen bezogen) und der Tauglichkeit (auf Sachen bezogen).

(5) Vgl. *Analyse du Tableau économique* (1758), in *Oeuvres économiques et philosophiques* de F. Quesnay (Hrsg.. August Oncken), Paris 1888, Nachdruck New York 1969, S. 305-328. Dabei ist zu beachten, daß Produktion ausschließlich landwirtschaftliche Produktion meint und der gesamte Bereich von Gewerbe und Industrie in die classe stérile fällt.

Eine Variante, die etwas differenzierter ausgearbeitet ist und das Verhältnis von notwendigen und nichtnotwendigen Klassen als « natürliches Gleichgewicht »

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

physiokratischen Welle wird die Mode, von « Classen » su sprechen, nach Deutschland transportiert (6). Bereits wenige Jahre nach der Einführung tendiert das Schema zu Zwei-Klassen-Modell. Turgot vollzieht diese Reduktion - allerdings in sehr komplizierten Schritten, so als ob es gälte, die Komplexität der wirklichen Sachverhalte noch im Gedächtnis zu behalten (7). Er gelangt schließlich zur Gegenüberstellung von bezahlter Arbeit (cultivateurs und artisans = classe stérile) und Eigentum, wobei das Eigentum sich in der Sicht des Staatsministers durch die Disponibilität der Eigentümer (nicht: ihrer Mittel!) für öffentliche Aufgaben auszeichnet (8). Die hier zu Grunde liegende Dreiteilung ist noch bei Hegel erkennbar in der Einteilung der Stände « nach dem Begriffe » als substantiell oder unmittelbar (Ackerbau), reflektierend oder formell (verstandsmäßig geübtes Gewerbe) und allgemein, wobei der allgemeine Stand der direkten Arbeit durch Privatvermögen oder durch Gehalt enthoben sein muß (9).

Seit diesem Beginn behandelt der Klassenbegriff die Einteilung der Gesellschaft (10), und zwar oberhalb einer Ebene, auf

---

behandelt, wird von AUXIRON, *Principes de tout Gouvernement ...*, 2 Bde. Paris 1766 vorgelegt. Die Konsequenz ist hier im übrigen: daß Aufstieg über Schulen abgelehnt wird als Störung der Lage der höheren Klassen (gens aisés). Warum sollte auch der Staat dafür zahlen, daß ein Arbeiter seinen Kindern sozialen Aufstieg verschaffen will (Bd. 2, S. 308 ff.).

(6) Siehe als eine der Hauptschriften der deutschen Physiokratie Johann August SCHLETTWEIN, *Grundfeste der Staaten oder die politische Ökonomie*, Gießen 1779, Nachdruck Frankfurt 1971, S. 81 ff. (ohne jede *Begriffs*erläuterung).

(7) Vgl. Anne- Robert-Jacques TURGOT, *Reflexions sur la formation et la distribution des richesses* (Nov. 1766), zit. nach *Oeuvres de Turgot* (Hrsg. Gustave Schelle), Paris 1913 ff., Bd. 2, 1914, S. 533-601 (538 ff.).

(8) Auf entsprechende Vorstellung scheint sich die Rearistokratisierungspolitik Napoleons bezogen zu haben, die Adel an bestimmte Mindesteinkünfte zu binden suchte. Zur Reform von 1808 vgl. Félix PONTEIL, *Napoléon Ier et l'Organisation autoritaire de la France*, Paris 1956, S. 123 ff.

(9) Siehe *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, §§ 202, 205.

(10) « Division de la société », heißt es bei TURGOT, a.a.O., S. 538, womit offensichtlich nicht mehr der alte Gesellschaftsbegriff gemeint ist, sondern ein noch nicht klar umrissener Nachfolgebegriff für société civile. Vgl. auch Henri de GOYON DE LA PLOMBANIE, *L'homme en société, ou nouvelles vues politiques et*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

der man über Interessen und über Vorteile der Arbeitsteilung handelt (11). Er ermöglicht es, die eklatante Ungleichheit der Eigentumsverteilung anzuerkennen, und dies in dem Moment, als man beginnt, die Gesellschaftsordnung selbst als wirtschaftlich fundiert aufzufassen. Die Einheit der Gesellschaft kann nun als Differenz der Klassen und diese Differenz als Interdependenz formuliert werden. Die Interdependenz wiederum sieht man als stabiles natürliches Gleichgewicht, das eine bestmögliche Nutzung wirtschaftlicher Ressourcen — sei es des Bodens (Physiokraten), sei es der Arbeitskraft (Arbeitswertlehre) — ermögliche (12).

Angesichts der damals noch bestehenden Ständeordnung, die die konkreten Individuen über Familienzughörigkeit einteilt, kann Klasse hier nur ein abstraktes Einteilungsschema sein. In der Erläuterung von Dupont de Nemours heißt es denn auch: « Ce ne sont point proprement les hommes qu'on distingue ici, mais leurs travaux » (13). Baudeau bezieht eine ähnliche Einteilung auf eine vorausliegende Unterscheidung von art social, art féconde

---

economiques, Amsterdam 1763, als Übernahme des Begriffs bei anders ausgerichteten Ökonomen.

(11) Diese Ebene ist zu jener Zeit noch ganz von anthropologischen Theorieansätzen beherrscht. Vgl. Albert O. HIRSCHMAN, *The Passion and the Interests: Political Arguments for Capitalism before Its Triumph*, Princeton N.J. 1977 (dt. Übers. Frankfurt 1980). Die Ansätze zur Neuformulierung der Gesellschaftstheorie, die im 19. Jahrhundert bedeutsam werden, schließen konzeptuell nicht hier an, sondern beginnen in höheren Abstraktionslagen-fast könnte man sagen: in der Sicht einer Regierungs-, Verwaltungs- und Finanzreform.

(12) Dieser Zusammenhang scheint Wertlehren im Sinne von Ein-Faktor-Theorien zu begünstigen, aber er ist unabhängig davon, welchem Faktor man ausschlaggebende Bedeutung beilegt, sofern er nur mit Eigentum assoziiert werden kann. Der Klassenbegriff kann deshalb auch von den Vertretern der Arbeitswertlehre übernommen werden. Vgl. z.B. BOESNIER DE L'ORME, *De l'esprit du gouvernement économique*, Paris 1775, Nachdruck München 1980. Die Rechtfertigung der Ungleichverteilung des Grundeigentums wird hier mit recht fragwürdiger Argumentation über Arbeitsteilung, Handel und Produktionsaufschwung geleitet (was er zu seiner eigenen Ernährung brauche; es würde dann nur in dem Umfange arbeiten können, der zu seiner eigenen Ernährung notwendig sei).

(13) Pierre Samuel DUPONT DE NEMOURS, *Abrégé des principes de l'économie politique* (1772), zit. nach Eugène DAIRE (Hrsg.), *Physiocrates*, Paris 1846, Nachdruck Genf 1971, S. 367-385 (376).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ou productif und art stéril (14). Mit dem Zusammenbruch der Ständeordnung wird es dem Klassenbegriff freigestellt, die Menschen selbst (und nicht nur ihre Arbeit oder ihre Kunstfertigkeiten) einzuteilen. Schon vor der Revolution hatte man — es fällt offenbar schwer, einen rein analytischen Begriff durchzuhalten — den Klassenbegriff bereits in einem konkreten, auf Bevölkerungsgruppen bezogenen Sinne gebraucht (15). Nach der französischen Revolution sind « ordres » und « états » verschwunden. Es steht nur noch der Klassenbegriff zur Verfügung, um Unterschiede der Bevölkerung in ein Schema zu bringen. Wie zufällig ist gerade dieser Begriff gebunden an Reichtumsverteilung und Produktion. In Deutschland zögert man wohl deshalb, den Klassenbegriff zu übernehmen. Kant benutzt den Klassenbegriff, wenn er Willkürlichkeit oder Problematik der Zugehörigkeit zum Ausdruck bringen will (16). Fichte ordnet, nachdem er im System der Sittenlehre (1798) noch ganz im Sinne der Physiokraten in Bezug auf Berufe von höheren und niederen Klassen gesprochen hatte, den Klassenbegriff selbst noch einmal stratifikatorisch ein, indem er auf ein- und derselben Seite von « höheren Ständen » und « niederen Volksklassen » spricht (17). Auch

---

(14) Nicolas BAUDEAU, *Première introduction à la philosophie économique ou analyse des états policés* (1771), zit. nach DAIRE, a.a.O., S. 657-821. Die gleiche Unterscheidung, aber mit zum Teil anderen Füllungen, bei Max WEBER in der Skizze « Stände und Klassen », in *Wirtschaft und Gesellschaft*, 3. Aufl., Tübingen 1948, Bd. 1, S. 177 ff.

(15) Vgl. Abbé MORELLET, *Prospectus d'un nouveau Dictionnaire de Commerce*, Paris 1769, S. 208 (« classe nombreuse d'hommes ... salariés par le revenu public »); Simon-Nicolas-Henri LINGUET, *Lettres sur la Théorie des loix civiles* etc., Amsterdam 1770, S. 86 (« classe inferieure de la société »); Sénac de MEILHAN, *Considérations sur l'esprit et les moeurs*, London 1787, z.B. 28 (« jargon d'une certain classe »), 31 (les moeurs de toutes les classes de la société), 155, 159, 319.

(16) So in: *Uber den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* (1793), zit. nach *Kleinere Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie* (Hrsg. v. Kirchmann), Leipzig o. J. Zum Beispiel: Man könnte durch keine rechtliche Tat « in die Klasse des Hausviehes eintreten ». Erblich privilegierter Stand der Grundbesitzer als « willkürlich angeordnete Menschenklasse ». Erblicher Herrenstand als « eine gewisse Klasse von Untertanen » (a.a.O., S. 120, 123, 125). Dabei ist das Willkürliche im Gegensatz gesehen zu dem, als was der Mensch sich selbst in Übereinstimmung mit seiner Freiheit bestimmt.

(17) Grundzüge des gegenwärtigen Zeitalters, Fünfzehnte Vorlesung, zit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in Frankreich findet man einen Gebrauch des Klassenbegriffs, der Willkür und bloße Konvention zum Ausdruck bringt (18). Aber sehr bald avanciert die Ökonomie zum Hauptdeterminationsfaktor menschlichen Schicksals. Es bekommt dann eine neue Breitenwirkung, wenn man sagt, daß die Produktionsverhältnisse die Menschen in Klassen differenzieren.

Um 1800 wird der Klassenbegriff in nahezu hoffnungsloser Unschärfe und Vieldeutigkeit gebraucht. Nur der Bezug auf Wirtschaft — sei es auf Eigentumsverhältnisse, sei es auf Produktion, sei es auf Arbeitsteilung und Berufsdifferenzierung — hat sich durchgesetzt. Weder die französische Revolution noch das Sichtbarwerden der Folgen der Industrialisierung in England tragen direkt zur begrifflichen Präzisierung bei. Angesichts der politisch-ideologischen Kontroversen bleibt auch unklar, ob und wie eine etwaige Klassenstruktur zwischen Wirtschaft und Politik, zwischen Gesellschaft und Staat vermitteln kann - sei es, daß das Steuerrecht, sei es, daß das Wahlrecht an Klassenunterschiede anknüpft. All dies kann einstweilen ebensogut auch in der « Stände »-Terminologie ausgedrückt weredn.

Es ist denn auch nicht die weitere Arbeit am Begriff, die zu Fortschritten führt, sondern eine Veränderung in der ökonomischen Theorie selbst. Das vielleicht auffälligste Merkmal der

---

nach: Johann Gottlieb FICHTE, *Ausgewählte Werke* (Hrsg. Fritz Medicus), Darmstadt 1962, Bd. IV, S. 617. Gegenüber diesen niederen Volksklassen rechtfertigt sich in übrigen selbst bei Fichte der Großgrundbesitzer schon mit wirtschaftlichen Leistungen im Sinne von Schumpeter: « Die Unternehmungen, die ihr mich täglich machen seht, die Problem im Großen mit neuen Arten der Bewirtschaftung, die Einführung neuer edlerer Tierarten, neuer Pflanzen und Sämereien aus entlegenen Ländern, ihre noch ungewohnte und erst zu erlernende Behandlung, bedürfen großer Auslagen und Vorschüsse, und des Vermögens, das mögliche Mißlingen zu ertragen ... » (a.a.O., S. 618).

(18) Bei Benjamin CONSTANT, *Mémoires sur les cent-jour* (1819 ff.), zit. nach der Ausgabe Paris 1961, S. 38, heißt es zum Beispiel gerade mit Bezug auf die oberste Schicht: « Les classes que, dans notre état de civilisation, nous sommes convenus de nommer supérieures sont entrainées malgré elles, et indépendamment de tout système, à se considérer comme d'une autre espèce que le reste des hommes ». Diese Art des Durchschauens ist bereits auf eine zweifache Kontingenz gesteigert: nämlich auf Willkür (« indépendamment de tout système ») der Darstellung eines kontingenten (konventionellen) Sachverhalts als Natur.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

englischen Diskussion in den ersten Dekaden des 19. Jahrhunderts ist: daß die Differenzen reich/arm und Kapital/Arbeit fusionieren. Man kann fast sagen, daß die Unterscheidung von Kapital und Arbeit an die Stelle der Unterscheidung von reich und arm tritt, die die bürgerliche Theorie von Quesnay über Turgot und Linguet bis Necker beherrscht hatte. Reichtum wird nicht mehr als Erfordernis standesmäßiger Lebensführung und auch nicht mehr als Luxus (mit wirtschaftlicher Antriebsfunktion) gesehen, sondern als Beherrschung der Arbeit anderer. Es wird also weder vergessen noch übersehen, daß die Kapitalisten reich und die Arbeiter arm sind, und dieser Hintergedanke ermöglicht es immer wieder, die Unterscheidung von Kapital und Arbeit mit Ressentiments, mit politischer Munition und mit humanen Appellen zu füllen. Die theoretische Argumentation wird jedoch auf die Differenz von Kapital und Arbeit eingestellt (was zugleich der ökonomischen Theorie eine Form gibt, die nicht mehr eindeutig am praktischen Ziel der Mehrung des nationalen bzw. privaten Reichtums ausgerichtet ist). Die Differenz Kapital/Arbeit konnte unterschiedliche Einkommensquellen benennen (also die Wirtschaft sozusagen in Bewegung erfassen), und sie hatte außerdem den Vorteil, auf die jetzt dominierenden Organisationserfahrungen beziehbar zu sein (19): Man konnte sich den Kapitalisten als « Fabrikherrn » und den Arbeiter als Zutat zu den Maschinen vorstellen. Der Organisationszusammenhang wiederum begünstigt die Vorstellung, daß die beiden Klassen sich zu einem Interessengegensatz formieren und in der Fabriksituation ein Klassenbewußtsein ausbilden. Die neuartigen Erfahrungen setzen sich begrifflich durch, wie immer gering der Prozentsatz der europäischen Bevölkerung gewesen sein mochte, auf den sie faktisch zutrafen.

Diese Theorieentwicklung, dieser Austausch der ökonomischen Leitdifferenz und diese Zielverschiebung von Reichtum auf Ordnung, reißen den Klassenbegriff mit und fixieren ihn längst vor Marx auf die als Gegensatz begriffene Differenz von Kapitalisten

(19) Daß Vorstellungen über Organisation auch in anderer Weise dazu dienen, mit dem Klassenbegriff zu assoziieren, läßt sich bei Saint Simon nachlesen, der vielen als der erste Systematisierer einer Klassentheorie gilt.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

und Arbeitern. Die Geschichte des Begriffs und der Theorie sozialer Klassen ist seit mehr als hundert Jahren an Hand dieser Differenz von Kapital und Arbeit und an der anschaulichen Erfahrung im Produktionsbetrieb ausgesponnen worden. Karl Marx hat vor allem eine konsequente Historisierung des Klassenbegriffs hinzugefügt (20) und sich dadurch die Möglichkeit geschaffen, das Ende von Klassengesellschaften schlechthin zu denken. Die Produktionsverhältnisse konnten nun als Angelpunkt der Veränderung gesehen werden. Zugleich wird, in glänzender theoretischer Stilisierung, an Hand der Produktionsverhältnisse und der von ihnen abhängigen Herrschafts- (« Unterdrückungs »-) verhältnisse vorgeführt, daß die Klassenbeziehungen dialektischer Natur sind mit der Konsequenz, daß jedes Scheitern einer Klasse das Gesamtsystem, also die Gesellschaft revolutioniert (21). Eine solche Theorie prägt ihre Begriffe; man kann sie nicht einfach einschmelzen, um das reine Gold wiederzugewinnen. Auch heute und auch außerhalb der marxistischen Orthodoxie wird der Klassenbegriff vorherrschend durch Bezug auf die wirtschaftliche Produktion definiert (22) - aber nach dieser langen Geschichte, die besonders für Marxisten Aussagewert haben muß, angereichert mit Ergänzungen, Berichtigungen, Kontroversen und Korrekturen von Berichtigungen (23). Autoren, die diese Festlegung auf den

---

(20) Daß die extravagante Formulierung aus dem Kommunistischen Manifest, die Geschichte aller bisherigen Gesellschaft sei die Geschichte von Klassenkämpfen gewesen, den analytischen Leistungen der (unabgeschlossenen) Marxschen Klassentheorie nicht gerecht wird, sei hier nur angemerkt. Sie würde, ernst genommen, den Klassenbegriff zu einer universalgeschichtlichen Konstante generalisieren und ihn damit für historische Analysen unbrauchbar machen.

(21) Genau diese « bloß theoretisch » gewonnene Folgerung wird heute weithin kritisiert. Eine « klassenlose » Gesellschaft, ist denn auch nicht in Sicht, sondern allenfalls eine Gesellschaft, in der Klassenstrukturen nicht die zentrale Bedeutung haben, die Marx ihnen zugedacht hatten. Vgl. dazu Anthony GIDDENS, *Die Klassenstruktur fortgeschrittener Gesellschaften*, dt. Übers. Frankfurt 1979, insb. S. 161 ff.

(22) Siehe etwa Maurice ZEITLIN, *Class, Politics and Historical Development in the United States*, in ders. (Hrsg.), *Classes, Class Conflict and the State: Empirical Studies in Class Analysis*, Cambridge Mass. 1980, S. 1-37 (2. f.).

(23) « Die gesellschaftlichen Klassen sind Gesamtheiten gesellschaftlicher Agenten, die *hauptsächlich*, aber nicht ausschließlich, durch ihre Stellung im *Pro-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Produktionsprozeß vermeiden wollen, verzichten daher zumeist auf den Klassenbegriff und arbeiten mit Begriffen wie Schichtung oder Stratifikation. So vor allem die Amerikaner vor ihrer Infektion mit Marxismus. Die Frage ist aber, ob die (nur begriffsgeschichtlich verständliche) Bindung des Klassenbegriffs an Produktion ihm nicht unnötige Gegner einbringt, die dann ihrerseits mit einem allgemeinen Begriff der Stratifikation nicht in der Lage sind, die moderne Gesellschaft angemessen (und vor allem: historich angemessen) zu beschreiben.

II.

Ein zweiter, teilweise unterirdisch verlaufender Diskussionsfaden in der Geschichte des Klassenbegriffs beruht auf einer gewissen Affinität von Klasse und Individualität. Im Laufe der Begriffsgeschichte von Quesnay bis Marx werden die Begriffe Klasse und Individuum zusammengebracht, und damit verschmelzen nicht zuletzt französische und deutsche Begriffstraditionen.

Die wohl wichtigste Vorbereitung, die noch ohne den Klassenbegriff auskommt, liegt im Verzicht auf eine religiöse Bestimmung des Individuums, insbesondere auf die Verweisung auf *eigene* Bemühung um *eigenes* Seelenheil. An die Stelle der damit gegebenen Differenz tritt die Differenz von Naturmensch und Zivilisationsmensch. In dieser Differenz findet sich das Individuum wieder als Eigentümer. Es hat seine Unschuld und seine Freiheit verloren und dafür Eigentum erhalten, und über Eigentum wird es um so abhängiger von der Gesellschaft der plaisirs und der besoins. Die geregelte Gesellschaft, die ihren eigenen Gesetzen gehorcht, fesselt den Menschen. « Dés cet instant, son existence cessa, pour ainsi dire, de lui appartenir ». Alle schlechte Erfahrung führt aus diesem Zustand nicht mehr heraus: « il semble

---

duktionsprozeß, d.h. in der Sphäre der Ökonomie, bestimmt sind. Man darf in der Tat aus der grundlegenden Bedeutung der Stellung in der Ökonomie nicht schließen, daß sie für die Bestimmung der gesellschaftlichen Klassen ausreicht », heißt es mit kennzeichnender Unschärfe bei Nicos POULANTZAS, *Klassen im Kapitalismus heute*, dt. Übers. Berlin 1975, S. 13.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que le société lui devient nécessaire en proportion des maux qu'elle lui cause ». In der Zivilgesellschaft muß jetzt alles bezahlt werden. Es gibt keine direkte Nutzung der Natur mehr. « Il faut donc renoncer à ces chimeres de liberté, d'indépendence. Il faut désormais conformer sa conduite aux principes des conventions civiles. C'est une nécessité de se mettre en état d'arriver à ce qu'on appelle *gagner sa vie* ».

Aber Eigentum ist extrem ungleich verteilt und nur dadurch möglich. Die Gesetze stabilisieren diese Ungleichheit, « elles sont evidemment une sauvé-garde accordée au riche contre le pauvre. C'est une chose dure à penser et pourtant bien demontrée qu'elles sont, en quelque sorte, une conspiration contre la plus nombrause partie du genre humain. C'est l'opulence qui les dicte ... Le pauvre n'a à lui que son indigence. Les lois ne peuvent donc pas lui conserver autre chose. Elles tendent à mettre l'homme qui possèdent du superflu à couvert des attaques de celui qui n'a pas le nécessaire et si c'est un inconvenient, il est inséparable de leur existence. Aussi verrons-nous en approfondissant leur origine, que les architectes de cet édifice étoient les plus intéressés à sa construction. Ceux dont il attaquait les droit ne furent point consultés à sa construction. On leur notifia l'obligation de le respecter quand il fut élevé; mais on ne leur confia ni le plan, ni la garde ». Es gibt nur einen Ausgleichsmechanismus dieser injustice visible: der Bedarf für Arbeit, über den ein Teil des Reichtums verteilt wird. Die « industrie laborieuse » schwächt das Problem ab: Sans chasser l'inégalité, elle la rend tolérable. Reiche und Arme sind in dieselbe Notwendigkeit eigenbunden und insofern unfrei. Was die Ordnung leistet ist: « les asservir, sans les empêcher de se croire libre ».

So stellt die bürgerliche Ordnung sich selbst vor. Der Text, dem wir gefolgt sind, ist 1767 publiziert ([24]). Was bleibt einem Marx zu sagen? Die bürgerliche Gesellschaft kommt mit Protest gegen sich selbst in Gang. Man kann dann allenfalls noch bezweilfen, daß all dies notwendig sei. Linguet formuliert sein Kon-

([24]) Siehe Simon-Nicolas-Henri LINGUET, *Théorie des loix civiles, ou Principes fondamentaux de la société*, 2 Bde. London 1767. Die Zitate aus Bd. 1, S. 180-199.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zept ohne jede Verwendung des Klassenbegriffs. So ist die Ordnung die durch Arbeit kompensierte Differenz. Wenn der Klassenbegriff hinzugenommen wird und wenn mit Hilfe dieses Begriffs die Umverteilung der Verteilung formuliert werden kann, tritt Kontingenz an die Stelle von Notwendigkeit. Die Leitdifferenz kann jetzt erneut ausgewechselt werden: An die Stelle der Differenz Naturmensch-Zivilisationsmensch, in der die Unausweichlichkeit der Zivilisation mit all ihren Folgen formuliert wird, tritt die Differenz der Klassen. Diese Differenz aber kann, anders als die von Natur und Zivilisation, als nicht notwendig behandelt werden. So kann das 19. Jahrhundert, allen voran Marx, sich an dem Gedanken berauschen, daß es auch anders möglich sei.

Die Theorie des Individuums sucht freilich noch einen anderen Ausweg. Für sie wird vor allem die aus dem 18. Jahrhundert stammende Problematik des Allgemeinen im Verhältnis zum Besonderen relevant. Nach einer langen, vor allem in der Ästhetik ablaufenden Diskussion über « Kriterien », nach denen man die Allgemeingültigkeit im Besonderen beurteilen könne, hatte im Anschluß an Kants Kritik der Urteilskraft der Neuhumanismus das Allgemeine ins Individuum verlagert und es damit gewissermaßen existentialisiert. Der Begriff des Individuums wurde damit zur Form, mit der man auf die Frage nach dem Allgemeinen im Besonderen antwortete, und die Antwort lautete: Das Besondere sei in seiner Individualität etwas Allgemeines, denn jeder sei wie alle anderen zumindest dies: ein Individuum. Damit war der traditionelle Begriff von Individualität in sein Gegenteil verkehrt: Als Besonderes galt nicht mehr das weniger Allgemeine auf einem Kontinuum der Hinzufügung von Bestimmungen; vielmehr wurde gerade das Besondere als das Allgemeine schlechthin angesehen insofern, als jedem seine Individualität als etwas Besonderes zufällt.

Dies war zunächst freilich nicht als Rechtfertigung jeden Privatbeliebens, als Legitimation aller Ansprüche gedacht. Vielmehr war im Allgemeinen stets ein Bezug auf Vernunft, auf Zustimmungsfähigkeit, auf Ordnung, letzlich ein Bezug auf das Weltganze mitgedacht gewesen. So gesehen, war Individualität dann etwas, was man in sich selbst nur als Allgemeines, nur als

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Realisierung von so viel Menschlichkeit wie möglich gewinnen konnte. Schon Hegel hatte aber die bürgerliche Gesellschaft charakterisiert als eine Ordnung, in der die konkrete Person sich selbst nur als Ganzes ihrer Bedürfnisse haben und nur in Beziehung auf andere Allgemeinheit gewinnen kann ([25]). In der Marxschen Analyse zerbricht angesichts der harten Tatsachen, die im Gefolge der Industrialisierung zu beobachten waren, jener Einheitsbezug vollends. Die Welt ist nicht mehr in Ordnung- und rückblickend war sie es denn auch nie gewesen seit der Einführung von Landwirtschaft, Ausbeutung und Mehrwertabschöpfung. An die Stelle der Einheit von Welt und Gesellschaft placiert Marx den Konflikt- und die Hoffnung auf eine anderersartige Zukunft. Die Einheit ist die Differenz oder genauer: die Differenz, die auf beiden Seiten als solche erfahren und damit zum Widerspruch wird. Die Einheit, auf die hin das Individuum seine Individualität als Allgemeines projizieren kann, ist dann nur noch seine Klasse, und zwar seine Klasse im Konflikt mit der anderen Klasse.

Dies wirderum drückt ein weiteres Problem in die Theorie, nämlich die Frage, wie denn die Einheit der Klasse als Einheit der Individuen zu begreifen sei. Wenn die Klasse als Erstaz-Allgemeines fungieren soll: genügt es, daß die Individuen einer Klasse zugerechnet werden, müssen sie sich als Angehörige einer Klasse begreifen oder müssen sie sich sogar im Klassenkonflikt ereifern, Versammlungen besuchen etc? Üblicherweise wird dies Problem als Frage nach bewußter Identifikation mit der Klasse, nach Solidarität, nach Gemeinschaftsgefühl oder ähnlich gestellt; theoretisch konsequenter wäre es zu fragen, ob und wie die Klassen*differenz* es ermöglicht, die eigene Lage als *kontingent*, die eigene Benachteiligung als *Willkür* zu erfahren und, darüber erbost, nach Gleichgesinnten zu suchen.

([25]) Schärfer als im gedruckten Text der Rechtsphilosophie heißt es in der Vorlesungsnachschrift 1819-20: « Die konkrete Person erscheint jetzt als besonderer Zweck für sich, und die Allgemeinheit ist von ihr verschieden, steht ihr gegenüber ». Entsprechend ist Allgemeinheit hier bloßes Mittel der Besonderheit.

Siehe Georg Friedrich Wilhelm HELEG, *Philosophie des Rechts: Die Vorlesung von 1819-20 in einer Nachschrift* (Hrsg. Dieter Henrich), Frankfurt 1983, S. 147 und S. 151.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Dieser Herleitungszusammenhang, der letzlich darauf zurückgeht, daß man die Frage nach der Einheit der Klasse als Frage nach der Allgemeinheit des Selbstengagements von Individuen stellt, mag inzwischen verblaßt sein. Daß die Frage selbst damit nicht erledigt ist, wird deutlich, wenn man das Grundproblem in der Multidimensionalität ungleicher Verteilung sieht. Gleichheit in der Ungleichheit, das heißt Gleichheit der relativen Partizipation an Gütern, also Gleichheit der « Klassenlage » (Max Weber) ist noch keine ausreichende Antwort auf die Frage, was er erlaubt, verschiedene Individuen zur Einheit einer Klasse zusammenzufassen. Entweder versteht man diese Einheit nur analytisch. Dann erscheint sie nur auf dem Bildschirm der Wissenschaft, die entsprechende Messungen unternimmt und ihre Daten interpretiert. Oder der Klassenlage wird die Chance oder gar die Wahrscheinlichkeit einer entsprechenden Bewußtseinsformung zugesprochen. Diejenigen, meint man dann, die sich in ähnlicher Lage befinden, werden dies schon merken, besonders wenn es darum geht, diese Lage zu verändern oder ihre Bedrohung abzuwehren. Der Klassenkampf induziert Klassenbewußtsein, so wie umgekehrt Klassenbewußtsein dem Klassenkampf Motive und Kognitionen zuführt. Im erstgenannten Falle besteht die Klasse nur als Klassifikation, im zweiten Falle hat sie als Klassifikation soziale Realität. Etwas abstrakter läßt diese Kontroverse sich auch als Unterschied von Fremdbeobachtung und Selbstbeoachtung formulieren: Ist die Einheit einer Klasse (und damit zugleich auch: die Einheit der Differenz von Klassen) Synthese nur in der Perspektive eines externen Beobachters, oder ist sie auch (oder sogar nur) in der Form einer Selbstbeoachtung und Selbstbeschreibung der Gesellschaft selbst möglich? Je nach der Standpunktwahl hier kann man der Wissenschaft dann immer noch die Rolle eines Fremdbeoachters oder Gebundenheit durch die, und Teilnahme an der, Selbstbeobachtung und Selbstbeschreibung der Gesellschaft zusprechen.

Die beiden genannten Diskussionslinien, Multidimensionalität und Einheit, der Bestimmung des Klassenbegriffs hängen zusammen. Dies ist leicht einzusehen, wenn man auf ihre Prämissen zurückgeht. Letztlich geht es in dieser Diskussion immer um ein Problem der Verteilung von Individuen auf Einheiten, die dann

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« Klasse » genannt werden, wobei die Verteilung der Individuen sich danach richten soll, was und wieviel auf sie verteilt wird. Wer viel erhält, ist in einer Klasse; wer wenig erhält, ist in einer anderen. Der Klassenbegriff regelt, mit anderen Worten, die Verteilung des Verteilens. Er bringt die Reflexivität (und damit auch die Änderbarkeit = Umverteilbarkeit) des Verteilungsprozesses zum Ausdruck. Nicht zufällig kam daher der Gedanke auf, daß mit der Abschaffung der Klassen auch die Reflexivität des Verteilens wieder verschwinden und die Verteilung wieder der Natur überlassen werden könnte. Und nicht zufällig tritt, wenn man einsehen muß, daß man die Reflexivität des Verteilens wahrscheinlich nich wieder los werden wird, der Staat an die Stelle, wo das Verteilen des Verteilens als Einheit zu denken ist.

In diesem Theoriekontext ist der Klassenbegriff mehr oder weniger aufgelöst worden. Er hält sich an die offensichtliche und unbestreibare Evidenz der Ungleichverteilungen und zieht daraus immer neue Plausibilität. Aber als theoretischer Begriff, mit dem Individuen auf Verteilungen verteilt werden sollten, scheint er zu versagen- und dies ganz unabhängig davon, daß bestimmte Engführungen der Determinanten von Klassenzugehörigkeit, etwa die des Marxismus oder die der sogenannten funktionalistischen Schichtungstheorie, einer Kritik kaum standhalten können. Wenn man aber den Zentralgedanken festhalten will, daß das Verteilen des Verteilens durch die Einheit der Differenz von Klassen vermittelt wird, oder wenn man zumindest klären will, ob und wie weit dies der Fall ist, braucht man dafür einen funktionsfähigen Begriff. Hierzu sollen im folgenden einige vorläufige Überlegungen angeboten werden.

III.

Wenn der Klassenbegriff die Verteilung der Verteilung bezeichnen soll — und welcher andere Begriff stünde heute dafür zur Verfügung? —, gehört er als Begriff für einen reflexiven Sachverhalt in die *Semantik der Selbstbeschreibung des Gesellschaftssystems*. Er bezeichnet keinen primären Sachverhalt, auch nicht die soziale Ungleichheit als solche; vielmehr beschreibt

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

die Gesellschaft im Klassenbegriff sich selbst als ein System, das Individuen auf Verteilungen verteilt und zu verkraften hat, daß dies ein Vorgang ist, der auch anders möglich wäre. Nur in dieser Form läßt sich ein Verteilungsverteilungsbewußtsein vom Grundsachverhalt der Ungleichheit abheben, und nur so kann man zur Diskussion stellen, ob Ungleichheit nicht anders gesteuert werden sollte - etwa nach Maßgabe von Bedürfnissen und Verdiensten und nicht nach Maßgabe der Stellung im Produktionsprozeß.

Diese Zuordnung zum Selbstbeschreibungssyndrom der Gesellschaft bedeutet zugleich, daß der Klassenbegriff in einem spezifischen Sinne als *historischer Begriff* behandelt werden muß, und zwar als ein Begriff, der in den Sachverhalt, den er bezeichnet, miteingeschlossen ist. Er bezeichnet *und leistet* einen Beitrag zur Selbstbeschreibung der Gesellschaft in einer bestimmten Phase ihrer Evolution. Dementsprechend bestimmen wir den Begriff der sozialen Klasse ([26]) vor dem Hintergrund einer Gesellschaftsordnung, deren Zusammenbruch die Klassentheorie motiviert hat. Bis ins 18. Jahrhundert hinein konnte die europäische Gesellschaft sich ähnlich wie alle anderen entwickelten Gesellschaften als eine stratifizierte Ordnung begreifen. Sie war in erster Linie in Schichten gegliedert. Das Prinzip der Schichtung war das Leitprinzip der Subsystembildung. Jede Schicht konnte daher die anderen Schichten als soziale Umwelt behandeln, und der Verkehr mit anderen Schichten blieb im wesentlichen auf den eigenen Haushalt und seinen mehr oder weniger großen Anhang beschränkt ([27]). Insofern hatte sich die duale Struktur von politischer Gesellschaft und segmentär differenzierten Hausgesellschaften durchgehalten und mit der stratifikatorischen Differenzierung akkommodiert. Innerhalb der eigenen Schicht war die Interaktion im Prinzip (Altersdifferenzen, Geschlechtsdifferenzen und zeremonielle Distinktionen einmal übergangen) eine solche unter Gleichen. Sie konnte so die besonderen Qualitäten und

([26]) In Abweichung von einem verbreiteten, letztlich auf Marx zurückgehenden Sprachgebrauch. Vgl. oben Anm. 2.

([27]) Die auf formaler Organisation beruhenden Ausnahmen (Militär, Schiffe, Klöster u.ä.) dürfen natürlich nicht übersehen werden.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Anforderungen der Schicht zum Ausdruck bringen. Schichtgrenzen überschreitende Interaktion war zwangsläufig Interaktion unter Ungleichen, wie immer im Haus gemildert durch christliche und patriarchalische Codes der Liebe und Fürsorge. Dieser Gesellschaftsaufbau fand mithin in der Interaktion unter Anwesenden unmittelbaren Ausdruck und war dadurch täglich präsent, und es gab deshalb kaum Möglichkeiten, ihm auszuweichen. Die bloße Umkehrung, etwa im Karneval, blieb bloße Umkehrung, blieb Spiel, blieb Scherz so wie die Herrschaft der Damen im cour d'amour. Die Gesellschaft trat in der Interaktion in Erscheinung.

Genau diese Aktuale Evidenz muß jedoch aufgegeben werden, wenn die Primärform der gesellschaftlichen Differenzierung von Rang auf Funktion umgestell wird. Bei der Zuordnung einzelner Interaktionen zu bestimmten Funktionsbereichen, etwa zur Politik oder zur wissenschaftlichen Forschung, zur Krankenbehandlung oder zur Erzeihung, wird nämlich die Gesamtgesellschaft nicht mehr mitrepräsentiert. Im Gegenteil: es gilt nun eine neartige Gleichheitsregel, nach der man bei allen funktionsspezifischen Interaktionen außer Acht zu lassen habe, welche anderen Rollen die Partner wahrnehmen und was sie sonst noch sind. Bei medizinischer Betreuung etwa kann man in aller Regel davon ausgehen, daß für die religiösen Bedürfnisse oder für die wirtschaftlichen Kosten in einem anderen System gesorgt ist, und Interferenzen, etwa angesichts des Todes oder bei notwendigen, aber nicht finanzierbaren Heilbehandlungen, werden als systemwidrig empfunden.

Funktionale Differenzierung erzwingt mithin eine sehr viel schärfere Differenzierung auch Zwischen dem gesamtgesellschaftlichen System im ganzen und den Systemen der Interaktion unter Anwesenden. Die Ebenen der Systembildung werden stärker auseinandergezogen, und in vielen Bereichen tritt Organisation als eine weitere (weder interaktionelle noch gesamtgesellschaftliche) Ebene der Systembildung dazwischen ([28]). Funktionale Differenzierung erzwingt keinen Verzicht auf Schichtung. Eklatante Dif-

([28]) Hierzu auch Niklas LUHMANN, *Interaktion, Organisation, Gesellschaft,* in DERS., *Soziologische Aufklärung* Bd. 2, Opladen 1975, S. 9-20.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ferenzen an Reichtum und Ansehen, Beweglichkeit und Partizipationschancen, Informiertheit, Lebensgenuß und Lebenssicherheit bestehen nach wie vor. Aber sie dienen nicht mehr der primären Gesellschaftsdifferenzierung, und sie müssen sich der neuen Ordnung einpassen. Die Schichten werden, so weit sie fortbestehen oder sich neu bilden, zu sozialen Klassen, und das heißt vor allem: daß Schichtung ihren Zugriff auf Interaktion unter Anwesenden aufgeben muß.

Diese strukturgeschichtliche Analyse bietet eine Möglichkeit, den Begriff der sozialen Klasse neu zu festigen. Soziale Klassen sind demnach *Schichten*, also Gruppierungen im Hinblick auf eine Differenz von besser und schlechter, *die darauf verzichten müssen, Interaktion zu regulieren* (29). Nur mit diesem Verzicht kann man die Schichtstruktur auf Reflexivität des Verteilens, auf Verteilen auf Verteilungen und auf die damit verbundene Kontingenz umstellen. Wir behaupten, mit anderen Worten, daß das Reflexivwerden des Verteilungsprozesses mit Verzicht auf Regulierung der Interaktion bezahlt werden muß; oder daß jedenfalls beide Funktionen nicht mehr mit derselben Struktur bedient werden können. Das ist am Klassenbegriff belegbar, und in diesem Sinne ist dieser Begriff ein historischer Begriff. Die Verteilungssteuerung durch Clusterbildung bleibt erhalten, sie wird auch weithin, wenngleich irrig, als Netzwerk von Verwandten und Freunden wahrgenommen (30), aber sie zeigt sich nicht

(29) Zur Definitionstechnik wäre anzumerken, daß wir uns hier einige Probleme einhandeln, die mit negativen Definitionen verbunden sind - nach dem Muster von: Kaffee ist ein Getränk, das schlecht schmeckt, wenn man vergißt, Zucker hineinzutun. Im sozialen Raum hat jedoch Negation oft, und so auch hier, eine bestimmbare Qualität. Die Tragweite der Definition wird sichtbar, wenn man vom historischen Vergleich ausgeht, nämlich von der historisch begründeten Erwartung, daß Schichtung in Unterschieden der Interaktion zum Ausdruck kommen mußte. Zuzugeben ist, daß die Definition sich nicht dazu eignet, zu erkennen, ob eine Gesellschaft Klassen bildet oder nicht. Hierfür muß man zunächst prüfen, ob Ungleichverteilungen überhaupt zu Gruppierungen führt derart, daß unterschiedliche Besserstellungen (bzw. Schlechterstellungen) sich wechselseitig verstärken.

(30) Vgl. dazu Elisabeth BOTT, *The Concept of Class as a Reference Group*, in *Human Relations* 7 (1954), S. 259-286 (272).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mehr (oder weniger deutlich) in der Interaktion. Die Angehörigen der höheren Klassen bündeln nach wie vor bestimmte Chancen, aber sie verhalten sich in der Interaktion so, wie jedermann sich in den entsprechenden Rollen verhalten würde. Wenn sie einkaufen, kaufen sie so ein, wie jedermann einkaufen würde. Wenn sie lieben, lieben sie so, wie jedermann lieben würde. Nur geht es eben um teurere Objekte und schönere Partner.

Klassen werden hiermit als Sonderfall eines Schichtungssystems definiert, während die in der Sowjetunion übliche Terminologie gerade umgekehrt Schichten als eine Untergruppierung von Klassen ansieht (31). Von da aus müßte eine Geschichte des Begriffs soziale Klasse so geschrieben werden, daß der Begriff selbst erst ganz am Ende seiner Geschichte auftaucht und das Bewußtwerden der Klassenlage signalisiert (32). Die hier favorisierte Begriffsfassung sucht dagegen ihren Ansatzpunkt in der Frage, ob und wie Schichten in einer primär funktional differenzierten Gesellschaft überleben und sich reproduzieren können; und die Antwort lautet: durch weitgehenden Verzicht auf Beeinflussung von Interaktion.

Die vielleicht wichtigste Konsequenz dieser wachsenden Distanz von Schichtungsordnung und Interaktionsregulierung ist: *daß die Schichten nicht mehr in eine gesellschaftseinheitliche Rangordnung gebracht werden müssen.* Sie brauchen nicht mehr transitiv skaliert zu sein, wenn es nicht mehr notwendig ist, in der Interaktion auf Rangdifferenzen Rücksicht zu nehmen. Eine dem

---

(31) Vgl. etwa Michail RUTKEWITSCH - Friedrich FILIPPOW, *Klassen und Schichten in der Sowjetunion*, Berlin 1979, S. 13, wo aber konzediert ist, daß auch andere soziale Gruppen (zum Beispiel demographische Gruppen), die im System der ökonomischen Verhältnisse einen klassenähnlichen Platz einnehmen, Schichten bilden können. Siehe ferner Jürgen BROCKMANN, *Die Differenzierung der sowjetischen Sozialstruktur*, Berlin 1978, S. 1 ff., mit weiteren Hinweisen zur Diskussion. Der theoretische Gehalt dieser Umkehrung sollte nicht überschätzt werden; sie ermöglicht ein Interesse für Schichtung unter Bedingungen, die die Gesellschaft als auf dem Wege zur klassenlosen Gesellschaft definieren, wo es dann wieder nur noch Schichtung geben kann.

(32) So in der Tat Rudolf HEENSTADT, *Die Entdeckung der Klassen: Die Geschichte des Begriffs Klasse von den Anfangen bis zum Vorabend der Pariser Julirevolution 1830*, Berlin 1965.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Zufall (oder auch dem Zugriff) überlassene Tischordnung wird normal. Unterschiede der Dominanz und der Respektierung, die es nach wie vor gibt, werden ad hoc bestimmt, aber eher latent gehalten.

Der Verzicht auf gesellschaftseinheitliche Skalierung gibt die Klassenbildung (33) frei für eine größere Vielfalt von Ursachen, die unter Absehen von generellen Bewertungen (Geburt ist wichtiger als Geld) mehr Kombinationsmöglichkeiten und mehr Überschneidungen von unabhängig erworbenen Klassenattributen freigeben (34). Klassen können sich auf Grund verschiedenartiger Mechanismen bilden, die Einzelne aus der Masse herausheben, und dies gilt nicht nur für Mittelklassen, sondern gerade auch für die obersten Schichten der Gesellschaft, über denen es dann nichts mehr gibt und aus denen man nur noch absteigen kann.

IV.

Geht man von diesem Klassenbegriff aus, dann werden eine Reihe von Merkmalen verständlich, die Klassengesellschaften unterscheiden von Gesellschaften, die durch stratifikatorische Differenzierung bestimmt sind. Eine wichtige Folge ist: daß im Übergang zu funktional differenzierten, klassenbildenden Gesellschaften die interaktionelle Präsenz der Gesamtgesellschaft ver-

---

(33) Gelegentlich wird vorgeschlagen, aus genau diesem Grunde den Klassenbegriff aufzugeben und nur noch von sozialen Ungleichheiten zu sprechen. So z.B. Dennis H. WRONG, *Social Inequality without Social Stratification*, in DERS., *Skeptical Sociology*, New York 1976, S. 121-134. Damit verschwindet aber ein Begriff für die Einheit derjenigen Zusammenhänge, die eine Clusterbildung wahrscheinlich machen, während es andererseits unnötig ist, den Klassenbegriff an die Annahme einer gesellschaftlich durchgehenden, transitiven Rangordnung zu binden.

(34) Spätestens bei Max Weber öffnet sich auch der Klassenbegriff in deutlicher Distanz zu Marx wieder (wie vor Marx) für eine größere Vielfalt der Erscheinungen, und heute wird die Prognose einer Zuspitzung auf einen einfachen Zweier-Mechanismus (der seinerseits den Sinn von Rangdifferenzen, die mindestens drei Strata voraussetzen, aufhebt) wohl allgemein für widerlegt gehalten.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

loren geht: Es gibt keine Differenz mehr, die wie die Rangdifferenz die *Einheit* der Gesellschaft ausdrückt *und* in der Interaktion manifestiert werden kann (35). Das gesamtgesellschaftliche System verliert seine Darstellbarkeit, seine Wahrnehmbarkeit und damit auch das, was man jetzt Legitimität nennt. Wie « plaisir » das allgemeine Lebenselixier, so ist der « homme du monde » (anstelle des « honnête homme ») die Annäherungsformel der Stände, und in diesem Substitutionsprozeß wird auf gesellschaftliche Strukturierung der Interaktion mehr und mehr verzichtet. Um « homme du monde » zu sein, dazu braucht man keine besonderen Rollen oder feste soziale Bestimmungen: « il est de tous les âges, de tous les conditions. Il n'est ni Magistrat, ni Financier, ni per de Famille, ni mari ». Und was weiß man von ihm, wenn er stirbt?: « Il avoit un quart de loge à l'Opera, jouoit au lotto, et soupoit en Ville ... On ne s'en seroit pas douté à la vie, qu'il menoit » (36).

Wenn das geselliger Interaktionsstil wird, kann die verbleibende Schichtung sowohl überschätzt als auch unterschätzt werden, weil sie sich aus der Interaktion unter Anwesenden zurückzieht (37). Das ermöglicht es nicht zuletzt, Überschätzung und Unterschätzung zu kontroversen ideologischen Positionen zu verfestigen, die sich nicht mehr an der Erfahrung kontrollieren lassen.

---

(35) Auch dies Argument muß mit Vorsicht gehandhabt werden. Man darf die Schichtstruktur der alten Gesellschaftsordnung auch nicht überschätzen. In den Dörfern der peasant societies dominierte auch damals noch die segmentäre Differenzierung, und es fand sich infolgedessen wenig Anlaß, Schichtung als gesellschaftsbildendes Prinzip in der Interaktion sichtbar zu machen. Peter LASLETT, *The World we have lost*, 2. Aufl. London 1971, S. 23 ff., nennt diese Gesellschaften geradezu one-class-societies. Aber weiträumigere (« politische ») Gesellschaften konnten nur durch Interaktionen zusammengehalten werden, die die Gleichheit innerhalb einer Oberschicht in Differenz zu anderen Schichten sichtbar machten, das heißt unter besondere Bedingungen stellten.

(36) Zitate aus SÉNAC DE MEILHAN, a.a.O. (1787), S. 117 ff.

(37) Ein parallelliegendes, nicht auf Differenz, sondern auf Einheit bezogenes Argument habe ich im Hinblick auf den Plausibilitätsverlust von philia / amicitia / communitas / Gemeinschaft / Solidarität entwickelt in: NIKLAS LUHMANN, *Die Differenzierung von Interaktion und Gesellschaft: Probleme der sozialen Solidarität*, Vortrag an der Universität Basel, Jan. 1983.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Hiermit hängt zusammen, daß eine Rangbehauptung in der Interaktion, sei es Gleichen, sei es Ungleichen gegenüber, immer auch direkte Konsequenzen hat. Einerseits kann der Rangbehauptung nur sofort widersprochen werden, und das ist nicht einfach. Wenn dies verpaßt ist, gilt sie als durchgesetzt (und spätere Zweifel lassen sich schwer ans Licht bringen). Zum anderen impliziert die Rangbehauptung immer auch die Behauptung einer Qualität und/oder eines Könnens, also die Demonstration von « Tugend » (im alten Verständnis dieses Begriffs). Das waren dann zugleich Eigenschaften bzw. Möglichkeiten, die andere in Anspruch nehmen konnten - zum Beispiel unter dem Gesichtspunkt der Freigebigkeit oder des Mutes in gefährlichen Situationen. Wer sich mit solcher Selbstdarstellung in der Interaktion gebunden hatte, konnte nicht mehr gut contra factum proprium handeln.

Gerade dieser Bindungsmechanismus läßt jedoch schon früh, schon gegen Ende des 16. und dann im 17. Jahrhundert Risse erkennen, die zu raschem Verfall führen. Man kann dies an den Transformationen der Semantik von Stolz, orgeuil, oder auch von Ehre, honneur, ablesen; und das Überhandnehmen von Duellen wird einer der Gründe gewesen sein. Ehrbewußtsein wird noch gepflegt und zugleich unter der Bezeichnung orgeuil religiös und moralisch diffamiert ([38]). Orgeuil wird mit vanité assoziiert und beides aber zunächst (wie Schichtung überhaupt) auf die Natur des Menschen bezogen und damit für unausrottbar erklärt ([39]), doch die interaktionellen Konsequenzen liegen schon nicht mehr in entsprechendem Handeln, sondern im Durchschauen und in psychologisch-moralischer Desavouierung der entsprechenden Prätention ([40]). Entsprechend wird die abklingende Bedeu-

---

([38]) Für den Übergang siehe etwa Jean LA PLACETTE, *Traité de l'orgeuil*, Amsterdam 1692.

([39]) Vgl. dazu Arthur O. LOVEJOY, *Reflections on Human Nature*, Baltimore 1961, S. 131 ff., 152 ff.

([40]) Dies hatte Pascal bekanntlich von den Großen selbst verlangt: ihr prätentiöses Gebaren sei für die Erhaltung der Ordnung unerläßlich; aber sie müßten das selbst durchschauen und sich mit einem Hintergedanken (pensée plus cachée im Gegensatz zur pensée publique) sich bewußt halten, daß sie nicht besser

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tung von « Ehre » registriert (41). Die Interaktion wird haltlos (42). Gegen die These der Naturabhängigkeit des orgeuil setzt sich in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts dann die These von der Zivilisationsabhängigkeit (und damit: Änderbarkeit) des orgeuil durch (43), und damit ist unter diesem Blickwinkel der Übergang zu einer bloßen Klassengesellschaft ins Auge gefaßt. Orgeuil erstarrt zu einer Geste, die funktionslos wird und nur noch mit dem Ausdruck der Verachtung für das Unverständis der Zeitgenossen vollzogen werden kann.

Einen weiteren Hinweis gewinnen wir mit der Überlegung, daß, wenn Interaktion geregelt, auch der Zugang zur Interaktion geregelt werden muß. Schichten, die anspruchsvolle Interaktion durchführen wollen, müssen die Zugangsprobleme lösen können. Sie legen zum Beispiel auf die Geburt, die Herkunft, also die Familie, der jemand angehört, entscheidenden Wert, und müssen die Zahl der in Betracht kommenden Familien — man muß sie kennen können! — klein halten. Das funktioniert in Gesellschaften, in denen auch die dafür nötigen wirtschaftlichen Ressourcen, nämlich Land, ohnehin knapp sind, wie von selbst. Immerhin werden andere Vermögensquellen, die doch denkbar sind und im Fernhandel auch vorkommen, mehr oder weniger wirksam ausgeschlossen. Problematischer ist, daß die Qualitäten, die die Zulassung zur Interaktion und Stellung in ihr garantieren, nicht der Interaktion selbst verdankt sein dürfen (denn sonst müßte man jeden auf Probe zulassen). Deshalb kommt es in der Semantik der Oberschichten stratifizierter Gesellschaften zu einem unlösbaren Konflikt von geburtsmäßiger und moralischer,

---

seien als andere. Siehe die *Trois discours sur la condition des Grands*, in *L'Oeuvre* de PASCAL (éd. de la Pléiade), Paris 1950, S. 386-392.

(41) So für das 18. Jahrhundert im Vergleich zu früheren Zeiten Charles DUCLOS, *Considérations sur les Moeurs de ce Siècle* (1751), zit. nach der Ausgabe Lausanne 1970, S. 191 ff. (239 ff.).

(42) Bemerkenswert auch eine genau darauf gestützte Steigerung des Nationalbewußtseins: Die Franzosen können ihre Sitten verfallen lassen, ohne daß dies ihren Nationalcharakter im Kern trifft (DUCLOS, a.a.O., 205). Das gleiche wird man mit mehr Recht für Klassen sagen können.

(43) Siehe etwa Louis-Sébastien MERCIER, *L'homme sauvage*, histoire traduite de..., Paris 1767, S. 66.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

angeborener und erworbener Qualität. Beide zählen, und ihr Verhältnis ist Gegenstand endloser Dispute (44); denn man kann die Symbolik der Geburt nicht eliminieren, ohne sich unlösbare erkennungs- und Verständigungsprobleme in der Interaktion einzubrocken (45). Oft wird gerade diese Ambivalenz umgeformt in die Forderung, daß Angehörige der Oberschichten (und eigentlich nur sie) erzogen werden müssen, damit ihre Qualität dann auch ihrer Geburt entspreche. In diesem Kontext einer Qualitätsgarantie ist die Berufung auf Natur schon im 17. Jahrhundert umstritten, ja allenfalls noch im symbolischen Sinne brauchbar (46). An ihrer Weiterverwendung gegen alle biologische Plausibilität kann man aber ablesen, daß sie für die Interaktion noch unentbehrlich ist. Im 18. Jahrhundert ist, wie schon gesagt, Natur dann allenfalls noch ein Argument, das den Standesdünkel, den Stolz und die Selbstliebe des Adels für unbezwingbar erklärt.

Nicht nur Zugangs-, sondern auch Vermeidungsregeln sind für die Interaktion in stratifizierten Gesellschaften wichtig. Man darf im Kontakt mit Höhergestellten nicht den schlechten Geruch mitbringen, der aus dem Kontakt mit unteren Schichten einem anhaften könnte (47). Interaktionsschichten müssen separiert bleiben (immer ausgenommen natürlich die Interaktion, die nicht

---

(44) Vgl. etwa Ruth KELSO, *The Doctrine of the English Gentleman in the Sixteenth Century*, Urbana Ill. 1929, S. 18ff.; Frank Edmund SUTCLIFFE, *Guer de Balzac et son temps: Littérature et Politique*, Paris 1959, S. 113 ff.

(45) So heißt es bei dem sehr konfliktsensiblen Nicole, daß nach dem Sündenfall Geburt besser als Verdienst die Ordnung garantiere, weil über letzteres das Urteil streitig sein kann (Pierre NICOLE, *De la Grandeur*, in DERS., *Essais de Morale*, Bd. II, 4. Aufl., Paris 1682, S. 154-260 (179 ff.).

(46) Was die Fakten betrifft, so heißt es denn auch klipp und klar: die Natur ... « fait aussi peut d'effort dans le ventre d'une Reyne pour former un Roy, que dans le ventre d'une Paisane pour faire naistre un misérable » (Jacques de CAILLIÈRE, *La fortune des gens de qualité et des gentilhommes particuliers*, Paris 1658, zit. nach der Ausgabe 1664, S. 155).

(47) « Celuy néanmoins qui jouit de ces honneurs (des Kontaktes mit Höhergestellten) doit observer de ne rendre pas sa conversation et son amitié commun à toutes sortes de personnes, de peur qui à la fin elle ne devinst de mauvaise odeur à ceux qui croyent beaucoup ravaler la leur que de la laisser descendre jusqu'à luy », rät Nicolas FARET, *L'honneste homme, ou l'art de plaire à la Court*, Paris 1630, zit. nach der Ausgabe von Maurice Magendie, Paris 1925, S. 67.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

als echte Interaktion gewertet wird: die Interaktion im eigenen Hause mit dem eigenen Diener, dem eigenen Kutscher). Die Zuordnung der Interaktionen markiert zugleich diejenigen Systemgrenzen, auf die es in stratifizierten Gesellschaften vor allem ankommt. Rein praktisch mag dies auch die Gefahr abwehren, daß man sich als Bittsteller oder Kontaktvermittler von unten nach oben mißbrauchen läßt.

Mit dem Übergang zur Klassenschichtung sind all diese Probleme mit einem Schlage verschwunden - um nicht zu sagen: gelöst. Es kommt nicht mehr darauf an, wer zur Interaktion zugelassen wird, sondern nur noch darauf, wie man die Interaktion handhabt. Man muß jetzt in ganz anderem Sinne aufpassen und reagieren können, und Herkunft zählt allenfalls noch als ein Moment, das die Fähigkeiten dazu ausbildet bzw. unentwickelt läßt. Die Klassen selbst werden davon befreit. Man kann sich jetzt riesige Klassen, auch und gerade Klassen der Unterschichten vorstellen: Proletarier aller Länder! Es kommt nie zu dem Problem, ob man es konkret mit einem « Proletarier aller Länder » zu tun hat; sondern man trifft allenfalls in funktionsspezifischen (zum Beispiel politischen, aber auch betrieblichen) Kontexten auf Parteifunktionäre, denen man es nachsehen muß, daß sie solche oder ähnliche Formeln auf den Lippen führen.

Im Hintergrund dieser Entwicklung gewinnt die « offentliche Meinung » an Bedeutung. Ihr Aufstieg von Rücksicht auf Reputation in der interaktionsfähigen Gesellschaft zur « invisible puissance », nach der die Politik sich zu richten hat ([48]), vollzieht sich im 18. Jahrhundert, parallel zur Ausbildung des Klassenbegriffs. Beide Gesichtspunkte, öffentliche Meinung und Klassenstrukturen, sind zwar für die Politik relevant; aber die Interaktion kann sich von ihnen distanzieren. Die Interaktion ist dann der Ort für ironische und kommentierende Distanz, an dem jeder sich wundert, daß andere sich durch die Netze der öffentlichen Meinung und des Klassenbewußtseins gefangen nehmen lassen.

([48]) Vgl. für diese Formel und zur Sache Jacques NECKER, *De l'administration des finances de la France* (1784), zit. nach *Oeuvres complètes*, Paris 1821, Bd. 4 (= Bd. 1), S. 49 ff. (50).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

V.

Gleichsam spiegelbildlich können wir dieselbe Analyse der Befreiung von Interaktion aus Schichtungsbindungen nochmals durchführen, wenn wir auf die Entstehung von *Motivverdacht* und auf seine Folgen für die Interaktion selbst abstellen. Stratifizierte Gesellschaften dürften sehr unempfindlich gewesen sein gegen ein Kennen bzw. Nichtkennen der « wahren Motive » des anderen ([49]). Sie können daher auch eine hohe Diskrepanz zwischen moralischer Darstellung und Wirklichkeit verkraften. Die zugeschriebenen Motive ergeben sich aus der Schichtenlage der Interaktion, und man muß nur darauf achten, daß die Abweichung nicht auffällt. Entsprechend genügen Beispiele, Regeln und Maximen, um die Interaktion auf den gesellschaftlich vorgesehenen Bahnen zu halten.

Es ist schwer zu sagen, ab wann sich dies ändert. Sicherlich wird im 17. Jahrhundert der Wandel evident und alsbald offen diskutiert. Einer der Ausgangspunkte dieser Entwicklung ist die Kritik der « falschen Devotion ». Sie führt, radikal durchgeführt, zur These der Unerkennbarkeit wahrer Motive, und in milderer Fassung zu der Einsicht, daß darstellbare Motive immer auch eine Stütze in nichtdarstellbaren Motiven benötigen ([50]). Damit hängt eng zusammen die These, daß ein Durchschauen der vorgetäuschten Motive Bedingung für eine Karriere am Hofe ist,

---

([49]) Noch im Revolutionsjahr gibt eine Dame aus höheren Gesellschaftskreisen zu bedenken: « Were we to dive too deeply into the sources and motives of the most laudable actions, we may, by tarnishing their lustre, deprive ourselves of a pleasure » (Countess DOWAGER OF CARLISLE, *Thoughts in the Form of Maxims, Addressed to Young Ladies on Their Fist Establishment in the World*, London 1789, S. 81).

([50]) So will Pierre de VILLIERS, *Réflexions sur les défauts d'autrui*, Amsterdam 1695, S. 144 ff. den Radikalismus der jansenistischen Motivkritik nicht gelten lassen, meint aber selbst, daß Devotion kein ausreichendes Motiv für Devotion sei; sie biete auch Möglichkeiten des sozialen Aufstiegs, sie schaffe Moden (zum Beispiel das Servieren grüner Erbsen, das Tragen grauer Tuche), die dann nachgeahmt werden. Das hindere die Profession der Seelsorger aber nicht, die wahren Motive zu erkennen.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Entsprechende Maximen werden für den Bereich der Liebe entwickelt. Auch die Seelsorge und speziell die Beichtpraxis ist darauf angewiesen. Sehr allgemein gilt es, mindestens seit Gracián, als rational sich durch die vorgetäuschte Rationalität der Motive des anderen nicht täuschen zu lassen, sondern gerade sie in den Dienst der eigenen Zwecke zu nehmen. Bei all dem muß man sich immer noch als honnête homme, als gentleman benehmen, aber die Ebene dieses Benehmens löst sich von der Ebene des Kalküls, des Taktierens, der wirklichen Einschätzungen und Entschlüsse ab.

Im übrigen ist auch der Motivverdacht selbst nicht gegen Motivverdacht gefeit. De Villiers zum Beispiel fragt explizit nach den Motiven der Devotionskritik: Welche Gründe haben Kritiker und Entlarver für ihre Annahmen? Wünschen sie, daß alle Devotion falsche Devotion sei? (51). Devotion und Kritik der Devotion werden mit den gleichen Mitteln analysiert. Der Motivverdacht ist universell applizierbar. Aber das heißt nicht, und gerade darin besteht die Komplexität der Situation, daß jetzt einfach alles falsch und unecht sei. Zu bedenken ist vor allem, daß die Möglichkeit, in Motivverdacht zu geraten, ihrerseits selektiv wirkt: Aufrichtige Christen scheuen davor zurück, sich zur Devotion zu bekennen, weil es sie schockiert, entsprechend angesehen zu werden (52); während umgekehrt diejenigen, die sich als devot bekennen, auf dem besten Wege sind, es nicht zu sein (53).

Man kann sich kaum vorstellen, welch immense Komplexitätslast damit der Interaktion aufgebürdet wird. Das 17. Jahrhundert hält sich noch an entsprechend modifizierte Ragionalitätsdirektiven. Das Problem wird auf die quasi professionelle Praxis des Hofmannes, des Verführers, des Beichtvaters bezogen.

---

(51) So in: Pierre DE VILLIERS, *Pensées et reflexions sur les égaremens des hommes dans la voye du salut*, 3. Aufl., 3 Bde, Paris 1700-1702 (Be. 2, S. 128 ff.).

(52) A.a.O., Bd. 2, S. 94 f.

(53) A.a.O., Bd. 2, S. 96: « On tombe en faisant profession d'être devot dans tous les vices ordinaires à ceux qui se piquent de quelque profession particulière. Un homme qui fait profession d'une chose, ne cherche ordinairement qu'à se faire valoir sa profession, il s'attache moins à la chose même qu'il professe, qu'à la gloire de la professer ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In solchen Kontexten wird dann Virtuosität erwartet, während die normale gesellige Interaktion sich noch an Regeln und an Statusdifferenzen hält. Erst mit dem Verblassen dieser Rezepturen wird das Problem des Durchschauens und des Motivverdachts ein solches der Interaktion schlechthin, und erst das 18. Jahrhundert wird eine rationale Lösung dieser Probleme für abwegig und für unzumutbar halten.

Nach einer Rechnung, die Alfred Kuhn angestellt hat, gibt es bei einer Interaktion mit nur zwei Beteiligten und (für jeden) nur drei Einstellungen (selfish, generous, hostile) im Verhältnis zum anderen bei voll durchgeführter Reflexivität in Bezug auf aufrichtig/vorgetäuscht 9^7, also 4.782.969 mögliche Kombinationen ([54]). Wie sollen die Beteiligten dann noch wissen oder feststellen können, welche Kombination gerade aktuel ist? Oder anders gesagt: die einzige quasi-sichere Annahme kann nur sein, daß jede Annahme falsch ist. Dabei geht es hier, wohl gemerkt, nur um die innere Komplexität des Sozialsystems der Interaktion, also nur um die Zuschreibung von Motiven unter dem Schema aufrichtig/vorgetäuscht, und nicht etwa um die Exploration der vollen Mentalzustände der jeweils Beteiligten oder um sonstige Beziehungen des Systems zu seiner Umwelt. Wie immer diese Entwicklung zu immenser Eigenkomplexität ausgelöst worden sein mag ([55]): die Frage ist, wie man daraufhin noch zu verläßlichen, erwartbaren Bestimmtheiten kommen kann.

Die Schichtzugehörigkeit wird, so sehr sie einen realen bonus in allen Lebenslagen mit sich bringt, auf semantischer Ebene in Prätention und Aspiration aufgelöst. Sie gehört mit zu dem, was auf der Interaktionsebene nur als durchschaut praktiziert werden kann. Den « Großen » wird sie von Pascal als pensée publique na-

---

([54]) *The Logic of Social Systems: A Unified, Deductive System-Based Approach to Social Science*, San Francisco 1974, S. 273 s.

([55]) Daß mit der Abschwächung des stratifikatorischen Aufbaus der Gesellschaft die Oberschichteninteraktion ihre gesellschaftliche Sonderfunktion verliert und dadurch für Eigendynamik und Reflexion freigesetzt wird, ist eine mögliche Erklärung. Vgl. Niklas LUHMANN, *Interaktion in Oberschichten: Zur Transformation ihrer Semantik im 17. und 18. Jahrhundert*, in DERS., *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Bd. 1, Frankfurt 1980, S. 72-161.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

hegelegt, während die pensée plus cachée sie auf die natürliche Gleichheit aller Menschen verweist (56). Auch diese double pensée legt eine Differenz zwischen die Natur und die Ebene der Selbstbeobachtung und Selbstbeschreibung von Interaktionszusammenhängen. Aber der Motivverdacht kommt in dieser Überleitungssemantik noch nicht voll zum Tragen; er bleibt noch an die gesellschaftlich unvermeidlichen Zwänge der Interaktion gebunden und rechtfertigt so ein Verhalten, daß schon als bloße Darstellung durchschaut wird. Wenn dann die Sicherheit der Orientierung an gesellschaftsstrukturellen Erfordernissen entfällt, wird man andere Stützpunkte suchen müssen, die gewährleisten, was man erwarten und was man als Erwartung erwarten kann - oder um es auf dem Beobachtungsniveau des symbolischen Interaktionismus zu formulieren: that each actor knows that the other knows that he knows what the other has in mind » (57).

VI.

Nachdem vorgeführt ist, wie konkret stratifikatorische Differenzierung zumindet für die Oberschichten Interaktion reguliert hatte und wie dies Regulativ durch soziale Reflexivität drängt wird, ist deutlicher zu sehen, was aufgegeben und was gewonnen wird, wenn es zur Klassenbildung kommt. Um erkennen zu können, worin die Anpassung an die Bedingungen eines funktional differenzierten Gesellschaftssystems liegt, müssen wir aber die Eigenart dieser Ordnung mit in den Blick ziehen. Und dann wendet sich auch die negative Formulierung, das Verzichten auf Interaktionsregulierung, in eine positive Formulierung: die Interaktionssysteme werden in stärkerem Maße freigegeben für Regulative anderer Art. Die Gesellschaft wird auf der Ebene der Interaktion, was Schichtung angeht, entstabilisiert, um Zugriffe anderer Art zu ermöglichen. Diese Zugriffe können nun sehr

(56) Sur la condition des Grands, premier discours, zit. nach *L'Oeuvre* de PASCAL, éd. de la Pléiade, Paris 1950, S. 387-389 (389).

(57) So Charles K. WARRINER, *The Emergence of Society*, Homewood I.. 1970, S. 110.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

viel komplexer konditioniert werden als durch Schichtung, nämlich durch die Funktionssysteme der Gesellschaft, durch formale Organisation und durch individuelle Ansprüche. Die einzelne Interaktion verliert ihren Schichtenzugehörigkeitsindex, und dieser Index wird auch nicht ersetzt. Es gibt nun einerseits Interaktionen, die sehr exklusiv und vor allem durch organisatorische Regulierung einem und nur einem Funktionssystem angehören, etwa parlamentariche Debatten, Industriearbeit, Erziehung in Schulklassen; und andererseits auch Interaktionen, die mehr oder weniger frei gebildet werden oder auch mehrere Funktionssysteme zugleich bedienen.

Anders formuliert: Die Aufgabe, Interaktionen in Paßform zu bringen, braucht heute nicht mehr so stark wie früher mit dem Verteilungsproblem assoziiert zu sein. Sie kann teils Organisationen übertragen werden, teils der Geschichte einzelner Interaktionssysteme mehr persönlicher Art überlassen bleiben. Sie kann damit stärker diversifiziert werden, ohne mit gesamtgesellschaftlichen Sinnbezügen belastet zu sein. Was gewonnen wird, ist eine größere Schärfe des Zugriffs, die aber an gesamtgesellschaftlicher Verbindlichkeit (wie sie im Bezug auf die Einheit einer Rangordnung noch lag) einbüßt. Die Selektivität der Einzelinteraktion steigt. Die Hinsichten, in denen sie sich von anderen unterscheidet, nehmen zu. Die « Information » wird größer, die sich mit der Festellung verbindet, daß hier eine bestimmte und keine andere Interaktion abläuft. Die Negentropie des Systems nimmt zu (unbeholfen formuliert schon in den Theodizeen des 18. Jahrhunderts, die besagen, daß in all dem scheinbaren Durcheinander eine unsichtbare Ordnung walte, eine invisible hand regiere). Man kann auch sagen: höhere Komplexität fordert schärfere Selektivität und umgekehrt, und die Ebene, auf der Interaktionssysteme gebildet werden, muß dem angepaßt werden.

Im Ergebnis steigt damit, das läßt sich durchaus empirisch feststellen, die Erwartung, daß Interaktionen sich individuellen, Anspruchshaltungen und/ oder organisatorischen Regulierungen fügen werden. Auf der einen Seite wird es nahezu selbstverständlich, daß das Individuum seine Lust und sein Interesse selbst definieren und damit in der Interaktion auftreten kann. In dieser

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Hinsicht bedeutet der Übergang von stratifikatorischer Differenzierung zur Schichtung nach Klassen, daß von einer schichtmäßigen Regulierung der Lust und der Interessen, die man in Interaktionen einbringen kann, abgesehen wird. Und nicht nur das: das Auftreten mit copierten, auf Schicht bezogenen Motiven und Kognitionen wird sogar diffamiert, und Snobismus wird zur Sünde schlechthin (58): zur einzigen Sünde, die ein Schriftsteller als Beobachter der bürgerlichen Geeselschaft nicht verzeihen kann (59). Dabei ist die Klassengesellschaft durch und durch snobistisch, was je eigentlich heißt: sine nobilitate. Sie spiegelt sich so in ihrer Literatur, aber sie kann sich dies in der Interaktion nicht eingestehen.

Auf der anderen Seite entfallen damit auch schichtspezifische Schranken für Organisierbarkeit. Die Herkunft greift nicht in die Operationen der organisierten Sozialsysteme ein. Die Honoratioren verschwinden, der Amateur verschwindet. Mit diesen Figuren verschwinden die Legitimität des Imperfekten und die Legitimität des Unumstellbaren. Die Bürokratie krankt nur noch an ihren eigenen Mängeln. Deren Herkunft ist das System selbst. Die formale Organisation setzt voraus, daß die Interaktion widerstandslos konditionierbar sei. Die informale Organisation beweist das Gegenteil. Die Interaktion setzt jetzt ihre Eigenart als Sozialsystem unter Anwesenden gegen die Organisation; und nicht mehr jene Mischung von largesse und Disziplin, die früher die gesellige Interaktion geprägt hatte.

Die Hoffnung, daß in der Staatsorganisation eine dem allgemeinen Interesse dienende Klasse (bei Hegel hieß es noch « Stand ») (60) die Verteilung überwachen würde, wird heute kaum noch Anhänger finden. Sie findet empirisch keine Bestätigung und steht auch logisch im Widerspruch zum Begriff der Klasse.

---

(58) Auch dieser Zug läßt sich bis in die zweite Hälfte des 18. Jahrhunderts, bis auf die damals auf Individuen übertragene Differenz von Original und Copie zurückverfolgen.

(59) In gewisser Weise lebt in dieser Thematik das orgeuil/vanité-Motive fort. Vgl. dazu René GIRARD, *Mensonge romantique et vérité romanesque*, Paris 1961.

(60) *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 297.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Dieser Begriff bezeichnet einen reflexiven Sachverhelt, die Verteilung der Verteilung, und kann sich daher nicht selbst entrinnen und sich auch nicht, wie Fichte und Hegel dachten, in den Staat auflösen.

Das 19. Jahrhundert reorganisiert sich infolgedessen als Jahrhundert der Freiheit und der Organisation. Es findet seinen Widerspruch im Problem der Institutionalisierung von Freiheit. Organisation ist ein genauer Gegenbegriff zu Schichtung insofern, als die Mitgliedschaft durch bloße Entscheidung erworben werden und verloren gehen kann. Eintritt und Austritt sind die neuen Kategorien der Mobilität. Steigerung der individuellen Ansprüche und organisatorische Disziplinierung lassen sich, so sagt das Ideal, gleichzeitig realisieren. Dieses Gesellschaftsprogramm tritt faktisch an die Stelle des noch quasiinteraktionell gedachten kategorischen Imperativs. Der Gesellschaft werden die dafür nötigen Rahmenbedingungen abgefordert, und dazu gehört die Dekonditionierung des schichtmäßigen Zugriffs auf Interaktion. Robert Mohl beispielsweise fordert einen Ausbau des staatlichen Prüfungswesens mit der Begründung, daß nur so, nur durch Erstazkonditionierung gewissermaßen, der unmittelbare Zugriff des Adels auf die besten Posten und eine an Schichtinteressen orientierte Amtsführung verhindert werden können ([61]).

Damit läßt sich Schichtung freilich nicht abschaffen. Sie besetzt dem Platz, der für die « invisible hand » vorgesehen war mit weniger befriedigenden Resultaten. Sie reguliert die Verteilung und zieht sich dafür auf die Form von Klassendifferenzen zurück. Ambitionierte Sozialtheoretiker und Politiker möchten auch dies noch beseitigen; aber damit muß die Regulierung der Verteilung dann auf die Wohlfahrtsbürokratie übertragen werden - mit vielleicht noch weniger befriedigenden Resultaten. Ein Experiment dieser Art strukturiert die weltpolitische Szene des 20. Jahrhunderts. Resultate lassen sich schwer einschätzen, jedenfalls aber schon beobachten, und der Klassenbegriff wird demzufolge verschieden angesetzt je nach dem, wie man zu diesem Experiment steht.

([61]) Robert von MOHL, *Über Staatsdienstprüfungen*, in *Deutsche Vierteljahrs Schrift*, 4 (1841), S. 79-103.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

VII.

Selbst wenn man den vorgeschlagenen Klassenbegriff und die ihn stützenden Analysen akzeptiert, bleibt das zentrale Problem damit ungelöst. Von einem Begriff wird man kaum erwarten können, daß er Erkenntnisprobleme löst, und so kommt es auch hier mehr darauf an, wie die Probleme mit Hilfe von Begriffsbildungen gestellt werden.

Ganz überwiegend werden heute mit Stratifikation/Schichtung/Klassenbildung Strukturen der Ungleichheit und Verteilungsprobleme assoziiert, aber das ist natürlich, da alles, was ist, auch ungleich ist, eine viel zu allgemeine Problemstellung. Es führt ein Stück weiter, wenn man mit dem Begriff der Struktur eine zweistufige Selektion, also eine Selektion von Selektionen bezeichnet, und entsprechend das Problem der Klassenbildung als Problem der Verteilung von Verteilungen auffaßt. Man kann die Hypothese formulieren, daß erst der Übergang von stratifikatorischer zu funktionaler Differenzierung das Verteilungsproblem reflexiv werden läßt; und zwar deshalb, weil jetzt die Verteilung der Güter nicht mehr mit der Differenzierung des Gesellschaftssystems identisch ist, sondern sich neben ihr (wenngleich keineswegs unabhängig von ihr) realisiert, so daß es zum Problem werden kann, wie die Individuen auf die Verteilung der Güter verteilt werden. Der Klassenbegriff formuliert, daß dies geschieht; aber er gibt nicht notwendigerweise Auskunft darüber, wie dies geschieht.

Die klassische Theorie der Klasse hatte versucht, auf diese Frage eine Antwort mitzuliefern. Sie griff dabei auf eine Annahme über die *Ursachen* der Klassenbildung zurück. Sie sah diese Ursachen im Verhältnis des Einzelnen zum Produktionsprozeß und führte alles andere darauf zurück. Diese Theorie war, wie oben gezeigt, zunächst von den Physiokraten für die Landwirtschaft ausgearbeitet worden. Am Anfang des 19. Jahruhnderts wurde sie (zum Beispiel von Saint-Simon) auf die gewerblich-industrielle Produktion ausgedehnt und schließlich fast nur noch von da her begriffen. Entsprechend verschwindet ein Residualbegriff für eine untätige oder von der Produktion her gesehen

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sterile Klasse, und das Schema tendiert — trotz aller Komplikationen, die Marx selbst noch zu berücksichtigen wußte — bei den Marxisten zu einem Zwei-Klassen-Antagonismus, der sich mit einem weltpolitischen West-Ost-Gegensatz in Übereinstimmung bringen läßt. In ihre dritte Phase tritt diese Theorie ein, sobald sie beginnt, die riesigen Personalapparate der Bürokratien mitzuberücksichtigen, etwa im Sinne einer « neuen Klasse » (62) von Herrschenden oder im Sinne eines « neuen Kleinbürgertums » (63) von Abhängigen oder auch im Sinne eines weiteren Produktionsfaktors (?) Autorität, Management, Verwaltung (64). Auch die bloße Auswirkung des Staates auf die Klassenbildung wird mehr und mehr diskutiert (65). Spätestens in dieser, ihrer dritten Phase steht die klassische Theorie der Klasse jedoch vor der Frage, ob es überhaupt sinnvoll ist, die Verteilung der Verteilung von bestimmten Ursachen her zu begreifen und ob es zweckmäßig ist, dies im Klassen*begriff* mitfestzulegen.

Diese Zweifel verstärken sich, wenn man das Problem präzisiert. Ganz abstrakt kann das Problem als ein Problem der Abweichungsverstärkung oder der Steigerung von Ungleichheit in mehreren Dimensionen zugleich umschrieben werden. Es geht also nicht um Chancengleichheit schlechthin, also nicht darum, daß von zwei Patienten der etwas gesundere bessere Heilungs- und Überlebenschancen hat; oder daß von zwei Bewerbern um Kredit derjenige die besseren Aussichten hat, der über mehr oder über sicheres Einkommen verfügt; oder daß die Schulerziehung diejenigen Schüler besser fördern kann, die schon mehr gelernt haben. Das Problem liegt in der Bündelung und in der

---

(62) Nach Milovan DJILAS, *Die neue Klasse: Eine Analyse des kommunistischen Systems*, dt. Übers. München 1963.

(63) Nach Nicos POULANTZAS, *Klassen im Kapitalismus* - heute dt. Übers., Berlin 1975, S. 165 ff.

(64) Vgl. u.a. Enric Olin WRIGHT, *Class Structure and Income Determination*, New York 1979, hier aber immer noch als Variante der marxistischen Theorie, das heißt mit einem Klassenbegriff, der durch Bezug auf Produktion definiert ist.

(65) Vgl. z.B. Carlo CARBONI, *Elementi per uno studio su Stato e classi sociali*, in *Rassegna italiana di sociologia* 23 (1982), S. 201-250.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

wecheselseitigen Verstärkung solcher Tendenzen zum Aufbau von Ungleichheiten. Es sind nicht die Ungleichheiten als solche, sondern ihre Interdependenzen, die als « Klasse » (oder wie immer sonst) identifiziert werden. Die Frage ist, anders formuliert, warum eigentlich Statuskongruenz auf verschiedenen Dimensionen mit einer gewissen Normalität erreicht und akzeptiert wird, während Statusinkongruenz (wie etwa spektakuläre Unbildung der Reichen oder hochreichende Kontakte von Kriminellen) als Problem empfunden werden. Was spricht, könnte man fragen, dagegen, daß Nobelpreisträger sich selbst die Schuhe putzen müssen und ihre Freunde auf ihrem Sofa schlafen lassen? Das Prinzip funktionaler Differenzierung spricht dafür.

Legt man die Theorie der modernen Gesellschaft als Theorie funktionaler Systemdifferenzierung an (und nicht vorab schon als Theorie des Klassenkonfliktes und seiner Beseitigung), eröffnet das eine andersartige Perspektive auf das empirisch unbestreitbare, auch lebensalltäglich evidente Fortbestehen von Schichtung. Die Schichtung findet sich jetzt gleichsam quer zur dominanten Struktur der Gesellschaft. Sie folgt mit ihrer Lösung des Verteilungsproblems einer anderen Logik, und sie verliert in dem Maße an Legitimität, als die Werte und Normen sich auf die funktionale Differenzierung der Gesellschaft einstellen. Aber weshalb besteht sie trotzdem fort? Weshalb reproduziert sie sich? Und muß das so bleiben?

Die Antwort kann nur lauten, daß die funktionale Systemdifferenzierung das Verteilungsproblem nicht löst. Ihre Subsysteme sind auf Problemlösung und Ressourcenbeschaffung ausgerichtet. Das ist Gegenstand ihrer Kommunikation. Die daraus sich ergebende Verteilung bliebe dem Zufall überlassen. Eine solche Ordnung wäre aber für die funktional differenzierte Gesellschaft selbst zu komplex. Deshalb akzeptiert sie jene Clusterbildungen und bevorzugt das, was in anderen Hinsichten schon bevorzugt ist. Hierfür stehen ihr verschiedene Mechanismen zur Verfügung. Der wohl wichtigste ist *Geld*, denn an Geldbesitz lassen sich viele nichtökonomische Vorteile anschließen. Ein zweiter besteht in *Karrieren*, die über Organisationen der verschiedensten Art (Schulen, Berufsarbeit, politische Parteien) laufen. Hier werden Individuen auf Güter verteilt nach einem allgemeinen

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Maßstab des Lebenserfolgs (66). Schließlich gibt es eine Art Reputation oder *Prominenz,* die sich vor allem den Massenmedien verdankt und mit Geld bzw. Organisation nur schwach, nur in den Spitzen sozusagen, korreliert.

Daß diese verschiedenen Mechanismen ohne Vorwegkoordination ansetzen können und erst bei Erfolg Clusterbildungen produzieren, hängt, wie oben schon betont wurde, zusammen mit dem Verzicht auf Interaktionsregulierung. Alle so gebildeten Klassen sind denn auch von Tag zu Tag auf laufende Reproduktion der Klassenzugehörigkeit ihrer Individuen angewiesen: Die Reichtumsklasse auf *Zahlungen,* die Organisationsklasse auf *Entscheidungen* (unter Einschluß der Entscheidung, nicht, oder nicht jetzt, zu entscheiden) und die Prominenzklasse auf *Erwähnung* vor allem in den Massenmedien, aber auch qua « name dropping » in der Oberschichteninteraktion selbst (67). Die entsprechenden Klassen gründen sich also nicht auf Natur oder natürliche Überlegenheit. Sie reproduzieren sich über basale Ereignisse (Zahlungen, Entscheidungen, Erwähnungen), wobei diese Ereignisse zugleich für Funktionssysteme relevant sein mögen, das Sichhalten in der Klasse aber darauf beruht, daß die Zurechnung der Ereignisse auf die Person bezogen wird, die damit ihre Auszeichnung verdient.

Eine der Eigentümlichkeiten dieser offenen Klassenstruktur ist: daß sie den Individuen in gewissen Umfange eine Wahl der Selbstzuordnung gestatten. Sie können die eine Form der Aspiration als ihre Bezugsgruppe wählen und die anderen verachten.

---

(66) Darauf vor allem hatte sich die sog. funktionalistische Schichtungstheorie bezogen.

(67) Eine gute Hypothese für Angehörige der Prominenzklasse ist, daß sie am Engagement in Konflikten interessiert sein müssen, weil dies zur Erwähnung in den Massenmedien führt. Vgl. dazu Hans Matthias KEPPLINGER, *Realkultur und Massenmedien: Literarische Karrieren in der Bundesrepublik,* Freiburg 1975. Insofern trifft auch der philosophische Begriff des Njet Set (Odo Marquard) einen klassentheoretisch wichtigen Sachverhalt. Im übrigen führt das Fernsehen zu einer neuen Art von Verkörperung (oder soll man sagen: Körperkultur?) der Prominenz. Das zwingt dazu, daß man den Vorgang des Zeigens im Fernsehen in den Begriff der Erwähnung einschließen muß. Entscheidend ist die Ereignishaftigkeit und « Substanzlosigkeit » der Reproduktion.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« One may sneer at social climbing while he develops ulcers for fear his paper will not be well received by his professional association » ([68]). Wenn solche Selbstzuordnungen gewählt werden können, mag dies auch dazu führen, daß aus der Logik des Wählens heraus sich Distanz- oder gar Ablehnungshaltungen bilden, die im bloßen Verzicht auf eine gesellschaftlich einheitliche Rangordnung an sich noch nicht liegen. Jede Elite mag dann ein Verachtungsschema für die anderen ausbilden, und nur der pure Erfolg wird integrierend wirken. Oberschichten dieser Art werden sich dann auch kaum, wo es not tut, zu politischem Widerstand zusammenfinden können. Nicht nur das « Widerstandsrecht », sondern auch seine soziale Basis hatten eine stratifizierte Gesellschaft vorausgesetzt.

Man wird sich ferner fragen müssen, was Auszeichnungs- und Bevorteilungsmechanismen dieser Art in der Gesellschaft als Differenzerfahrung bedeuten. Offensichtlich reizen sie wenig zum Klassenkampf und auch wenig zur Konsolidierung eines Klassenbewußtseins auf unteren Ebenen. Man sieht sich einer glamorisierten Elite gegenüber, deren Erscheinungsform etwas Unwirkliches hat ([69]). Dann ist weniger Kampf als Unglauben angebracht, und außerdem bleibt völlig uneinsichtig, durch welche institutionellen Umwälzungen man solche Erscheinungen zum Verschwinden bringen könnte und ob sich das lohnte. Differenz ist hier *weder Ordnungsgarantie* im Sinne stratifizierter Gesellschaften *noch Widerspruch* zu dem, was jeder als Widerspruch zu seiner Menschlichkeit empfinden würde. Sie ist ein für das Bewußtsein eher marginales Miterleben. Real zählen dann wohl eher die kleinen Dinge wie Vorstadthaus ([70]), Wagen und Schmuck,

---

([68]) So Alfred KUHN, a.a.O., S. 399.

([69]) Untersuchungsvorschlag: Man frage Journalisten, die an internationalen Konferenzen teilnehmen, nach dem wirklichen Verhalten und Erscheinungsbild, der Erschöpfung und der Aufmöbelung, der relativen Hilfslosigkeit und der Unterstützungsangewiesenheit der weltpolitischen Führer, von denen nachher in den Medien berichtet wird, was sie getan, erreicht, vereinbart bzw. abgewendet haben.

([70]) Dazu bereits im 18. Jahrhundert ausführliche Analysen in Bezug auf London. Hinweise bei Ian WATT, *The Rise of the Novel: Studies in Defoe*, Richardson and Fielding, London 1957, Neudruck 1967, S. 177 ff.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

die man selbst erwerben kann und die einem sehr individuelle Distanzeinschätzungen nach unten und nach oben erlauben.

Jedenfalls widersprechen die oben genannten Klassendifferenzierungsmechanismen durchweg den Erfordernissen stratifizierter Gesellschaften: *Geld*, weil es die Vergleichbarkeit zu sehr steigert, *Karrieren*, weil sie die Mobilität nicht auf schichtmäßige Akzeptierbarkeit, sondern auf freiwerdende Stellen gründen ([71]). *Prominenz*, weil sie durch Appel an ein weites, urteilsunfähiges Publikum erworben wird. Die Mehrheit dieser Grundlagen und ihre überschneidungen garantieren Redundanz, bieten also eine gewisse Sicherheit dafür, daß Klassendifferenzen auch dann entstehen, wenn erhebliche strukturelle Veränderungen die Gesellschaft transformieren, zum Beispiel die Bedeutung von Eigentum abnimmt und die Bedeutung von Karrieren zunimmt. Manches ist diesen verschiedenen Formen klassenmäßiger Differenzierung gemeinsam: so zum Beispiel eine Engführung der Erfolgschancen (nur wenige erreichen Höchstwerte) bei mit Erfolg zunehmender Ausstrahlung im Sinne von multidimensionaler Güterbündelung. Über Clusterbildung tendieren diese Wege zur Konvergenz, zur Bildung einer Einheitsklasse der nach gesellschaftlicher Definition Erfolgreichen. Die Angehörigen dieser Klasse haben überdurchschnittlichen Einfluß in je ihrer Domäne. Das kann, muß aber nicht wirtschaftliche Produktion sein. Man kann aber kaum von einer « herrschenden » Klasse sprechen - schon deshalb nicht (und das mag man begrüßen oder bedauern), weil sie als Klasse nicht konfliktfähig ist. Außerdem fällt im Vergleich zu älteren Oberschichten die Möglichkeit, Erfolge durch Familienbildung zu konsolidieren und zu vererben, praktisch aus. Nur an Individuen wird eine Klassenpersönlichkeit, eine Charaktermaske (Jean Paul) ausgeliehen, und auch dies zumeist nur für die Zeit zwischen ihrem 45. und ihrem 70. Lebensjahr.

([71]) Bemerkswert dazu, daß gerade in höheren Rängen die weitere Beförderung mehr auf äußere Umstände als auf eigene Qualitäten und Verdienste zugerechnet wird (wobei als äußere Umstände nicht zuletzt das Freiwerden von Stellen in der richtigen Konstellation und zu einem guten Zeitpunkt in Betracht kommt). Siehe die Ergebnisse einer empirischen Untersuchung dieser Frage bei Niklas LUHMANN, *Zurechnung von Beförderungen im öffentlichen Dienst*, in *Zeitschrift für Soziologie* 4 (1974), S. 326-351 (337 f.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Die Bedeutung dieser Art Klassenbildung für die Lösung des Verteilungsproblems tritt jedoch stark zurück, wenn man bedenkt, daß es neben ihr einen zweiten Mechanismus gibt: den der Regionalisierung. Auch in Bezug auf Gebiete gibt es jene Art von Clusterbildung. Bei mehr Wohlstand ist noch mehr Wohlstand, aber auch anspruchsvolle Erziehung, politische Stabilität, bessere Volksgesundheit, also wieder mehr Wohlstand leichter zu haben. Andere Gebiete fallen wegen derselben Interdependenzen zurück. Zur Erhaltung dieses Verteilungssystems und seiner politischen Konsensbildung ist Staatenbildung, das heißt segmentäre Differenzierung des politischen Systems, unerläßlich. So gesehen, sind denn die Staaten weniger ein Instrument der Klassenherrschaft als vielmehr ein funktionales Äquivalent einer über Klassen gebündelten positiven bzw. negativen Verteilung.

All dies muß nochmals relativiert werden, wenn man bedenkt, daß wir in einer dynamischen Gesellschaft leben, in der die wichtigsten Funktionssysteme nicht mehr an Summenkonstanzen orientiert sind, sondern an Steigerungschancen und, nach der gleichen Logik, an Krisen. Damit verliert das Verteilungsprobleme erheblich an *moralischer Qualität* (72). Der Erfolg wird nicht mit Verdiensten bezahlt, sondern riskiert. Dass heißt nicht zuletzt, daß eine Vererbung des Erfolgs nicht akzeptabel ist (73) und daß die verbleibende Interaktion in der Oberschicht nicht mehr belastet ist mit der Funktion, moralische Qualität zu repräsentieren. Einen schwachen Ersatz dafür bieten Skandals - eine Form von letzter Erwähnung, mit der die Prominenz sich verabschiedet (74). Durch Skandale kompensiert die Gesellschaft gewissermaßen die

(72) Zu dem hier vorausgesetzten Verhältnis von Summenkonstanz und Moral vgl. für ältere Gesellschaften George M. FOSTER, *Peasant Society and the Image of Limited Good*, American Anthropologist 67 (1965), S. 293-315.

(73) Ganz zu schweigen von der Verehrung des Alters einer Familie, die darauf beruhte, daß man vergessen konnte, wie der Rang einstmals konkret erworben worden war.

(74) Die neuere Literatur hierzu blickt vor allem auf die politische Szene, was den Rückschluß erlauben könnte, daß andere Prominenz sich inzwischen Skandale leisten kann. Vgl. etwa Manfred SCHMITZ, *Theorie und Praxis des politischen Skandals*, Frankfurt 1981; Francesco M. BATTISTI, *Sociologia dello scandalo*, Bari 1982.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Einsicht ab, daß sie darauf verzichtet hat, Verteilung gerecht zu ordnen.

VIII.

Theorien sozialer Differenzierung sind nicht nur Hilfsmittel einer wissenschaftlichen Erkenntnis, die ihren Gegenstand, nämlich die Gesellschaft, objektiviert. Sie sind zugleich auch Selbstbeschreibungen dieses Gegenstandes selbst. Ihre Herstellung und Verbreitung ist auch gesellschaftliche Aktivität, und in diesem Zusammenhang sind die Bedingungen kommunikativen Erfolgs nicht allein durch die Wissenschaft zu regulieren.

Weshalb eignen sich Theorien sozialer Differenzierung (ähnlich wie Theorien sozialer Evolution) in besonderem Maße für die Semantik der Selbstbeschreibung von Gesellschaftssystemen? Die Antwort läßt sich sehr abstrakt und entsprechend einfach formulieren Jede Differenz, also auch Systemdifferenzierung, kann als Einheit gesehen werden, denn das Differente hängt zusammen; es ist eben different, und nicht indifferent. Ein System gewinnt durch Differenzierung an Systematizität. Es gewinnt neben seiner bloßen Identität (in Differenz zu *anderem*) eine Zweitfassung seiner Einheit (in Differenz zu *sich selbst*). Es kann sich als unitas multiplex beschreiben. Es kann, wenn entsprechend geordnet, das Konstruktionsprinzip seiner Differenzierung angeben und darin seine Einheit sehen. So charakterisierte sich die alteuropäische Gesellschaft nicht nur durch die Unterscheidung der Menschen von Tieren und von Halbgöttern, mythischen Figuren, Engeln, sondern auch als Innendifferenz von herrschenden und beherrschten Teilen, seit dem späten Mittelalter also als Ständeordnung.

Die Charakterisierung von Einheit durch Differenz ist eine höchst folgenreiche Angelegenheit, also auch die Wahl des Differenzschemas eine höchst folgenreiche Vorentscheidung, weil sie die Informationsgewinnung und -verarbeitung reguliert. Sie legt fest, in welchem Auswahlbereich etwas als etwas erscheint. Zumeist fungiert diese Vorentscheidung in der aktuellen Kommunikation dann als implizite, nicht eigens mitgeteilte Prämisse, die dem, was mitgeteilt wird, seine Selektivität verleiht - so wenn

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

man Villen als Beleg für ein Ausbeutungsverhältnis sieht. Ein Problem bleibt bei der Alltagsverwendung von Differenzschemata, daß deren Annahme nicht mehr Gegenstand von Kommunikation ist, sondern als Voraussetzung für die Verständlichkeit von Kommunikation fungiert. In diesem Sinne fungiert gesellschaftliche Kommunikation tagaus tagein im Kontext einer latent bleibenden Selbstreferenz- und dies um so zwangsläufiger, wenn nicht Identitätssymbole (etwa Nation), sondern Annahmen über Systemdifferenzierung als « Selbst » der Selbstreferenz benutzt werden.

Erfordernisse der vereinfachenden Selbstbeschreibung führen dazu, daß ein Konstruktionsprinzip der Differenzierung überbelichtet wird und andere in den Schatten treten. In der Selbstbeschreibung der alteuropäischen Gesellschaft dominiert das Hierarchieprinzip, während die ebenfalls wichtige, vielleicht zeitweise sogar wichtigere Differenz von Stadt und Land (Zentrum und Peripherie) fast unerwähnt bleibt. Erst das 17. und 18. Jahrhundert scheint sich intensiver mit den Wasserköpfen der Großstädte London und Paris zu befassen, benutzt aber selbst dann noch Unterscheidungen wie court and country oder cour et ville, um die Zentrum/Peripherie-Differenz in die ständische Differenzierung zu integrieren. Entsprechend verfährt die moderne Gesellschaft, wenn sie ein Differenzierungsprinzip zur Selbstcharakterisierung verwendet. Sie beschreibt sich als Klassengesellschaft, belichtet damit die Ungleichheit der Verteilung, eine gewiß erregende Angelegenheit, und gründet darauf die Behauptung eines Antagonismus. Nach « Verstaatlichung » und Regionalisierung dieser Differenz als Ost/West-Konflikt besteht deswegen sogar Kriegsgefahr. Man wird in der gesellschaftlichen Alltagskommunikation nicht sagen dürfen: alles Unsinn; wohl aber: alles Übertreibung.

Jede Selbstbeschreibung ist Selbstsimplifikation. Darum kommt man nicht herum, denn eine Komplettdarstellung des Systems im System ist unmöglich. Trotzdem kann man sich Unterschiede im Ausmaß der Simplifikation denken. Der Klassenbegriff ist nicht zuletzt dadurch für ideologische Verwendung geeignet, daß er von der Interaktionsebene abstrahiert, also durch unmittelbar zugängliche Erfahrungen nicht kontrolliert werden kann. Man erfährt von Klassen durch die Presse; oder durch Statistiken

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

oder einfach dadurch, daß das Wort benutzt wird. Der Begriff spricht Motive an und transformiert sich mit Hilfe des Wunsches nach mehr Gerechtigkeit in eine Realitätsbeschreibung. Er trifft sachlich durchaus zu, denn es gibt das Phänomen, das er bezeichnet: die gebündelte Ungleichverteilung. Insofern kann die Klassentheorie widerlegungssicher auftreten. Die Frage ist nur, ob und weshalb gerade diese Differenz berufen ist, die Einheit der modernen Gesellschaft zu charakterisieren.

Eine seit Jahrzehnten laufende Diskussion über das (angebliche) Phänomen der Wohlstandsnivellierung und der mehr oder weniger klasseneinheitlichen Mittelstandsgesellschaft zeigt diese Ideologieabhängigkeit der Klassenanalyse überdeutlich. Beide seiten, die Konvergenztheoretiker und die Klassentheoretiker, benutzen dieselben empirischen Daten. Sie meinen dieselbe Gesellschaft. Sie lesen und interpretieren aber unterschiedlich. Das bloße Interesse an gleich/ungleich, das bloße Differenzenschema selbst ermöglicht noch keine Selbstbeschreibung des Gesellschaftssystems. Es provoziert vielmehr dazu, eine Ideologie heranzuziehen, um den Daten Sinn zu geben ([75]). Sie zeigen dem einen dann Wohlstandsvermehrung über breite Bevölkerungsschichten, dem anderen dagegen die Erhaltung und Stabilisierung eklatanter Ungleichheiten. Nachdem dies Interpretationsspiel über Jahrenzhnte gespielt worden ist, müßte man aber heute einsehen, daß es selbstreproduktiv angelegt ist. Das Differenzschema selbst produziert die Kontroverse. Es sind nicht einzelne Klassen, die zum Zwecke der Selbsterhaltung eine Ideologie entwickeln; sondern es ist das Differenzschema der gesellschaftlichen Selbstbeschreibung, daß die Differenz zwischen Klassenbejahern und Klassenverneinern produziert.

Es ist faszinierend, weil einfach, die Einheit der Gesellschaft nach wie vor durch eine Differenz von oben und unten zu beschrei-

---

([75]) Das gilt ebenso und erst recht für Darstellungen der Diskussion selbst. Siehe die (ihrerseits parteiergreifende) Darstellung bei Paul BLUMENBERG, *Inequality in an Age of Decline*, New York 1980, S. 9 ff. Selbst die Einsicht in diesen Zusammenhang (S. 61 f.) kann den Verfasser nicht hindern, selbst eine ideologisch tendenzierte Analyse vorzulegen.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ben- und wenn nicht mehr als Rangdifferenz, dann wenigstens als Differenz der Teilnahme an der Vorteilsverteilung. Das Gesellschaftssystem hat sich aber inzwischen auf funktionale Differenzierung umgestellt. Die Einheit der Gesellschaft ist die Differenz ihrer Funktionssysteme. Dies wirft weit schwierigere Probleme auf als Fragen der Ungleichverteilung. Durch Orientierung an spezifischen Funktionen werden diejenigen Redundanzen aufgelöst, die in der funktionalen Äquivalenz von Rollen und Systemen lagen (76). Damit gehen auch Sicherheiten verloren, und dies muß durch größere Umweltbeherrschung ausgeglichen werden. Die Einheit der Gesellschaft besteht nun darin, daß die Politik *nicht* die Probleme der Wirtschaft, die Wissenschaft *nicht* die Probleme der Politik, das Recht *nicht* die Probleme der Familie lösen kann- und so, mutatis mutandis, für alle Intersystembeziehungen. Es ist diese hochstrukturierte Inelastizität, die die Informationsgewinnung und -verarbeitung in unserer Gesellschaft mehr als alles andere bestimmt. Ungleichverteilung fällt in genau dieses Problemraster: Sie ist ein Problem, das die Politik nicht lösen kann, wenn die Wirtschaft oder die Erziehung es erzeugt, da die Politik es eben nur politisieren und nur mit dem eigenen Mittel des Kollektiv bindenden Entscheidens behandeln kann.

Der Klassenbebriff hält in seiner üblichen Fassung einen Unterschied fest, der einer durch Schichtendifferenzierung bestimmten Gesellschaft entsprach. Er kann, weil diese Gesellschaft nicht mehr besteht, als Antagonismus formuliert werden. Dann genügt Gegnerschaft zur Explikation eines Arguments, und jedes Argument wird zur Explikation von Gegnerschaft. Zugleich wird der Klassenbegriff ideologisch (im Sinne von Mannheim) insofern, als er an einer vergangenen Struktur orientiert ist. Aber natürlich ist der Gegenstand dieses Begriffs, die Bündelung von Ungleichverteilungen, damit nicht verschwunden. Der Begriff ist nicht obsolet. Er muß nur anders zugeschnitten werden, damit man ihn in eine Theorie der modernen Gesellschaft, einpassen kann. Die Soziologie kann dazu Theorien und empirische Ana-

(76) Die Literatur spricht hier oft von Multifunktionalität oder funktionaler Diffusität.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lysen beitragen. Ob sie auf diese Weise in kursierende Selbstbeschreigungen des Gesellschaftssystems eingreifen kann, ist damit noch nicht entscheiden. Aber gerade die Theoriegeladene Geschichte des Klassenbegriffs zeigt jedenfalls, daß dies nicht unmöglich ist.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Dimensioni

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ADAM PODGORECKI

THE THREE LEVELS OF OPERATION OF THE LAW

To study law is to study power
VILHELM AUBERT

1. Introduction. — 2. Intuitive Law. — 3. Three Modifiers of the Operation of the Law. — 4. Concept of the Legal Structures. — 5. Two Examples. — 6. Conclusions.

1. *Introduction.*

Although the problem of the « operation of the law » is the most essential for the understanding of law in its ' natural ' social ' habitat ', jurisprudence treats other questions as more substantial ones: « Here then are the three recurrent issues: How does law differ from, and how is it related to orders backed by threats? How does legal obligation differ from, and how is it related to, moral obligation? What are rules and to what extent is law an affair of rules? To dispel doubt and perplexity on these three issues has been the chief aim of most speculation about the ' nature ' of law » (Hart, 1981, 13).

Sociology of law goes closer to the heart of the matter. But dealing mainly with problems like: knowledge and opinion about law; its acceptance and effectiveness, the genesis of legal institutions, the social background of legal professions, borderlines between law, religion, politics, morality, economy, technology, education, and family, and the convergence and disparity of various legal systems, sociology of law, in effect, like jurisprudence, is still unable to present an adequate theory of the ope-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ration of the law. Nevertheless it offers some essential elements to the better understanding of the problem in question.

Agreeing with Evans that in sociology of law « common concepts arise through the cumulative development of the body of knowledge and lead to a series of redefinitions of subject matter » (Evan, 1980, 1), it seems to be appropriate to undertake, once more the task of building a synthetic theory of the operation of the law (Podgorecki, 1966).

It is clear that the lack of adequate theoretical explanations of the operation of the law triggers a multitude of semi-explanatory attempt (1).

At present, as a rule, the problem of the operation of the law, if analysed at all, is seen from the point of view of the *representatives of the apparatus of social control.* Its picture shows how it is perceived and used by police, judges, legal professionals in general and other law enforcing agencies.

Conversely the *addressee* of the legal system is out of the picture: the point of view of the ' legal subject ' is not taken into

(1) The basic principles in understanding these problems originate in Greek philosophy. In the dialogue *Gorgias,* Callicles maintains that law and morality are invented and applied by the weak in order to save them against the strong. In Plato's *Republic,* Trasymachus argues that law and morality are invented and applied by the strong to keep the weak in line and manipulate them more craftilly. These contradictory « derivations », as Pareto would call them, are utilized by various political forces according to their needs. Thus the existing theoretical void makes these prestidigitatorial exercises easy. This explains the current popularity of marxism. Marx himself devoted only one short passage, to this question in which he was concerned with the stealing of wood from the forest! (Marx, 1842). But in fact marxist ideology does not undertake any serious attempt to understand the functioning of the law on the basis of historical or empirical studies, it simply labels various social structures by the derivations which suit its present political purposes. Since this pattern of reasoning has an appeal to the accumulated residual (hate, envy, frustration, fear), it becomes widely accepted. If accepted due to its reinforcing emotional feed-back - not to the power of its logical argumentation, this modus of explanation is not only erroneous but also socially harmful. It imposes general, untested ideas (false or true) as proven. Sometimes its presentation is made with *comical pathos.* « The exposal of Marxism, both theoretically and politically, does not for me require that Marxists should seek to operate as demolition contractors, knocking down and laying bare the hunter of Bourgeois scholarship before starting fresh to erect a new and shining Marxists edifice » (HUNT, 1979, 10).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

consideration. This situation has created a paradox - the very operation of the law is seen, in legal sciences, through legalistic, normative glasses: it is limited by the requirements of the binding law; its real processes are outside the scope of the main study, if not forgotten altogether.

Therefore the task of these reflections is to present an entirely opposite approach: it is to try to see the functioning of the law from the point of view of its carrier - its subject.

2. *Intuitive Law.*

The lack of recognition of intuitive law blurs the adequate understanding of the operation of the law.

If one accepts the statement of Petrazycki (attributed to E. Ehrlich; see Podgorecki, 1981) that in order to understand the specificity of the law it is necessary to introduce the concept of intuitive law, one should note Petrazycki's distinction between «living law» (or in his language «intuitive law») and «law in the books» (or in his language, «positive» or «official» law). «Law in the books» remains a normative phenomenon, whereas «living law» is a real one. It is spread among the people, directly influencing their behaviour. Consequently, he distinguishes between:

(1) positive and official law (law used by the courts and upheld by the state),

(2) positive and unofficial law (for example, a mediator or unofficial agency resolving a conflict with reference to positive law or normative facts),

(3) intuitive and official law (for example, the decision by an English court in a case on the foundation of equity) and

(4) intuitive and unofficial law (people's spontaneous behaviour guided by their legal intuitions regarding mutually connected rights and duties) (2).

---

(2) In social reality positive law appears mainly as official and intuitive law appears as unofficial. This opposition will be used from now on in this text.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

These statements lead to formulation of the following generalizations:

(1) official law flourishes in social systems which are structurally diversified, whereas intuitive law is predominant in cohesive and integrated social systems;

(2) a homogeneous social system provides (in order to introduce and maintain a stable balance) the members of this system with few precise formal prescriptions, thus relying upon monolitic values and imposed informal measures of social control;

(3) a structurally heterogeneous social system provides (in order to introduce and maintain a stable balance) the members of this system with precise formal prescriptions regulating their social behavoiur and imposes upon them an elaborated apparatus of social control;

(4) a structurally heteregeneous social system, divided by principal pluralistic values, provides (in order to introduce and maintain a stable balance) the members of this system not only with precise formal prescriptions but also with pluralistic legal sub-systems.

When the concept of intuitive law is introduced as one of the central notions of the operation of the law, its legitimacy can be analyzed from a more adequate perspective. Thus it is worthwhile to recall Weber's three types of legitimization of authority: legal-rational, traditional and charismatic. This classification, like others (Andreski, 1981) of this towering figure in sociology, suffers from inherent disorder. In this well known classification, legal authority is exclusively directed toward the official law, whereas traditional and charismatic authorities are oriented toward two specific and arbitrarily selected subdivisions of intuitive law. Authority based on tradition or charisma does not have a support of an official law; it is hooked on the sentiments of those who follow the tradition or respect the charismatic stigma of accepted leaders.

Thus, a more adequate classification of various types of legitimacy may be presented in the following manner:

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

I. *Legitimacy which is solely based on normative grounds*: According to this type of legitimacy, only those regulations and institutions have legal validity which are derived from the legal norms of the higher order. On the top of the hierarchy of all norms appears to the ultimate norm (Kelsenian-Grundnorm) which is regarded as the final source of the normative power (weberian legal - rational authority).

II. *Legitimacy which is based on the support of the population.* Legitimacy supported by intuitive law of a specific type:

(1) legitimacy supported by traditionally established intuitive law (weberian traditional authority);

(2) legitimacy supported by the charisma of its source (weberian charismatic authority);

(3) legitimacy supported by the power-holding minority and contradictory to intuitive law, thus perceived as « unjust », « reactionary », « oppressive » by the majority of the population. Extreme type of this legitimacy was presented by the Polish legal order under martial law in 1981-83, whereas Solidarity deprived by the authorities of its legal status was then regarded by the population as fully legal. Said Mr Onyszkiewicz, the high ranking member of Solidarity, « ... we still insist that Solidarity is not dissolved ». And again, « Solidarity lost only its registration and its legal status. But Solidarity exists because that is the will of the people » (« The Globe and Mail », Toronto, April 6, 1983). This extreme type of legitimacy may gradually become similar to the legitimacy based solely on normative grounds.

III. *Legitimacy supported by the intuitive law of the majority of population.*

IV. *Legitimacy which derives its validity from the rejection of all other perceived options* (*instrumental legitimacy*): A certain type of legal system which does not have the support of the majority of population nor descends from a legally valid ultimate norm (usually a constitution) may still be regarded as legitimate if all other options (such as loss of sovereignty, war, total destruction etc.) are considered as even worse alternatives.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

V. *Legitimacy which is based on the existence of a social superstructure of « dirty togetherness »*: This type of legitimacy needs a more elaborate explanation. If behind the given legal system (which is rejected by the population at large as unjust, undemocratic, etc.) operates a complicated infrastructure of mutually interdependent interests, then this legal system may become accepted, not on the basis of its own merits, but because it creates a convenient cover-system for the flourishing phenomenon of « dirty togetherness ». Then each institution, factory and organization serves, independently of its own production tasks, as formal framework which gives a stable frame for mutual, semi-private services and reciprocal arrangements. For example, the enrollment into a medical school of a daughter of a highly placed person in return for unobtainable cement for building a house, publication of a good book review in return for assistance in obtaining a scholarship abroad, the privilege of buying a car without waiting in exchange for admission of a family member to a specialized hospital, etc (3). In these situations the formal legal network, irrespective of its own questionable productive efficiency, becomes a very precious smoke-screen. It is clear that the individuals who operate inside this system start to support the legal matrix after a while, not because they accept it (as a system which has normative validity, or as a system which is supported on the basis of its own inherent virtues), but because they become familiar with it, with the rules of its game, with its ' who's who ' background, with its strings attached and with its conditions of efficiency hiding like strategies. This type of legitimacy then: (a) gives organizationally skillful groups the chance to seize some formal elements of the legal system for their own, publicly undisclosed, benefit, (b) links dispersed clusters of various elements into a coherent metastructure, which furnishes the unaccepted legal system with a unique ' perverse ' legitimacy, and (c) transforms the unaccepted legal system into a shell which in effect protects its illegal infrastructure.

---

(3) In Poland the newly coined curse: ' Be ye deprived of connections for five years ', is, at the present time, the most dangerous one!.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

3. *Three Modifiers of the Operation of the Law.*

The assumptions presented above prepare the ground for further elaboration of the previously formulated hypothesis of the three-factor functioning of the law. According to this hypothesis, a legal norm influences human behavior by means of three basic variables. The first variable is the type of social system within which the given legal norm operates. The second is the kind of subsystem (subculture) which constitutes the link between the global social system and the individual to whom the law is directed. The third one modifies the functioning of the legal norm in the type of personality of subjects affected by the law (Podgorecki, 1966, 38-47).

a) *Systemic Variable.* One should distinguish the systemic variable in a strict sense and in an enlarged sense. Let's analyse the systemic variable in a strict sense-first.

The global social system constitutes a large, natural laboratory for all possible social interactions. Due to 'ingeneous unconscious adaptation' processes (Petrazycki) the social system selects, on the basis of trial and error these procedures and accumulated approximations of repeated and evaluated patterns of behaviour and these interactions which surface as the final resultants of the cooperating or conflicting forces. Among 'reified' resultants of pressures and tensions inside the given social system appear not only specific norms which deal with specific problems but also norms which are generated as artifacts representing the system as a whole. Inside of this system various types and volumes of punishments and rewards are distributed in the way determined by the inherent structure of the system. At certain stages of the transformation of a social system, oppression or extortion of certain categories (classes) of it members appears. This emerging structured aggression does not necessarily appear in any subjectively sadistic behaviour among its members; it may only express the inherent inability of this system to find other patterns of organized social behaviour. Among various beliefs, e.g. Durkheim's 'collective representations', social systems also crystalize into legal principles, those beliefs which

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in the course of the constant social changes acquire the status of the final resultants. Legal beliefs of this type, e.g. example incest taboo and other beliefs which have this stamp of finality, are then successfully, through the complicated process of socialization, inculcated into the psyche of its members. Attitudes which lead to 'altruistic suicide' give an extreme pro-social example of this kind of socializing process.

It is quite well known that in order to survive under a socialist regime, its members have to fight desperately for scarce resources and commodities available to them. This is because, among other reasons, the 'socialistic' social system is not responsive to the social needs of its population. Under this system, to obtain something (service or commodity) it is necessary to ask, to claim, to demand constantly. It is highly advisible to create a 'noise' which will make this system notice its source. Only then may some chance to get what was claimed arise. In short, under socialistic regime the intuitive laws develop their « demanding » components disproportionately to their « duty » counterparts. Interestingly enough Polish exiles who recently immigrated to Canada continue to behave in the way which was functional in their homeland. But in Canada, their type of behaviour creates a shock.

Canadians are surprised (as well as Polen from older immigration who already had enough time to immerse themselves into the Canadian legal culture) when the new immigrants do not express proper gratitude to the government and cooperating agencies. Sensing this attitude the new immigrants escalate their demands even more. It may be worth noticing that the claim-oriented attitude of some of these immigrants was, as a rule, considerably reinforced in crowded Austrian refugee camps, which, being poorly organized, served only as additional schools of survival techniques.

The variable of social system operates not only in the form of intuitive law, but also in official law (4).

---

(4) Article 93, par. 2, of the Polish Penal Code adopted July 15, 1932 provides: « Whoever attempts to change by force the Polish state system is subject to a prison sentence of not less than 10 years or of life imprisonment ». The same

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Systemic variables in an enlarged sense deal mainly with stratified determinants of the social system. Pressures of different social bodies, institutions, organizations, classes and various social groups evidently change the perception and the usage of the law. These factors also channel the operations of the law in different directions. There are many inquiries which illustrate this. Aubert's study is one of them. His research « ... comprises the criminal cases dealt with by six District Courts over a period of ten years, 2083 in all. The defendants were grouped on the basis of an index of social status, combining occupation and income. When all the cases were divided according to the status of the defendant, a tabular presentation of the outcome of the cases revealed enormous disparities between the status groups. Members of the lowest-status groups were almost never acquitted and most received quite a heavy prison sentence. At the other end of the social scale a complete reversal of this trend appeared. Thirty-nine per cent of this highstatus or middle class group were acquitted, and only 2 per cent of them received light prison sentences. Between these two extremes the defendants belonging to various status groups distributed themself according to a fairly neat pattern » (Aubert, 1983, 147).

b) *Subculture Variable.* The second level on which legal processes undergo an essential transformation is the level of the subculture of the given social system. Here also one should distinguish between different forms of the operation of official law and intuitive law.

---

law remained in force after World War II until 1969 in a completely different socio-economic system from that prevailing when it was enacted in 1932. In this way *the same* article played two completely different functions. Before the war, within the framework of democratic society based on private ownership of the means production, the Communist Party was illegalized on the strength of this law. After 1945 the same law had a reverse meaning: the Communist Party was in power and all attempts to change this situation were subject to punishment. Probably there are few legal norms which change their meaning so drastically and directly. As a rule, legal norms go through the process of total social transformation only when additional systemic assumptions are taken into consideration.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

The specificity of the subculture consists in the fact that the given subculture adds to the general values of the society in which it operates some additional, specific values. These specific values may socialize the members of the given society in a supplementary way.

It is similar with the legal subculture. It could be based on official or intuitive law. Legal subcultures based on the official law are, as a rule, pro-legal.

There exist certain corporations and professions which formalize the relationships of their members with their clients. A physician should not only behave according to general norms which are in force in the given society but is additionally restricted by some official regulations pertaining to his profession. He is not allowed to disclose the nature of the illness of his patient, nor can he take advantage of his knowledge; he may not seduce his patient etc. (Other requirements are spelled out in the Hippocratic Oath). Somehow similar is the lawyer's situation. In addition to his duties as citizen, he has supplementary obligations toward his client. He even does not have the right to disclose a crime which the latter reveals to him.

Independently from the prescriptions of the officially binding legal subsystems there exist legal subcultures created by intuitive legal norms. Three basic possibilities exist here. *First,* they may modify the usage of the official law and shape it according to their own exigencies. A study of V. Aubert presents an example of this situation; it pertains to the practices of military courts (Aubert, 1963). Aubert's investigation of convictions or aquittals of persons who evaded military service on the grounds of conscience demonstrates a basic difference in the practices of different courts. Thus the courts of Northern and Southern Norway had a tendency to convict in such cases, in contrast to courts in the Western and Central parts of the country. This difference cannot be explained otherwise than by the distinct attitudes and practices of the courts in the different regions. This investigation also seems to indicate therefore that specific practices may develop in institutions (in courts in this case), that is to say some socially transmitted manner of arriving at certain locally stereotyped decisions, different from the patterns

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prevailing elsewhere. The appropriate modification of the usage of law takes place also on its intuitive level. In the example of professional prostitutes « the fee-splitting arrangement is quite common at all levels of career activity. For example, cooperative activity between two girls is often required for particular type of sexual contract. In these cases, the girl who has contracted with the customer will contract a colleague, usually a friend, and will obtain 40%-50% of the latter's earnings. There is suggestive evidence that fee-splitting activities vary according to geographical areas and that Los Angeles is unique for both its fee-splitting patterns and the rigidity of its feesplitting structure » (Bryan, 1974, 275). *Second*, there are several examples which show that the anti-legal subculture reinforces negative attitudes toward the law. « ' Pilfering and fiddling are the « honest » response of millions of people to being exploited day in, day out, by employers. We are not stealing. We are taking back what is rightfully ours ' » (Henry, 1979, 49). Another suggestive description of this type of attitude modification is provided in the study on pilferage and fiddling. « Whilst learning the job, the recruit is gradually made aware of the face that « mistakes » (responsability for which he has already agreed to) and thus « shortages » are inevitable. Once low pay and long hours have become a reality for him, ha is considered to be morally and technically ready for a demonstration that both problems may be solved by overcharging customers. For most men, the relief of finding a solution dilutes any remaining moral qualms » (Ditton, 1977, 17). An unpublished Polish study supports the common sense expectation that the recidivist subculture reinforces negativistic attitudes toward the law in general. Typical opinions which inmates express on law are: « Those who are afraid of everything don't stay in jail, for they are afraid to steal » (45); « Before the first case I was so afraid of punishment I wanted to jump from the fourth floor » (72); « With prison it's like with a woman, a person is afraid only before first time » (25); « whoever has once tasted prison can bear up with it » (36); « he is afraid of prison who nevar was jauled, after that it's only necessary to adjust one's life » (92); « for those who were punished two or three times it's all the same, they will not return to the honest road - their asso-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ciation won't allow it and they themselves prefer easy money » (8). These statements illustrate the specific atmosphere of the recidivists subculture, one against which the social rehabilitation function of punishment rebounds like a pinpong ball (Szelhaus, 1965). *Third,* while the study of Szelhaus indicates that a specific legal subculture may reinforce negativistic features of attitudes towards the law, so the study of J. Kwasniewski points to the opposite theoretical possibility. . A thorough research on legal attitudes of those who work in banking organizations shows that there exists (at least in those banks which still remain, during the time of the study, under the influence of traditional impersonal bureaucratic establishments) a strongly consolidated pro-legal subculture. This subculture appreciates and rewards those attitudes and behaviours which are formally oriented; which follow not only the sense but also the letter of the law; which manifest more obedience towards authority. Older clerks exhibit these attitudes strongly (Kwasniewski, 1973).

c) *Personality Variable - Invisible Factors.* The so-called ' brekfast jurisprudence ' (strange idiosyncratic elements may determine the current temperament of the judge) successfully analyses the behaviours of various law officials and especially judges (Kalven and Zeisel, 1964; Nagel, 1961; Pritchett, 1948; Schubert, 1959 and others). The general conclusion of these studies coincides with Everson's statement that: ' Justice is a very personal thing '. In general: although the above mentioned version of jurisprudence justifiably analyses even unusual determinants of personal attitudes of various representatives of the apparatus of social control, it fails to recognize the much more important phenomenon of legal attitudes of those to whom the normative system of the law is addressed and who are the main carriers of the everyday tasks of this system.

The third level on which legal behaviour undergoes an essential transformation is the dimension of the individual personality. This level is doubly significant. First, it wasn't recognized at all until recently. Second, although everything has its beginning in the individual's psyche, paradoxically enough, in the case of intuitive law, what happens in the subjectively limited psyche

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

of an individual is the final resultant of a cumulative host of processes which inculcate into it the final products of these aggregated social transformations.

There is quite a significant difference between systemic and subcultural factors, on one hand, and personality factors, on the other. Systemic factors are easily visible. Organizations, institutions, various agencies and all other established bodies have the titles, structures, competences and prescribed procedures. They occupy certain formal positions inside of a given social system and their functions are recognized, as well as their spheres of jurisdictions. If their authorities overlap, special procedures are used to reconcile their competing powers. Although subcultures are less socially transparent, they are still quite visible. They are manifested by habits, rites, mores, rituals, ceremonies, traditions in such a way that they create a visible display of a variety of discernible and petrified forms.

Personality factors are of a different nature. As a rule they are anchored in attitudes. They exist in the psyche of an individual human being (not in a larger socially structured body): they might be disclosed in consonance with the intentions of actors, they might be disclosed in a misleading way (as a result of an improper perception or due to intentional manipulation) or they might not be disclosed at all. This is why they are described as *invisible factors*. The disclosure of these features makes it possible to bring into light the whole gamut of factors determining the operation of the law.

The Polish nation-wide study of 1964 throws some initial light on the nature of this problem. As the central issue of this study, the question of the prestige of law was selected. A representative sample of around 3.000 subjects answered, among others, the following question: ' There are different views on the question of the practical observance of the law. Please choose from the opinions listed those which appeal to you most, or write you own '.

To summarize the findings pertaining to the various factors influencing respect for the law, in one way or another people between the ages of 35-49 and those over 60, persons with higher education, white-collar workers, those whose families belong to

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

the intelligentsia, people who feel secure (5), people having stable and limited affiliations (6), the rationally disposed (not dogmatic) (7) and those engaged in social service work (albeit with a somewhat more frequent inclination to circumvent the law) all tend, more than others, to respect the law even when it is considered wrong.

	Per cent	
	Urban	Rural
1. The law should always be obeyed even when think it is wrong	44.3	45.3
2. When one is confronted with a regulation one considers wrong, one should only appear to conform to it, but in practice one should violate it	22.7	22.5
3. One should in general disobey laws considered wrong	17.7	18.8
4. I have still another opinion	4.7	4.1
5. It's hard for me to say	10.6	9.3
N = 2,820	100.0	100.0

Correspondingly, the categories which more often than others declare a disposition to circumvent, ignore or violate legal regu-

(5) The question included the following: ' Do you think that people should be trusted? (PODGORECKI, 1974, 93-95).

(6) The indicator of mental inhibition was reply no. 1 to item 14 of the questionnaire, which read: ' If you are in a large company and someone who is very sure of himself argues for a view that is the opposite of your own view, what is your reaction? Do you 1. Give way, or withdraw your own view? 2. Show that he is wrong? 3. Carry on the conversation and find out during the discussion who was right? 4. Don't know?

(7) Dogmatism is indicated by response 4, and an unintegrated system of values by response 3, to item No. 20 which reads: ' There are people who find is easy to judge the behavior of others as good or bad, while other people have doubt about such judgments. Do you even have such doubts? 1. On the whole I have no such doubts, 2. Sometimes I do have doubts, 3. I often have doubts, 4. I very often have such doubts, 5. Don't know, 6. I never think about such things ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lations include the 25-34 year age group, those either having no education or with only elementary schooling, the offspring of strata other than the intelligentsia, unskilled workers (violation), skilled workers (circumvention), persons with feelings of insecurity, people with loose and transient affiliations, people with many social contacts ([8]), dogmatic individuals (circumvention), the inhibited (violation), the frustrated, those with disordered systems of values, and finally, people not engaged in social service work.

It seems useful to distinguish three degrees of acceptance of the law and basic moral norms. The acceptance can be either (1) lip-service declaration (vocal manifestation of certain values often presented to meet perceived social expectations); (2) internal acceptance (commitment to internalized values which are sometimes not externally expressed, for example in cases where the values could be regarded as deviant or where commitment is not strong enough to elicit corresponding behavior); or (3) behavior that is consistent with the accepted values.

Since studies based on questionnaire polls (schematized interviews) have been severely criticized, psychological methods were additionally applied to control results obtained by the former techniques. In consequence the Cattell's personality test (as it was adapted to the Polish population by M. Choynowski and Nowakowska) was used as a monitoring psychological device. The results of this complementary investigation reinforced previous findings. The results concernings capital punishment became especially interesting in the light of these two studies. Although the investigation showed that the majority of the Polish adult population favoured the death sentence, there was no correlation established between such socio-demographic characteristics as: sex, education, occupation, social origin, involvement in court trials and the attitude to capital punishment. Research on a nation-wide scale indicates that only personality

---

([8]) Indication as to whether or not a person belonged to small primary groups was given by response 2 to item 13, which read: ' Apart from your family, do you know many people whose friendship and warm feelings you do not doubt? 1. No one, 2. Only a few, 3. A large number, 4. Don't know '.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

factors: insecurity symptoms, social inadaptability, consciousness of a harsh upbringing, are essentially connected with favouring capital punishment. These intriguing findings were subjected to further tests which showed a lack of correlation between views on capital punishment and other factors, such as: having been an only child, common traits of upbringing, authoritarian traits (as measured by the compact F scale and various factors distinguished by Cattell), with the exception of resistance to insecurity. For it was established by data based on the Cattel test that the lower the resistance to insecurity the greater is the inclination to approve capital punishment (Podgorecki, 1966, 44).

4. *Concept of the Legal Structures.*

The assessment of the role played by personality factors makes it possible to come closer to a more comprehensive diagnosis regarding the following elements (and their relationships): social systems as well as legal subcultures.

One should remember that even the relationship between social system and legal system (or systems) is a highly complex one. Already official and intuitive law as well as legal systems based on different types of legitimacy have been analyzed (9). Taking into consideration two types of legal personalities (pro and anti-legal) as well as two types of legitimization (normative based on official law but contradicted by intuitive law and normative supported by intuitive law) and fully utilizing the concept of the duality of the law (official and intuitive) one may con-

(9) For the sake of simplicity only two types of legitimization are taken here into consideration: legal systems normatively valid and supported by intuitive law as well as legal systems normatively valid but rejected by the intuitive law of the majority of the population. Also for the sake of simplicity, other types are omitted in the forthcoming analysis. So references to the following legal systems are missing: adequate, guiding and restrictive, monolitic and pluralistic, oppressive and tolerant, based on formal (organized by the state) or less formal type of conflict resolution, self generated and imposed, statutory and those based on precedents, accessive and inaccessive (PODGORECKI and KHOSLA, 1983).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sequently distinguish the following *legal structures* ([10]) significant for the operation of the law: posture of Kantian legalist, prolegal internally supportive feedback, activities of legal kamikadze, legal warpiness, legal 'virus' existence, double legal acceleration, position of a subversive antilegalist, and station of 'dirty togetherness'. It is easy to sense that these structures present a continuum from an optimal legalistic situation to an optimal criminal situation. Let's try to analyse them in succession.

A *Kantian legalist* may be defined as a legal subject with a prolegal personality who (being a product of a pro-legal subculture) operates inside a legal system irrespectively of its normative validity. When it is supported by the intuitive law of the given social system and its relevant subsystem, then it appears in its fullest form. This type of legal personality presents a 'pure' legal conformity. For a personality of this type, the Kantian rule 'Fiat Lex Pereat Mundus' constitutes the highest normative axiom. Triple reinforcement of legal norm fixes its final form.

Operation of *internally supportive pro-legal feedbacks* characterizes a pocket of legal resistance functioning in this legal system whose official norms are rejected by the intuitive law. In such situations the state uses as a rule its harsh apparatus of coer-

---

([10]) Legal structure is perceived here as a dynamic interrelationship between three essential levels of the operation of the law. There are: legal actors, patterns valid in certain legal sub-cultures and types of legitimacy binding in the given society. It is not so much a static 'ideal type' which accentuates certain arbitrarily taken elements of empirical reality, but it is an attempt to decode the performance of interplay of those elements which, according to previous studies, appear as crucial. Legal structure are not so much various constellations of certain social elements: they are rather specifically created entities which prescribe clear pattern of social behaviours as valid in the given social order. Nevertheless these patterns are neither functional (they are not set up as benefitial for the whole) nor evaluative ones (their validity is only subjective). They are resultants of three main forces: (1) the peculiarities of the legal actor, (2) the specificity of the legal subculture and (3) the type of socio-legal order; they deal with those social situation which are typical in social systems in which they operate; they constitute ways in which the given social system: (a) responds to social issues generated by it, (b) copes with the existing social problems and (c) answers to the dormant, emerging or acute social conflicts and, in short, they play the role of an essential link between legal norms and social behaviour.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cion to press citizens to obey the rules which they reject. Then sporadic pockets of intuitive pro-legal subculture and pro-legal personalities (which reinforce each other) create bastions of anti-official law. These bastions are in more or less open war with the state. As retaliation the state uses its brutal physical force, whereas the non-organized centres of opposition gain their force only from sources of the higher order - moral values, religion, appeals to fatherland etc. Families (or hidden illegal associations or organizations) and their members trying to survive in totalitarian regimes are examples of fortresses of these types.

Activity of *legal kamikadze* is especially stressful. He (or she) has developed a pro-legal personality, but is surrounded by the dense social reality of antilegal structures. But not only the substructure which tightly surrounds legal kamikadze is anti-legal, such is the whole legal system in which a given subculture is located. The legal kamikadze riots not only against his neighbouring social reality, he riots also against the whole establishment to which he (and his subculture) belongs. As such he is marked for shooting off. He may be a relic of social reality which had become almost completely rotten, or a predecessor of a new social reality which has still a long way to come.

State of legal warpiness is a legal structure which exists between the two legal worlds. From one point of view the legal subject functioning in is characterized by a pro-legal orientation, from another, his own subculture (his peers, primary reference group, family etc.) press him to behave illegally. In the framework of this legal structure the subject is on legal crossroads. His behaviour may degenerate and sink into a status of a criminal existence or may undertake efforts to change the content of the negative legal subculture surrounding him. His behaviour is, as a rule, instrumental.

If a son of a judge's family living in a normatively valid, and accepted by the intuitive law, social system became a hooligan, then he is an anti-*legal virus*. His anti-legal potential is relatively small since in isolation his ability to influence the surrounding subculture as well as the general legal culture is quite limited. But if the whole system suddenly and without any pre-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

paration faces a challenge of its whole existence (for example a challenge coming from external factors like flooding or 'internal' factors like acute anomie), then this 'legal virus' could suddenly surface and subsequently play a dangerous role. When several anti-legal viruses consolidate themselves into groups, and when they create 'organized' pockets, then this process may be called a '*double anti-legal acceleration*'. It happens when one after another, antilegal individuals join each other inside of a larger legal structure. In this way several pockets of disease appear in the previously 'healthy' legal infrastructure. At a certain point the whole legal infrastructure becomes threatened by the growing centers of antilegal subculture. It happens when the process of legal corruption comes from the bottom, it develops itself in an inductive way.

When an antilegal personality links its potentialities with the legal system which is rejected by intuitive law (in totalitarian social systems their agencies are actively seeking for personalities of this type) then the individuum in question may be called *subversive antilegalist.* When a child spys on his intuitive law-respecting parents he serves as an informant in order to reinforce his own rebellion against traditional values, then he is used by the system as an instrument of a vicious subversion which attaks these values.

The concept of '*dirty togetherness*' was already presented. Here one may only add that the legal structure described by it is the most vicious one: it is characterized by the optimal triple antilegal acceleration. From a legal point of view nothing can be more deadly.

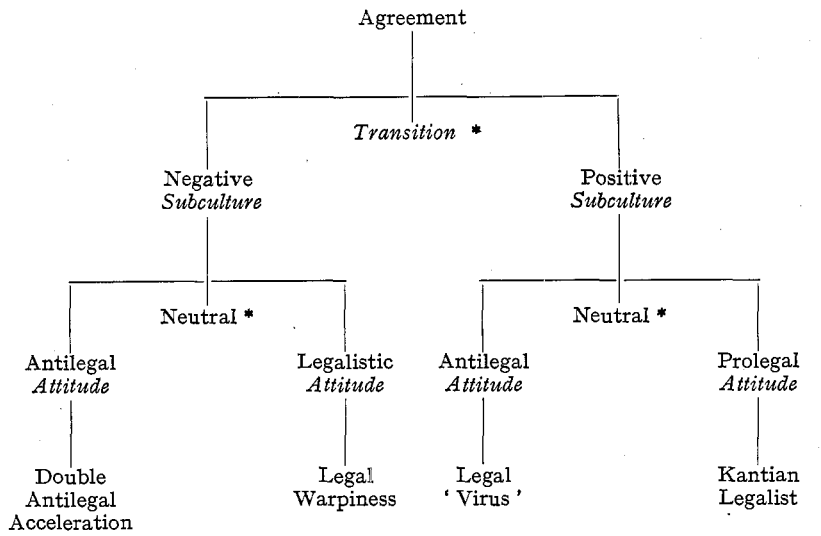
The structures of legal activities described above constitute, of course, only some ideal types of social behavior oriented toward law, only some abstracts which are taken from social life. Isolated, they portray social life poorly, but seen in mutual interactions, they may serve as heuristic diagnostic tools. The proper cognitive use of these structures consists not so much of picturing certain distinctive individual legal personalities but in using them as elements of larger synthetic entities.

An outline of our major propositions is provided in Table I.

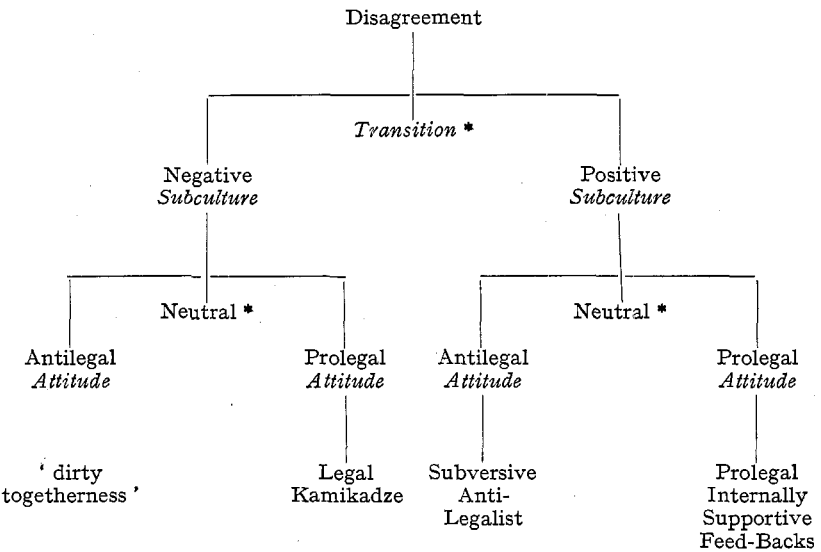
© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

TABLE I

a) OFFICIAL LAW & INTUITIVE LAW



b) OFFICIAL LAW ⇄ INTUITIVE LAW



* Discussion on these points are omitted here.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

5. *Two Examples.*

If one undertakes the task of giving a comprehensive ' map ' of Polish legal structures, he would find there a mixture of three types: internally supportive feed-backs, ' dirty togetherness ' and legal warpiness. Internally supportive feed-backs correspond mainly to nuclear families and to small groups of tested friends. According to a Polish nation-wide empirical study (Podgorecki, 1964, 87) a marriage is treated not so much as a romantic union linked by sexual love (although this type of ' derivative justification ' is regarded as an obligatory one) but as an alliance which on the basis of its mutual life sentence (around of 80% of Polish population regards itself as Roman-Catholic) can be reciprocally trusted. This legalistic survival device creates the essence of contemporary Polish marital relationship. Children can only partially be regarded as reliable elements of this mostly cohesive unit: they may unwillingly disclose to the outside world, at school for example, what is going on at home. Since Polish society is additionally characterized by a highly developed network of friendships relations (Podgorecki, 1976, 21; Nowak, 1979, 158) and since these sets of relationships are mutually proven on the basis of intuitive law obligations, so their interconnections constitute the second strong survival device. Thus family and friends carry on the traditionally established intuitive laws: nuclear families and compact sets of friends should therefore be regarded as the main fortresses of stable social bonds which keep the whole network of the infrastructure of the society together.

The second pillar which supports the existing infrastructure of Polish society is the wide-spread element of ' dirty togetherness '. Paradoxically enough families and friends can also operate as indispensable elements of this togetherness: they mutually weld it even stronger. They introduce into this togetherness the coherence of intuitive law which they pervert for antilegal usage.

The clash of structures of internally supportive prolegal feedbacks and ' dirty togetherness ' as well as their cooperation send a host of contradictory signals to all those who operate according to their guidance. The general message which they give is that

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

one should respect intuitive law (which as a rule is contradictory to official law) on one hand; on the other, one should follow the rules of reciprocal illegal bargaining. Being constantly under the pressure of recommendations of these two contradictory sets of values one may in effect lose any sense of the right course of action. Rejecting principled attitudes ([11]) people adopt instrumental ones. The 'instrumental attitude' is one where the acceptance or rejection of projected or actual behaviour is dependent upon specific calculation of different possible alternatives of behaviour and the evaluation of their effects ([12]). According to two nation-wide studies (in 1964, N = 3,178 in 1970, N = 2,197) the Polish population is rather instrumentally oriented. The major findings may be summarized as follows: (a) the principled attitude increases with age, (b) an increase in the level of education basically increases the instrumental attitude, but a college education changes this tendency into acceptance of an attitude which is a compromise between the principled and instrumental, (c) a leadership position is linked either with the principled or compromise attitude (d) qualified worker and craftsmen are predominently instrumentally oriented; white-collar workers are oriented toward compromise, (e) insecurity and the lack of good life-adjustement are related to the instrumental attitude; while the principled attitude seems to correlated with security and good life-adjustment. Further analysis also shows that rural inhabitants tend to have principled attitudes, while city dwellers are more instrumentally oriented. (Podgorecki, Los, 1979, 160-162).

([11]) Principles attitude can be defined as direct, spontaneous acceptance or rejection of some rule relative to projected or actual behaviour.

([12]) M. Weber wrote about affectual and goal-oriented attitudes (WEBER, *English translation*, 1962). Petrazycki wrote about fundamental and teleological attitudes (PETRAZYCKI, 1908). The present author introduced the concept of principled and instrumental attitudes (PODGORECKI, 1971). The present author's book (in which this distinction was elaborated) was published in the Soviet Union in 1974. In volume No. 7 of the magazine of the Institute of Social Prophylactic and Resocialization (the present author was the co-founder of this Institute; in 1976 he was expelled from it) published in 1983, the concept of principled and instrumental attitudes was attributed to Soviet scientist Wiera Jefremowa (GLINSKA, 1982, 131-146).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

So it is possible to describe Polish society at present as mainly based on the above described legal structures. Of course the problem of how these structures are distributed in relation to each other as well as the problem of how they come into being is open to further investigation.

The Canadian situation seems to be quite the opposite. Tepperman discusses the Canadian ' national character ' around three axes: conservatism, fearfulness and punitiveness (Tepperman, 1977, 91-123). Not so much an individual but ' a collective hero ' is the focus of Canadian populistic concern, according to Atwood. She understands the ' collective hero ' as « an expression of a closed and ingrown garrison mentality of a living community; collective action has been necessary for survival but it may also stifle individual growth ». She also says: « All Canadian revolutions are failed revolutions » (Atwood, 1972, 173 and 197 respectively).

According to Lipset, Canadians did not fulfill the requirement of an heroic act of independence which is important in forming the national identity of all liberal countries (Lipset, 1963). Clement expresses an opinion that Canada, like Germany and Japan, was modernized from the top down, keeping the traditional elite in control of the social structure (Clement, 1975). Similary Berton says: « In Canada, order was imposed from above by the Queen's constabulary (Berton, 1976, 12). Comparing Canada with the United States, Naegele states that « Canada is a country of greater caution, reserve and restraint » (Naegle, 1961, 27).

These and other summaries of various historical and sociological studies indicate that: (a) in Canada the congruency between official law and intuitive law is quite close. Behind intuitive law, as a rule, an official one is hidden - even if the latter is not known; (b) in Canada various legal subcultures are, even if they are drawn into multi-ethnical conglomerates - prolegal; this prolegal orientation seems to be non-fundamental in its character, but administrative and bureaucratic entanglements surround the citizen in such a tight way that he is not inclined to break these pragmatically efficient nets of rules, since that would mean a drastic departure from a ' principle '; (c) Canadian conservatism and punitiveness (the last one stronger in Quebec) generate, in effect, pro-legal personal attitudes. This is why pragmatic lega-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lism in Canada flourishes so widely. Nevertheless this legalism seems to be corroded to some extent by legal warpiness. This last type is always connected with the rapid social change based on migration, industrialization and urbanization.

The leading idea behind the two examples presented above was to show that it was possible to look at the social order of a given society through the cognitive network of various legal structures and to prepare such a combination of them which might resemble its real infrastructure. Of course it is necessary to bear in mind that in order to do it adequately many more dimensions which pertain to various social systems and legal systems should be taken into consideration (See page 14 - footnote). Nevertheless, in order to come closer to a more adequate understanding of the operation of the law, a synthesis of available empirical data related to new theoretical concepts — rather than futile semantical combinatorial permutations — seems to be advisible.

6) *Conclusions.*

Several conclusions flow directly or indirectly from the above presented analysis. The *first* is that in the understanding of law, jurisprudence plays an auxiliary role. This is because jurisprudence can be helpful only in methodological and semantic studies on concepts and terms which are in use. It is involved when clarity, consistency (lack of contradictions) and the heuristic value of notions are adopted. But it would be a grave mistake to expect that the direct insight into the crucial problems of the law can disclose more than the 'human coefficient' had already injected into understanding of those problems.

The *second* is that the study of the law based on systemic analysis (including subsystemic dimensions) is definitely too narrow. Personality features (invisible factors) have to be taken into account additionally. But here the problem becomes even more complicated. The individuum is not so much — in its behaviour — determined by the uniqueness of its existence but amounts mainly to those 'collective representations' (and connected with them attitudes) which have been injected into this

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

individuum by the society. Therefore a multiple analysis of the law is a proper one.

The *third* is that the operation of the law should be understood in the light of the hypothesis of the three-factor functioning of the law. This hypothesis says that the legal norm influences legal behaviour by means of three basic variables. The first variable it the type of social system within which the given legal norm operates. The second is the kind of subsystem (subculture) which institutes the link between the global social system and the individual to whom the law is directed. The third variable which modifies the functioning of legal norm is the type of personality of subjects affected by the norm.

The *fourth* is that the more adequate understanding of the operation of the law should take into consideration various versions (mainly official and intuitive) of the law as well as different types of legitimization.

The *fifth* is that various types of social systems should be taken into consideration. Special attention should be given to homogeneous and heterogeneous social systems.

The *sixth* is that on the basis of previously elaborated distinctions it is possible to identify several structures of the law. These are: the posture of Kantian legalist, prolegal internally supportive feedbacks, the activities of the legal kamikadze, legal warpiness, legal ' virus ' existence, double legal acceleration, the position of a subversive antilegalist, and station of ' dirty togetherness '.

These structures, in various combinations, may be used as comparative tools in the preparation of a syntetic picture not only of the legal order existing in a given society, but also of the evolutive factors upon which its history depends.

BIBLIOGRAPHY

ANDRESKI, St., 1981, ' Understanding, Action and Law in Max Weber ', in *Sociological Approaches to Law*, A. Podgorecki, Ch. Whelan (eds.), Croom Helm, London.

AUBERT, V., 1963, ' Conscientious Objectors before Norwegian Military Courts ', in *Judicial Decision Making*, N. G.

—, 1983, *In Search of Law*, Oxford, Martin Robertson.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ATWOOD, M., 1972, *Survival,* House of Anansi, Toronto.

BERTON, P., 1976, ' It's the Tops ', in *Quest,* 5:2.

BRYAN, J. H., 1973, ' Apprenticeship in Prostitution ', in *Deviance,* Rubington, E., Weinberg, M.S.N.Y. Macmillan.

CLEMENT, W., 1975, *The Canadian Corporate Elite,* McClelland and Stewart Limited, Toronto.

DITTON, J., 1977, *Part-Time Crime,* London, Macmillan.

EVAN, W. M. (ed.), 1980, *Sociology of Law,* Free Press, N.G.

GLINSKA, M., 1982, ' Test Sytuacji Spolecznych Wiery Jefremowey', in *Prace Jnstytyty Profilaktyki Spoleczney i Resocyalizacyi* U. W., Vol. 7.

HART, H. L. A., 1981, *The Concept of Law,* Oxford, Clarendon Law Series.

HENRY, S., 1978, *The Hidden Economy,* Oxford, Martin Robertson.

HUNT, A., 1978, *The Sociological Movement in Law,* The Macmillan Press, London.

KALVEN Jr., H., and ZEISEL, H., 1966, *The American Jury,* Boston, Little.

KWASNIEWSKI, J., 1973, *Postawy Pracownikow Bankowych* (*Attitudes of Bank Clerks*). NBP unpublished.

LIPSET, S. M., 1963, *The First New Nation,* Basic Books, N.Y.

MARX, M., 1842, « Die Verhandlungen des 6. rheinischen Landtags. Debatten über das Holzdiebstahlgesetz », in *Die Rheinische Zeitung,* Okt. 25 - Nov. 3.

NAEGELE, K., 1961, « Canadian Society: Some Reflections », in B. BLISHEN et al. (ed.) *Canadian Society,* Toronto, MacMillan.

NAGEL, St., 1961, ' Political party affiliation and judges decisions ', in *American Political Science Review,* pp. 843 ff.

NOWAK, St., 1979, ' System Martosci Spoleczenstwa Polskiego ' (Values of Polish Society), in *Studia Sociologiczne,* No. 4 (75).

PETRAZYCKI, L., 1908, *Introduction of the Study of Law and Morality* (in Russian), St. Petersburg.

PODGORECKI, A., 1964, *Zjawiska Prawne w Opinii Publiczney* (*Legal Phenomena in Public Opinion*), W. P. Warszawa.

—, 1966, ' Three Modifiers of the Operation of the Law ', in *The Polish Sociological Bulletin*

—, 1974, *Law and Society,* Routledge Kegan Paul, London.

—, 1976, ' The Global Analysis of Polish Society ', in *The Polish Sociological Bulletin,* N. 4 (36).

—, 1983, *Social Systems and Legal Systems - Criteria for Classification,* forthcoming.

PODGORECKI, A. - LOS, M., 1979, *Multidimensional Sociology,* Routledge, Kegan Paul, London.

PRICHETT, C. H., 1948, *The Roosevelt Court: a Study in Judicial Politics and Values,* N.Y. Macmillan.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

SCHUBERT, G., 1959, *Quantitative Analysis of Judicial Behavior*, N.Y. Free Press.

SZELHAUS, S., 1965, *Mlodociani Recydywisci* (*Juvenile Recidivists*), unpublished *doctoral dissertation*, Warsaw University, Warsaw.

TEPPERMAN, L., 1977, *Crime Control*, McGraw-Hill, Toronto.

WEBER, M., 1962, *Basic Concept in sociology*, P. Owen, London.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

GUNTHER TEUBNER

DAS REGULATORISCHE TRILEMMA
Zur Diskussion um post-instrumentale Rechtsmodelle

I. *Begriffe, Modelle, Theorien des Rechts*: 1. Die Sünden der Rechtsbegriffskonstruktion. — 2. Theorie oder Strategie? — 3. Elemente strategischer Rechtsmodelle. — II. *Konkurriende Modelle in der regulatorischen Krise*: 1. Implementation. — 2. Reformalisierung. — 3. Rechtliche Steuerung von Selbstregulierung. — III. *Selbstreferenz als Kriterium?*: 1. Das regulatorische Trilemma. — 2. Soziale Selbstschliessung. — 3. Kompatibilität mit Selbstreferenz. — IV. *Drei Dimensionen des reflexiven Rechtes*: *Einige Beispiele*: 1. Autonomie: Schulrecht. — 2. Externalisierung: Corporate Responsibility. — 3. Koordinierung: Konzertierte Aktion.

I. Begriffe, Modelle, Theorien des Rechts.

1. *Die Sünden der Rechtsbegriffskonstruktion.*

Rechtsbegriffe zu konstruieren ist in der heutigen Wissenschaftlergemeinschaft nicht ganz unverdächtig. Wenn man heute an eine Tradition anknüpfen will und einen dichotomischen Rechtsbegriff wie etwa instrumentelles versus expressives Recht (Ziegert, 1975), autonomes versus responsives Recht (Nonet-Selznick, 1978), materiales versus reflexives Recht (Teubner, 1983), materiales versus prozedurales Recht (Unger, 1976; Wiethölter, 1982, 1984) entwickelt, dann muß man sich auf den Vorwurf der Normverletzung im Wissenschaftsdiskurs gefaßt machen. Großen Eifer bei der Verfolgung solcher Wissenschaftsdelikte entwickeln besonders empirisch orientierte Rechtssoziologen (z.B. Black, 1972); Blankenburg, 1984). Im Namen der Wissenschaft und mit den verschärften Ermittlungstechniken der modernen Wissenschaftstheorien verfolgen sie die Konstruktion von Rechtsbegriffen als

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gegen Buchstaben und Geist der Wissenschaftskonventionen verstoßend.

Um mit kleineren Vergehen zu beginnen: Konzeptualisierungen seien zu vage und Operationalisierungen zu wolkig. Das fragliche Phänomen sei nicht ausreichend identifiziert. Ist das Recht selbst formal, material, reflexiv? Oder ist das Rechtsbewußtsein gemeint? (wessen? der Profession? der Rechtsprofessoren?). Handeln wir von Theorien über Recht, von allgemeinen Rechtsprinzipien oder von dogmatischen Konstruktionen? (Friedman, 1984). In welcher Dimension soll Recht eine autonome Entwicklungslogik entfalten: als law in the books oder als law in action? Erschwerend hinzu kommt Fahrlässigkeit in der Operationalisierung: Wie sollen die großen Begriffe in genaue Meßanweisungen für empirische Forschung übersetzt werden? Wonach soll man entscheiden, ob zu einer bestimmten historischen Zeit das Recht formell oder materiell oder prozedural oder reflexiv war? (Rottleuthner, 1983 a, 15; 1983 b).

Ein schon schwereres Delikt in den Augen der Wissenschaftspolizei ist es, daß solche Konstrukte offenbar gar keine Theorien produzieren in dem Sinne eines verallgemeinerten Satzes von Annahmen, von dem prüfbare Hypothesen abgeleitet werden könnten. Eher schon stellen sie vage « Konzepte » her, idealtypische Konfigurationen von Rechtselementen, die eine merkwürdige Art von Rechtsrationalität enthüllen sollen. Schlimmer noch, die Konstruktionen sind überaus spekulativ. Sie scheinen sich für Ideen und nicht für Fakten zu interessieren. Wie sehr liegt ihnen überhaupt noch an einer methodisch verantwortbaren empirischen Überprüfung ihrer breiten Verallgemeinerungen? Am schwersten aber wiegt, daß diese Konstruktionen hoffnungslos normativ sind, weil sie nicht nur gewisse Entwicklungspotentiale im Recht analysieren, sondern mehr oder weniger offen für eine bewußte Verwirklichung dieser Potentiale eintreten (Jetswaart, 1983) Kurz, statt guter Theorien über Recht sind dies nur schlechte Ideologien für Juristen. Keine Frage, daß sie die Funktion haben, mit Hilfe einer quasi distanzierten Metatheorie gewisse soziale Interessen zu verbergen. Und wenn nicht vorsätzliche so doch mit dolus eventualis begehen sie nichts anderes als eine « Projektion normativer Zwecke » (Blankenburg, 1984, 1, 16).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Demgegenüber können die Beschuldigten nur sehr defensiv ihre Begriffskonstruktionen verteidigen. Eine Möglichkeit ist, die Konstrukte so weit wie möglich zurückzustutzen, sodaß sie den rigiden Standards der sozialwissenschaftichen Methodologie genügen. Man leugnet entweder die Existenz normativer Elemente oder reduziert sie oder trennt sie jedenfalls säuberlich von den analytisch empirischen Kernaussagen. Gewagte Spekulationen übersetzt man lieber in technische Hypothesen, die durch ihre theoretische Ableitung diszipliniert werden. Und man formuliert die Hypothesen so, daß sie ausführlichen empirischen Tests unterworfen werden können (vgl. Rottleuthner, 1983 a; 1983 b). Leider nur verlieren die intellektuellen Konstrukte, wenn man sie so zurechtschneidet, eine ganze Menge ihres Erklärungspotentials.

Eine andere defensive Verteidigung besteht darin, das Spiel der « soft science » zu spielen. Damit kann man die Konstruktion von Rechtskonzepten in der Weise stützen, daß man auf die relative Schwäche wissenschaftlicher Methoden in Bezug auf überkomplexe Sachverhalte hinweist (Hayek, 1972). Oder aber man verweist auf eine nicht-empirische Logik theoretischen Begründens (Alexander, 1982), oder auf die immanenten normativen Qualitäten wissenschaftlicher Forschung (Werturteilsstreit) oder auf Pragmatismus und rechtlichen Naturalismus (Selznick, 1973), oder schließlich auf « Anything-goes »-Pluralismus (Feyerabend, 1975). Nur leider verliert man in diesem Spiel der « soft science » wesentliche Einsichten der neueren Wissenschaftstheorie.

2. *Theorie oder Strategie?*

Im Gegensatz zu solchen eher defensiven Argumenten möchte ich eine eher offensive Verteidigung von formalen, materialen, expressiven, reflexiven usw. Recht versuchen. Ich halte es für einen Irrtum, solche Rechtsbegriffe unter die spezifische Logik wissenschaftlichen Handelns zu subsumieren. Sie sind im strengen Sinne keine wissenschaftlichen Theorien, sondern strategische Modelle des Rechts. Strategische Modelle sind gleichzeitig mehr *und* weniger als wissenschaftliche Theorien. Sie nehmen soziologische Theorien des Rechts in sich auf, aber transformieren

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diese in rechtliche Konstruktionen der sozialen Wirklichkeit. Sie enthalten zusätzlich normative Bewertungen und strategische Überlegungen. Die These heisst: *Solche Begriffe des Rechts sind juristische interne Modelle von Recht - in - Gesellschaft, deren Hauptfunktion darin besteht, daß sie die Identität des Rechts dazu benutzen, Kriterien für dessen Transformation zu entwickeln.* In diesem Sinne nimmt Rechtstheorie nicht nur an wissenschaftlichem Handeln teil, sondern zugleich an rechtlichem Handeln selbst, wodurch sie letzten Endes der Rechtspraxis dient. Was für rechtssoziologische Orthodoxie als « private vice » von Rechtstheoretikern erscheint, mag letzlich ihre « public virtue » darstellen: die Fähigkeit der Rechtstheorie, normative Kriterien für eine bewußte Selbsttransformation des Rechts zu entwickeln.

Für eine solche Interpretation, wie und warum Rechtstheorie ihre Konzepte konstruiert, benutze ich die folgenden Theoriebausteine:

1) Allgemeine Modelltheorie (Stachowiak, 1965; 1973). Diese Theorie entwickelt eine Verständnis von wissenschaftlichen Theorien, Rechtsdogmatiken und politischen Handlungsprogrammen, wonach diese innere Modelle von spezialisierten gesellschaftlichen Teilsystemen darstellen, und erklärt die Unterschiede zwischen ihnen aufgrund ihrer Zwecke, Funktionen und sozialen Kontexte. Der zentrale Punkt ist, daß solche inneren Modelle nicht als passive Empfänger äußerer Informationen erscheinen, sondern als aktive Konstrukteure der Systemumwelt. Insbesondere erlaubt diese Theorie die Unterscheidung zwischen unterschiedlichen Submodellen innerhalb von Rechtsmodellen der Wirklichkeit und die Analyse der Beziehungen zwischen ihnen: empirisches, prospektives, operatives Submodell (Teubner, 1978; siehe unter 3).

2) Kybernetische Theorie offener Systeme (Buckley, 1968). Dieser Ansatz identifiziert innere Modelle der Außenwelt als die wesentlichen Anpassungsmechanismen eines Systems, die Teile der Umweltvarietät sozusagen verkarten und damit für die innere Organisation als Orientierung dienen. Von der erfolgreichen Verkartung der Umwelt hängt die Evolution komplexer adaptiver Sy-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

steme ab und zwar als eine wechselseitige Anpassung von System und Umwelt.

3) Der Begriff der Selbstreflexion sozialer Systeme (Luhmann, 1981 a, 198; 1981 b, 419). Die Hauptfunktion von Selbstreflexion ist es, die Systemidentität für die Selbstsubstitution zu benutzen. Besonders die Definition der Rechtstheorie als Reflexionstheorie des Rechts verdeutlicht deren Funktion, Veränderungen des Rechts zu orientieren.

4) Theorie selbstreferentieller Systeme (Maturana, 1970; 1975; Varela 1979; Zeleny, 1981; Hejl, 1982 a; 1982 b). Hier werden Begriffe der Selbstbeobachtung und der Selbstbewußtheit von Systemen entwickelt, in denen Systeme sich selbst repräsentieren und intern mit ihren Repräsentationen interagieren. Im Falle des Rechts führt dies zur Notwendigkeit einer sozialen Orientierung innerhalb des Rechts im Sinne einer konsensuellen Beschreibung der Erfahrung, in der die soziale Situation der Hersteller der Beschreibung immer schon vorausgesetzt ist. Konsequent macht es dann keinen Sinn, eine Kritik der Juristenideologien im Namen von Wissenschaft zu versuchen.

Was ist nun die Beziehung solcher strategischer Modelle zu wissenschaftlichen Theorien? Wie schon bemerkt dürfen Begriffe des formalen Rechts oder des materialen Rechts nicht ohne weiteres mit wissenschaftlichen Theorien identifiziert werden. Das heißt jedoch nicht, daß sie unwissenschaftliche und unkontrollierte Ideologien wären, wie sie von unserer Wissenschaftspolizei immer wieder eingestuft werden (Blankenburg, 1984). Ganz im Gegenteil, sie müssen soziologische Theorien in sich aufnehmen und müssen mit allgemeinen wissenschaftlichen Entwicklungen kompatibel bleiben. Um eine leicht ironische Formulierung zu benutzen, handelt es sich bei ihnen um « mehr oder weniger empirische Theorien mit praktischer Absicht » (Rottleuthner, 1983 b).

Insbesondere wenn solche Modelle Rechtsfunktionen beschreiben, so müssen sie sich mit soziologischen Theorien über die Beziehung von Recht und Gesellschaft auseinandersetzen. Wenn Rechtsformalismus zum Beispiel heißen soll, daß Recht einen Rahmen für autonomes wirtschaftliches und soziales Handeln setzt,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

weiter, wenn Materialität soziale Steuerung durch Recht und wenn Reflexivität eine verallgemeinerte Form rechtlicher Kontrollen von Selbstregulierung bedeuten soll (Teubner, 1982), dann ist es offensichtlich, daß soziologische Theorien solchen Konzepten etwas anzubieten haben.

Freilich wäre es ein Irrtum, diese Beziehung als Gegensatz von Rechtsideologie und sozialer Wirklichkeit zu beschreiben. Es gibt keinen direkten Zugang zur sozialen Realität, es gibt nur konkurrierende Systemmodelle der Wirklichkeit (Stachowiak, 1973, 97). Deshalb muß man es als eine problematische Beziehung zwischen rechtlichen und sozialen Modellen der Wirklichkeit fassen, die beide ihr eigenständiges Existenzrecht haben. Es besteht ein grundsätzlicher Unterschied zwischen dem analytisch-empirischen Kontext der Wissenschaft, dessen Wahrnehmung mehr oder weniger strengen Beschränkungen unterworfen ist und den Weltkonstruktionen der Rechtstheorie, die ganz anderen Restriktionen ausgesetzt ist.

Das gleiche gilt für die Motivdynamik. Die Motive und Wertprämissen rechtlicher Konstruktionen der Wirklichkeit unterscheiden sich von denen der wissenschaftlichen Weltkonstruktionen (z.B. wissenschaftliche Rationalität, Erfahrungsorientierung, Verfahren des wissenschaftlichen Diskurses). Das bedeutet, daß wir unterschiedliche « kognitive Konditionierungen » (Stachowiak, 1973, 97) als Voraussetzung operationaler Prozesse in Recht und in Wissenschaft zu akzeptieren haben. Kurz, die Unterschiede zwischen wissenschaftlichen Theorien und strategischen Modellen beziehen sich auf die Selektion der Modellvariablen, die Verfahren der Modellkonstruktion, die Testmethoden, die Gewißheitskriterien und die Erfolgsanforderungen.

Dies bedingt, daß man die Beziehung zwischen wissenschaftlichen Theorien über Recht und strategischen Modellen im Recht komplizierter fassen muß. Historische Darstellungen rechtlicher Entwicklungen oder empirische rechtssoziologische Analysen sind nicht, auch wenn es Rechtssoziologen gerne sähen, juristischen Konzeptualisierungen von Recht - in - Gesellschaft von vornherein überlegen, etwa weil sie einen engeren Bezug zur Wirklichkeit hätten. Ein höherer Grad an Isomorphie (strukturelle und materielle

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Annäherung von Modell und Original) ist noch kein Argument für die Überlegenheit eines alternativen Modells. Insbesondere ist Wissenschaft nicht in der Lage, mit Autorität Modelle der äußeren Wirklichkeit zu definieren. Auch und gerade Wissenschaft produziert nur hypothetische Modelle, die in ihrer Kapazität für strategische Zwecke überprüft werden können. Wissenschaft kann nur als Anregung, nicht als Notifikation dienen (Habermas, 1976, 107). Genau genommen kann man nicht von einer Inkorporierung von Theorien in Rechtsmodelle sprechen oder von einer rechtlichen Rezeption von Soziologie. Man muß es eher sehen als konkurrierende Konstruktionen der Wirklichkeit, die einen Vergleich ihrer relativen Stärke erlauben.

Man kann dies als ein Problem der Macht sehen: Wer hat die Macht, seine Wirklichkeitskonstruktion den anderen vorzuschreiben (Hejl, 1982 a, 320)? Ich würde es lieber als ein Problem der Kompatibilität definieren, als Problem der Analogisierung und der wechselseitigen Lernchancen. Rechtsgeschichte und Rechtssoziologie produzieren Ergebnisse, die von Juristen entweder zurückgewiesen werden können, oder die zu fundamentalen Veränderungen in der rechtlichen Modellkonstruktion führen können. Im besten Falle ist eine produktive wechselseitige Durchdringung in dem Sinne möglich, daß große Theorien des Rechts von der Wissenschaft » subventioniert « werden (Luhmann, 1981 a, 134). Kurz, unser Verständnis verschiedener Typen von Rechtsrationalität wird von dem prekären Doppelcharakter von Rechtsmodellen geformt, in die Einflüsse von inneren Legitimitätsideologien und äußeren soziologischen Funktionsanalysen eingehen.

Wie lassen sich nun solche Modelle überprüfen? Wenn wir sie als rechtliche « Modelle » bezeichnen und nicht als Theorien, so haben wir ihre Handlungsorientierung im Auge. Wenn es ihre Funktion ist, Kriterien für die Selbsttransformation des Rechts zu liefern, dann gehen sie über wissenschaftliche Theorie hinaus, die mit Hilfe der Falsifikationsmethode überprüft werden. Gleichzeitig sind sie jedoch mehr als blosse Entscheidungen oder Strategien. Es handelt sich um konkurrierende gesellschaftliche Abstraktionen, die sowohl verschiedene « empirische » Einschätzungen der Gesellschaft enthalten wie auch deren « normative »

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Bewertung und deren « strategische » Entscheidung. Ihre Prämissen, Strukturen und Konsequenzen können im Wissenschaftsdiskurs analysiert und diskutiert werden. Das experimentum crucis findet aber erst statt, wenn sie in die soziale Wirklichkeit wieder eingehen. Da wir über keine wissenschaftlich belegten Gesetze rechtlich gesellschaftlicher Entwicklung verfügen, kann nur die Rechtspraxis selbst über den Erfolg solcher konkurrierender Modelle entscheiden. Sie lassen sich daher nur so testen, wenn sie institutionalisiert werden und den Wettbewerbsmärkten des wissenschaftlichen Diskurses, der dogmatischen Kontroversen, der Konflikte gesellschaftlicher Bewegungen und institutioneller Entscheidungen ausgesetzt werden. Erfahrung läßt sich nur so gewinnen, daß in sozialen Experimenten diese Modelle der Bewährung ausgesetzt werden.

3. *Elemente strategischer Rechtsmodelle.*

Was bestimmt die Selektivität solcher strategischer Modelle? Im Sinne der allgemeinen Modelltheorie (Stachowiak, 1965; 1973) ist der Begriff des Modells nur durch drei Merkmale bestimmt: 1) Abbildungsmerkmal: Modelle sind stets Repräsentationen von Originalen, die selbst wieder Modelle sein können; 2) Verkürzungsmerkmal: Modelle erfassen prinzipiell nur bestimmte Attribute des Originals; 3) pragmatisches Merkmal: Modelle sind nicht per se eindeutig zugeordnet. Sie erfüllen ihre Repräsentationsfunktion *a*) für bestimmte Subjekte, *b*) innerhalb bestimmter Zeitintervalle und *c*) unter Einschränkung auf bestimmte gedankliche oder tatsächliche Operationen. Die Extension dieses Modellbegriffs ist außerordentlich groß. Sie läßt sich nun dadurch zu einer sinnvollen Modelltypologie strukturieren, daß die drei genannten Merkmale variiert und dann miteinander kombiniert werden. Diese Typologie ist sehr umfangreich. Sie umfaßt etwa graphische und technische Modelle, semantische Modelle verschiedener Stufen, darunter etwa poetische und metaphysische Modelle ebenso wie szientifische (Theorien im engeren Sinne) und Planungs- und Entscheidungsmodelle (Stachowiak, 1973).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Es wäre nun eine zu einfache Lösung, unsere Großbegriffe des Rechtes nur einem dieser Modelltypen etwa den sozio-normativen Modellen oder den imperativen Modellen zuzuordnen. Das würde der Tatsache nicht Rechnung tragen, daß in strategischen Modellen qualitativ unterschiedliche Modelloperationen vorgenommen werden, die sich prinzipiell in der Auswahl der Attribute und in der Art der Manipulation unterscheiden. Mit anderen Worten, es handelt sich um Verkürzungen in verschiedenen Dimensionen, die dann nicht in einem Modell zu akkommodieren sind. Deshalb sollte man sie als komplexe Modelle begreifen, die zusammengesetzt sind aus drei Submodellen, nämlich einem empirischen, einem prospektiven und einem operativen Submodell. Man schließt damit an die Konstruktion von Modellen in Aktionswissenschaft und Planung an, die sich in den drei genannten Merkmalen (Abbildungs-, Verkürzungsmerkmal, pragmatisches Merkmal) von den theoretischen Modellen der Wissenschaft im engeren Sinne unterscheiden (Stachowiak, 1973, 269). Die Parallele ist offensichtlich. Sie müssen jedoch in einer speziellen Weise umformuliert werden, um die Eigenart solcher strategischer Rechtsmodelle im Unterschied zu allgemeinen Planungsmodellen zu erfassen. Wir können an dieser Stelle an frühere Analysen über Generalklauseln anknüpfen, die als ein bestimmter Normtyp, als eine Kombination von empirischen, prospektiven und operativen Submodellen aufgelaßt werden können (Teubner, 1978). Im Unterschied zu den Generalklauseln, bei denen es sich immer noch um juristische Normen handelt, sind wir jetzt aber mit Konstrukten der Rechtstheorie befasst, deren Funktion nicht die Definition von Erwartungen ist, sondern die Herstellung von Aussagen über die eigene Identität des Rechtssystems, die ihrerseits wiederum für normative und strategische Zwecke eingesetzt werden.

Das *empirische* Submodell bildet den applikationsfernsten Modelltyp. Das Verkürzungsmerkmal ist relativ gering, ebenso das Ausmaß der Manipulation der Ursprungsdaten in Richtung auf andersartige Zeichensysteme. Das empirische Submodell betrifft die vom Recht geregelten gesellschaftlichen Bereiche, also empirisch-theoretische Aussagen über soziale Strukturen, Funktionen

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

und Entwicklungstendenzen in den regulierten Bereichen und die Beziehungen zwischen Rechtsnormen und sozialen Strukturen. Die Nähe dieses empirischen Submodells zu soziologischen bzw. rechtssoziologischen Theorien ist offensichtlich. Im Rahmen dieses Modells dürfte auch die wissenschaftliche Subvention von rechtlichen Großbegriffen am ergiebigsten sein.

Das *prospektive* Submodell hingegen bezeichnet die Dimension der Motive - « ein intuitives Sich-Versetzen in eine Zukunft, die durch eigenmotiviertes und dabei wieder auf die eigene Motivbildung rückwirkendes Tun mitgestaltet werden soll » (Stachowiak, 1973, 101, 269). Es betrifft die fundamentalen Prinzipien, die die Art und Weise, in der rechtliche Normen menschliches Handeln orientieren sollen, rechtfertigen. Es sind dies rechtliche Aussagen über Normzwecke, Ziel-Mittel-Relationen, Prognosen und Folgenbewertungen. Auch für dieses Submodell sind die Subventionschancen durch die Sozialwissenschaften ganz erheblich, insbesondere von eher normativen oder instrumentalen Aussagen in diesem Bereich.

Das *operative* Modell schließlich ist das applikationsnächste Modell und das mit dem höchsten Verkürzungsgrad und der stärksten Manipulation. Es bezieht sich auf die interne begriffliche und verfahrensmäßige Struktur des Rechts und die Systematisierung der Doktrin. In diesem Bereich sind die Subventionschancen relativ gering, denn dies betrifft die Ausformung des juristischen propriums selbst, nämlich den Typ der Rechtsprogramme, die Art und Weise der Systematisierung, das dogmatische Arrangement von Begriffen.

Man muß also sehen, daß in solchen Begriffen wie formales, materiales, reflexives Recht eine eigenartige Kombination von empirischen, prospektiven und operativen Submodellen eingegangen wird. Man gewinnt jedoch noch kein ausreichendes Verständnis dieser Begriffe, wenn man die Beziehung zwischen den Submodellen schlicht als additiv begreift, als eine bloße Kumulierung anderwärts unabhängiger empirischer, normativer und strategischer Aussagen. Der springende Punkt ist ihre wechselseitge Abhängigkeit. Alle drei Submodelle sind hochselektiv und das Problem ist, wie die Kriterien ihre Selektivität zu bestimmen sind. Dazu heißt die These: *Selektivitätskriterien für die Submo-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

delle ergeben sich aus den zwischen ihnen bestehenden Relationen, in denen sie sich wechselseitig limitieren, letztlich aus der Selbstreferenz des Rechtssystems. Wenn wir verstehen wollen, warum bestimmte Annahmen über die soziale Wirklichkeit innerhalb solcher Modelle von denen wissenschaftlicher Theorien differieren, nämlich in der Art, welche Anforderungen an Überprüfung und Gewißheit man an sie stellt, dann müssen wir sehen, daß sie von dem normativen und strategischen Kontext der prospektiven und operativen Submodelle bestimmt sind. Und wenn wir verstehen wollen, was den Unterschied ausmacht zwischen einem Rechtsbegriff wie zum Beispiel dem Formalrecht und der bloßen technischen Empfehlung zu normativer Allgemeinheit und begrifflicher Genauigkeit, dann müssen wir sehen, daß ein solcher Begriff informiert ist von ihm zugrundeliegenden theoretischen Annahmen und normativen Bewertungen, die im empirischen und prospektiven Submodell formuliert werden. Das Zusammenspiel empirischer, normativer und operativer Aussagen ist also alles andere als eine fundamentale « analytical weakness », die Jetswaart (1983) mit viel Apodiktik und wenig Begründungsaufwand dem Konzept des « reflexiven Rechts » bescheinigt. Ganz im Gegenteil, wenn man sich auf eine etwas anspruchsvollere Begrifflichkeit einläßt, dann sieht man, daß in der wechselseitigen Abstützung empirischer, normativer und operativer Modellelemente gerade die Tragfähgkeit rechtsbegrifflicher Konstruktionen begründet ist.

Um es zusammenzufassen: Wenn in der Rechtstheorie rechtliche Großbegriffe, wie formales, materiales, reflexives Recht formuliert werden, dann stellen diese Begriffe nicht externe wissenschaftliche Theorien über Recht, sondern interne strategische Modelle des Rechtes selbst dar. Strategische Modelle sind hochselektive rechtliche Konstruktionen der sozialen Wirklichkeit. Ihre Selektivität wird vom sozialen Kontext definiert und die Kriterien der Selektivität resultieren aus der wechselseitigen Beschränkung ihrer empirischen, prospektiven und operativen Submodelle. Wirklich überprüft werden können sie nur bei ihrem Wiedereintritt in soziale Wirklichkeit. Ihre soziale Funktion ist es, die Selbstidentifizierung des Rechtssystems als Kriterium seiner eigenen Transformation zu benutzen.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

II. Konkurrierende strategische Modelle in der regulatorischen Krise.

All diese Element unserer Definition lassen sich wiederfinden, wenn wir genauer zusehen, welche Rechtsbegriffe in der gegenwärtigen Diskussion über die Krise des regulatorischen Rechtes auftauchen (Mayntz, 1979; Mitnick, 1980; Reich, 1984). Regulatorisches Recht — der modernste, anspruchsvollste, zielorientierte und soziologisch informierte Typ des Rechts, der als Steuerungsmechanismus der Politik eingesetzt wird — befindet sich danach in einer Krise oder zumindest im Zustand des institutionellen Versagens. An diese Diagnose schließen drei Rechtsbegriffe an, die den Namen strategischer Modelle verdienen. Sie alle benutzen die Identität des Rechts als Kriterium für seine post-instrumentale Transformation. Aber sie unterscheiden sich deutlich im Bezug auf ihre jeweiligen empirischen, prospektiven und operativen Submodelle und deren Beziehung zueinander. Je nachdem welche Probleme des regulatorischen Rechts in Beziehung zum regulierten Feld als relevant angesehen werden und je nachdem wie positiv oder negativ die Instrumentalisierung des Rechts durch die Politik bewertet wird, gelangt man zu sehr unterschiedlichen Rechtsmodellen.

1. *Implementation.*

In der empirischen Dimension wird die Krise des regulatorischen Rechts als mangelnde Effizienz beschrieben (z.B. Mayntz, 1980). Ausgangspunkt ist die Steuerungsabsicht des politischen Systems und Recht wird insofern als ineffektiv angesehen, als es ein wenig geeignetes Instrument ist, diese Intentionen in der sozialen Wirklichkeit zu verwirklichen. Hintergrundstheorien sind regelmäßig Theorien der gesellschaftlichen Steuerung durch den politischen Prozeß (z.B. Etzioni, 1968). Diese sind zugleich eng bezogen auf die prospektive Dimension. Angestrebt ist eine Gesellschaft, in der das politische System die Verantwortlichkeit für ungelöste soziale Probleme übernimmt.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Kompensierende Staatsinterventionen sollen auf die unerwünschten Seiteneffekte der Modernisierung reagieren. Normatives Ziel ist ein Wohlfahrtswachstum durch demokratische Prozesse und politische Entscheidungen. Recht wird in dem Sinne politisiert, daß es als einer der hauptsächlichen Mechanismen zur Verwirklichung des Wohlfahrtsstaates dient.

Ganz entsprechend zielen die Aussagen in ihrer operativen Dimension darauf, der Krise des regulatorischen Rechtes durch verstärkte instrumentelle Effizienz zu begegnen (z.B. Clune, 1983). Wenn das Problem des regulatorischen Rechtes in seiner Implementierung besteht, dann müssen effektive Implementationsmechanismen entworfen werden. Entsprechend wird es darum gehen, die kognitiven, organisationellen und machtmässigen Ressourcen so zu verstärken, daß Recht seinen Steuerungsaufgaben auch gerecht werden kann. In diesem Sinne wird sich Rechtsdogmatik von primär rechtsanwendender auf primär rechtspolitische Orientierung auch in ihrer Begrifflichkeit umstellen müssen (Nonet-Selznick, 1978). Rechtswissenschaft wird sich als Teil der Sozialwissenschaften begreifen, die Steuerungswissen produzieren (Ziegert, 1975). Recht ist dann primär Soziotechnik (Podgorecki, 1974). Ökonomische und soziologische Analysen werden herangezogen unter dem Gesichtspunkt der Effizienz. Das bedeutet zugleich, daß Recht seine eigene Durchsetzung in der Sozialwirklichkeit und deren Sozialfolgen ins Kalkül aufnehmen muß (Implementations- und Folgenkontrolle, z.B. Wälde, 1979).

2. *Reformalisierung.*

In der Diagnose für die regulatorische Krise ist die Auswahl der Attribute für das empirische Submodell hier ganz anders. Die Krise wird hauptsächlich mit den ökonomischen und sozialen Kosten identifiziert, die die Regulierung erzeugt. Staatsinterventionistisches Recht wird als eines der wesentlichen Hindernisse gesehen, das Ziel allokativer Effizienz zu erreichen. Hintergrundstheorien sind regelmässig verschiedene liberale und neo-liberale Theorien, unter denen das Konzept des interventionistischen Konstruktivismus einen prominenten und anspruchsvollen Platz

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

einnimmt (Hayek, 1972; 1973). In der prospektiven Dimension ist die Maximierung von Freiheit das hauptsächliche normative Ziel. Funktion des Rechtes ist es, einen allgemeinen Rahmen für soziale Freiheiten zu schaffen, insofern das Recht eine Sphäre für autonome Aktivitäten aufstellt und Grenzen setzt für die Eigentumsrechte privater Akteure.

In der operativen Dimension zielen diese Strategien auf eine bestimmte Art von Entrechtlichung, einen geordneten Rückzug des Rechts aus den kolonisierten Lebensbereichen, sei es durch einen gänzlichen Abzug seiner Regulierungsfunktionen (Entrechtlichung im strengen Sinne), sei es durch eine Konzentrierung seiner Kräfte auf die gesicherten Bastionen formaler Rationalität (« Reformalisierung », Grimm, 1980). In diesem Zusammenhang ist besonders die Reprivatisierung staatlicher Aufgaben von Interesse, aber auch der Verzicht auf einen konstruktivistischen Interventionismus zugunsten des allgemeinen Gesetzes in einer Konzeption von Recht als Spielregelsystem (Hayek, 1973; Hoppmann, 1972; Mestmäcker, 1978).

3. *Steuerung von Selbstregulierung.*

Als Lösungsalternativen jenseits von Formalisierung versus Materialisierung des Rechts werden Strategien diskutiert, die auf abstraktere, indirektere Steuerung durch Recht hinauslaufen. Recht wird von unmittelbarer Regulierung des Sozialbereichs entlastet, dafür aber mit der aktiven Steuerung selbstregulatorischer Prozesse belastet (Bohnert-Klitzsch, 1980; Ronge, 1983).

In der empirischen Dimension wird an Verrechtlichungsproblemen deutlich gemacht, daß verschiedene Sozialsysteme ihrer jeweiligen Eigenlogik folgen, die sich nicht ohne weiteres mit anderen vereinbaren läßt. Materiale Rechtsprogramme verfügen als sozialstaatliche Steuerungsmedien über Funktionsmodi, Rationalitätskriterien und Organisationsmuster, die den Strukturen der regulierten Bereiche nicht ohne weiteres angemessen sind. Hintergrundstheorien sind regelmäßig Großtheorien von Gesellschaft und Recht, meist Varianten des Systemfunktionalismus oder der kritischen Theorie oder mannigfache Kombinationsver-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

suche. In der prospektiven Dimension verfügen diese Ansätze über höchst unterschiedliche Perspektiven, von der Emanzipation des Menschen bis zur geräuschlosen Systemtechnologie, je nach Theoriezusammenhang und normativer Präferenz. Sie haben jedoch ein Problem gemeinsam. Ist normative Integration in einer Gesellschaft noch möglich, die sich durch innere Widersprüche, durch desintegrierende, ja disruptive Konflikte zwischen den Eigenlogiken hochspezialisierter Subsysteme auszeichnet (Habermas, 1975; Luhmann 1982)? Sie gehen davon aus, daß weder Staat noch Recht diese Integration leisten können, wie es vielleicht noch Durkheims Vorstellung von organischer Solidarität war. Jedoch müssen Politik und Recht wichtige strukturelle Vorbedingungen für eine solche Integration leisten.

In der operativen Dimension wird folgende Lösungsformel angeboten: rechtliche Strukturvorgaben für gesellschaftliche Selbstregulierung. « Prozeduralisierung » etwa wird als Sammelbegriff gebraucht für die Rolle des Rechts, die Einrichtung von « lernfähigen sozialen Systemen » zu fördern und gesellschaftlich zu kontrollieren (Wiethölter, 1982; 1984; vgl. auch Brüggemeier, 1982, 60). Im wesentlichen geht es um drei Dinge: 1) Sicherung gesellschaftlicher Autonomie durch eine « äußere Verfassung » (Habermas, 1981, 544, 546), um eine rechtliche Garantie für « semi-autonomous social fields » (Moore, 1973, 719); 2) strukturelle Vorgaben für wirksame Selbstregulierung etwa nach Art der « externen Dezentralisierung » von öffentlichen Aufgaben (Lehner, 1979; Gotthold, 1983) oder im Sinne interner Reflexion gesellschaftlicher Wirkungen (Teubner, 1982; Hart, 1984); 3) Kanalisierung von Inter-System-Konflikten durch « Relationierungsprogramme » bzw. neo-korporatistische Vermittlungsverfahren (Willke, 1983), durch « negotiated regulations » (Harter, 1982; Reich, 1983), durch halb-formelle Verfahrensweisen des « Entdeckungsverfahrens Praxis » (Joerges, 1981), oder durch rechtliche Abstimmung unterschiedlicher Systemrationalitäten (Scharpf, 1979; Assmann, 1980; Ladeur, 1982). Auf eine Kurzformel gebracht: Statt soziales Verhalten direkt zu normieren, beschränkt sich Recht auf die Regulierung von Organisation, Verfahren und Neuverteilung von Steuerungsrechten.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

III. Selbstreferenz als Kriterium?

Gibt es einen vernünftigen Weg, zwischen den konkurrierenden strategischen Modellen zu wählen? Wie schon gesagt, letztlich gibt es nur einen Test für ihren Erfolg und das ist ihr Wiedereintritt in die soziale Wirklichkeit. Aber dies muß nicht ausschließen, daß man sie in Bezug auf ihre Plausibilität bewertet. Meines Erachtens läßt sich eine plausible Wahl treffen, nämlich intellektuelle Aufmerksamkeit und institutionelle Energien auf die dritte Strategie zu konzentrieren, die Rechtskontrolle von sozialer Selbstregulierung. Kriterien für diese Plausibilität finde ich in der Theorie selbstreferentieller Systeme.

Warum sollte man gerade die Theorie selbstreferentieller Systeme benutzen? Diese neuentwickelte Theorie, die in der Biologie formuliert (Maturana, 1970; 1975; Maturana, Varela und Uribe, 1974; Varela, 1979; Zeleny, 1981) und auf die Sozialwissenschaften übertragen wurde (Hejl, 1982 a; 1982 b; Luhmann, 1981 a; 1984; Teubner und Willke, 1984), kann (noch) nicht für sich beanspruchen, als fruchtbares Paradigma zu gelten. Deshalb benutzen wir sie hier in einer eher experimentellen Art, als eine strikt heuristische Angelegenheit. Was folgt für unsere problematische Beziehung von Recht und Gesellschaft, wenn wir sie in der Theoriesprache der Selbstreferenz formulieren? Welche Hypothesen, welche Empfehlungen für politisch rechtliches Handeln kann man daraus gewinnen?

Die Botschaft der Selbstreferenz läßt sich deutlich absetzen gegenüber älteren Versionen der Systemtheorie. Während klassische Systembegriffe sich auf die inneren Beziehungen der Elemente zueinander konzentrierten und dort nach den « emerging properties » des Systems suchten (« Das Ganze ist mehr als die Teile »), verwerfen modernere Theorien offener Systeme den klassischen Ansatz geschlossener System und betonen die Austauschbeziehung zwischen System und Umwelt. Ein Leitmotiv ist « requisite variety » (Ashby, 1956, 207): Wie verhält sich das System gegenüber einer überkomplexen Umwelt? Ein anderes ist « contingency theory » (Lawrence-Lorsch, 1967): Wie lassen sich innere Strukturen als ein Ergebnis von Umwelteinflüssen erklären? Ein drittes ist das « Input-Output Model » (Easton,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1965): Wie werden Inputs in Outputs über einen internen Konversionsprozeß umgesetzt? Dies sind einige Leitfragen des Ansatzes der offenen Systeme.

In gewisser Weise scheint nun die Theorie selbstreferentieller Systeme zurückzukehren zu dem Konzept eines geschlossenen Systems, ja zu einem radikalen Begriff von Geschlossenheit. Ein System produziert und reproduziert seine eigenen Elemente durch die Interaktion seiner Elemente (Maturana et. al., 1974, 187). Ex definitione ist ein selbstreferentielles System ein geschlossenes System. Jedoch, was diese Theorie vielversprechend erscheinen läßt gegenüber beiden Vorgängern ist die immanente Beziehung der Selbstreferenz zu der Umwelt des Systems. Selbstreferentielle Systeme als geschlossene Systeme sich selbst produzierender Interaktionen sind notwendig gleichzeitig offene Systeme mit grenzüberschreitenden Prozessen (Hejl, 1982 b, 27). Und genau diese Verknüpfung zwischen internalisierenden selbstreferentiellen Mechanismen und externalisierenden Umweltaustauschmechanismen macht den Begriff der Selbstreferenz fruchtbarer und komplexer als seine Vorgänger in der Systemtheorie mit ihrer etwas sterilen Alternative von geschlossenen versus offenen Systemen.

Wenn wir Selbstreferenz als Kriterium benutzen, um konkurriende strategische Modelle des post-instrumentalen Rechtes beurteilen zu können, dann erscheinen zwei Richtungen der Analyse besonders fruchtbar. Die eine betrifft die Frage welche effektiven *Grenzen* die selbstreferentielle Struktur der sozialen Systeme einer Rechtsintervention setzt. Die zweite Analyserichtung betrifft das soziale *Wissen*, das erforderlich ist, wenn Recht innerhalb dieser Effektivitätsgrenzen sich mit selbstreferentiellen Strukturen der regulierten Bereiche auseinandersetzen muß. Wenn man also in diesem Sinne die Voraussetzungen der konkurrierenden strategischen Modelle unformuliert, dann gelangt man zu drei Thesen, die ich im folgenden ausarbeiten möchte.

1. *Das regulatorische Trilemma.*

Die Implementationsstrategie dürfte letztlich an der inneren Dynamik selbstreferentieller Strukturen auflaufen und zwar so-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

wohl im regulierenden als auch im regulierten System. Ohne die Grenzen der notwendigen « strukturellen Kopplung » zu berücksichtigen, endet sie unvermeidlich in einem Trilemma. Sie führt entweder zu einer « Inkongruenz » von Recht und Gesellschaft oder zu einer « Überlegalisierung » der Gesellschaft oder zu einer « Übersozialisierung » des Rechtes. Darüberhinaus sind die Modelle kausaler Linearität, die die Implementationsstrategie benutzt, ungeeignet als soziales Wissen, das für die « Regulierung » autopoietischer Systeme benötigt wird.

2. *Soziale Selbstschliessung.*

Die Strategie der Reformalisierung wiederum mißachtet die Notwendigkeit, daß selbstreferentielle Systeme im Interesse ihrer Umwelt weitgehend externalisieren müssen. Sie entwickelt entsprechend keine Vorkehrungen gegen die Dynamik einer sozialen Selbstschließung. Das Resultat mag zwar ein Ansteigen der Subsystemrationalität sein, jedoch mit schädlichen Effekten im Bezug auf die Koordination mit der Umwelt des Systems.

3. *Kompatibilität mit Selbstreferenz.*

Im Gegensatz zu den beiden anderen genannten Strategien scheint die dritte mit Selbstreferenz in den Umweltsystemen des Rechts vereinbar zu sein. Wie schon gezeigt haben verschiedene Autoren für die Kontrolle von Selbstregulierung eine ganze Reihe von sehr unterschiedlichen Empfehlungen entwickelt, wie das Recht zu « prozeduralisieren » sei. Nun erscheint im Lichte von Selbstreferenz als komplementäre Strategien, was vorher als offensichtlich sehr heterogene Empfehlungen ausgesehen hat. Die Erhaltung selbstreproduktiver Organisation braucht gesellschaftliche Deckung und entsprechend können die Empfehlungen als Strategien gelesen werden, die unterschiedliche Selbstreferenz verschiedener sozialer Systeme miteinander kompatibel zu halten. « Prozeduralisierung » erscheint nun als gesellschaftliche Antwort auf bestimmte Erfordernisse selbstreferentieller Organisation nach « Autonomie », « Externalisierung » und « Koordinierung ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Übersetzt man unser Problem der Rechtsregulierung in die Sprache der Selbstreferenz, dann wird eine entscheidende Differenz deutlich. Selbst wenn Modelle der Regulierung und der Implementierung im Rahmen der Theorie offener Systeme entwickelt werden, arbeiten sie doch immer noch mit den impliziten Annahmen von basaler Linearität (Hejl, 1982 b, 56). Damit ist gemeint, daß sie die Beziehung zwischen den regulierenden Systemen (Politik und Recht) und dem regulierten System (funktionales Subsystem, Organisation, Interaktion) als eine Beziehung zwischen Umwelt und System ansehen, in der die regulierenden Systeme die Ziele und die Prozesse des regulierten Systems aufrechterhalten und kontrollieren. Abweichendes Verhalten soll vom regulierten System kontrolliert und korrigiert werden. Diese Annahmen stimmen auch für die neuesten Reformulierungen der Implementationstheorie (Mayntz, 1979, 55; 1983, 7; Bohnert und Klitzsch, 1980, 200). Zwar geben diese inzwischen rein instrumentalistische Modelle auf und berücksichtigen Autonomie in dem Implementationsfeld und zugleich komplizierte Interaktionsprozesse, dennoch aber haben sie kein adäquates Konzept für Autonomie im regulierten System entwickelt. Immer noch wird das regulierte System als allopoietisch angesehen, als abhängig von den Handlungen des regulierenden Systems.

Demgegenüber würde eine Theorie der Selbstreferenz den Implementationsbereich als ein System definieren, das aus Elementen besteht, die nur miteinander interagieren und zwar in einer solchen Weise, daß sie sich selbst erhalten und ihrerseits Elemente mit den gleichen Eigenschaften reproduzieren als Ergebnis einer ständigen Wiederholung der selbstproduzierenden Interaktion (Hejl, 1982 b, 56). Es handelt sich um Systeme die ihre reproduktive Organisation konstant halten. Sicherlich können ihre konkreten Strukturen durch Regulierung beeinflußt und verändert werden, aber doch nur innerhalb der Grenzen ihrer reproduktiven Organisation (vgl. Maturana, 1982, 20). Jeder externe regulatorische Einfluss, der zu einer neuen inneren Interaktion der Elemente führt und dabei diese selbstreproduktive Organisation nicht aufrecht erhält, ist entweder für das System irrelevant oder führt zur Destabilisierung bis hin zur Desintegrierung des regulierten Systems (vgl. Hejl, 1982 b, 58).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Das Bild wird komplizierter, wenn wir gleichzeitig berücksichtigen, daß die regulierenden Systeme Politik und Recht ihrerseits selbstreferentiell sind. Die Sache wird dadurch erschwert, daß bei sozialstaatlicher Regulierung durch Recht nicht nur das Rechtssystem und der jeweilige gesellschaftliche Lebensbereich beteiligt sind, sondern immer auch das politische System und daß das Rechtssystem und das politische System ihrerseits autonome selbstreferentielle Sozialsysteme darstellen, die einander nicht unmittelbar beeinflussen können, sondern nur wechselseitig Selbststeuerungsprozesse auslösen, und auch dies nur unter der Beachtung der Grenzen ihrer je eigenen Selbststeuerung. Man muß dann die hierarchische Beziehung der Regulierung in eine zirkuläre Interaktion zwischen drei selbstreferentiellen Systemen umformulieren (Recht, Politik, regulierter gesellschaftlicher Teilbereich). Die Grenzen der Regulierung sind dann durch die dreifachen Grenzen der Selbstproduktion definiert. Regulierung ist erfolgreich nur in dem Ausmaße, daß sie die selbstproduzierenden internen Interaktionen der Elemente in den regulierenden Systemen Recht und Politik aufrechterhält und zugleich kompatibel ist mit selbstproduzierenden internen Interaktionen in dem regulierten Sozialsystem. Diese dreifache Kompatibilitätsbeziehung mag man « strukturelle Kopplung » nennen (Maturana, 1982, 20), Entsprechend können wir jetzt das regulatorische *Trilemma* formulieren: Wenn Regulierung nicht den Bedingungen der strukturellen Kopplung von Recht, Politik und Gesellschaft gehorcht, dann muß es notwendigerweise in Regulierungsversagen enden. Es lassen sich drei unterschiedliche Formen des Regulierungsversagens identifizieren:

a) « *Inkongruenz* » *von Recht, Politik und Gesellschaft.* — Die Regulierung ist nicht kompatibel mit den selbstproduzierenden Interaktionen im regulierten System. Das regulierte System reagiert jedoch mit Nichtreaktion. Da die Regulierung den Relevanzkriterien des regulierten Systems nicht entspricht, ist sie schlicht irrelevant für die interne Interaktion der Elemente. Das Recht ist insofern ineffektiv, als es keinen Verhaltenswandel auslöst. Jedoch bleibt die selbstproduzierende Organisation intakt sowohl im Recht als auch im gesellschaftlichen Lebensbereich. Dies

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

kann man den symbolischen Gebrauch von Politik und Recht nennen (Edelman, 1964).

b) « *Überlegalisierung* » *der Gesellschaft.* — In diesem Fall sind wieder die konkreten selbstproduzierenden Interaktionen innerhalb von Recht, Politik und dem gesellschaftlichen Lebensbereich nicht kompatibel miteinander. Im Unterschied zu der ersten Konstellation beeinflußt jedoch die Regulation die interne Aktion der Elemente im regulierten Feld so stark, daß deren Selbstproduktion in Gefahr gerät. Dies führt zu desintegrierenden Effekten im regulierten Feld, wohlbekannt unter dem Titel « Kolonialisierung » (Habermas, 1981, 542). Die regulatorischen Programme gehorchen einer funktionalen Logik und folgen Rationalitätskriterien, die den internen sozialen Strukturen der regulierten Lebenssphäre nicht angemessen sind. Recht als Medium des Wohlfahrtsstaates arbeitet zwar effizient, aber zerstört zugleich die Reproduktion traditioneller Muster des sozialen Lebens.

c) « *Übersozialisierung* » *des Rechts.* — Ein dritter Typ des Regulierungsversagens sollte stärker in das Zentrum der Aufmerksamkeit rücken. Wiederum ist Inkompatibilität der Selbstproduktion das Ergebnis von Regulierung, aber in diesem Fall mit dem Unterschied, daß die selbstreproduzierende Organisation des regulierten Feldes intakt bleibt, während die selbstproduzierende Organisation des Rechts in Gefahr gerät. Die politisch-gesellschaftlichen Regulierungsnachfragen lassen das Recht an seine Leistungsgrenzen stoßen. Und dies nicht in dem Sinne mangelnder Effektivität des Rechts bei seiner Implementation, sondern gerade umgekehrt: Aus dem erfolgreichen Bemühen um Effektivitätssteigerung rechtlicher Steuerung treten Rückwirkungen auf die innere Struktur des Rechts ein, die dieses womöglich nicht mehr verarbeiten kann. Das Recht wird sozusagen « erobert » von der Politik oder von den regulierten Teilbereichen. Das Recht wird « politisiert », « ökonomisiert », « pädagogisiert » usw. mit den Ergebniss, daß die Selbstproduktion seiner normativen Elemente desintegrierenden Tendenzen ausgesetzt ist. Überforderung des Rechts im Wohlfahrtsstaat mag der Effekt seiner politischen Instrumentalisierung sein (dazu Luhmann, 1984), aber es mag genauso gut die « capture » des Rechts durch andere Sub-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

systeme der Gesellschaft mit desintegrierenden Folgen für seine eigene Reproduktion sein (Nonet-Selznick 1978, 76). Diese Übersozialisierung des Rechts kann viele Formen annehmen (dazu Teubner, 1984; 1984 a).

Alles in allem haben diese drei Typen des Regulierungsversagens, die je sehr verschiedene Eigenheiten aufweisen, eines gemeinsam. In jedem Fall wird regulatorisches Recht dadurch ineffektiv, daß es die Grenzen überschreitet, die in den Regulierungsprozeß eingebaut sind: nämlich die selbstreferentielle Organisation dieser Systeme, entweder des regulierten Feldes oder der Politik oder des Rechts selbst. Die Effekte sind in gleicher Weise problematisch: Entweder Irrelevanz der Regulierung oder desintegrierende Effekte in der selbstreproduktiven Organisation von Recht, Politik oder Gesellschaft.

Bis zu diesem Punkt haben wir uns mit den effektiven Grenzen beschäftigt, die die selbstreferentielle Organisation der Teilsysteme der Implementationsstrategie im Regulierungsprozeß setzt Nun wenden wir uns der Frage des sozialen Wissens zu. Die Frage heißt: Verfügt die Implementationsstrategie über adäquate interne Modelle der sozialen Wirklichkeit, um erfolgreich mit selbstreferentieller Organisation der regulierten Teilsysteme umzugehen? Wie schon oben gezeigt, arbeitet die Implementierungsstrategie mit rein instrumentalistischen Modellen, die sich mehr oder weniger nur im Ausmaß ihres Raffinements unterscheiden. In einfachster Form wird ein politisches Ziel oder ein politisches Programm als Zweck definiert und die Frage untersucht, ob Rechtsnormen als Mittel geeignet sind, diesen Zweck zu erreichen. Das Ganze wird komplizierter, wenn man die Ausgangssituation im Implementationsfeld anreichert, um die Verwirklichungschancen erfolgreich abschätzen zu können. Eine andere Möglichkeit ist es, nach Seiteneffekten und dysfunktionalen Nebenfolgen zu fragen. Im Prinzip jedoch ist das Modell begrenzt auf lineare Kausalität. Das Ziel bestimmt das Programm, das Programm bestimmt die Norm, die Norm bestimmt die Verhaltensänderungen, die Verhaltensänderungen bestimmen die gewünschten Effekte.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Freilich wäre es ein Irrtum zu meinen, daß solche Modelle linearer Kausalität notwendig fehlschlagen müssen, wenn sie auf selbstreferentielle Systeme angewandt werden. Basale Zirkularität der Selbstreferenz bedeutet nicht, daß jeglicher Kontakt zwischen Systemen ausgeschlossen ist. Im Gegenteil ein begrenztes wechselseitiges Verstehen ist möglich, jedoch in einer sehr komplizierten Weise. Denn um « verstehen » zu können, muß das eine soziale System die Selbstreferenz des anderen internalisieren. Dies ist ein komplizierter Prozess, an dem plausibel wird, wie begrenzt Kausalmodelle für die Intervention in selbstreferentielle Systeme sind. Das einfache Modell von Ziel-Norm-Effekt müßte bereichert werden mit sozialem Wissen darüber, wie selbstreferentielle Systeme regulatorische Informationen empfangen, und wie sie sie entsprechend ihren autonomen Interaktionen prozessieren. Dies setzt weitgehendes Wissen über allgemeine Regelmäßigkeiten der selbstgeschlossenen Struktur und ihrer Einzeleffekte voraus, das allgemein nicht vorhanden ist. Recht müßte soziales Wissen in einer Weise über die allgemeine selbstreferentielle Zirkularität in verschiedenen sozialen Subsystemen und über ihre Einzeleffekte zur Verfügung haben, ein Wissen, das selbst in den Sozialwissenschaften nicht vorhanden ist.

Genau dieser Mangel an sozialem Wissen ist der Grund, warum Renate Mayntz, die führende Forscherin über Implementation in Deutschland, eine theoretische Neuorientierung der ganzen Implementationsstrategie fordert. Nach Mayntz ist die Implementationsforschung gegenwärtig nicht in der Lage, konsistente « middle range theories » über politische Programme und ihre sozialen Effekte im Implementationsfeld zu entwickeln. Sie läuft auf den Komplexitäten der regulierten Bereiche schlicht auf. Was allenfalls möglich ist, sind Konzeptualisierungen, Typologisierungen und besondere Einzelfallstudien. Besonders die schwer verallgemeinbare Einzelfallstudie scheint die einzig zur Verfügung stehende Methode zu sein, mit der man Wissen über kausale Beziehungen im Implementationsfeld sammeln kann. Vorsichtige induktive Verallgemeinerungen mit gemachten Einzelerfahrungen hin zu zukünftigen Regulierungen bestimmen das Potential und die Grenzen von Kausalmodellen im regulatorischen Recht.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Was haben wir bis jetzt davon gewonnen, das Konzept der Selbstreferenz zu benutzen? Wir benutzten es als Kriterium um das Potential und die Grenzen des Implementationsmodells besser einschätzen zu können. Es führte uns auf das regulatorische Trilemma als fundamentale Begrenzung der Implementationsstrategie und innerhalb dieser Grenzen führte es auf den nur beschränkten Nutzen linearer Kausalmodelle. Wenn es richtig ist, daß instrumentelles Recht massiv auf den Strukturen der Selbstreferenz aufläuft, so daß seine absoluten und relativen Grenzen bald erreicht sind, dann stellt sich die Frage, ob und wie überhaupt Recht mit selbstreferentiellen Systemen umgehen kann. Würde dies nicht bedeuten, daß Recht sich zurückziehen muß auf seine eigene Zirkularität und sich konzentrieren muß auf die interne Interaktionen seiner eigenen Elemente — Normen, Entscheidungen, Dogmatiken — und daß Außeneffekte ihrem Schicksal zu überlassen sind? Dies ist keinesfalls nur eine rhetorische Frage. Vielleicht war es sogar die versteckte Weisheit des Formalrechts, daß es sich nicht um ethische, ökonomische und soziale Überlegungen kümmerte. Jedoch ehe man resigniert zu einer neuen Rechtfertiging des alten Formalismus übergeht, sollte man sorgfältig die konkurrierenden strategischen Modelle des post-instrumentalen Rechtes daraufhin prüfen, ob sie besser geeignet sind, die absoluten Grenzen der Selbstreferenz zu respektieren und Normen innerhalb dieser Grenzen zu produzieren, und nicht von vornherein kontraproduktiv sind. Wiederum benutzen wir Selbstreferenz als Kriterium in zwei Richtungen: 1) Was sind die Grenzen der Selbstreproduktion? 2) Welches soziale Wissen ist für den Umgang mit selbstreproduktiver Organisation erforderlich?

IV. Drei Dimensionen des reflexiven Rechts: Einige Beispiele.

Anscheinend haben selbstreferentielle Systeme bestimmte Erfordernisse, die alle von der Notwendigkeit, ihre basale Zirkularität aufrechtzuerhalten, stammen. Regulatorische Prozesse können positiv oder negativ auf diese Erfordernisse reagieren. Sie

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

können sie sabotieren, sie vernachlässigen, sie können sie unterstützen oder sogar fördern. Die externe Unterstützung von Selbstreferenz ist nun genau die Stelle, an der man neuerere Anstrengungen lokalisieren sollte, die Absichten des regulatorischen Rechtes in reflexive « Modelle » der Kontrolle der Selbstregulierung zu übersetzen.

Auf den ersten Blick erscheinen sie ziemlich divers und heterogen. Aber wenn man sie im Lichte von Selbstreferenz neu interpretiert, wird deutlich, daß sie als komplementäre Strategien angesehen werden können. Ein Weg, sie zu interpretieren ist eher restriktiv und nur negativ: man kann sie so verstehen, als daß sie das regulatorische Trilemma vermeiden und Rechtsinterventionen so konstruieren, daß die selbstreferentielle Organisation von Recht, Politik und Gesellschaft nicht berührt wird. Eine andere Interpretation ist anspruchsvoller und eher positiv: sie versuchen bestimmte Grunderfordernisse selbstreferentieller Systeme zu definieren und ein Recht zu entwerfen, das auf diese Erfordernisse antwortet.

Sicherlich ist Selbstreferenz ein hochabstraktes Konzept. Wenn als Kriterium dienen soll, die soziale Adäquanz rechtlicher Interventionen zu beurteilen, dann hängt in der Tat alles davon ab, daß es in konkreten Zusammenhängen re-spezifiziert wird (Joerges, 1983, 14). Deswegen dürfte es eine der wichtigsten Aufgaben für diese Theorie darstellen, die konkreten Mechanismen selbstreferentieller Geschlossenheit und Offenheit und die Verbindung zwischen ihnen zu identifizieren (als einen wichtigen Schritt in diese Richtung vgl. Luhmann 1984, 8).

1. *Autonomie: Schulrecht.*

In der Diskussion neuerer Verrechtlichungstrends entwickelt Jürgen Habermas (1981, 522) eine hohe Sensibilität in diese Richtung. Seine ambivalente Haltung gegenüber den Interventionen des Wohlfahrtsstaats in die Lebenswelt ist wohl damit zu erklären, daß er die dilemmatische Struktur des Rechtes an dessen Fähigkeit festmacht, selbstreproduktive Interaktionen in der Sphäre der Sozialisation, sozialen Integration und kulturellen Reproduktion einerseits zu beeinträchtigen, andererseits

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zu fördern. Nach Habermas ist rechtliche Regulierung geeignet, solche Beziehungen zu zerstören (Blankenburg, 1984, 7). Dies ist jedoch nur der eine Aspekt. Blankenburg verfehlt den zentralen Punkt, wenn er Habermas so interpretiert, als postuliere er, jegliche Art von rechtlicher Regulierung aus Interaktionen herauszuhalten, die spontane soziale Kommunikation benötigen. In einer solchen Sicht würde Habermas mißverstanden als Parteigänger einer naiven Entrechtlichungsbewegung. In Wahrheit hat Habermas ein starkes normatives Interesse für das Recht als solches, besonders in dessen emanzipatorisches Potential als Universalisierungsmechanismus (Habermas, 1962, 91; 1963, 82; 1973, 123; 1976, 260; 1981, 322, 364, 522). Im Falle des sozialstaatlichen Rechtes sucht er nach Kriterien, die es erlauben, zumindest analytisch zwischen der Fähigkeit des Rechtes zur Freiheitsverbürgung und seiner Fähigkeit zum Freiheitsentzug zu unterscheiden (Habermas, 1981, 534 ff.). Er schlägt die Unterscheidung zwischen Recht als Medium und Recht als Institution vor, die sich durch Rechtfertigungsfähigkeit über Moralnormen der Lebenswelt unterscheiden. Als Medium ist Recht ein funktionales soziotechnisches Steuerungsinstrument, mit dem die Subsysteme der Wirtschaft und der Politik zentrale Bereiche der kulturellen Reproduktion, sozialen Integration und Sozialisation « kolonisieren ». Nur dann, wenn Recht beschränkt werden kann auf eine « äußere Verfassung » der Lebensweltsphäre, kann es als Institution dienen, indem es konsensorientierte Verfahren der Konfliktregulierung ermöglicht und diese gerade nicht desintegriert (Habermas, 1981, 544, 546).

In unserer Interpretation kann man dieses Konzept von Recht als « Institution » als gesellschaftsadäquat gegenüber selbstreferentiellen Strukturen innerhalb bestimmter gesellschaftlicher Kontexte, umdeuten. Dies läßt sich an dem von Habermas benutzten Beispiel des Schulrechtes verdeutlichen. Über den Grundrechtsschutz für Kinder und Eltern gegenüber der Schulverwaltung befreit das Recht tendenziell den Erziehungsprozeß von bürokratischen und administrativen Zwängen. Gleichzeitig jedoch steht das Recht als « Medium » im Konflikt mit Formen des pädagogischen Handelns, wenn es nicht auf den bloßen Rahmen einer rechtlichen Schulverfassung beschränkt wird. Wenn in der Ver-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gangenheit die Schulverfassung die Funktion hatte, die Schule von administrativen Zwängen freizuhalten, so könnte seine zukünftige « institutionelle » Funktion darin bestehen, daß Schulsystem gegen solche bürokratischen Prozesse zu verteidigen, die den ökonomischen Systemimperativ, das Schulsystem von dem Grundrecht auf Bildung abzukoppeln und es mit dem Beschäftigungssystem kurzzuschließen, in das Bildungssystem übertragen (Habermas, 1981, 545). Nur in einer solchen, von einer rechtlichen « äußeren Verfassung » geschützten Autonomiesphäre hat das Erziehungssystem die Chance, selbst zu definieren, in welcher Hinsicht es von seiner Umwelt in selbstreferentiellen Prozessen abhängig sein wird. Eine äußere Verfassung kann in dieser Weise innere Reflexionsprozesse befördern, die sich auf die grundsätzliche Orientierung der Erziehung beziehen: Umweltforderungen auf Leistung — Wissen, Fähigkeiten — gegen seine Funktion — « Bildung », Lernen des Lernens — auszubalancieren (vgl. Luhmann-Schorr, 1979, 18).

Freilich ist dies ein prekäre Sache. Es ist eine paradoxe Technik, Feuer mit Feuer zu bekämpfen. Und es bestehen keine Garantien dagegen, daß das Feuer nicht den ganzen Bereich erfaßt. Es gibt keine Garanties gegen eine fast totale Verrechtlichung und Justizialisierung (Blankenburg, 1984, 24). Gleichzeitig besteht aber auch kein Grund, an einen blinden Automatismus zu glauben. Eher scheint es eine Sache politischen Handelns und sorgfältiger institutioneller Ausgestaltung zu sein. Habermas selbst zeigt seine Problemsensibilität, wenn er mit dem paradoxen Vorschlag von Simitis und Zenz (1975, 51) sympathisiert, nämlich verrechtlichte Konflikte zu dejustizialisieren.

Ein solcher Rückzug des Rechts von der Regulierung ganzer Lebensbereiche zur bloßen Garantie ihrer Autonomie hat Auswirkungen nicht nur für die Lebensbereiche, sondern auch für das Recht selbst. Wenn das Recht von seiner regulatorischen Funktion entlastet wird, ist es zugleich entlastet von der Aufgabe, elaborierte Wirklichkeitsmodelle zu entwerfen. Ein Recht, das sich auf die Autonomiesicherung konzentriert, braucht keine anspruchsvollen Modelle von Kausalbeziehungen zwischen Rechtsnormen und sozialen Effekten aufzubauen. Es genügt, ein sehr allgemeines und eher vages Verständnis selbstregulatorischer Pro-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zesse in den betroffenen Lebensbereichen zu entwickeln. Da die Funktion sich auf die Ermöglichung von Freiheit innerhalb ausgegrenzter autonomer Sphären beschränkt, ist kein Wissen über deren innere Prozesse erforderlich.

So nützlich ein solches Konzept der äußeren Verfassung ist, so notwendig ist es doch, das Argument in zwei Hinsichten zu reformulieren. Das Argument sollte erstens generalisiert und respezifiziert werden; zweitens sollte berücksichtigt werden, daß eine äußere Verfassung in diesem Sinne eine notwendige aber nicht hinreichende Bedingung für reflexives Recht darstellt.

Die Destabilisierung reproduktiver Strukturen als Wirkung der Verrechtlichung ist nicht auf die Sphären der Lebenswelt begrenzt. Jedes soziale System mit einer selbstreferentiellen Struktur kann durch Außeninterventionen in der selbstreproduktiven Interaktion seiner Elemente gefährdet werden (Hejl, 1982 b, 58). Selbst die von Habermas sogenannte Welt der Systeme (Wirtschaft und Politik) kann durch Verrechtlichung destabilisiert werden. Auch dies ist wieder ein Problem ihrer Selbstreferenz. Ökonomische und politische Prozesse können desintegrieren, wenn ihre selbstproduktiven und reproduktiven Kapazitäten beeinträchtigt werden. Entsprechend muß das Konzept der Kolonialisierung verallgemeinert werden und auf jede Form von Intersystembeziehungen angewendet werden.

Genau an dieser Stelle aber beginnt die kritische Aufgabe der Respezifizierung. Eine Theorie der Selbstreferenz muß für jedes soziale System die spezifischen selbstreproduktiven Mechanismen benennen, die vor Außeninterventionen geschützt werden müssen, seien es die gesellschaftlichen Funktionssysteme (Politik, Wirtschaft, Erziehung, Religion, Familie usw.) sei es die große Organisation, sei es die kleine Interaktion. Freilich abstrahiert man in dieser Operation der Generalisierung und Respezifikation von der Differenz zwischen System und Lebenswelt die für Habermas' normative Absichten zentral ist. Das muß jedoch nicht bedeuten, daß diese Absichten aufgegeben werden. Auf einer Stufe höherer Allgemeinheit können sie wieder eingeführt werden über den Begriff der Bedürfnissensibilität sozialer Systeme, der quer zu der Differenz von System und Lebenswelt steht und auf alle sozialen Systeme anzuwenden wäre.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

2. *Externalisierung: Gesellschaftliche Verantwortung der Unternehmen.*

Diese Respezifizierung ist notwendig, wenn reflexives rechtliches Handeln über die bloße Autonomiesicherung hinausgehen soll (vgl. Teubner und Willke, 1984). Autonomie ist eine notwendige aber keine hinreichende Bedingung für die Erhaltung selbstreproduktiver Prozesse. Sie garantiert nicht ihren Erfolg. Selbstreferenz ist eine prekäre Struktur. Sie ist immer in der Gefahr der Selbstschließung und selbstreferentielle Systeme brauchen externe Unterstützung, um bestimmte Externalisierungen entwickeln zu können. Das politische System zum Beispiel tendiert dazu, zu selektiv zu operieren und sich auf das komplizierte Machtspiel unter Vernachlässigung seiner gesellschaftlichen Umgebung zu konzentrieren (Luhmann, 1981, 57). In ähnlicher Weise arbeitet auch das ökonomische System hochselektiv über die Sprache des monetären Handelns und ist nicht in der Lage, seine Umweltfolgen adäquat in die eigene Sprache zurückzuübersetzen (Willke, 1982).

Insoweit Systeme nicht selbst genügend Externalisierung entwickeln, ist massiver Außendruck notwendig, damit sie Strukturentwicklungen wie eine soziale Selbstschließung vermeiden. Damit ist nicht gesagt, daß Politik oder gar Recht die einzigen oder die hauptsächlichen Außenmechanismen seien, um Externalisierung durchzusetzen. Nur unter mehreren kompensatorischen Institutionen kann Recht gegenüber der Selbstschliessung sozialer System kompensierende Wirkungen entfalten. Solche kompensatorischen Institutionen müssen unter der doppelten Einschränkung arbeiten, daß sie Umweltanforderungen in das System integrieren, ohne zugleich dessen Bedingungen der Selbstproduktion und Reproduktion zu desintegrieren.

Gesellschaftliche Verantwortung von Unternehmen ist hierfür ein gutes Beispiel (vgl. Teubner 1983, 34; 1984). Wenn es mehr sein soll, als eine bloße Ideologie des Managerialismus und ernst genommen werden soll als kompensatorische Institution, die soziale Nebenzwecke in ökonomisches Handeln einbaut (Willke, 1982 17), dann ist massiver, von Politik und Recht gestützter Außendruck notwendig. Jedoch, wie immer wieder nachgeweisen

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

wurde, laufen externe Regulierungen am regulatorischen Trilemma auf (Stone, 1975 93; 1984). Deswegen scheinen « interne » Regulierungen mehr zu versprechen: strategische Interventionen in Strukturmuster des organisationsinternen Entscheidungsprozesses. Insofern scheint der sogenannte Strukturansatz dem Haftungsansatz überlegen zu sein (Teubner, 1983, 48; 1984; Wedderburn, 1984). Der Erfolg solcher Strategien hängt jedoch davon ab, ob sie in der Lage sind, die selbstreferentielle Struktur ökonomischer Organisationen wirklich in Betracht zu ziehen. Richtungsweisend scheinen hier Überlegungen von Krause zu sein, der eine « profitbedrohende » Strategie empfiehlt (Krause, 1984).

Wie dies Beispiel zeigt, sind damit Machtprobleme angesprochen. Politische und soziale Macht ist notwendig, um genügend Außendruck auf etablierte Sozialsysteme auszuüben, damit diese ihre Selbstreferenz externalisieren. Die Auferlegung einer äußeren Verfassung, die Umverteilung von property rights auf bis dato ausgeschlossene Interessengruppen, die Reorganisation von Entscheidungsverfahren - all diese Kernelemente eines reflexiven Rechtes zielen auf einen Machtwechsel innerhalb des betroffenen Subsystems und bedürfen nachhaltigen machtgestützten Außendrucks (Teubner, 1982, 254, 273, 276). Historische Beispiele — die rechtliche Institutionalisierung des Tarifsystems und der Arbeitnehmermitbestimmung — zeigen deutlich, daß die Rolle des Rechtes, Machtbeziehungen zu beeinflussen, nicht bloß marginal ist. Wenn man den Ergebnissen empirischer Forschung trauen darf, dann dürfte Recht einer der wesentlichen Mechanismen sein, um innerhalb von Organisationen soziale Machtbeziehungen zu verändern (IDE 1979). Die Formalisierung von property rights, die durch die Sanktionsgewalt des Staates abgestützt ist, schafft selbst keine soziale Macht, aber sie stabilisiert soziale Macht, indem sie sie zu einem gewissen Grade von den Fluktuationen der Macht- und Marktbeziehungen unabhängig macht.

In dieser Weise hängt reflexives Recht von politischer Macht ab und weist keine wesentlichen Unterschiede gegenüber dem regulatorischen Recht auf. In Situationen sozialer Machtbeziehungen hängt der Erfolg beider rechtlicher Formen vom extensiven Gebrauch politischer Machtressourcen ab. Jedoch besteht eine entscheidende Differenz. Sie betrifft den strategischen Ge-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

brauch von Macht als einer knappen Ressource. Regulatorisches Recht, das mit detaillierten Regeln und komplizierten Implementationsmechanismen arbeitet, muß notwendig eine Fülle sozio-politischer Macht liquidieren. Techniken des reflexiven Recht jedoch können tendenziell diese Liquidation verringern, weil sie sich auf bestimmte strategische, organisationelle und verfahrensmäßige Schlüsselvariablen konzentrieren. Galanter (1974) macht diesen Punkt sehr deutlich. Für das Problem, wie Recht soziale Ungleichheit in Konfliktsituationen verringern kann, untersucht er eine ganze Anzahl strategischer Variablen (Rechtsregeln, Institutionen, Anwälte, Parteien). Unter Effektivitätsgesichtspunkten setzt er eine deutliche Präferenz zugunsten organisationeller Variablen gegenüber inhaltlichen rechtlichen Regelungen. Im Sinne eines ökonomischen Gebrauches knapper Machtressourcen macht es Sinn, sie auf bestimmte strategische Veränderungen der Organisation zu konzentrieren, statt sie in einer materiellen rechtlichen Dauerregelung zu verbrauchen.

Es sollte jedoch deutlich werden, daß sozialer Machtausgleich nicht der primäre Aspekt eines reflexiven Rechts ist. So wichtig sozialer Machtausgleich in der öffentlichen Kontrolle von private government (Macauly, 1983) ist, so falsch wäre es, das Konzept eines reflexiven Rechtes zu eng an die Machtfrage in sozialen Subsystemen anzuschließen. Der Abbau von sozialer Macht ist nicht schon ein vernünftiges Ziel in sich selbst. Machtabbau ist Mittel zum Zweck, um bestimmte soziale Ziele zu erreichen. Eine Strategie der Machtneutralisierung macht nur dann Sinn, wenn jene Ziele gerade über symmetrische Machtbeziehungen erreicht werden können. Das ist durchaus nicht selbstverständlich. Denn machtneutralisierende Strategien sind zwar wohl geeignet in Situationen eines Nullsummenspiels: Machtgewinne der einen Seite bedeutet Machtverluste der anderen. Der optimale Zustand ist ein prekäres Machtgleichgewicht. Entsprechend wäre die Rolle des Rechts in privaten Organisationen, Machtmißbräuche zu verhindern und dieses Gleichgewicht zu stabilisieren. Dies ist auch die klassische Perspektive des Rechts gegenüber der Macht.

Jedoch würde ein Wechsel von Gleichgewichtsmodellen auf Wachstumsmodelle der Macht in Organisationen das Verhältnis von Macht zu Recht deutlich ändern: « The division of power

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

is not the thing to be considered but that method of organization which will generate power » (Lammers, 1967). In einem Wachstumsmodell wird Macht nicht als Konstante angesehen, sondern als ein variables Phänomen. Entsprechend erscheint die Strategie der Machtneutralisierung nur als eine « distributiv-regressive » Lösung der Organisationsprobleme, während die « produktiv-progressive » Lösung in einer Steigerung von kollektiver Bedürfnisbefriedigung durch wechselseitige Machtsteigerung und Machtverteilung bestehen würde (Hondrich, 1975, 55).

In einer solchen Perspektive sieht man Macht nicht primär als eine Quelle von Ungleichheit und Ungerechtigkeit, sondern als soziales Instrument für einen wirksamen Transfer von Entscheidungen. Dann bleibt es immer noch die Aufgabe des Rechtes, Machtmißbräuche zu kontrollieren, aber das Zentralproblem ist es dann eher, institutionelle Mechanismen zu entwerfen, die wechselseitig die Macht von Mitgliedschaft und Führung in privaten Organisationen steigern. Lammers (1967, 207) kommt in « Power und Participation » zu folgender Schlußfolgerung: « Managers and managed in organizations can at the same time come to influence each other more effectively and thereby generate joint power as the outcome of a better command by the organization over its technical, economic and human resources ».

Unter anderem bedeutet dies, daß Machtneutralisierung nicht als Kriterium benutzt werden kann, um zwischen konservativen und progressiven Formen reflexiven Rechtes zu unterscheiden oder zwischen « centrist » und « radical » Perspektiven der Dezentralisierung (Unger, 1983). Ja, Machtneutralisierung selbst erscheint als eine eher konservative Strategie, da sie an statische Gleichgewichtsmodelle gebunden ist. Wenn man nach normativen Kriterien sucht, um soziale Institutionen zu beurteilen, dann ist Bedürfnissensibilität zentral und nicht Machtneutralisierung (Hondrich, 1975). Dynamische flexible Institutionen mit starken asymmetrischen Machtbeziehungen können jedenfalls unter bestimmten Umständen eine stärkere Bedürfnissensibilität entwickeln als selbstgeschlossene machtsymmetrische statische Institutionen.

Wichtiger als die Machtfrage scheint die Wissensfrage: Welche Art sozialen Wissens ist notwendig, damit Recht in selbstreferentielle Systeme intervenieren kann? Denn Machtressourcen zu

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

steigern, macht wenig Sinn, wenn die kognitiven Ressourcen fehlen oder wenn sie so ungenügend sind, daß sie Machtressourcen in die falsche Richtung lenken. In der Tat braucht reflexives Recht mehr und anderes Wissen als ein Recht, das sich bloß auf eine äußere Verfassung konzentriert. Daraus kann sich die Konsequenz ergeben, daß reflexive Formen gesellschaftlicher Steuerung die kognitiven Kompetenzen des Rechtes überlasten. Jedoch auch hier sollte man sehen, daß die Wirklichkeitsmodelle, die ein reflexives Recht benötigt, deutlich geringere Anforderungen stellen als die umfassenden Planungsanforderungen des regulatorischen Rechtes. Wie im Falle der Machtressourcen, zielt reflexives Recht auch auf einen ökonomischen Gebrauch kognitiver Ressourcen. Ein Tiefenverständnis der Selbstreferenz in Strukturen und Prozessen des Implementationsfeldes erscheint nicht erforderlich. Wie Hayek (1972, 1973) überzeugend in seiner Kritik des konstruktivistischen Interventionismus gezeigt hat, ist selbst Wissenschaft nicht in der Lage, ein Tiefenverständnis von Einzelprozessen in komplexen Strukturen zu erreichen, viel weniger dann Politik oder Recht. Der ökonomische Vorteil des reflexiven Rechts scheint darin zu bestehen, daß es nur allgemeines Wissen über Selbstreferenz erfordert und keine Einzeleffekte kontrollieren muss. Es genügt, das Verständnis auf strategische Strukturen zu beschränken, in denen Reflexionsprozesse stattfinden, da reflexives Recht nur jene allgemeinen Formen der Verfahren der Organisation zu ändern beabsichtigt. Wenn es zum Beispiel richtig ist, daß im Wirtschaftssystem Reflexionsprozesse auf der allgemeinen Ebene von Geldsteuerungspolitik stattfindet, dann wäre es ausreichend, soziales Wissen über den Banksektor und seine politischen Prozesse zu nutzen und zwar in seinen allgemeinen Strukturen, um bestimmte Wechsel zu erreichen. Nicht notwendig wären Modelle, die im Recht das gesamte ökonomische System abbildeten und dies gar noch in seinen Einzelprozessen. Ein anderes Beispiel: Wenn das Reflexionszentrum einer wirtschaftlichen Organisation tatsächlich im Aufsichtsrat verortet werden kann, dann kann man relativ einfache gesellschaftsrechtliche Modelle über den internen Entscheidungsprozeß benutzen, um Reflexionsprozesse durch Verfahrens- und Organisationsnormen zu beeinflussen.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

3. *Koordinierung: Konzertierte Aktion.*

Bis hierher haben wir diskutiert, wie das Recht zwei grundsätzliche Erfordernisse selbstreferentieller System berücksichtigen kann: Autonomie und Externalisierung. Eine dritte Dimension wird deutlich, wenn man in Betracht zieht, daß nicht nur einzelne soziale Subsysteme, sondern die umfassende Gesellschaft selbst ein selbstreferentielles System bildet. Die Beziehungen zwischen den funktionalen Subsystemen, Politik, Wirtschaft, Recht, Erziehung, Religion, Familie usw. müssen darauf eingestellt sein. Jedes dieser Teilsysteme trägt zu Erhaltung gesellschaftlicher Selbstreferenz bei. Der Beitrag des Rechts in dieser Beziehung dürfte die Lösung von Intersystemkonflikten sein. Willke (1983) hat den Begriff eines Rechtsprogramms entwickelt, der genau auf diese Funktion zielt: das Relationierungsprogramm. Im Gegensatz zu den typischen Programmen des Formalrechts (Konditionalprogramm) und denen des instrumentalen Rechts (Zweckprogramm) ist es die Funktion solcher Relationierungsprogramme, verschiedene Zwecke und Rationalitäten sozialer Teilsysteme miteinander kompatibel zu halten, indem sie die politischen und sozialen Akteure auf diskursive Verfahren der Entscheidungsfindung verpflichten. Er identifiziert das Auftauchen dieses neuen Typs eines Rechtsprogramms in verschiedenen Intersystemkoordinierungsmechanismen, etwa der Konzertierten Aktion oder den Wissenschaftsrat in der BRD.

Ein vielversprechendes Modell, solche Relationierungsprogramme zu verstehen, kann in der Theorie der black boxes gefunden werden, die in der Kybernetik entwickelt worden ist (Glanville, 1979). Selbstreferentielle Systeme — soziale Systeme wie Recht, Politik und die regulierten Teilsystem — sind danach black boxes in dem Sinne, daß sie füreinander wechselseitig unzugänglich sind. Man kennt den input und den output, der Konversionsprozeß jedoch bleibt im Dunkeln. Nun ist es die Besonderheit von black-box-Techniken, daß sie nicht darauf abzielen, Licht in das Dunkel innerer Konversionsprozesse zu werfen, sondern daß sie das Problem durch eine indirekte « prozedurale » Aktivität umgehen. Sie konzentrieren sich gerade nicht auf die inneren Beziehungen innerhalb der black box, sondern auf die Außenbeziehungen zwi-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

schen den black boxes. Black boxes werden « weiß » in dem Sinne, daß sich zwischen ihnen eine Interaktionsbeziehung entwickelt, die für sie selbst in ihren Regelmäßigkeiten durchschaubar ist. Dann kann Recht immer noch nicht direkt in die Wirtschaft intervenieren, aber der Rechtszugang besteht in Richtung auf die Beziehung zwischen Recht und Wirtschaft. Das also wäre die Besonderheit von Relationierungsprogrammen, die interne Prozesse in Systemen nur indirekt steuern, indem sie sich auf deren Außenbeziehungen konzentrieren.

Auch dies bedeutet wieder, die Anforderungen an kognitive Kompetenz von Recht und Politik deutlich herabzusetzen, da sie nun nicht mehr direkt ökonomisches Handeln beeinflussen, sondern nur die konzertierte Aktion, deren innere Struktur für sie eher zugänglich ist. Dann aber ist es wesentlich, daß zwischen der Interaktionsbeziehung und dem regulierten System, in unserem Beispiel zwischen konzertierter Aktion und der Wirtschaft eine dichte Verbindung besteht, von der Steuerungsimpulse ausgehen können. Dies läßt sich von zwei Mechanismen erwarten: der eine ist die Beteiligung ökonomischer Akteure in der konzertierten Aktion und der andere ist, daß die konzertierte Aktion als solche kognitive Mechanismen entwickelt, die eher adäquat sind als jene von Recht und von Politik. Die ganze Denkweise nähert sich sehr Lindbloms Vorstellungen über die Kombination von sozialem Wissen und sozialer Interaktion (Lindblom-Cohen, 1979). Danach muß man Begriffe von umfassender Sozialplanung aufgeben, da sie utopisch und unrealistisch sind, und muß sie stattdessen durch realistischere Modelle ersetzen, in denen begrenztes und strategisches Wissen mit sozialer Interaktion kombiniert wird, also in unserem Konzept der Interaktion zwischen den zwei black boxes, um Steuerungseffekte innerhalb einer der black boxes zu erreichen.

Autonomie, Externalisierung und Koordinierung- dies sind die drei Dimensionen, in denen reflexives Recht auf fundamentale Erfordernisse selbstreferentieller System antworten kann. Diese Dimensionen sind von verschiedenen Autoren untersucht worden in der Absicht, neue Entwicklungstendenzen des post-instrumentalen Rechtes auszumachen. Über das Konzept der Selbstreferenz habe ich zu zeigen versucht, daß sie eher komplemen-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

täre als konkurrierende Ansätze darstellen. Die « Prozeduralisierung » des Rechts (Wiethölter, 1982, 1984) im Gegensatz zur Formalisierung und Materialisierung ist eine der Formeln, die ihre Gemeinsamkeiten auf einen Nenner bringt. Eine andere Formel mit unterschiedlichen Nuancierungen ist « Organisationsverfassung » (Brüggemeier, 1982) im Gegesatz zur Statusverfassung und zur Kontraktsverfassung. Eine dritte Formel wäre reflexives Recht, in der der Aspekt der rechtlichen Strukturvoraussetzungen für soziale Selbstregulierung betont wird (Teubner, 1982). Sicherlich laden diese Formeln zu Mißverständnissen ein (Blankenburg, 1984). Wenn man sie willkürlich von ihrem theoretischen Hintergrund löst (funktionalistische oder kritische Makrotheorien) und sie gar noch mit jeglichem Typ prozeduralen und organisationalen Rechtes identifiziert, etwa mit dem in einer stratifizierten Gesellschaft, verlieren sie jede Kontur. Dann ist es freilich einfach zu fragen: » What's new? «.

Heher ernstzunehmende Fragen müssen in Bezug auf die Beziehung von prozeduralen zu formalen und materiellen Elementen im postinstrumentalen Recht gestellt werden. Wiederum kann man in jeglichen Recht all diese drei Elemente identifizieren, wenn auch mit unterschiedlichen Gewichtungen und unterschiedlichen Funktionen. Schließlich hatte formales Recht einen ganz spezifischen Inhalt und ganz spezifische Verfahren (Teubner, 1982, 252; Wiethölter, 1984). Was also sind die materiellen Orientierungen eines post-instrumentalen Rechts?

Die Antwort kann nur sehr versuchsweise gegeben werden. Materiale Orientierungen eines prozeduralen Rechtes sind auf das ehrgeizige Ziel gerichtet, zwischen funktionalistischen und kristischen Ansätzen zur Sozialtheorie zu vermitteln. Wiethölter plädiert explizit für ein Verständnis der Prozeduralisierung als Problem der Rechtfertigung von vernünftiger praktischer Aktion unter Systembedingungen. Das Ziel ist, ein Forum zu schaffen, in der Gesellschaftstransformation rekonstruktiv und prospektiv behandelt wird (Wiethölter, 1984). Ich stimme mit der allgemeinen Absicht überein. Ich würde es jedoch vorziehen, auf das begrenzte Potential der praktischen Philosophie jenseits der Sphäre der persönlichen Interaktionsmoral zu verweisen und demgegenüber den Aspekt der Steigerung von Lernmöglichkeiten in dezen-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tralisierten gesellschaftlichen Teilsystemen zu betonen. Können Systeme lernen, die Folgen ihrer hochgetriebenen Spezialisierung für ihre Umwelt und für sie selbst in ihre eigene Sprache zurückzuübersetzen? Diesen « context of discovery » institutionell zu ermöglichen - würde das unser Bedürfnis für eine materiale Orientierung des reflexiven Rechtes befriedigen?

LITERATURVERWEISE

ALEXANDER, Jeffrey C. (1982), *Theoretical Logic in Sociology*, Bd. 1. *Positivism Presuppositions and Current Controversies*, Berkeley.

ASHBY, William R. (1975), *An Introduction to Cybernetics*, London.

ASSMANN, Heinz-Dieter (1980), *Wirtschaftsrecht in der Mixed-Economy. Auf der Suche nach einem Sozialmodell für das Wirtschaftsrecht*, Frankfurt, Athenaeum.

BLACK, Donald (1972), *Book Review: Philip Selznick, Law, Society and Industrial Justice, 1969*, 78, « American Journal of Sociology », 709.

BLANKENBURG, Erhard (1984), *The Poverty of Evolutionism. A Critique of Teubner's Case for « Reflexive Law »*, 18, « Law & Society Review ».

BOHNERT, Werner und KLITZSCH, Wolfgang (1980), *Gesellschaftliche Selbstregulierung und staatliche Steuerung. Steuerungstheoretische Anmerkungen zur Implementation politischer Programme*, in R. MAYNTZ (Hrsg.), *Implementation politischer Programme*, Königstein, Athenäum.

BRUEGGEMEIER, Gert (1982), « *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung* » - « *Mischverfassung des demokratischen Interventionskapitalismus* » - « *Verfassungstheorie des Sozialstaates* ». *Drei Modelle der Verflechtung von Staat und Wirtschaft?*, in V. GESSNER und G. WINTER (Hrsg.), *Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft*, Opladen, Westdeutscher Verlag.

BUCKLEY, Walter (1968), *Society as a Complex Adaptive System*, in W. BUCKLEY (Hrsg.), *Modern Systems Research for the Behavioral Scientist*, Chicago.

CLUNE, William H. (1983), *The Political Origins and Political Process of Regulation: What we Can Learn from a Positive Political Analysis?* in D. TRUBEK (Hrsg.), *Reflexive Law and the Regulatory Crisis*, Madison.

EASTON, David (1965), *A System Analysis of Political Life*, New York.

EDELMAN, Murray (1964), *The Symbolic of Use of Politics*, Urbana University of Illinois Press.

ETZIONI, *Amitai* (1968), *The Active Society. A Theory of Societal and Political Processes*, New York, Free Press.

FEYERABEND, Paul (1975), *Against Method. Outline of an Anarchistic Theory of Knowledge*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

FRIEDMAN, Lawrence (1984), *Legal Culture and the Welfare State*, in G. TEUBNER (Hrsg.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*,

GLANVILLE, Ranulph (1979), *The Form of Cybernetics*, in *General Systems Research*, Louisvill3.

GOTTHOLD, Jürgen (1983), *Privatisierung oder Entbürokratisierung kommunaler Sozialpolitik*, in R. VOIGT (Hrsg.), *Abschied vom Recht?*, Frankfurt, Suhrkamp.

GRIMM, Dieter (1980), *Reformalisierung des Rechtsstaats als Demokratiepostulat*, in « Juristische Schulung », 704.

HABERMAS, Jürgen (1962), *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Neuwied, Luchterhand.
— (1963), *Theorie und Praxis. Sozialphilosophische Studien*, Neuwied, Luchterhand.
— (1973), *Zum Begriff der politischen Beteiligung* (1958), in J. HABERMAS, *Kultur und Kritik*, Frankfurt, Suhrkamp.
— (1973 a), *Legitimationsprobleme im Spätkapitalusmus*, Frankfurt, Suhrkamp.
— (1976), *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*, Frankfurt, Suhrkamp.
— (1981), *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt, Suhrkamp.

HART, Dieter (1983), *Contract and Consumer Protection: Organizing Countervailing Power - on the Development of Substantive and Reflexive Elements in Modern Contract Law*, in D. TRUBEK (Hrsg.), *Reflexive Law and the Regulatory Crisis*, Madison.

HARTER, Philip J. (1982), *Negotiating Regulations: A Cure for Malaise*, 71 « Georgetown Law Journal », 1.

HAYEK, Friedrich A. (1972), *The Theory of Complex Phenomena*, in *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, Chicago.
— (1973), *Law, Legislation and Liberty*, Vol. I. *Rules and Order*, Chicago.

HEJL, Peter M. (1982 a), *Sozialwissenschaft als Theorie selbstreferentieller Systeme*, Frankfurt.
— (1982 b), *Die Theorie autopoietischer Systeme: Perspektiven für die soziologische Systemtheorie*, 13 « Rechtstheorie », 45.

HONDRICH, Karl O. (1975), *Menschliche Bedürfnisse und soziale Steuerung*, Reinbek.

HOPPMANN, Erich (1972), *Fusionskontrolle*, Tübingen.

INDUSTRIAL DEMOCRACY IN EUROPE (IDE) (1979), *Industrial Research Group: Industrial Democracy in Europe*, Oxford.

JETSWAART, Heleen (1983), *The Conference on Reflexive Law and the Regulatory Crisis*, 4 « Zeitschrift für Rechtssoziologie », 349.

JOERGES, Christian (1981), *Verbraucherschutz als Rechtsproblem*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft.
— (1983), *Regulatory Law, Private Government and Self-Regulation*, in D. TRUBEK, *Reflexive Law and the Regulatory Crisis*, Madison.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

KRAUSE, Detlef (1984), *Corporate Social Responsibility: Interests and Goals*, in K. J. HOPT und G. TEUBNER (Hrsg.), *Corporate Governance and Directors' Liability*, Berlin - New York, Walter de Gruyter.

LADEUR, Karl-Heinz (1982), *Verrechtlichung oder Ökonomisierung des Rechts?*, in V. GESSNER und G. WINTER (Hrsg.), *Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft*, Opladen, Westdeutscher Verlag.

LAMMERS, C. J. (1967), *Power and Participation in Decision-Making in Formal Organisations*, 73 « The American Journal of Sociology », 201.

LAWRENCE, Paul R. und LORSCH Jay W. (1967), *Organization and Environment: Managing Differentiation and Integration*, Boston.

LEHNER, Franz (1979), *Grenzen des Regierens*, Königstein, Athenäum.

LINDBLOM, Charles and COHEN David (1979), *Usable Knowledge. Social Science and Social Problem Solving*, New Haven - London, Yale University Press.

LUHMANN Niklas (1971), *Die Weltgesellschaft*, in *Soziologische Aufklärung 2*, Opladen, Westdeutscher Verlag.

— (1981 a), *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, München, Olzog.

— (1981 b), *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt.

— (1982), *The Differentiation of Society*, New York, Columbia University Press.

— (1984), *The Self-Reproduction of the Law and Its Limits*, in G. TEUBNER (Hrsg.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin - New York, Walter de Gruyter.

LUHMANN und SCHORR (1979), *Reflexionsprobleme im Erziehungssystem*, Stuttgart, Klett-Cotta.

MACAULY, Stewart (1983), *Private Government*, in D. TRUBEK (Hrsg.), *Reflexive Law and the Regulatory Crisis*, Madison.

MATURANA, Humberto R. (1970), *Biology of Cognition*, Urbana, Illinois.

— (1975), *Autopoietic Systems. A Characterization of the Living Organization*, Urbana, Illinois.

— (1982), *Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit*, Braunschweig.

MATURANA, Humberto R., VARELA, F. E. und URIBE, F. A. (1974), *Autopoiesis: The Organization of Living System*, 5, « Bio Systems », 187.

MESTMÄCKER, Ernst-Joachim (1978), *Die sichtbare Hand des Rechts. Über das Verhältnis von Wirtschaftsordnung und Rechtssystem*, Baden-Baden, Nomos.

MAYNTZ, Renate (1979), *Regulative Politik in der Krise?*, in Joachim MATTHES (Hrsg.), *Sozialer Wandel in Westeuropa*, Frankfurt, Campus.

— (1980), *Die Implementation politischer Programme*, in R. MAYNTZ (Hrsg.), *Implementation politischer Programme*, Königstein, Athenäum.

— (1983), *Implementation politischer Programme*, II, Opladen, Westdeutscher Verlag.

MITNICK, Barry (1980), *The Political Economy of Regulation Creating, Designing and Removing Regulatory Forms*, New York, Columbia University Press.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

NONET, Philippe und SELZNICK, Philip (1978), *Law and Society in Transition*, London, Harper & Row.

PITSCHAS, Rainer (1980), *Soziale Sicherung durch fortschreitende Verrechtlichung?*, in R. VOIGT (Hrsg.), *Verrechtlichung*, Königstein, Athenäum.

PODGORECKI, Adam (1974), *Law and Society*, London-Boston.

REICH, Norbert (1983), *The Regulatory Crisis: Ideology or Reality?*, in D. TRUBEK (Hrsg.), *Reflexive Law and the Regulatory Crisis*, Madison.

ROTTLEUTHNER, Hubert (1983 a), *Die Ausdifferenzierung der Justiz*, Berlin.
— (1983 b), *Theorien der Rechtsentwicklung zwischen Empirie und Geschichtsphilosophie*, Berlin.

SCHARPF, Fritz (1979), *Die Rolle des Staates im westdeutschen Wirtschaftssystem: Zwischen Krise und Neuorientierung*, in « Staat und Wirtschaft », Berlin.

SELZNICK, Philip (1973), *Rejoinder to Donald Black*, 78, « American Journal of Sociology », 1266.

SIMITIS, Spiros und ZENZ Gisela (Hrsg.) (1975), *Familie und Familienrecht*, Frankfurt.

STACHOWIAK, Herbert (1965), *Gedanken zu einer allgemeinen Theorie der Modelle*, 18 « Studium Generale », 432.
— (1973), *Allgemeine Modelltheorie*, Wien - New York, Springer.

STONE, Christopher D. (1975), *Where the Law Ends. The Social Control of Corporate Behavior*, New York, Harper.
— (1984), *Public Interest Representation: Economic and Social Policy Inside the Enterprise*, in K. J. HOPT und G. TEUBNER (Hrsg.), *Corporate Governance and Directors' Liability*, Berlin - New York, Walter de Gruyter.

TEUBNER, Gunther (1978), *Generalklauseln als sozio-normative Modelle*, in K. LÜDERSSEN et AL., *Generalklauseln als Gegenstand der Sozialwissenschaften*, Baden-Baden, Nomos.
— (1982), *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, 17 « Law & Society Review », 239.
— (1983), *Corporate Responsibility als Problem der Unternehmensverfassung*, 11, *ZGR*, 34.
— (1984), *Corporate Fiduciary Duties and Their Beneficiaries. A Functional Approach to the Legal Institutionalization of Corporate Responsibility*, in K. J. HOPT und G. TEUBNER (Hrsg.), *Corporate Governance and Directors' Liability*, Berlin - New York, Walter de Gruyter.
— (1984 a), *Verrechtlichung - Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege*, in F. KÜBLER (Hrsg.), *Recht ohne Wachstumsgrenzen?*, Baden-Baden, Nomos.

TEUBNER, Gunther und WILLKE Helmut (1984), *Kontext und Autonomie. Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht*, 5 *Zeitschrift für Rechtssoziologie*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

UNGER, Roberto M. (1976), *Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory*, New York, Free Press.

— (1983), *The Critical Legal Studies Movement*, 96, « Harvard Law Review », 563.

VARELA, Francisco J. (1979), *Principles of Biological Autonomy*, New York.

WÄLDE, Thomas (1979), *Juristische Folgenorientierung. « Policy Analysis » und Sozialkybernetik*, Frankfurt.

WEDDERBURN, K. W. (1984), *The Legal Development of Corporate Responsibility*, in K. J. HOPT und G. TEUBNER (Hrsg.), *Corporate Governance and Directors' Liability*, Berlin - New York, Walter de Gruyter.

WIETHÖLTER, Rudolf (1982), *Entwicklung des Rechtsbegriffs*, in V. GESSNER und G. WINTER (Hrsg.), *Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft*, Opladen, Westdeutscher Verlag.

— (1984), *Materialization and Proceduralization in Modern Law*, in G. TEUBNER (Hrsg.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin - New York, Walter de Gruyter.

WILLKE, Helmut (1982), *Gesellschaftliche Kriterien ökonomischer Rationalität*, Köln.

— (1983), *Entzauberung des Staates*, Königstein, Athenäum.

WINTER, Gerd (1982), *Literaturbericht zum Thema*, in V. GESSNER und G. WINTER (Hrsg.), *Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 9.

ZELENY, Milan (Hrsg.) (1981), *Autopoiesis: A Theory of the Living Organisation*, New York.

ZIEGERT, Klaus A. (1975), *Zur Effektivität der Rechtssoziologie. Die Rekonstruktion der Gesellschaft durch Recht*, Stuttgart, Enke.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

GÜNTER DUX

EGALITÄT ALS SELBSTBEHAUPTUNG
Zur Genese von Norm und Recht

I. Der Rückgewinn der Geschichte. Einleitung.

I.1. *Angewiesenheit auf Geschichte.*

Die Soziologie ist gegenwärtig im Begriff, auf die Bedingungen zurückzukommen, unter denen sie sich als Wissenschaft gebildet hat. Sie weiß nicht nur ihren Gegenstand als historisch geworden, sie sucht ihn auch aus einer historischen Entwicklung zu begreifen. Die Rekonstruktion seines Bildungsprozesses wird zur Methode ihrer Argumentation.

Die Integration der Geschichte ebenso in den Gegenstand wie in die Methode hat das Desiderat einer Theorie der Geschichte erneut unabweisbar werden lassen. Sie wird im strikten Sinne zur Bedingung der Möglichkeit einer soziologischen Erkenntnis (1). Jede historische Argumentation beruht darauf, daß der Entwicklungsprozeß aus den Bedingungen und ihrer Verarbeitung durch die Akteure der Zeit verständlich gemacht wird. Beide, Ausgangskonstellation und Verarbeitung lassen sich aber nur in einer Prozeßlogik erweisen. Nur soweit diese Prozeßlogik reicht, läßt sich für sozio-historische Aussagen Objektivität reklamieren. Wenn aber Aussagen entlang einer Prozeßlogik gemacht werden, dann muß diese Logik selbst erwiesen werden. Eben deshalb ist eine Theorie der Geschichte nicht einfach ein Thema neben anderen.

---

(1) Sie wird auch in der Geschichtswissenschaft wieder gefordert; Wehler, 22; Koselleck, 45.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1.2. *Die Bedeutsamkeit der Anfänge.*

In jeder historischen Theorie tragen die Anfänge die Last der Erklärung. Der Grund ist nicht, daß in den Anfängen bereits beschlossen läge, was sich hernach nur noch entwickelte. Der Grund liegt vielmehr zum einen in dem handlungstheoretischen Ansatz, auf den wir festgelegt sind, wenn wir die menschlichen Verhältnisse als historische begreifen wollen; er liegt zum andern in der Strukturlogik, über die eine Theorie der Geschichte geschrieben wird. Auf einen handlungstheoretischen Ansatz sind wir festgelegt, weil die geschichtliche Erfahrung der Neuzeit Geschichte als die Geschichte selbstgeschaffener Lebensformen ausweist. Handlungstheoretisch muß der Rekurs auf die Anfänge verständlich machen, woher dieses demiurgische Vermögen des Menschen stammt, und weshalb er es in den Formen genützt hat, die wir als spezifisch humane und eben deshalb historische Lebensformen kennen. Das gilt auch für das Verständnis der normativen Organisation. Auch in soweit müssen uns die Anfänge Aufschluß darüber geben, warum gerade sie ausgebildet worden ist und warum gerade in dieser Form. Da die Autonomie der Gattung für alle fernere Entwicklung in Anspruch genommen wird, steht und fällt die Argumentation mit den Anfängen. Auf einen strukturlogischen Ansatz sind wir festgelegt, weil menschliche Lebensformen sich unter Bedingungen ausbilden, die sie zu dauerhaften Organisationsformen ebenso im Umgang mit der Natur wie im Verkehr untereinander zwingen. In den Strukturen, das gilt es für alle weitere Erörterung festzuhalten, finden sich die Bedingungen, unter denen die historischen Formen ausgebildet wurden, in verarbeiteter Form wieder. Die elementaren kulturverlangenden Bedingungen halten sich in der Geschichte durch; sie treffen nur auf veränderte Bedingungen ihrer Realisierung. Zu ihnen gehören die Bedingungen der Interaktion, die in ihrer normativen Verfassung verarbeitet werden. Die Menschheit hat sich nicht nur durch die Ausbildung einer spezifisch normativen Organisation aus der subhumanen Phase entwickeln können; auch ihre weitere historische Entwicklung ist unabdingbar auf normative Strukturen festgelegt. Gewiß, die anfänglichen Strukturen bleiben nicht überhaupt unverändert. Auch ihre Identität ist eine historische Iden-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tität. Gerade deshalb lassen sie sich jedoch nur in ihrem historischen Verlauf bestimmen. Anfängen kommt deshalb auch für die weitere Entwicklung eine Schlüsselrolle zu.

Schließlich bestimmen die anfänglichen Strukturen die Grenzen der möglichen Weiterentwicklung. Wie weit oder wie eng die Grenzen sind, läßt sich nicht abstrakt bestimmen. Sicher ist, daß allein schon deshalb mit den Anfängen eine Prozeßlogik beginnt, die sich verfolgen läßt. Sie ist umso härter, als sich die elementaren Bedingungen durchhalten. Die Vorstellung, Geschichte bilde sich aus jeweils einzigartigen Synthesen, lasse sich nur im synchronen und nicht in diachronen Schnitt auf eine Prozeßlogik festlegen (H. Apel, 9 ff.), ist ein Widerspruch in sich.

Die Frage nach den Anfängen hat in einer historischen Rekonstruktion einen strikt empirischen Sinn. Mit der jahrtausendealten Frage nach dem Grund hat sie nichts gemein. Nur um Mißverständnisse auszuschließen, sei sie eigens erwähnt.

1.2.1. *Die Frage nach dem Grund.* — Woher Norm und Recht stammen, ist eine Frage, die seit alters gestellt wird. Ihre Beantwortung machte keine Not. Solange Götter für die Ordnung der Welt einstehen, stammen sie natürlich von diesem oder jenem Gott. Und wo, wie in Griechenland, die Götter ihrer irdischen Obliegenheiten entledigt waren, nur noch das müßige Dasein selbstgefälligen Lebens führten, da blieb gleichwohl die Natur in den Kategorien der Sozialwelt interpretiert. Der Logos bestimmte beide, Natur und Sozialwelt. Ersichtlich ist schon die Frage nach dem Ursprung von Norm und Recht seit den Anfängen der Philosophie bis in die philosophischen Bemühungen unserer eigenen Zeit auf der Folie einer absolutistischen Erklärungsstruktur gestellt. Gefragt wurde nach einem Ursprung, aus dem heraus Norm und Recht, so wie sie beide vorgefunden wurden, hervorgegangen waren, substanziell emanatistisch also. Und ebenso ersichtlich ist, daß für uns diese Frage ihrer logischen Form nach keinen Sinn mehr macht. Sie gibt nicht das Wissen, nach dem wir verlangen. Der Wechsel von der metaphysischen Frage nach dem Grund zur historischen Frage nach den Anfängen kennzeichnet den Wechsel im Weltbild der Neuzeit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1.3. *Ein vernünftiger Materialismus.*

Die Frage nach den Anfängen, im streng historischen Sinne wäre nicht möglich, wenn wir nicht bereits das Wissen hätten, daß es diese Anfängen gibt. Die Geschichte im eigentlichen Sinn, i.e. die Geschichte als Geschichte selbstgeschaffener Lebensformen schließt an die Naturgeschichte an. Nach den Anfängen der grundlegenden Strukturen humaner Vergesellschaftung fragen, heißt deshalb nach den Bedingungen fragen, unter denen es möglich wurde, den Schritt aus der Naturgeschichte in die eigentliche Geschichte zu tun. Dazu zählt die Ausbildung von Normen.

Natürlich kann man meinen, die Soziologie lege auch mit der empirisch gewendeten Frage nach den Anfängen ihr Programm zu groß an. Ohne Zweifel nimmt sie damit nicht weniger als die Gattungsgeschichte insgesamt in den Blick. Allein, wenn man sich denn auf eine historische Argumentation einläßt, weil nur eine historische Argumentation das theoretische Wissen beibringt, das wir verlangen, dann ist der Rückzug auf die Anfänge unvermeidlich. Aber das ist nicht alles. Man darf nicht verkennen, daß tatsächlich in diesen Dimensionen gedacht wird, und unablässig auch Erklärungen angeboten werden - von der Soziobiologie zum Beispiel. In Wahrheit schließen wir denn auch nur an ein Wissen an, das längst den Status eines Allgemeinwissens erlangt hat, wenn auch seine theoretische Durchführung alle Wünsche offen läßt: Wir haben zum einen hinreichendes Wissen über die Naturgeschichte. Wir kennen den Verlauf und in groben theoretischen Modellen auch die Mechanismen, die ihn bewirkt haben. Wir kennen aber vor allem das Endprodukt dieser Evolution: den anthropologischen Organisationsplan, von dem der sozio-kulturelle Formbildungsprozeß ausgegangen ist und immer noch ausgeht. Damit aber wird eine Frage möglich, die bei einer bloßen Fixierung auf die Biologie nicht einmal im Horizont des Denkens sichtbar wird: Wie nämlich auf der Basis der anthropologischen, und das heißt biologischen Organisation die Ausbildung der kulturellen Organisation als selbstgeschaffene Lebensformen möglich wird. Was, das ist die Frage, soweit es das Verständnis der normativen Verfassung der menschlichen Lebenswelt betrifft, hat

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

es möglich gemacht, sie über Normen aufzubauen, wenn doch die subhumanen Organisationsformen Normen nicht kennen.

Mit der Strategie einer derart historisch- genetischen Rekonstruktion verfolgen wir, was man einen « vernünftigen Materialismus » nennen könnte. Der Mensch wird so in die Natur gestellt, daß seine geistig-kulturellen Lebensformen aus ihr als Produkt der Entwicklung verständlich werden (2). Einzig das kann Materialismus heute noch heißen: nicht die Reduktion der menschlichen Daseinsweise auf die gleichen Mechanismen, die auch schon auf der subhumanen Stufe gelten. Darin liegt der Kurzschluß aller Sozio-Biologie, die sich seit geraumer Zeit auch der Normen bemächtigt. Ihr Ableitungsreduktionismus ist schon für die Biologie verfehlt (Monod 1970, 75); erst recht für den Übergang aus der subhumanen in die humane Phase; er verkennt, daß Geschichte wirklich Neues entstehen lassen kann. « Vernünftig » nenne ich diesen Materialismus deshalb, weil er sich von der Geistigkeit des Menschen nichts, aber auch gar nichts ausreden läßt. Wie also, das ist die Frage, stellt sich die Entwicklung von Norm und (später) von Recht in der Strategie eines historischen Konstruktivismus dar?

1.4. *Vorgaben der Rekonstruktion.*

Das neuzeitliche Verständnis der Geschichte, sie als die Geschichte selbstgeschaffener Lebensformen zu begreifen, bereitet der Rekonstruktion ihrer Anfänge schier unüberwindbar scheinende Schwierigkeiten. Es scheint, als müßten die Akteure schon existieren, bevor sie die ersten Lebensformen der Geschichte in Szene setzen konnten. Und doch sind die Akteure ohne diese

---

(2) Dieses Programm hatte sich die philosophische Anthropologie der 20er Jahre gestellt; PLESSNER 1928. Sie war allerdings vorwiegend damit befaßt, den Organisationsplan selbst in seiner Angewiesenheit auf Vermittlung darzutun. Nur in denjenigen Ausdrucksformen, in denen die Leiblichkeit noch direkten Ausdruck fand wie Lachen und Weinen, war sie mit den einzelnen Formen der Lebensführung befaßt.

Wir gehen einen Schritt weiter und fragen nach den Prozessen, in denen sich auf der Basis des anthropologischen Organisationsplanes die spezifisch soziokulturellen Lebensformen ausbilden. Vgl. DUX 1981.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Lebensformen, und das sind samt und sonders gesellschaftliche Lebensformen, nicht denkbar. Die gleiche Aporie wiederholt sich beim Versuch, die Genese von Normen zu rekonstruieren. Es gehört zur idealistischen Tradition des Normverständnisses, Normen von ihrem ideellen Gehalt her zu begreifen. Das Kantische Prinzip der Moral, die Verpflichtung auf die Idee einer allgemeinen Gesetzgebung, ist ganz auf die Spitze der Reflexion dieser Idee gestellt. Von ihr erfährt sie ihre Verbindlichkeit (Buck, 91). Selbst wenn sich der Gehalt erst über eine Prozeßstruktur herstellt, wie in der Hegel'schen Dialektik, fällt die Verbindlichkeit doch dem materialen Gehalt selbst zu. Denn was immer sich bei Hegel ins Werden schickte, war in der Ursprungslogik Hegel'schen Denkens in Gedanken schon vorgedacht (Adorno, 1966, 36).

Die soziologische Theorie ist in der Abkehr von der idealistischen Vorstrukturiertheit des Denkens wie so oft auf halbem Wege stehengeblieben. Zwar hat sie die Ausbildung der Moralität, i.e. der normativen Verbindlichkeit der Gesellschaft selbst zugeschrieben und damit dort lociert, wo sie auch praktisch wird. Die Vorstellung jedoch, daß die Verbindlichkeit sich über die selbstgeschaffenen Inhalte herstelle, aus Einsicht also in ihre Vernünftigkeit hat sie beibehalten. Für Durkheim (1917) wie für Habermas (1981) ist die beherrschende Frage, worin eine Gesellschaft sich einig weiß und was sie von diesem Substrat ins Normative übersetzt. Der Schwierigkeit, daß Normen, deren Verbindlichkeit Resultat kommunikativer Einsicht ist, immer schon eine vollausgebildete Gesellschaft voraussetzen, sucht Habermas dadurch zu entgehen, daß er vorsprachliche Gehalte gemeinschaftlichen Tuns, rituelle Verbindlichkeiten quasi im Übergangsfeld zur humanen Vergesellschaftung mit ihrer definitiven Entwicklung sprachlich einholen läßt. Einmal abgesehen von dem spekulativen Gehalt dieser Konstruktion frei Hand, stellt sich die Frage, wie sich die rituellen Verbindlichkeiten gebildet haben sollen? Gewiß, Riten gibt es bereits als tierische Organisationsform. Aber die haben eine andere Basis. Und es geht nicht an, sie umstandslos auch zur Vorstufe religiöser Riten werden zu lassen. Wenn sie als « religiös » deklariert werden, sind sie unabdingbar an die Entwicklung kognitiver Formen gebunden, die sich einzig unter Mitwirkung der Sprache zu Riten umsetzen

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

konnten. Gravierender aber noch ist, daß nicht einsichtig wird, was diese Riten qualifiziert haben soll, sprachlich transformiert und zu Normen ausgebaut zu werden, woher sie also in anderen Worten jene Vernunft nehmen, auf die doch jedes kommunikative Einverständnis festgelegt ist.

Eine historisch-genetische Rekonstruktion, die die spezifisch humanen Organisationsformen wirklich in ihrem Bildungsprozeß erfassen will, muß hinter jene Eigenschaften zurückgehen. Sie muß Ernst machen mit jenem materialistischen Ansatz, den ich zuvor schon erwähnt habe. Wenn denn die Geschichte der menschlichen Organisation an die Naturgeschichte anschließt, dann muß dieser Anschluß mit den Mitteln erfolgt sein, die die Naturgeschichte bereithielt. Das aber impliziert eine Einsicht, die weitreichende Folgen hat: Am Grunde des Formbildungsprozesses kann weder kommunikativ hergestelltes Einverständnis noch Vernunft gestanden haben. Sie entwickeln sich, gewiß, aber es gilt, die Bedingungen dieser Entwicklung ausfindig zu machen. Denn die gehen, wie ich anfangs schon erwähnt habe, in die Strukturen als formbildendes Prinzip ein. Thematisch gemacht werden müssen mit anderen Worten diejenigen Bedingungen, die die Grenze bestimmen: noch der Natur angehörend und schon auf die Ausbildung sozio-kultureller Lebensformen hinwirken.

Was hier als stringente Strategie soziologischer Erkenntnisabsicht dargelegt wird, der unumgängliche Anschluß an die Naturgeschichte, ist im historischen Bewußtsein der Neuzeit von Anfang an mitreflektiert. Einen geradezu splendiden Ausdruck hat sie bei Rousseau gefunden. Ich will wenigstens darauf verweisen.

1.5. *Natur und Selbstbehauptung.*

Der Ansatz der Rousseau'schen Geschichtsphilosophie ist paradigmatisch für unsere Zeit: Rousseau ist umgetrieben durch die Verhältnisse der Gegenwart, die Widersprüchlichkeit, in der sich der Mensch vorfindet. Der contrat social wie der Emile weisen gleich im ersten Satz auf diese verkehrte Situation hin: « L'home est né libre, et par-tout il est dans les fers » (Werke III, 351). Um zu erklären, wie das geschehen konnte, sieht er sich gezwun-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gen, die Geschichte zurückzugehen bis zu den Anfängen, mehr noch, hinter sie zu gehen, bevor sie sich in Bewegung setzte.

Die eigenartige Art, die Antwort auf die Frage nach dem Grunde zu suchen, indem die Geschichte als Ganzes aufgerollt wird, die gewaltige Beweislast, die damit übernommen wird, sie wäre nicht verständlich, hätte Geschichte nicht selbst eine Erfahrung heraufgebracht, die am Grunde dieses Bewußtseins liegt: Sie besteht zum Einen in jener Grunderfahrung, die ich schon beigezogen habe: Geschichte hat sich als die Geschichte selbstgeschaffener Lebensformen erwiesen. Gleich zu Anfang des ersten Discours kehrt Rousseau dieses Wissen in den Blick:

> C'est un grand et beau spectacle de voir l'homme sortir en quelque maniere du néant par ses propres efforts; dissiper, par les lumieres de sa raison, les ténébres dans lesquelles la nature l'avoit enveloppé; s'élever au-dessus de soi-même; s'élancer par l'esprit jusques dans les régions célestes; parcourir à pas de Geant ainsi que le Soleil, la vaste étendue de l'Univers; et, ce qui est encore plus grand et plus difficile, rentrer en soi pour y étudier l'homme et connoître sa nature, ses devoirs et sa fin. Toutes ces merveilles se sont renouvellées depuis peu de Générations.
>
> (III, 6)

Dieses Wissen hat spektakuläre Konsequenzen: Es gäbe die Frage nach dem Grunde der gegenwärtigen Misere gar nicht ohne es. Man braucht sich nur vorzustellen, wie sie unter der Ägide religiösen Selbstverständnisses beantwortet wäre; Rousseau spielt darauf an (III, 133). Das Problem stellt auch nur, wenn man Geschichte so betrachtet, wie sie vom Standpunkt der Gegenwart her betrachtet werden muß: « S'il (le Genre-humain) fut resté abandonné a lui-même » (III, 133). Das aber bedeutet, daß auch jene Entwicklung, die zum Elend der Gegenwart geführt hat, einzig ihm zugeschrieben werden muß. Eben dieses Wissen, es selbst gewesen zu sein ([3]), macht die Rekonstruktion der ganzen Geschichte notwendig: Voici ton histoire.

([3]) O. MARQUARD: In der Geschichtsphilosophie proklamiert der Mensch seine Absicht, es selbst gewesen zu sein (242).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Der Rückgang auf den Zustand der Natur hat zum Ziel den Rückgang auf den Anfang der Geschichte, noch bevor sie sich in Bewegung gesetzt hat. Auch er hat eine neuzeitliche Prämisse, ohne die er nicht verständlich wird: Wäre Natur länger noch, was sie einmal war: eine sinnhafte Organisation nach der Art menschlichen Daseins, eine Ordnung, an der der Mensch mit seinen Lebensformen partizipierte, dann wäre mit dem Rückgang auf die Natur auch schon alles erledigt. Aber so ist es gerade nicht. Natur ist bei Rousseau der Zustand einer mechanischen Ordnung ohne Geistigkeit. Man hat eingewandt, Rousseau mache geradezu überschwenglichen Gebrauch von teleologischen Beschreibungen (Blumenberg 1966, 410). Gewiß, wo immer teleonomische Zusammenhänge in den Blick rücken, wirkliche oder vermeintliche, ließ sich zu Rousseau's Zeiten die teleologische Redeweise kaum vermeiden. Auch heute zwingt uns die Sprache teleologische Formulierungen geradezu auf. Allein, entscheidend ist, daß darüber die sinnhafte Ordnung gerade nicht wiederhergestellt wird. Günther Buck hat mit Recht darauf hingewiesen, daß für Rousseau Zufall das Geschehen bestimmt (Buck, 86). In der Tat, in der Entwicklung der Geschichte lassen sich vom état primitif bis zur Despotie sieben Stufen unterscheiden, und jede wird durch Zufall heraufgeführt. Zufall aber ist die Gegenkategorie zum Weltverständnis der Vergangenheit.

Geschichte ist die Geschichte vergesellschafteter Lebensformen; Rousseau läßt deshalb den Naturzustand mit dem nichtvergellschafteten Menschen beginnen. Und da seine Zeit keine auch nur annähernd realistische Vorstellung von dem Übergang aus der Naturgeschichte in die Kulturgeschichte hatte, ist der vorgeschichtliche Mensch der einzelne Erwachsene. Der Naturzustand und der Mensch im Naturzustand dient Rousseau nur als Methode, den denknotwendigen Anfang überhaupt denken zu können. In der Konstruktion des Anfangs liegt der Schlüssel der Rousseau'schen Konstruktion der Geschichte, ihres grundlegenden Verständnisses. Rousseau nämlich zeichnet den Anfang exakt in der Weise, in der er tatsächlich bestimmt werden muß: als Grenzlage zwischen Natur und Kultur. Dem natürlichen Menschen eignet ein Prinzip, das er mit allen Lebewesen teilt: selbstbehauptung.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

> Laissant donc tous les livres scientifiques qui ne nous apprennent qu'à voir les hommes tels qu'ils se sont faits, et méditant sur les premières et plus simples opérations de l'Ame humaine, j'y crois appercevoir deux principes antérieurs a la raison, dont l'un nous intéresse ardemment à nôtre bien-être et à la conservation de nous mêmes, et l'autre nous inspire une répugnance naturelle à voir perir ou souffrir tout être sensible et principalement nos semblables. C'est du concours et de la combinaison que nôtre esprit est en état de faire de ces deux Principes, sans qu'il soit nécessaire d'y faire entrer celui de la sociabilité, que me paroissent découler toutes les règles du droit naturel; règles que la raison est ensuite forcée de rétablir sur d'autres fondemens, quand par ses développemens successifs elle est venue à bout d'étouffer la Nature.
>
> (III, 125 ff.)

Darüberhinaus aber eignet ihm eine Eigenschaft, die einzig ihn unter allen Lebewesen auszeichnet: die « perfectibilité ». Mit diesen beiden auszeichnenden Eigenschaften ist die Grenzlage markiert. Die Geschichte kommt dadurch in Bewegung, daß die geistlose Dynamik des Naturzustandes, das organisatorische Prinzip, das der Mensch mit allen Lebewesen teilt, Selbstbehauptung also, auf das jenige Potential trifft, das einzig ihn auszeichnet: eben die « perfectibilité ».

Die Absicht der Rekapitulation der Rousseau'schen Geschichtskonstruktion ist, daran sei erinnert, nicht etwa, den Rousseau'schen Naturzustand für meine eigene Argumentation zu beleben. Er hatte schon für Rousseau nur den Charakter einer « supposition ». Mir geht es vielmehr darum, zu dokumentieren, daß die hier verfolgte Strategie einer Erklärung der menschlichen Lebensformen aus den Bedingungen der Möglichkeit ihrer Anfänge eine Strategie ist, die mit der neuzeitlichen Aufarbeitung der Geschichte, ihrer Selbstreflexion, heraufgeführt worden ist (4). Die Notwendigkeit, die Grenzlage zu bestimmen, ist durch unser Wissen über die Naturgeschichte nur noch dringlicher geworden. Insofern ist Rousseau's Analyse gültig: Die Erklärung der An-

(4) Eine ausführliche Erörterung der Reflexion von Geschichte als Delbstbehauptung von den Anfängen der Neuzeit bis hin zu Rousseau findet sich in der schon angeführten Arbeit von Günther Buck.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fänge, und das heißt ihrer grundlegenden Strukturen ist aus den naturgeschichtlichen Antrieben zu entnehmen, die auch noch die Grenzlage bestimmen. Aber sie hat gleichfalls das Potential ins Auge zu fassen, auf das sie trifft. Das verändert die Wirkweise auch des naturgeschichtlichen Prinzips.

Der Gang unserer Erörterung liegt damit fest. Unsere Frage ist: Welche naturhaften Bedingungen haben den normativen Aufbau der gesellschftlichen Organisation bestimmt, und wie haben sie sich in der Organisation selbst niedergeschlagen? Eine gewisse Rekapitulation der anthropologischen Grundlage ist unvermeidlich (5).

2. Strukturwandel im Aufbau der Sozietät.

2.1. *Umstellung der Interaktion.*

Der Übergang von der Subhumanen Sozietät der Primaten zur spezifisch humanen Organisationsform der menschlichen Gesellschaft beruht auf einem Wandel des Organisationsprinzips. In Primatensozietäten sind die Rahmen der interaktiven Beziehungen zwischen den Mitgliedern einer Horde vorherrschend instinktiv festgelegt. Lernen und damit Variabilität findet in den Grenzen dieser genetisch vorstrukturierten Schemata statt. Die Lernkapazität erlaubt zwar die Erweiterung der Verhaltensmuster: darauf beruht ein Teil der Dressurleistungen im Labor. In der natürlichen Umwelt hält die dominant instinktive Organisation die Tiere jedoch in den vorprogrammierten Grenzen fest, wenn auch die Ränder brüchig sind. Das natürliche Verhaltensrepertoire von Primatensozietäten ist und bleibt vergleichsweise restringiert. Die evolutive Entwicklung an den Anthropoiden vorbei zum Menschen besteht darin, auch noch die genetisch fixierten Rahmenprogramme der Interaktion abgebaut zu haben. Der Mensch muß die Grundformen der sozietären Beziehungen, etwa den Verkehr der Geschlechter ebenso erst entwickeln, wie die Grundformen im Aufbau einer immer schon vorhandenen Natur.

(5) Ausführlicher Dux 1982, 26 ff.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Exakt diese naturale Freisetzung ist es, die wir als Autonomie des Menschen verbuchen.

2.2. *Der Aufbau in der Ontogenese. Selbstbehauptung als Lernen.*

Lebewesen, die derart radikal von genetisch strukturierten Verhaltensweisen freigesetzt sind, können den Aufbauprozeß nur in der frühen Phase der Ontogenese eines jeden Gattungsmitgliedes beginnen. Das ist eine Bedingung des Überlebens. Und sie können es nur im Umgang mit einem immer schon kompetenteren anderen. Der Aufbauprozeß vollzieht sich deshalb in einem mit der Entwicklung der Aktions und das heißt ebenfalls der Interaktionskompetenz. Für das neugeborene Gattungsmitglied ist die Selbstbehauptung des Organismus gleichbedeutend mit der Fähigkeit zu lernen. Nur weil der Organismus lernfähig ist und die äußeren Bedingungen Lernen ermöglichen, überlebt er. In einem elementaren Sinn bedeutet für ihn Selbstbehauptung « la faculté de se perfectionner ».

Das Junktion zwischen Selbstbehauptung und « perfectibilité » läßt sich an einem einfachen Lernbeispiel erläutern: Die Integrität des Körpers beim Zusammenstoß zwischen Kopf und Tischbein ist nur dadurch sicherzustellen, daß der Organismus hinkünftig Erfahrungen in gleichen Situationen antizipiert und - und das ist entscheidend: seine Motorik danach bestimmt. « Perfectibilité » ist ersichtlich eine Bedingung des Überlebens.

2.3. *Selbstbehauptung und Angewiesenheit auf den anderen.*

Rousseau hatte dem Naturzustand eine Aporie eingebildet: Die erwachsenen Wilden waren « sans nul besoin de ses semblables » (III, 162). Ohne daß ihnen der Zufall zu Hilfe gekommen wäre, hätte die Menschheit diesen Zustand nie verlassen (III, 162). Die wirkliche Ausgangslage des Bildungsprozesses der Gattung sieht anders aus. Die Bedingung der Möglichkeit dafür, daß sie überhaupt die Chance einer Entlassung aus den genetisch rigider fixierten Verhaltensformen bot, waren bereits tierische Sozietäten.

Nur innerhalb von Sozietäten nämlich läßt sich ein Lerndrogramm, wie es für die Bildung der menschlichen Gattung

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

konstitutiv ist, realisieren. Die naturgeschichtliche Entwicklung ist aus dem Binnenraum einer Sozietät und aus der Frühphase der Ontogenese heraus erfolgt - noch einmal: naturnotwendig.

Sobald man die anthropologische Ausgangslage in dieser Weise bestimmt, erhält die Selbstbehauptung einen anderen Gehalt. Die Entwicklung aus einer Sozietät und aus der Frühphase der Ontogenese heraus stellt von allem Anfang an Selbstbehauptung und Lernprozeß unter die Bedingung der Angewiesenheit auf den andern. Selbstbehauptung unter der Bedingung der Angewiesenheit auf den anderen bedeutet aber, seine Bedürfnisse so zu formen, daß sie den Bedürfnissen des anderen entsprechen, zumindest nicht widersprechen. Nur so nämlich kommt es zur Interaktion. Erneut kann ein einfaches und vieldiskutiertes Beispiel verdeutlichen ,was gemeint ist: Das für das Kind beglückende Gefühl, das Gesicht der Mutter zu sehen, läßt sich in dem weltweit bekannten Spiel des « Peckaboo » für eine Weile auf Dauer stellen. Die Bedingung ist jedoch, daß das Kind lernt, sein Verhalten an das der Mutter anzukoppeln, worauf sie geduldig dadurch hinwirkt, daß sie ihr Verhalten an das des Kindes ankoppelt (Bruner-Sherwood).

Daß die Selbstbehauptung von Anfang an unter der Bedingung der Angewiesenheit auf den andern steht, kann man in seines Bedeutung gar nicht hoch genug einschätzen. Der Effekt nämlich ist, daß der andere in die eigene Bedürfnislage eingebaut, die Rücksichtnahme auf ihn intrinsisch wird. Es macht deshalb vielfach gar keinen Sinn, zwischen rein eigennützigen und rein altruistischen Antrieben unterscheiden zu wollen, etwa in der Bedürfnislage der Mutter, die sich um das Kind kümmert. Der Mensch ist zwar kein soziales Wesen von Natur, aber er ist angewiesen auf die Sozialität und integriert diese Angewiesenheit in seine eigene Bedürfnisstruktur. Dabei ist jedoch festzuhalten, daß die Integration erst als Resultat des Bildungsprozesses erscheint. Die Integration alters steht unter dem Prinzip der Selbstbehauptung egos. Sie entwickelt sich ursprünglich überhaupt nur in der familialen Organisationsgemeinschaft kommunikativer face-to-face-Beziehungen. Moral ist deshalb an die Familialität gebunden, das macht ihre Schwäche aus; sie läßt sich nicht dadurch beseitigen, daß man ihr einen anderen (ideelleren) Grund

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nachschiebt. Vor allem aber ist das Verhältnis zwischen ego und alter nicht ausgeglichen, auch nicht in familialen Verhältnissen, wie man es bei einem ursprünglichen « wir », in dem ego und alter als gleiche Momente der Beziehung erscheinen, annehmen sollte.

Der Aufbau der menschlichen Lebenswelt, soviel haben die vorhergehenden Ausführungen gezeigt, ist von allem Anfang an interaktiv erfolgt. Das schlägt sich in den gesellschaftlichen Strukturen nieder. Normen insbesondere müssen in ihrer Struktur verstanden werden als natürliches Entwicklungsprodukt, unter dem Interaktion überhaupt nur ausgebildet werden konnte. Sie sind keine Erfindungen. Niemand hat über ihre innere Struktur nachgedacht und gesagt: Du sollst sollen. Strukturen sind vielmehr das naturwüchsige Resultat von Bedingungen, unter denen interaktive Beziehungen überhaupt erst eingeleitet und hergestellt werden können. Ebensowenig ist ihr Inhalt: Regelung und Ausgleich der gegeneinander stehenden Interessen, über ein kommunikatives Raisonnement, was jedem zusteht und was nicht zustande gekommen. Auch er bildet sich, das wird sich zeigen, dadurch, daß Interessen als Selbstbehauptung gegeneinander gesetzt werden, auch hier freilich unter der Bedingung extrinsischer wie intrinsischer Angewiesenheit auf den anderen.

3. Der Aufbau der Interaktion.

3.1. *Die Struktur der Erwartung.*

Verhalten, das unter Bedingungen der Unsicherheit des Erfolges steht, kann nur unter dem Formprinzip der Erwartung aufgebaut werden. Das gilt bereits für die subhumane Organisation und zwar auf allen Stufen der Evolution (Thorpe, 114 f.) (6). Über Erwartungen ist insbesondere der Stoffwechselprozeß des Organismus mit der Außenwelt reguliert. Er ist als Bedürfnis in der Binnenorganisation genetisch verankert. Bedürfnisse haben eine Zeitdimension. Sie melden sich im Organismus als Man-

(6) Eine eigenhendere Erörterung der stammesgeschichtlichen Ausbildung bei Dux 1980, mit weiterer Literatur.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gel an und veranlassen ihn zur Ausrichtung auf ihre künftige Befriedigung. Der Organismus organisiert gleichsam seine Tätigkeit in Erwartung konsumptiven Endverhaltens. Erwartungen sind als quasi physiologische dem Organismus eingebaut (Piaget, 1974, 199).

Mit den Organismen entwickeln sich im Fortgang der Evolution auch die Erwartungen. Physiologische, dem Organismus selbst eingebaute Erwartungen, werden mit den höheren Organisationsformen zunehmend mehr in spezifisch äußeren Verhaltensweisen ausdifferenziert. Man kann, um ein bekanntes Beispiel zu zitieren, das Lauern einer Katze vor einem Mauseloch unmöglich anders denn als Erwartung beschreiben. Instinktive Programme sind insbesondere insoweit, als die Auslöser in der Binnenorganisation genetisch verankert sind (Lorenz), über Erwartungen organisierte Programme. Auch soweit Lernen sie ergänzt, ist die Ausbildung von Erwartungen das eigentlich organisierende Prinzip des Verhaltens. Denn Lernen beruht auf der Antizipation gemachter Erfahrungen in wiederkehrenden Situationen, auf Erwartungen also. In jeder dieser Formen sind Erwartungen rein antizipatorischer Natur: die Ausrichtung auf ein künftiges Ereignis hin.

Im Übergang zur humanen Organisation der Gesellschaft erhält das Strukturprinzip der Erwartung im Aufbau der Interaktion eine neue Dimension: Zum einen muß erst über kognitive Prozesse festgelagt werden, in welchen konkreten Verhaltensweisen ererbte und erworbene Bedürfnisse befriedigt werden; zum anderen bewirkt der Umstand, daß die derart bestimmten konkreten Erwartungen immer nur kulturell ausgeformte Erwartungen sind, daß keiner der Interaktionspartner je ganz sicher sein kann, daß sie auch erfüllt werden. Die vielzitierte demokratische zweite Natur erreicht nie die Härte der ersten. Um beiden Anforderungen des anthropologischen Organisationsplanes gerecht zu werden, werden spezifische Strategien ausgebildet: Sinn und Normativität. Uns interessiert im gegenwärtigen Zusammenhang nicht die sinnhafte Bestimmung konkreten Verhaltens. Darüber später. Natürlich ist die Sinnhaftigkeit des Verhaltens von der normativen Seite nicht zu trennen. Gesollt ist sinnvolles Handeln Allein,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

das Moment des Sollens geht in der bloßen Bestimmung des Sinnvollen nicht auf.

3.2. *Das normative Prinzip des Sollens.*

Auch menschliches Verhalten also ist über Erwartungen aufgebaut. Sie machen das harte Gerüst jeder Interaktion aus (7). Auch in ihnen ist die Basisstruktur der Erwartung die Antizipation: Die Vorwegnahme des Verhaltens des oder der anderen. Dabei freilich bleibt es nicht. Die anthropologische Situation zeichnet sich dadurch aus, daß die Ungewißheit in die Interaktionssituation reflexiv integriert ist. Möglich wird das dadurch, daß mit dem Aufbau eines Handlungs- und Interaktionssystems sich ein Subjekt ausbildet, das sich seiner eigenen Handlungskompetenz ebenso bewußt ist, wie der fremden. Es weiß, daß der andere anders kann. Das zeitigt eine unabweisbare pragmatische Konsequenz: Das fremde Verhalten wird dem andern abverlangt. Der Grund ist nicht zweifelhaft: In den Handlungs- und Interaktionssystemen werden die zu Interessen ausgeformten Bedürfnisse der Interagierenden verfolgt. Die konstitutionell reflektierte Unsicherheit ihrer Befriedigung führt dazu, daß Erwartungen, die Interessen sichern, von anderen angefordert werden. Eben dadurch werden sie aus bloß antizipatorischen zu normativen Erwartungen. Wo derartige normative Erwartungen generalisiert werden, bilden sich Normen stricto sensu aus. Normen sind die auf Dauer gestellten Erwartungen an das Handeln der anderen. So sehr ihnen das Moment der Wiederkehrt inhärent ist, das eigentlich normative, das Sollen haftet an der Erwartung.

Es gibt eine einfache Probe dafür, daß Normen über eingeforderte Interessen gebildet werden. Dort nämlich, wo Interessen nicht im Spiel oder nicht bedroht sind, bleibt es bei der bloßen Regel. Die Alltagsprache ist über Regeln aufgebaut.

Normen, darauf kommt es uns im gegenwärtigen Zusammenhang an, ist Sollen als Struktur immanent. Sollen aber bildet sich unter den spezifisch anthropologischen Bedingungen des auf-

---

(7) Zum folgenden ausführlicher LUHMANN 1972, Bd. 1, 53 ff.; DUX 1978, 32 ff.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

baus einer Lebenswelt als naturwüchsiges Resultat der Interessenverfolgung in Interaktionen. Was also ist bei genetischer Betrachtung ihre Ratio? Selbstbehauptung, aber - notabene: Selbstbehauptung unter der Bedingung der Angewiesenheit auf Interaktion. Wahrscheinlich wird man einwenden, daß sei nicht alles; es gehöre zur Norm, daß sie verbindlich sei. Verbindlichkeit aber bedeute mehr als faktische Geltung: die Anerkennung, daß sie zu Recht gelte. Eben deshalb werden sie befolgt. Der eigentliche Geltungsgrund des Sollens falle deshalb nicht auf die Seite des Senders der Erwartung, sondern des Adressaten. Normativität wäre danach Selbstverpflichtung, Moral also, der Einsicht a priori immanent ist. Eben so hat es die Philosophie alleweil gesehen: Sollen ist etwas, was aus der Einsicht in das Gesollte folgt. Daran ist ein Körnchen Wahrheit, aber eben auch nicht mehr. Erörtern wir das Moment der Verbindlichkeit unter der Annahme, daß Herrschaft die Interaktion nicht bestimme und auch sonst die Beteiligten über gleiche Interaktionsstärken verfügen. Einmal mehr sind zwei Momente zu unterscheiden: ein strukturales, das notwendig in die Interaktion verknüpft ist; ein Inhaltliches, das aus dem Zwang folgt, sich in einer gedeuteten Welt zu bewegen und dem Wechsel ihrer Deutungen folgt.

4. Die Moral der Normativität.

Normative Erwartungen entstehen in unsicheren Situationen; der Grund der Normativität liegt in der Unsicherheit, die in der Interaktion verfolgten Interessen auch befriedigt zu sehen. Weil ihre Befriedigung auf den Handlungswillen des anderen gestellt ist, wird sie eingefordert. Allein, es ist in face-to-face-Beziehungen der kleinen Lebensgemeinschaften des Alltage schlechterding unmöglich, alles vom anderen ständig einzufordern. Es gehört zu den Bedingungen der Interaktion, daß normativ abgesicherten Bedürfnissen der Interaktionspartner auch dann Rechnung getragen wird, wenn die Bedürfnisse nicht unmittelbar angemeldet werden. Es gehört zu den dauerhaften Erwartungen jeder Sozialisation, diese Art Verläßlichkeit anzufordern. Das nachwachsende Gattungsmitglied muß sich darauf einlassen, weil es anders keine von Mißtrauen und Sanktionen entlastete Interaktion zustande

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bringt. Interiorisierung, das ist die Pointe, wird abverlangt. Jeder weiß, sie gelingt mehr oder weniger. Ein gewisses Maß an Interiorisierung der Verbindlichkeit, fremden Bedürfnissen « aus freien Stücken » Rechnungen zu tragen, ist aber unerläßlich, wenn überhaupt eine dauerhafte Interaktionsgemeinschaft mit anderen soll hergestellt werden. Die Ausbildung der Moralität der Normativität gehört danach zur realisierten « perfectibilité ». Einmal mehr bestätigt sich, daß sie mit der Selbstbehauptung zusammengeht. Damit erledigt sich auch das Bedenken, mit dem in dem Kern der Normen eingeholten Interesse dem Hobbe'schen Prinzip des Naturzustandes aufzusitzen, in dem jeder sich auf Kosten des anderen zu behaupten sucht.

Die Vorstellung eines Krieges aller gegen alle beruht auf zwei Prämissen: einer kognitiven und einer sozialstrukturellen. Kognitiv läßt sich die Gesellschaft nur aus einem Status von Nicht-Gesellschaft erklären. Das war ebenso eine Konsequenz der Absicht, die Entstehung der Gesellschaft historisch- genetisch zu begründen (8), wie des materialen Wissens, das den naturgeschichtlichen Übergang von der subhumanen in die humane Phase nicht kannte. Die sozialstrukturelle Entwicklung der Neuzeit setzte reflexiv frei, was schon immer am Grunde des Gesellschaftsprozesses gelegen hatte, eben Interesse. Nur Kamouflierte sie zugleich das Bewußtsein der gesellschaftlichen Abhängigkeit. Besitzindividualismus meint gerade dies: Die Freiesetzung des Interesses unter Verdekkung seiner gesellschaftlichen Befriedigung.

Die Reflexion auf das neuzeitliche Prinzip des Interesses (vgl. Massing-Reichel) als Krieg aller gegen alle zeigt, wie notwendig es ist, den soziologischen Anfangstatbestand freizulegen, und zwar exakt in seiner Determiniertheit durch Interessen. Zu begreifen, was eigentlich am Beginn der Neuzeit passiert ist, nur möglich, wenn man die historische Entwicklung gegen die anthropologischen Möglichkeiten hält, nach denen der Mensch einmal angetreten war. Und die kennen keinen Krieg aller gegen

(8) Gegen diese historisch-genetische Argumentation sollte Durkheim später die alte substanzhafte Ursprungslogik wieder herstellen, derzufolge Gleiches nur aus Gleichem herzuleiten ist, Gesellschaft mithin nur aus Gesellschaft. DURKHEIM 1960.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

alle. Selbstbehauptung behauptet sich auch diesseits der Schwelle zur humanen gesellschaftlichen Organisation. Allein, sie macht unter den Bedingungen des anthropologischen Organisationsplanes eine Metamorphose durch. Sie geht mit der « perfectibilité » zusammen, und das heißt mit der Bildung eines reflektiert handelnden Subjekts. Das aber nimmt das Interesse des anderen als Bedingung seines eigenen « bien-être » in sich auf. Das schlägt sich in der strukturellen Organisation der Interaktion, im Aufbau der Normen nieder. Der Vorrang der Interessenverfolgung, der Selbstbehauptung egos bleibt gawahrt; nur steht sie unabdingbar unter der Bedingung der Angewiesenheit auf den anderen.

Die Moralität der Normativität hängt nicht allein an dem strukturellen Erfordernis, in Interaktionen die Interessen des anderen reflexiv einzuholen, der Reziprozität also. Sie hängt darüber hinaus an einem ideellen Moment: der Vorstellung, es sei richtig, so und nicht anders zu handeln. Es ist diese Vorstellung, die gemeinhin gemeint ist, wenn man sagt, zur Norm gehöre es, als verbindlich anerkannt zu sein.

5. Verbindlichkeit und Sinnadäquanz.

5.1. *Das Moment der Richtigkeit.*

Normen sind in der Tat mit der Vorstellung bahaftet, richtig zu sein. Richtigkeit kann verschiedenes meinen: materiale Richtigkeit oder Verfahrensrichtigkeit. Zwischen beiden können massive Widersprüche auftreten, und das, wie die Neuzeit zeigt, ohne daß die Geltung der derart stigmatisierten Norm in Frage gestellt würde. Die strukturelle Gewalt der Gesellschaft ist massiv genug, um die Verhahrensrichtigkeit gegen eine materiale Richtigkeit aufrechtzuerhalten. Der Widerspruch wird von der Theorie auch noch abgesegnet; Verfahrensrichtigkeit gegen jede Form materialer Richtigkeit aufrecht zu erhalten, wird den Bürgern als funktionales Erfordernis angelastet (Luhmann, 1969). Systemintegration wird zur Bürgerpflicht (Vobruba).

Am Anfang der Geschichte hat die materiale Richtigkeit gestanden. Sie meinte: Sinnadäquanz in einer gedeuteten Welt. Richtigkeitsurteile rekapitulierten danach die Genese von Deut-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ungsprozessen, die in die Normbildung eingegangen sind. Deutungsprozesse aber liegen in ihren fundamentalen Strukturen fest; sie formen sich unter den konkreten materiellen Bedingungen, die eine Gesellschaft zu verarbeiten hat. Schließlich enthalten sie in ihrer narrativen Ausgestaltung kontingente Anteile kommunikativer Phantasie, die sehr bald zu mehr oder weniger doktrinärem Traditionsbestand gerinnt. Das naturwücksige Amalgam ist für die Beteiligten nicht zu entwirren. Davon zehrt Richtigkeit und der Furor, mit dem über sie gewacht wird. Und auch für naivere Betrachter späterer Zeiten lassen sich die Resultate nur narrativ wiedergeben, als Sonderlichkeiten einer fremden Welt. Erst einer wissenssoziologischen Rekonstruktion erweist sich die Logizität in ihrer zwanghaften Naturwüchsigkeit. Ein Beispiel muß verdeutlichen, was gemeint ist.

5.2. *Zwänge materialer Logik.*

Bei den Trobriandern stellt eine Frau, die schwanger werden will, einen Holzbehälter mit Meerwasser während der Nacht in die Hütte. Es ist Sache des Bruders oder Mutter-Bruders, es ihr zu bringen (Malinowski, s. 40 f.). Weshalb? Die Trobriander haben dafür natürlich eigene Erklärungen; sonst täten sie es nicht. Sie nehmen an, daß Kinder aus den verjüngten Geistern der Toten entstehen. Die Geister kehren irgendwann aus «tuma», dem Reich der Toten zurück. Es gibt verschiedene Erklärungen, wie die Rückkehr vor sich geht; in der hier erörterten Version treiben sie in Meer auf die Trobriand-Inseln zu. Wir dürfen annehmen, daß durch die Nähe des Wasser während der Nacht der Empfägnis nachgeholfen werden soll. Die physiologische Rolle des Vaters bei der Zeugung ist unbekannt.

Ersichtlich ist die Pflicht des Bruders oder Mutter-Bruders eingewoben in ein komplexes Deutungssystem, das sich für uns sonderlich ausnimmt. Dergleichen sollte man meinen, kann nicht zweimal ausgeheckt werden. In der Tat stellen sich die Deutungen, solange man die semantische Seite im Detail betrachtet, als dieser Kultur schlechterdings idiosynkratisch dar. Gleichwohl sind sie und damit auch die damit verbundene normative Last des Bruders in hohem Maße durch kognitive und moralische

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Strukturen, die allen primitiven Gesellschaften eigen sind, vorgezeichnet. Es ist möglich, das Grundmuster des komplexen Deutungssystems freizulegen.

Das primitiven Denken folgt darin seiner Genese, daß es auf eine subjektivische Substanzlogik festgelegt ist. Was ist, ist aus einem anderen hervorgegangen, das es hervorgebracht hat. Der Grund dessen, was ist, wird subjektivisch gedacht. Das Verhältnis zwischen dem Grund als Explikans und der Folge als Explikandum ist das der Identität. Diese Vorstellung bestimmt auch das Verständnis der Verwandtschaft. Zwischen Verwandten in gerader Linie, zwischen Mutter und Kind insbesondere besteht ein Verhältnis der Identität. Das gesellschaftliche Organisationsprinzip der Matrilinearität, das die Ordnung der Trobriander bestimmt, ist Ausdruck dieser substanziellen Identität. Die Verarbeitung der an sich einfachen Erfahrung, daß Kinder von Müttern geboren werden, folgt kognitiven Strukturen, die das verwandtschaftliche Verhältnis grundlegend anders erscheinen lassen als bei uns (9). Nur wenn man in den Bahnen der Substanzlogik denkt, wird verständlich, weshalb es der Bruder oder Mutter-Bruder sein muß, der das Wasser bringt. Inwiefern?

Die konzeptuell immer mitgedachte Identität zwischen Grund und Folge bewirkt, daß dem, was aus einer Substanz hervorgegangen ist, auch die Kraft dieser Substanz weiter innewohnt. Das ist der Grund der Vorstellung, daß durch sie auf die Substanz eingewirkt werden kann. Ihre Kraft in Bewegung setzen, heißt die Kraft des Ursprungs in Bewegung zu setzen. Das meint analogisches Denken. Bruder oder Mutter-Bruder sind aber (teil-) identisch mit den Ahnen, von denen die Kinder kommen. Eben deshalb muß es der Bruder sein, der bei der Empfängnis behilflich ist. Aber, so kann man weiterfragen, warum muß es ein Mann sein und nicht eine Frau? Kognitiv auszuschließen wäre nicht, daß es eine Frau sein könnte. Allein, es gibt gute Gründe, und zwar kognitive wie moralische, die diese Pflicht dem Bruder oder Mutter-Bruder zuschreiben läßt. Zum einen vermute ich,

(9) Auch soweit biomorphe Anschauungen für Welterklärungen verwandt werden — vgl. TOPITSCH, 18 ff. — beruhen sie deshalb auf anderen Vorstellungen, als wir damit verbinden.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

daß das Verständnis des Geschlechts: seine Verbindung mit Zeugung einerseits, seine Komplementarität andererseits einen Mann erfordert. Dabei würde sich einmal mehr analogisches Denken ins Spiel bringen. Aber das ist nur eine Vermutung aufgrund der Struktur, ohne Beleg im mitgeteilten Material. Zwingend ist der moralische Grund: Die Trobriander sind zwar matrilinear organisiert; hier wie anderwärts bedeutet Matrilinearität jedoch nicht, daß die Frau der eigentlich bestimmende Teil der Familie wäre (Wesel). Sowohl in der Konjugalen Beziehung wie in der verwandtschaftlichen dominiert der Mann (Malinowski, 1978, 33). Da insbesondere dem Mutter-Bruder die Versorgung der Frau zukommt — ihr Mann muß seine Schwester versorgen —, er auch das Sagen über die Kinder haben wird, ist er der gleichsam selbstverständlich Beteiligte.

Die einfache normative oder protonormative Handreichung läßt sich auch nach der inhaltlichen Seite: dem Wasserholen weiter aufschlüssen. Sie ist ersichtlich abhängig von der Vorstellung der Wiedergeburt. Wiedergeburt aber ist eine genuine Konsequenz der subjektivischen Substanzlogik. Ihrzufolge nämlich ist die Dauer der Existenz dessen was ist, auf den fortlaufenden Willen dessen gestellt, der es hat entstehen lassen. Tod ist deshalb eine Art Aufhören oder Rücknahme dieses Willens. Das, was stirbt, kann dabei nicht einfach verloren gehen; es ist ja selbst Substanz und damit Teil des absoluten ursprungs, also unsterblich. Es kehrt deshalb in den Ursprung zurück. Das ist der Kern jeder Widergeburtsvorstellung. Deshalb auch bedeutet bei den Trobriandern jedes Ende eines Lebens unabdingbar einen neuen Anfang (Malinowski, 1978, 38). Die Wiedergeburt selbst kann in dieser oder jener Form vorgestellt werden. Die verschiedenen Gesellschaften haben unterschiedliche Vorstellungen darüber entwickelt. Sie kann auch überhaupt unerklärt bleiben, etwa wenn man lediglich sagt, die Kinder kämen von den Ahnen. Die Struktur aber ist vorgegeben; und sie bestimmt den Gehalt viel weiter, als gemeinhin angenommen wird. So ist die Vorstellung eines Geistes, der im Wasser schwimmt, also trotz seiner Geistnatur substanziell ist, nur durch die spirituelle Substanzlogik zu erklären. Sie ist es auch, die die Vorstellungen über den Eintritt in die Frau bestimmt: häufig durch den Kopf, zuweilen durch

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

den Bauch, gelegentlich auch durch die Vagina. Schließlich bleibt für den Inhalt nur noch, aus den zuhandenen Gegebenheiten des Lebensraumes die Geschichte zusammenzubringen. Und auch dabei ob waltet noch die Substanzlogik. Ferne und Meer gehen per analogiam zusammen usw. Ein Rest « bricolage » bleibt. Er spielt sich ein und verhärtet sich zu gültigen Deutungen.

Wir können die Analyse der strukturellen Determinanten hier abbrechen. Sie ließe sich noch weitertreiben. Worauf es mir ankommt, läßt sich erkennen:

> Erwartungen bilden sich im Verfolg des Aufbas einer interpretierten Ordnung als Erwartungen sinnhafter Handlungen aus. Das Sinnmoment vernetzt sie mit der Gesamtorganisation der Lebenswelt. Verbindlich, weil richtig, sind Normen wegen dieser sinnhaften Adäquanz.

Es ist nach einer mehr als 2000 jährigen Philosophie des Rechts, für die Normen immer nur ein Datum waren, zunächst der kosmischen Ordnung, dann eines transzendentalen Apriori, also letztlich unverständlich blieben, sicher nicht unwichtig, darauf hinzuweisen, daß Normen sich in ihren dauerhaften Strukturen als notwendiges Resultat der Interaktion ausbilden. Sie werden auf diese Weise in die Ebene der Faktizität eingeholt, ohne daß dadurch ihrer Normativität irgendein Abbruch getan wird. Was für die innere Struktur jeder einzelnen Norm gilt, gilt auch für die Struktur der interaktiven Beziehungen, die durch die Vielzahl der Normen bestimmt werden. Auch sie sind kein Produkt der Reflexion darauf, was gutes Leben sei. So stellen sie sich lediglich in der philosophischen Reflexion seit Aristoteles' Zeiten dar. Auch die grundlegenden Ordnungsprinzipien der interaktiven Beziehungen bilden sich als quasi naturwüchsiges Produkt mit der Interaktion selbst aus. Dabei gewinnt Selbstbehauptung einen Status, der sie zum Faszinosum unserer eigenen Zeit werden lassen könnte. Als pristine Form der Vergesellschaftung war nämlich Egalität das Resultat. Aber natürlich ist sie in ihrer naturwüchsigen Form mit der Entwicklung der Gesellschaft unwiderruflich dahin und läßt sich nicht restaurieren. Soviel aber kann sie zeigen: Was jeder will, wenn er kann, wie er will.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

6. Egalität als Selbstbehauptung.

6.1. *Selbstbehauptung und Reziprozität.*

Menschliche Interaktionen, soviel können wir mittlerweile feststellen, müssen über Erwartungen aufgebaut werden, deren Erfüllung unsicher ist und trotz aller Normierung unsicher bleibt. Mit der Interaktion werden jedoch Strategien ausgebildet, die ihre Erfüllung sicherer machen. Der nachhaltigste Erfüllungszwang geht in face-to-face-Beziehungen — und nur hier — von der Angewiesenheit jedes Adressaten aus, mit den anderen interagieren zu müssen, unabdingbar auf sie angewiesen zu sein. Er kann die Gruppe wechseln, die Angewiesenheit selbst kann er nicht beseitigen. Wenn deshalb irgendetwas Interaktionspartner verläßlich binden kann, an sie adressierte Erwartungen zu erfüllen, dann der Umstand, daß die eigenen Erwartungen ihrerseits nur unter der Bedingung der Reziprozität erfüllt werden. Und es versteht sich, nur wenn die Gegenleistungen gleichwertig sind, ist die Reziprozität sichergestellt. Das aber heißt umgekehrt: Nur solche Erwartungen haben Aussicht auf Erfüllung, die der Reziprozität Rechnung tragen.

In vielen Interaktionen liegt die Reziprozität bereits in der Natur der einzelnen Interaktion. Sexualität ist ein eklatantes Beispiel. Allein, selbst hier harmonisieren die Bedürfnisse nicht ohne weiteres und müssen ausgeglichen werden. In anderen Interaktionen ist die zeitliche Differenz zwischen der Befriedigung des einen Interesses und der des anderen gleichsam naturnotwendig, bei der Nachbarschaftshilfe zum Beispiel. Reziprozität meint deshalb eine mehr oder weniger generalisierte Reziprozität. Je enger die Beziehungen sind, desto, größer können Zeithorizont und Verrechnungseinheit bemessen sein (Sahlins, 1974, 185 ff.): ausgeglichen werden muß. Auch die « generalisierte Reziprozität » bleibt Reziprozität. Wer für Erwartungen keine reziproken Leistungen anzubieten hat, kann auf ihre Erfüllung nicht rechnen. Schiere Selbstbehauptung läßt deshalb Reziprozität zur Maxime des Handelns werden. Das aber heißt:

> Unter nicht-manipulierten sozialstrukturellen Bedingungen bildet sich auf der Inhaltsebene sozialer Beziehungen Egalität als quasi naturwüchsige Ordnung aus.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

6.2. *Egalität und Wert. Wert und Interesse.*

Die Rekonstruktion des Bildungsprozesses von Normen zeigt, daß Egalität nicht als moralisches Postulat und schon gar nicht als Realisierung eines Wertes entsteht, sofern unter einem Wert eine ideelle, nicht weiter begründbare Vorgabe verstanden wird. Die Vorstellung, Menschen folgten beim Aufbau der Sozialwelt Prinzipien, die aus einem ideellen Stratum hergeleitet würden, um dann in die Ebene der faktischen Gestaltung umgesetzt zu werden, stellt die Verhältnisse auf den Kopf. Sie ist das Derivat eines Idealismus, der sich bis in die soziologischen Konstruktionen durchhält. Der wirkliche Bildungsprozeß läuft umgekehrt: Im Aufbau der Lebenswelt verfolgen die Akteure Bedürfnisse, naturale, die sie mitgebracht, gesellschaftliche, die sie erworben haben. Unter den vorfindlichen gesellschaftlichen Bedingungen formen sie sich zu Interessesn aus. Sie sind es, die das Netz der sozialen Beziehungen in ihrer Struktur bestimmen. Es war bekanntlich Weber, der diese interessentheoretische Basis entschieden hervorgekehrt hat. « Interessen (materielle und ideelle), nicht: Ideen, beherrschen unmittelbar das Handeln der Menschen. Aber: die ' Weltbilder ', welche durch ' Ideen ' geschaffen wurden, haben sehr oft als Weichensteller die Bahnen bestimmt, in denen die Dynamik der Interessen das Handeln fortbewegte » (RS I, 252). Es ist gar keine Frage, schon die Interessen lassen sich nur unter kulturellen Deutungssystemen ausformulieren. Wenn bei den Trobriandern die Männer in der ökonomischen Versorgung der Schwestern wetteifern, um sich gegenseitig auszustechen, dann ist dieses Interesse mitbestimmt durch das ganze Deutungsnetz, das matrilineare Organisationen hat entstehen lassen. Ebenso wenig fraglich ist aber, daß die kompetitive Art der Versorgung einem elementaren gesellschaftlichen Grundtatbestand folgt: Der Notwendigkeit, die eigene Position gegen die der anderen herzustellen und zu behaupten. Unter den pristinen Bedingungen der Frühzeit geschieht das auf eine gleichsam lautslose naturwüchsige Art. Unter der Bedingung agrarischer Produktionsweise materialisiert sich sie Selbstbehauptung im Produkt. Die Basis für eine neue Form von Macht ist gelegt. Die matrilineare Organisation, in der Güter notwendig in den Familien hin- und her-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

geschoben werden, ist schließlich nur noch die historische Konkretion. Selbstbehauptung als Interessenverfolgung, das gilt es noch einmal hervorzukehren, liegt am Grunde jeder Interaktion. Exakt das wollen wir überhaupt Interesse nennen: Soziales Interesse ist alles, was Gesellschaftsmitglieder in einer Weise erstreben, durch die sie zumindest indirekt ihre Position gegenüber anderen festzulegen und zur Geltung zu bringen suchen. Die reflexiv eingeholte Selbstbehauptung, die, wie wir gesehen haben, das Bewußtsein der Abhängigkeit einschließt, hat die Kehrseite, daß immer auch der Status gegenüber den anderen direkter Gegenstand der Manipulation ist. Unterschiedlich waren nur die Bedingungen, unter denen es geschah; und die haben die Interessen ebenso mitbestimmt wie die Chancen ihrer Realisierung. Was in der jüngsten Vergangenheit als Wert erscheint, ist allemal erst das, was vom fertigen oder halbfertigen Resultat abstraktiv abgezogen wurde.

Der Nachweis, daß sich unter historisch noch nicht verstellten Bedingungen Egalität als Struktur sozialer Organisation quasi naturwüchsig herstellt, hat eine Prämisse, von der wir bisher stillschweigend ausgegangen sind, die es aber zu thematisieren gilt: daß sich Egalität ebenso naturwüchsig als Bedürfnis und Wille des Subjekts ausbildet. Egalität ist nicht als Wert entstanden, aber ihr kommt für das Subjekt eine ungeheure Wertigkeit zu.

6.3. *Selbstbehauptung und Identität.*

Den Antrieb zur Selbstbehauptung bringt jeder Organismus mit. Er ist für den Menschen überwindbar, gewiß. Aber noch in der Verzweiflung, aus der heraus es allenthalben geschieht, oder im argumentativen Aufwand, der notwendig wird, bestätigt er sich. Leben zu wollen, braucht der Mensch nicht auch noch zu lernen.

Seine spezifisch humane Ausgestaltung erfährt dieses natürliche Antriebspotential erst in der Kulturation. Gerade weil der Mensch bereits seinem anthropologischen Organisationsplan zufolge auf den Erwerb einer kulturellen Lebensform angewiesen ist, setzt sich auch der organologische Antrieb zur Selbstbehaup-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tung in der kulturellen, und das heißt gesellschaftlichen Lebensform sicherzustellen.

Der Umstand, daß sich die organisch schon immer mitgebrachte Selbstbehauptung notwendig als sozio-kulturelle Selbstbeheuptung entwickelt, markiert die Phase, in der diese Entwicklung vor sich gebt: Wie alle anderen kulturellen Formen auch bildet sich die grundlegende Maxime der Selbstbehauptung als Egalität in der frühen Ontogenese aus. Die Form, unter der das geschieht, haben wir schon erörtert. In der frühen Phase äußert sich Selbstbehauptung in dem Bestreben, sich aus aunverschuldeter Unmündigkeit zu befreien, durch Lernen also. Das Lernziel im Umgang mit einem kompetenteren anderen aber ist, gleich kompetent zu werden. Erst wenn dieses Ziel erreicht ist, hört Lernen als sozialisatorische Veranstaltung auf. In primitiven Gesellschaften — samt ihren Restbeständen in der Gegenwart — wird diese Zäsur durch die Initiation bestimmt. Sie besteht charakteristischerweise in der Mitteilung des bis dahin vorenthaltenen «letzten Wissens».

Die Rekonstruktion des Egalität als notwendiges Ziel der Sozialisation zeigt, was gemeint ist, wenn im soziologischen Kontext von ihr die Rede ist: Sie meint nicht Gleichheit als Wiederholung des anderen. Die Freud'sche These der Identifikation als Interiorisierung des idealisierten Über-Ichs (Freud, 1923) hat allerdings die Schwäche, daß sie der Vorstellung Vorschub leistet, als handele es sich um eine Übernahme nach Art einer dauerhaften Prägung. Begreift man die Entwicklung des Ich jedoch als Resultat eines selbstkonstruktiven Prozesses, der zunehmend reflexiv eingeholt wird, stellt sich die kindliche Identifikation mit den Eltern und relevanten andern als bloß transitive Methode der Wirklichkeitsbewältigung dar. In der Adoleszenz erfölgt eine Reorganisation (Blos, 1977, 183 f.) und zwar unter dem Imperativ, das reflexiv eingeholte Ich in Interaktionen mit anderen und gerade auch mit den bisher dominant anderen der familialen Bezugspersonen gleichberechtigt zur Geltung zu bringen. Dabei gewinnt der Umstand, daß die Interaktionskompetenz, gleichberechtigt an den gesellschaftlichen Aktivitäten teilzunehmen, gerade unter der Bedingung ungleicher individueller Anlagen und Biographien erreicht werden muß, eine besondere Bedeutung. Er unterstreicht noch einmal Egalität als soziales Prinzip: die re-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

flexiv eingeholte Selbstbehauptung ist der Wille, gerade in seiner Individualität gleichberechtigt zu werden. In eben dieser Form bildet er sich zur Identität aus. Sie ist die Probe auf die Bestimmung. Sie gelingt, wenn der derart selbstqualifizierende Behauptungswille in der praktischen Lebensführung tatsächlich realisiert werden kann. Im Blick auf die familiale Herkunft bedeutet das ihre Übernahme und ihre Lösung zugleich (Jacobson, 1977, 197 f.).

Egalität, das ist das Resultat unserer Erörterung, bildet sich als naturwüchsiges Produkt sozialer Organisation. Daß sie sich als sozialstrukturelles Organisationsprinzip bildet, hat seinen Grund darin, daß die Subjekte ebenso naturwüchsig die gleichberechtigte Teilnahme an den Interaktionen als Bedürfnis und schließlich als Wille zur Selbstbehauptung ausbilden. Egalität kommt deshalb eine elementare Wertigkeit zu. Wenn sie den Eindruck des Originären, geradezu Naturhaften macht, so deshalb, weil sich das Subjekt in der Tat mit ihr bildet.

Jede Kommunikation und Interaktion impliziert an der Basis ihrer Struktur Gleichheit. Philosophisch läßt sich darin eine Art transzendentales Apriori der Gesellschaft sehen (K.-O. Apel, 1976). Was daraus für die Frage der Sollgeltung herzuleiten ist, scheint mir zweifelhaft. Darauf will ich hier nicht eingehen. Wichtig ist mir vor der Geltungsfrage die realen Gründe zu klären, die zu ihrer Ausbildung geführt haben. Und die liegen in der auf eine kommunikative Lebensform angewiesenen Selbstbehauptung. Egalität ist ihre kulturell umgesetzte Form. Das hat Konsequenzen. Eben weil sie am Grunde des menschlichen Bildungsprozesses liegt, hält sie sich als Widerspruch in aller ferneren Geschichte durch. Doch bevor wir ihre Destruktion erörtern, sehen wir uns ihre Organisation in den frühen Gesellschaften der Sammler und Jäger an.

7. Egalität in Sammler- und Jägergesellschaften.

7.1. *Realisierte Chancen.*

Primitive Gesellschaften kennen wir nur in den rezenten Sammler- und Jägergesellschaften. Und die sind so alt wie alle

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

anderen. Überdies leben sie überwiegend unter Bedingungen, die in der Frühzeit allenfalls vereinzelt vorkamen. Sofern man deshalb auf die konkrete Daseinsweise sieht, ist es kaum möglich, von ihnen Rückschlüsse auf frühere Verhältnisse zu ziehen (Lévi-Strauss, 1979, 350). Darum ist es uns auch nicht zu tun. Uns geht es um die basalen Strukturen der sozialen Organisation. Es ist unschwer zu erkennen, daß sie ungeachtet der Komplexität von Heiratsordnungen die einfachsten sind, die man sich denken kann. Primitive Gesellschaften bedürfen des geringsten Maßes an Planungskompetenz. Das gilt insbesondere für die extrahierende Art der ökonomischen Versorgung.

Die Festellung, es bei den rezenten Gesellschaften wirklich mit primitiven, das heißt anfänglichen Strukturen zu tun zu haben, wird durch die systematische Rekonstruktion bestätigt. Unter noch nicht manipulierten Bedingungen der sozialen Organisation, wie sie für den Übergang aus der Naturgeschichte in die eigentliche Geschichte, das ist die Geschichte der selbstgeschaffenen Lebensformen kennzeichnend sind, bilden sich naturnotwendig zwei Basisstrukturen der sozialen Organisation aus: Familiarität und Egalität. Wir haben deshalb allen Grund anzunehmen, daß die rezenten Sammler- und Jägergesellschaften diesen Zustand festgehalten haben (Lee-DeVore, 1979, 12).

7.2. *Egalität und Individuierung.*

Auch für die frühen Gesellschaften der Sammler- und Jäger gilt, daß Egalität nicht meinen kann, ihre Mitglieder seien keine Individuen, leisteten sich keine Eigenheiten oder dergleichen anderes. Die sozialstrukturelle Etikettierung als Gesellschaften mit « mechanischer Solidarität », leistet derartigen Mißverständnissen leicht Vorschub. Natürlich bilden auch in frühen Gesellschaften die Mitglieder eine Subjektivität aus. Das ist schlechterdings die Grundvoraussetzung, um handeln und interagieren zu können. Und wer Ich sagt, der meint auch Ich: Eines, das sich absetzt von anderen, Individualität also. Gewiß, Subjektivität als Reflexivität des eigenen Tuns und Individualität als Besonderheit gegenüber anderen sind selbst historisch und d.h. entwicklungsfähig. Sie sind heute anders als in den Anfängen. Und daß sie

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

anders sind, heißt auch, daß sie einen anderen Stellenwert für die Gesellschaft haben. Aber man muß nicht meinen, sie sei Menschen früherer Gesellschaften überhaupt abgegangen ([10]). Der primitive Stand der Entwicklung verschafft ihnen einen unmittelbareren Ausdruck als in unserer eigenen Zeit: Die Beziehungen unter den Gesellschaftmitgliedern mit ihren Erwartungen und Folgepflichten hafteten noch ganz an der einzelnen Person und sind nicht wie bei uns abstraktiv mediatisiert und auf die Geltung von Normen verlagert. Eben deshalb aber ist jeder einzelne ständig mit seiner Person involviert. Das gibt den frühen Gesellschaften jenen oft beschriebenen Zug individueller Freiheit (Kramer, 1983), trotz aller Zwänge, die ansonsten von der mythisch-magischen Lebensordnung ausgehen. Egalität erweist sich hier exakt in der Form, in der wir sie in der Entstehungsphase kennengelernt haben: als Bedürfnis und Wille zur gleichberechtigten Teilnahme an der Interaktion. In primitiven Gesellschaften der Sammler und Jäger wird jeder als gleichwertig angesehen, der gleichwertig an den gesellschaftlichen Interaktionen teilnehmen kann. Die Chance dazu ist beträchtlich. Zwei Gründe gibt es vor allem: Der erste liegt in der Ontogenese: Die operationale Kompetenz der Kognition und das materiale Wissen der Sammler und Jäger sind in der frühen Phase der Ontogenese von jedem einzelnen vergleichsweise sicher zu erwerben. Primitivität in dem hier gebrauchten entwicklungslogischen und deshalb strikt wertneutralen Sinne ist borniert, aber sicher. Die sozialisatorisch erreichte Egalität läßt sich auf dem Niveau der Erwachsenen auch behaupten. Dafür sorgt ein schlechterdings entscheidender Umstand: Jeder hat prinzipiell gleichen Zugang zu den ökonomischen Ressourcen. Soweit eine gemeinsame Absicherung der Risiken der Daseinsvorsorge stattfindet, wie beim vielzitierten « sharing », kann prinzipiell jeder den gleichen Beitrag leisten. Es versteht sich, wie bei allen Fertigkeiten gibt es auch bei den Unternehmungen kooperativer Daseinsvorsorge in primitiven Gesellschaften individuelle Unterschiede (Woodburn, 54). Und die tendieren dazu, sich in Einfluß und Macht umzusetzen. Entscheidend ist

([10]) Vgl. den informativen Bericht von M. SHOSTAK über die Kung Frauen, 1976, 246 ff.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

jedoch, daß die Unterschiede die Selbstbehauptung der einzelnen nicht in Frage stellen können. Macht insbesondere kann nur als kommunikative Macht ausgeübt werden. Durch Brachialgewalt können Folgepflichten nicht begründet werden. Insofern gilt, daß der Schwächste stark genug ist, um den Stärksten zu töten. Egalität insgesamt läßt sich deshalb behaupten.

Egalität als Resultat der Selbstbehauptung ist ersichtlich ein hartes Prinzip. Und es ist umso härter, je ungünstiger die Lebensbedingungen sind, bei den Eskimo zum Beispiel (Hoebel, 76 ff.). Man muß mithalten können. Denn das ist die Bedingung für die gleichberechtigte Teilnahme an den gesellschaftlichen Veranstaltungen bis hin zur elementaren Versorgung. « Failure to achieve this equality », berichtet Read von den Gahuku Gama, einer Anzahl von Stämmen in Neu-Guinea, « may lead to suicide » (1959, 429). Aber es ist ein Prinzip mit erheblichen Gratifikationen. Und die reichen über die bloße materielle Bedürfnisbefriedigung hinaus. Sie liegen vor allem in einer stabilen Identität. Wer mithält, darf das Bewußtsein pflegen, es eigener Kraft zu verdanken, nicht schlechter zu sein als andere. Nur ist das noch kein Thema, jedenfalls kein dauerhaftes. Primitive Gesellschaften bieten dafür, daß einzelnen unter der Angewiesenheit auf andere herstellt, die Probe aufs Exempel. Es gibt nämlich harte Inegalitäten. Nicht nur erreichen einzelne nicht die notwendige Interaktionsstärke, um sich als Gleichberechtigte durchzusetzen, ganze Gruppen nehmen einen institutionell inferioren Status ein: Kinder und Frauen. Während die Inferiorität der Kinder gleichsam natürlich ist, erweist sich die der Frauen als eine der ersten Einbruchstellen manipulierter Ungleichheitsbedingungen. Die Pointe daran ist, daß sie sich exakt über die Mechanismen herstellt, die auch die Egalität bestimmen: Selbstbehauptung. Wo sie mißlingt, ist die soziologische Folge Inegalität.

7.3. *Macht über Kinder.*

Daß Eltern Macht über Kinder haben, ist evident. Da Kinder anfangs keinerlei normative Erwartungen an andere adressieren können und ihnen auch mit fortschreitendem Alter die gleiche Interaktionsstärke abgeht, sind sie normativ auch nicht geschützt

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(Dux, 1978). Sie lassen sich töten, mißhandeln, verkaufen ([11]). Normen bilden sich eben nur unter Anforderungen aus, und die müssen durchsetzbar sein. Der Infantizid ist deshalb nicht einfach eine funktionale Notwendigkeit; er ist auch eine Konsequenz der normativen Nullage, in der sich Kinder anfangs befinden.

Die Feststellung kann kaum eindringlicher belegt werden als durch die Ausnutzung der kindlichen Abhängigkeit über die natürliche Phase hinaus. In einer Vielzahl von Gesellschaften haben Eltern die Chance gesehen, ihre eigenen Bedürfnisse durch die Verfügung über ihre Kinder sicherzustellen. Die Chance bot sich durch das Interesse, das andere an ihnen nehmen, und zwar just in der Phase, in der sie aus der natürlichen Abhängigkeit hinauswachsen. Es ist unschwer zu entdecken, was dieses Interesse der anderen ausmacht; vor allem das Bedürfnis nach Sexualität. Es ist natürlich beidseitig bei Männern wie bei Frauen. Aber es scheint, als habe es imperativischer bei Männern auf Befriedigung gedrängt. Das steht im Einklang mit dem generellen biologischen Befund eines stärkeren energetischen und folgeweise auch sexuellen Antriebes. Kinsey hat ihn statistisch abgesichert (Kinsey, 1963, 499 ff.); und es scheint, daß er nicht nur eine kulturspezifische Eigenheit erhoben hat (Messelken, 67). Wie dem auch sei, sicher ist, daß in allen Gesellschaften, in denen von den Eltern die Chance gesehen wurde, die Bedürfnisse der Jungen zu nutzen, Frauen — und nich Männer — das Tauschobjekt wurden.

Das nächstgelegene Interesse war das der älteren Männer, sich im Tausch mit jüngeren Frauen zu versorgen, just zu dem gleiche Zweck also, zu dem sie auch von den jüngeren Männern begehrt wurden ([12]). Die mußten warten. Und da warten schwerfällt, ließen sich Auswege suchen und finden. Einer war, die verwitweten Mütter zu tauschen. Aber soviel verwitwete Mütter gibt es nicht. Möglich aber ist, sie zu teilen. Auch diese Lösung wurde realisiert. Schließlich läßt sich die schlimmste Not beheben, indem man eine Frau raubt und sie den jungen Männern gemein-

([11]) Urkundlich belegt ist der Kindesverkauf erstmals in Babylon in akkadischer Zeit; EDZARD, *FWG* 2, 80.

([12]) Vgl. für viele den Bericht von HART und PILLING über die Tiwi (1979).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sam zur Verfügung stellt. Auch der Ausweg wurde gefunden und genutzt. Gesellschaftliche Zwänge sind ersichtlich nicht ohne Folgen; und machmal sind sie brutal.

Über die sexuelle Nutzung hinaus läßt sich die Verfügung über Frauen auch ökonomisch verwerten. Zwei Möglichkeiten bieten sich an: Entweder konnten sich die Verfügungsberechtigten durch den Tausch der Töchter deren Arbeitskraft sichern; oder aber sie sicherten sich die Arbeitskraft der Söhne und Schwiegersöhne - der Söhne, indem dem Familienoberhaupt eine Menge Leistungen geschuldet wurden für dessen Arrangement unter den Alten - der Schwiegersöhne, indem sie zumindest für eine Zeit ebenfalls Leistungen zu erbringen hatten. Man kann über die funktionalen Prämien sinnieren, die auf diese Art Austausch für das Überleben der Gesellschaft gesetzt sind. In unserem Zusammenhang ist nur eines von Interesse: Die Inegalität, die daraus entsteht, bestätigt auf eine gleichsam negative Weise unsere Analyse der Egalität aus der sozio-kulturell umgesetzten Selbstbehauptung. Nur sind die Interaktionsstärken hier ungleich. Das Resultat ist so naturwüchsig wie die Bedingungen, unter denen es entsteht: eben Inegalität.

7.4. *Konjugale Macht über Frauen.*

Über die Stellung der Frau in der Frühzeit der Geschichte wissen wir fast nichts. Über ihre Stellung in rezenten Sammler- und Jägergesellschaften liegt wenigstens einiges Material vor. Über eines scheint mittlerweile Einigkeit zu herrschen: Es gibt keinen Anhalt für die Annahme, daß irgendwann in der Frühzeit die Frauen über Männer geherrscht hätten (Fox, 31). Bestenfalls waren sie ihnen gleichberechtigt, zumeist jedoch zurückgesetzt, häufig regelrecht minderen Status. Woher rührt diese Form der Inegalität? Die eine der Einbruchstellen haben wir bereits genannt: die Interessen der älteren Männer machen sie zum Tauschobjekt; dieser Status hält sich in den konjugalen Beziehungen durch. Das hat handfeste Gründe: Vielfach waren die ökonomischen Leistungen auf lange Zeit zu erbringen. Die Frauen waren und blieben deshalb ständig Gegenwert. Der andere Grund für die Unterwerfung ist für die Genese der Inegalität

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nicht minder interessant: Frauen sind nur unter günstigen Bedingungen an der Jagd zu beteiligen ([13]). Die Gründe dafür liegen vor allem in ihrer geringeren Beweglichkeit. Rein prozentual war ihr Anteil an der Gesamtversorgung beachtlich, häufig höher. Mehr noch: in Gesellschaften, in denen sich eine strikte Arbeitsteilung ausgebildet hatte und das Sammeln ausschließlich den Frauen zugewiesen war, drohten nicht-verheiratete Männer in Existenznot zu geraten (Lévi-Strauss, 1981, 90 f.). Gleichviel, zu der höhergeschätzten Versorgung mit Fleisch trugen sie nur ungleich bei. Das begünstigt zumindest weitere Abhängigkeit. Sie wurde genutzt.

Aufs Ganze gesehen, auch darüber ist man sich einig, hielt sich die Schlechterstellung der Frau in den Gesellschaften der Sammler und Jäger in Grenzen. Das war zum einen die Folge der vergleichsweise hohen ökonomischen Unabhängigkeit. Es war zum anderen aber eine Folge davon, daß sie tatsächlich hochvalidierte Leistungen anzubieten hatten, die nämlich, um die sie neben der Produktivität am meisten begehrt wurden. Wie selbstverständlich rechnen die Männer der Trobriander die Versorgung mit Fleisch als Entgelt für den Geschlechtsverkehr (Malinowski, 1979, 219 f.). Einmal mehr mag das für unsere Ohren krude klingen; es ist jedoch nur Ausdruck der Grundbedingungen, unter denen alle Interaktionen stehen: es müssen reziproke Leistungen erbracht werden, um in einer Gesellschaft als gleichberechtigt zu gelten (Mauss, 72, 168). Für die frühen Gesellschaften ist das Bewußtsein, daß das Netz der Beziehungen über Reziprozität hergestellt und aufrechterhalten werden muß, noch elementar. Selbst in späteren Zeiten, als die Frau unter der Eigentumsverfassung einer durch Herrschaft organisierten Gesellschaft geradezu entmündigt wurde, haben ihr ihre « familialen Leistungen » - und das waren nicht nur die sexuellen und nicht nur die repro-

([13]) Man kann auch hier den Spieß umdrehen und die Nichtbeteiligung der Frau an der Jagd als die effektvollste Maßnahme zu ihrer Unterdrückung ansehen. So MEILLASSOUX, 42. Aber dann sind zwei Nachweise fällig: 1. daß Frauen, obwohl sie mit Kindern behangen sind, den Anforderungen der Jagd gerecht werden können; 2. was anders es möglich gemacht hat, der Frau einen inferioren Status zuzuweisen.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

duktiven - im Innern der Familie wenigstens einen gewissen Status gesichert (Duby, 51 ff.).

7.5. *Der soziologische Begriff der Egalität.*

Die normativ ungesicherte Stellung der Kinder, die Ausnutzung der Abhängigkeit der Frauen und schließlich die allerwärts vorfindlichen einzelnen, die an den Rand der Gesellschaft abgedrängt werden, weil sie nicht mithalten können, stellen sich für uns als Ausnahmen von der Egalität dar, die im Prinzip nicht angefochten wird. Allein, dabei droht die Gefahr einer begriffsrealistischen Verführung: Weil manche nicht oder nicht in vollem Umfang an der Egalität teilhaben, scheint das Prinzip durchbrochen. Der über die Bedingungen, unter denen Egalität entsteht, hinausreichende Begriff ist für sich jedoch eine leere Hülse. Er allein trägt auch keine Konsequenzen. Wenn Begriff und Sache nicht zusammengehen, geht das nur dann zu Lasten der Sache, wenn sie selbst in sich einen Widerspruch anzeigt. Ist das der Fall? In der Tat! Egalität liegt am Grunde jeder Menschwerdung. Diese Feststellung ist keine bloße Supposition. Sie hat sich in der Frühzeit realisiert. Nur stand sie unter naturwüchsigen, und das heißt nicht kontrollierten Bedingungen. Eben deshalb galt sie auch nur, soweit die naturwüchsigen Bedingungen reichen. Und die waren nicht für alle gleich. Erst die Neuzeit hat die Aussicht eröffnet, die Bedingungen der Gleichheit selbst zu kontrollieren und so ihre Universalität sicherzustellen. Halten wir deshalb als Fazit fest:

> Die Egalität der frühen Gesellschaften ist das Resultat einer sozialen Interaktion, bei der jeder sich gegenüber jedem mit Erfolg in seinen eigenen Interessen behaupten kann. Der gleiche Zugang zu den ökonomischen Ressourcen ist eine entscheidende Voraussetzung. Wo die Selbstbehauptung nicht gelingt, ist auch bereits in frühen Gesellschaften Inegalität die Folge.

8. Die Verbindlichkeit der Normen in frühen Gesellschaften.

Normen sind in frühen Gesellschaften auf eine unproblematische Art verbindlich. Das hat zwei Gründe: Zum einen gehen in die

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

naturwüchsig hergestellten Ordnungen die ebenso naturwüchsigen Deutungen ein. Was entsteht, ist deshalb in hohem Maße bereits in statu nascendi von sinnadäquaten Deutungen durchsetzt. Die oben erörterte familiale Pflicht des Bruders oder Mutter-Bruders bei den Trobriandern mag als Beispiel dienen. Zum andern aber wird jede gesellschaftliche Entwicklung, die einen dauerhaften Status erreicht hat, per se als sinnhaft aufgefaßt. Da ist eine Konsequenz der noch unentwickelten kognitiven und moralischen Kompetenz.

8.1. *Die Entwicklung der operationalen Kompetenz.*

Kognitiven Systemen unterliegen kognitive Strukturen, die einer genetischen Entwicklungslinie folgen. Das gilt ebenso für die operationale Kompetenz, die mentale Fähigkeit also, Operationen unterschiedlicher Schwierigkeitsgrade durchzuführen, als auch für die materiale Logik, das Grundmuster also, über das die Außenwelt interpretiert wird. Frühe Gesellschaften, Sammler und Jäger insbesondere, sind darin primitiv, daß sie die in der Ontogenese allerwärts unter gleichen Bedingungen und unter gleichen Anfangsstrukturen begonnene Entwicklung der operationalen Kompetenz und der materialen Logik nicht gleich weit vorangetrieben haben wie spätere, insbesondere industrielle Gesellschaften (Dux, 1982). Es gibt gute Gründe anzunehmen, daß Sammler- und Jägergesellschaften auf der Grenze zwischen der prä-operationalen und konkret-operationalen Kompetenz stehengeblieben sind ([14]). Das aber impliziert, daß primitive Gesellschaften in ihren kognitiven Operationen an dem konkreten Ist-bestand dessen, was vorfindlich ist, haften und ihn nicht zugunsten hypothetischer Sachverhalte gleichsam auf Probe dispensieren können. Die Verbindlichkeit primitiver Normgeltung hält sich deshalb strikt in den Grenzen affirmativer Sinnadäquanz. Sie hantiert noch nicht mit verfügbar gewordenen Normen und fragt nicht, warum diese

([14]) Piaget selbst hat die historische Nutzanwendung der ontogenetischen Entwicklungsstufen gesehen. In einer Vielzahl von Anmerkungen weist er auf die historischen Parallelen hin. Ausführlicher in: Die Entwicklung des Erkennens II. Das physikalische Denken, WERKE 9, 1975. Eine systematische Erörterung fehlt. Sie birgt erhebliche Schwierigkeiten. Darüber andernorts.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

und nicht ganz andere gelten (15). Sie hält sich strikt an das Vorfindliche, indem sie dessen Sinnadäquanz repetiert.

Die Behauptung der Verbindlichkeit bringt durchaus ein ideelles Moment zur Geltung: daß das was ist, auch sein soll. Allein, dieses Sollen hält sich nicht nur an das Bestehende, es ist überhaupt noch nicht in den Abstraktionsgraden von austauschbaren Normen und veränderbaren Gesellschaften gedacht. Die einzelne Norm wie die Ordnung als Ganzes ist ohne Alternative, auch wenn sie bedroht ist. Deshalb ist sie so angetbesetzt. Auch die Vorstellung, die Gesellschaft als solche konnte Träger der Rechte sein, es könnte demzufolge auch Verletzungen gegenüber der Gesellschaft als solcher geben, eine viel spätere Vorstellung und in frühe Gesellschaften meist nur von ihren Interpreten hineingetragen (Mair, 133).

8.2. *Selbstbehauptung und affirmative Verbindlichkeit.*

Das Prinzip der Selbstbehauptung als konstitutives Moment sowohl für die Struktur der einzelnen Norm wie für die Beziehung unter den Mitgliedern einer Gesellschaft zeigt sich mit aller Schärfe noch einmal bei der Behauptung ihrer Verbindlichkeit, im Streitfall also. Der Umstand, daß Anspruch und Folgepflicht noch ganz an den Personen haften, abstraktiv noch nicht verselbständigt sind, läßt vielfach die Frage entstehen, ob in Streitfällen überhaupt nach Normen in der uns bekannten Form der Subsumtion entschieden wird (Spittler, 14 f.).

Auch im Streifall setzt sich das Prinzip der Selbstbehauptung durch: Wer nicht bereit ist, für sein « Recht » zu kämpfen, hat es auch nicht und verliert obendrein noch jeden Respekt. Auch im Ergebnis der Streitschlichtung bringt sich die Interaktionsstärke der Beteiligten zur Geltung: dem Stärkeverhältnis der Streitenden wird Rechnung getragen.

Frühe Gesellschaften sind Konsensus-orientierte Gesellschaften. Kaum einer der ethnologischen Berichte, der nicht darauf großes Gewicht legt (16). Von manchen gar wird berichtet, daß

(15) Der Sachverhalt selbst ist in der rechtsethnologischen Literatur vielfältig belegt. Vgl. z.B. WALLACE-HOEBEL, 123 f.

(16) Vgl. für viele TURNBULL, 1961.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diskutiert wird, bis auch der letzte Einwand beigelegt ist. Allein, die Geschichte darf nicht idealisiert werden. Das harte Prinzip der Selbstbehauptung droht nicht selten auch, Egalität zu verlagen (Marshall, 231). Sie weiß sich zu behaupten. Die Spannung zwischen beiden wird auch von den Gesellschaftsmitgliedern selbst empfunden (Read 1959, 434; Lee, 1978, 888 ff.).

8.3. *Die Legitimität primitiver Normen.*

Wie die Verbindlichkeit, so ist auch die Legitimität eine Frage der Normbegründung. Sie zeigt zwei Eigentümlichkeiten. Legitimität hat die Ordnung als Ganzes zum Gegenstand; sie thematisiert ihre Geltung auf der abstraktiven Ebene der Weltbilder. Auch primitive Gesellschaften kennen derartige Begründungen. Wenn man will, kann man deshalb auch primitive Ordnungen als legitim bezeichnen. Allein, die Begründungen haben einen vollständig anderen Sinn als in späterer Zeit.

Primitive Ordnungen sind nicht hinterfragbar. Dazu fehlt, um es zu wiederholen, schlicht die Kompetenz. Die Begründungen, die ihnen zukommen, dienen deshalb nicht dazu, die bestehende Ordnung in ihrem materialen Gehalt gegen eine andere ins Recht zu setzen. Begründungen dienen dazu, die Faktizität dessen, was ist, verständlich zu machen, um sich ihrer Dauer zu versichern. Frage und Antwort werden dabei im vorhinein von der materialen Logik bestimmt. Und die ist ihrer Struktur nach subjektivisch. Legitimieren heißt deshalb allemal, zu der bestehenden Ordnung das subjektivische Agens finden, aus dessen Substanz es hervorgegangen ist, die Götter oder einen von ihnen, irgendeine mythische Figur, die Ahnen; das sind die geläufigen Antworten. Aber natürlich konnte das Agens auch unbennant bleiben.

Die Legitimität der gesellschaftlichen Ordnung in primitiven Gesellschaften haftet nicht an deren Qualität: der Egalität. Das logische Verfahren erlaubt nicht mehr und nichts anderes, als dem, was ist, seinen Grund beizustellen. Eben deshalb läßt es sich in gleicher Weise für die Legitimität von Herrschaft und Recht verwenden (Dux, 1976). Die Verschiebung der Legitimität

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

liegt nicht in der Theorie, sie liegt im Faktischen. Die Verhältnisse ändern sich, die materiale Logik dauert.

9. Die Überwindung der Egalität.

9.1. *Strukturlogische Voraussetzungen.*

Egalität hat weitaus den größten Teil der Geschichte der sozialstrukturellen Ordnung zugrunde gelegen, genau so lange, als die primitiven Verhältnisse stabil waren. Als sie in Bewegung gerieten, wurde sie überwunden. Und das nicht zufällig. In Bewegung nämlich gerieten die Verhältnisse mit der Entstehung des Staates. Der aber ist auf Herrschaft gegründet. Herrschaft ist die Gegenstruktur zur Egalität. Denn Herrschaft, wie immer ihre einzelnen Formen beschaffen sein mögen, beruht auf der Organisation einer Herrschaftsclique, weniger also, zur Unterwerfung und Ausbeutung der vielen (Weber, WuGes. II, 9, 53). Fortan gibt es Herrscher und Beherrschte. Mit der Herrschaft entsteht das Recht.

Am Anfang der Rechtsgeschichte steht deshalb eine wahrhaft quälende Frage: Wie war das möglich? Wie hat die Egalität einer gesellschaftlichen Ordnung überwunden werden können trotz der hohen Wertigkeit, die von den bis dahin Gleichen mit ihr verbunden war? Die Frage hat eine historische und eine strukturlogische Dimension. Wir konzentrieren unser Interesse lediglich auf die strukturlogischen Gründe. Die nämlich haben wir durch die Rekonstruktion der Egalität vorklären können: Egalität, so haben wir gesehen, hat sich als strukturelle Organisation nicht im Wege vorlaufender Reflexion über die Wertigkeit dieser oder jener Lösung hergestellt. Egalität war das Resultat der naturwüchsigen Bedingung, derzufolge jeder die gleiche Interaktionsstärke aufbringen konnte, jeder vor allem den gleichen Zugang zu den ökonomischen Ressourcen hatte. Und just diese Bedingung verschob sich auf ebenso naturwüchsige Weise mit dem Übergang zur agrarischen Produktion und Seßhaftwerdung. Agrarische Produktion nämlich ist mit erheblichen Risiken behaftet. Sie können in den familialen Produktionseinheiten nur schwer abgefangen werden (Sahlins, 1974, 41 f.). Die Folge ist, daß sich

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Abhängigkeiten bilden. Sie lassen sich im Einzelfall ausgleichen; strukturell haben sie die Tendenz, sich zu verstärken. Gesellschaften auf der Basis agrarischer Produktion werden deshalb zu hierarchischen Gesellschaften. Der einzige Schritt, der nach der Entstehung ungleicher Besitzverhältnisse und den damit verbundenen Abhängigkeiten getan werden mußte, um Herrschaft entstehen zu lassen, war die Organisation eines Zwangsstabes. Das war nicht ganz einfach, aber es gelang, und zwar mehrfach. Man braucht keine großen Spekulationen, keine philosophischen und keine soziologischen, um zu erklären, wie sich die Ungleichheit in Recht verwandelte. Nach wie vor entstehen Normen aus dem, was in die Interaktion als Interaktionsstärke eingebracht wird. Auf deren einer Seite steht jetzt das zur Herrschaft organisierte Potential materialisierter Macht. Der gleiche Mechanismus, der vordem Egalität hat entstehen lassen, läßt jetzt Inegalität entstehen. Es ist ersichtlich wenig bedachtsam zugegangen in der Geschichte.

Die Genese von Herrschaft und Recht, ihre naturwüchsige Verbindung als organisierte Macht, die normativ umgesetzt wurde, hat einen eindrucksvollen Beleg hinterlassen: Immer nämlich haben die Potentaten ihre Herrschaft als « Herrschaft aus eigenem Recht » verstanden. Ganz so wie unter den Bedingungen der Egalität jeder seine Ansprüche aus seiner Person herleitete, verfuhren auch die Herrscher. Und in der Tat, auf eben diese Weise hat sich Gesellschaft allemal gebildet: aus gegeneinandergesetzten Interessen. Gegenseitig respektiert werden mußten sie auch unter den pristinen Bedingungen der Frühzeit nur, weil und soweit jeder auf alle anderen angewiesen war. Wo das nicht der Fall war, im Verhältnis zu Fremden, war Töten und Rauben und Vergewaltigen ohnehin normativ qualitätslos. Abstrakt räsonieren über das, was sein sollte und was nicht, was gutes Legen war, und was daraus für die Rechte des einen und die Pflichten des anderen folgte, war nicht möglich.

Anders nähmen sich die Verhältnisse aus, wenn man der These von Eder (1976) und Habermas (1976) folgte. Danach haben sich Staat, Herrschaft und mit ihnen das Recht in einem moralischen Lernprozeß ausgebildet. Aber diese These ist historisch nicht gedeckt, und strukturlogisch steht sie im Widerspruch zu dem,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

was wir über die Logik moralischen Lernens wissen. Ich werde sie anderwärts ausführlicher erörtern.

9.2.,*Die Legitimation von Herrschaft und Recht.*

Die Legitimation von Herrschaft und Recht war nie ein Problem. Der Grund ist uns bekannt: die materiale Logik, alles, was ist, auf die Spitze der Handlung eines Agens zu stellen, sicherte schlechterdings jeder Faktizität auch ihren Geltungsgrund.

Bereits in den vorstaatlichen Gesellschaften der Häuptlingstümer waren die Besitzungleichheiten derart legitimiert. So galten, um ein charakteristisches Beispiel zu nennen, bei den Notka, einem Stamm der Nordwestküste Amerikas, der trotz seiner maritimen Nutzungsbasis an der Grenze der Klassenbildung stand, die rituellen Vorrechte und Anrechte als Geschenke übernatürlicher Wesen (Drucker, 1939; 1951). In den frühen Hochkulturen fand die Struktur der Legitimation in der Struktur der Herrschaft geradezu homologe Entsprechungen. Alle Hochkulturen nämlich haben Schöpfungsmythen ausgebildet. Und wie immer sie den Anfang in Szene setzten, es war schließlich ein Schöpfergott, der die Ordnung der Welt, die der Menschen eingeschlossen, hatte entstehen lassen. Die entschiedene Personalisierung des subjektivischen Deutungsschemas ist eine einfache Konsequenz der Entwicklungslogik. Der Gewinn an Handlungskompetenz geht mit einer gesteigerten Reflexivität des Subjekts einher. Die Handlungsstruktur wird schärfer erfaßt; wo sie als explikatives Muster dient, wird sie deshalb auch personalisiert. Die Götter haften an der subjektivischen Logik und damit auch an ihrer Entwicklung und nicht, wie Döbert meint (Döbert, 103), umgekehrt (17).

Zur Ordnung der Welt, wie sie dem Schöpfergott zugeschrieben wurde, gehörte Herrschaft allemal. Das war schlicht eine Konsequenz der Bewegungsfolge subjektivischer Logik, dem, was ist, einen Ursprung beizustellen. Herrschaft war deshalb allerwärts

(17) Daß die Personalisierung der Götter eine Konsequenz der Rationalisierung des Handelns - nota bene: des menschlichen Handelns ist, zeigt S. MORENZ, 35 ff. am Beispiel der ägyptischen Götter in beeindruckender Weise.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

göttlicher Provenienz. In Sumer läßt die Königsliste das Königtum ausdrücklich vom Himmel auf die Erde gebracht sein (Jacobsen, 1939). Und auch die späteren Könige nahmen für sich in Anspruch, von Enlil eingesetzt worden zu sein (S. N. Kramer, 1963, 119).

Die strukturlogische Absicherung der Herrschaft stand noch auf einem zweiten Bein, dem schon erörterten Schema analogischen Denkens. Der oberste Gott als Schöpfergott und Welten lenker und der König definierten sich über die gleichen Attribute, eben Herrschaft. In der frühen Ursprungslogik aber waren gleiche Attribute Ausdruck dafür, aus gleicher Substanz hervorgegangen zu sein und an ihr zu haften. Die Logik frühen Denkens mußte deshalb den Herrscher an den Ursprung, und das heißt: an den obersten Gott binden. Die Aneignung wilder Macht, von der die Gesellschaft bestimmt wurde, konnte nur als Partizipation an der ursprünglichen Macht des Schöpfergottes wahrgenommen werden. Die Ausgestaltung der Rolle war unterschiedlich; die Partizipation der Herrscher an der religiösen Substanz an sich allerwärts gleich.

In logischer Reinheit ist diese Vergöttlichung in Ägypten konzipiert worden ([18]). In den ägyptischen Texten schwankt die Kennzeichnung Pharaos zwischen Identität und Inkarnation. Folgt man den Darlegungen S. Morenz' (35 ff.), so stand die Identität am Anfang des Königtums. Der König wird mit Horus in eins gesetzt und auch so dargestellt. Daß diese Identität über die Ähnlichkeit des Handelns zwischen dem Gott, genauer dem obersten Gott, und dem König hergestellt wird, ist in vielfacher Weise zum Ausdruck gebracht. Gleiches Handeln aber meint: gleich ursprüngliche Gewalt: « Du bist Re » heißt es vom König auch noch im Neuen Reich (Hornung, 129).

Seit der 4. Dynastie, dem Bau der großen Pyramiden von Giza, gilt der König als Sohn Res. Morenz sieht darin eine Konsequenz der gleichen Entwicklung, die auch zur schärferen Personalisierung der Götter geführt hat: Der ja nicht wegzudiskutierende Umstand, daß Könige vor der Krönung wie andere Men-

([18]) Die Diskussion um die Göttlichkeit Pharaos ist alt (Moret, 1902); und sie dauert an (Posener, 1960).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

schen lebten und von Menschen geboren wurden, mußte systematisch eingeholt werden. Die Grenzziehung zwischen Identität, Inkarnation und Sohnschaft wird deshalb unscharf. Daran haftet ein großer Teil der Kontroversen in der ägyptologischen Literatur. Strukturlogisch beruht jedoch auch die Sohnschaft auf der Vorstellung einer Identität. In einem Text der Sarkophag-Kammer der Unas-Pyramide ist diese Identität der Sohnschaft mit der göttlichen Substanz, dem Sonnengott Re, festgehalten. Dort wird Re-Atum angerufen, den toten Pharao zu sich zu ziehen. Die letzten Verse lauten:

> « Re-Atum, your son comes to you,
> Unas comes to you,
> Raise him to you, hold him in your arms,
> He is your son, of your body, forever ».
>
> (Lichtheim I, 32)

Man darf diese Sohnfolgschaft nicht im Sinne des modernen Verständnisses von Verwandtschaft lesen. Der Zusatz « forever » verweist noch einmal auf die Zeitlosigkeit der göttlichen Substanz. Tatsächlich finden sich denn auch in späterer Zeit direkte Identitätsvorstellungen zuhauf.

Worauf es im gegenwärtigen Zusammenhang ankommt, ist einzig eines: Die Legitimation folgt einer Nötigung der Denkstruktur; sie folgt den Zwängen subjektivischer Logik. Ihr aber sind auch die unterworfen, gegen die sich Herrschaft von Anfang an richtet.

9.3. *Sprachloser Widerspruch.*

Frankfort hat der ägyptischen Monarchie attestiert, in voller Übereinstimmung mit den Beherrschten gewesen zu sein. « If ever a political institution functioned with the consent of the governed, it was the monarchy which built the pyramids with forced labor and drained the Assyrian peasantry by ceaseless wars » (Frankfort, 1948, 3). Mag sein. Doch dürfte es sich bei dieser Feststellung auch für Frankfort eher um eine Konjektur aus den religiösen Quellen handeln, denn um Wissen über die Erlebniswelt der also Beherrschten. Religiöse Äußerungen aber

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sind im prägnanten Sinn Überbau. Sie folgen den Zwängen einer Logik, gegen die auf der Abstraktionsebene der Weltbilder keinerlei Sicherung mehr hält. Man muß aber nicht meinen, daß mit der Logik die Bedürfnisse nahtlos zur Deckung kamen. Bedürfnisse weisen ihren Eigensinn auf. Sie gehen nicht auf in der Organisation, und mehr noch: die gesellschaftliche Organisation kann eine Entwicklung einschlagen, unter der sie überhaupt unbefriedigt bleiben. Egalität war unter den frühen Bedingungen der Gesellschaftsbildung ein in eine Vielzahl konkreter Interessen umgesetztes Bedürfnis. Es ließ sich vergleichsweise unproblematisch befriedigen, weil die familiale Organisation mit der gesellschaftlichen Organisation weithin deckungsgleich blieb und Herrschaft keine Chance hatte, sich auszubilden.

Mit der Ausbildung von Herrschaft ändert sich die Situation. Die Organisation der Gesellschaft ist nicht nur im Herrscher und dessen Verwaltungsstab auf Inegalität gestellt. Die Ungleichheit des Besitzes an dem wichtigsten Produktionsmittel: Land läßt die Ungleichheit unter den Gesellschaftsmitgliedern allgemein werden. Fortan entsteht ein gesellschaftlicher Widerspruch, der dauerhaft ist. Die familiale Sozialisation ist weiterhin der Ort, an dem sich Egalität als personales Interesse ausgebildet. In den Grenzen der Familie wird es auch befriedigt. Keine Frage deshalb, daß es die familiale Gemeinschaft gewesen ist, die das Desaster der Herrschaft strukturell abgefangen hat. Untereinander ist man gleich; was außen ist, ist wie eine naturale Gewalt, in die man sich schicken muß. Eben deshalb auch ist die gesellschaftliche Schichtung in arm und reich an sich nicht das, was Inegalität so desaströs sein läßt. Sie auf diesen Gegensatz hunterbringen zu wollen, ist Ausdruck eines neuzeitlichen Besitzindividualismus, der seine gesellschaftlichen Quellen camoufliert und der Decamouflage mit der Ranküne von Neid und Gleichmacherei zu begegnen sucht. Inegalität hat eine andere Dimension als sich im Maßstab von mehr oder weniger darstellen läßt, und das, weil auch Egalität anderes meinte. Entscheidend ist der Zugriff auf Lebenschance und Selbstbehauptung des Subjekts - man erinnere sich: Selbstbehauptung als « perfectibilité ». Mit der Ausbildung von Herrschaft ist schon der Sozialisationsprozeß unter Bedingungen gestellt, in denen die Deprivation der Entwick-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lung leibhaft erfahren wird. Die Mahrzahl erreicht in den geknechteten Verhältnissen gar nicht mehr das Niveau der Gesellschaft. Und das ist erst der Anfang. Staat als Organisation zielt ja exakt auf eines: die Selbstbehauptung des Individuum zu durchkreuzen. Das gelingt auch. Wenn irgendeines für die frühen Staaten charakteristisch ist, dann der direkte Zugriff auf die Subjekte: Abgaben ohnehin, Dienstleistungen allemal, Krieg ohne Ende, Tod. Inegalität ist nicht die abstrakte Zurechnung von Rang oder Schicht. Inegalität ist die sozialstrukturell durchkreuzte Befriedigung elementarer Bedürfnisse bis hin zur Vernichtung.

Die Naturwüchsigkeit, die bisher schon dem Geschehen anhaftet, setzt der faktischen Unterwerfung das theoretische Siegel auf: Naturwüchsig ist auch die kognitive Entwicklung. Und die erlaubt nicht, den faktischen Zustand theoretisch zu hintergehen: Dazu fehlt schon die operationale Kompetenz. Die materiale Logik legitimiert noch das Gewaltsystem. Die Legitimität folgt der Faktizität. Der Widerspruch zwischen Bedürfnislage des unterlegenen Subjekts und Legitimation ist sprachlos geworden. Legitimation ist durch die Geschichte hindurch die beredte Art, das Leiden, das diese Sprachlosigkeit einschließt, zu übertönen.

10. *Zusammenfassung.*

Der Aufbau der menschlichen Gesellschaft kennt ein neues Organisationsprinzip: Normen. Ihre Ausbildung ist die Bedingung der Möglichkeit dafür, daß sie überhaupt hat entstehen können. Notwendig also müssen sie mit dem Menschen entstanden sein. Denn der Mensch wird Mensch nur in seinen kulturellen Lebensformen.

Das Verständnis der Normativität wird deshalb zur Bedingung dafür, den Aufbau der Gesellschaft in seinen grundlegenden Strukturen zu begreifen. Grund genug für eine historisch-genetische Soziologie, ihre Rekonstruktion zu versuchen.

Natürlich steht auch das soziologische Denken unter den Zwängen hergebrachter Logik und hergebrachten Philosophierens. Das aber hat die menschlichen Lebensformen immer über die Inhaltsebene zu begreifen gesucht. Notwendig, denn der strukturlogische Idealismus, der am Grunde jeden Philosophierens liegt, hat das, was ist und sein soll, allemal einem in Gedanken verfaßten Absoluten zugeschrieben. Auch die Historie suchte den historischen Bildungsprozeß stets über die Inhaltsebene des Geschehens zu bestimmen. Geschichte wird so zu

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

einer Geschichte aus Ideen. Für das Normverständnis ergab sich ganz selbstverständlich, ihre Normativität aus Inhalten zu begründen. Normen galten, weil das, was in ihnen vorgeschrieben war, Richtigkeit beanspruchen konnte.

Ein historisch-genetischer Konstruktivismus setzt den Prozeß anders an. Die Aufgabe, die sich der Neuzeit gestellt hat, besteht darin, verständlich zu machen, weshalb überhaupt menschliche Lebensformen sich haben entwickeln können und zwar eben in der Weise, in der sie es getan haben. Das verlangt auf die Bedingungen zurückzugehen, die für sie bestimmend waren. Die aber liegen im anthropologischen Organisationsplan, wie er sich am Ende der naturgeschichtlichen Evolution ausgebildet hat. Eine wirklich explikative Theorie ist notwendig eine naturalistisch-materialistische Theorie.

Die Neuzeit hat die Grenzen zwischen der Naturgeschichte und der eigentlichen Geschichte der Menschheit als der Geschichte selbstgeschaffener Lebensformen unter der Kategorie der Selbstbehauptung begriffen. Das ist richtig. Die dem Organismus naturnotwendig eigene Selbstbehauptung ist geeignet, verständlich zu machen, was den Prozeß der Kulturation in Gang gesetzt hat. Unter der Bedingung des anthropologischen Organisationsplanes wird Selbstbehautpung zum Bildungsprozeß der Gattung. Selbstbehauptung und « perfectibilité » gehen in eins.

Eine historisch-genetische Rekonstruktion, die von den anthropologischen Bedingungen ausgeht, unter denen überhaupt eine Interaktion zwischen den hinkünftigen Gesellschaftsmitgliedern aufgebaut werden kann, revolutioniert das bisherige Normverständnis. Sie deckt das spezifisch Normative: das Sollen bereits in der formalen Struktur auf und nicht erst in der Einsicht und dem Konsens über Inhalte. Wie alle kulturellen Lebensformen bildet sich auch die Grundstruktur der Norm in der frühen Ontogenese aus; von allem Anfang an steht das Tun unter der Bedingung der Angewiesenheit auf den Anderen. Diese Angewiesenheit macht es notwendig, die eigenen Bedürfnisse an den Anderen als Erwartung zu adressieren. In der Form der an den Anderen adressierten Erwartung liegt der strukturelle Kern der Norm.

Die formale Struktur läßt sich an der vollständig ausgebildeten Norm ablesen. Sie läßt sich aber vor allem in ihrer Genese verfolgen. Erwartungen nämlich haben eine lange Naturgeschichte. Mit dem Übergang zur humanen Organisation erfahren sie einen doppelten Strukturwendel: sie werden offen und müssen erst über kulturelle Ausdeutungen zu konkreten Verhaltensweisen verdichtet werden. Diese lassen sich als Aufforderung an den Anderen adressieren. Normen sind derart über sinnhafte Bestimmungen ausformulierte Erwartungen, die als Aufforderung an den Andern adressiert werden.

Der Umstand, daß sich jedwedes interaktive Handeln im Netz einer gedeuteten Welt über sinnhafte Bestimmungen ausbildet, hat zur

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Folge, daß Normen mit dem Stigma materialer Richtigkeit versehen werden. Materiale Richtigkeit meint Sinnadäquanz. Sie macht das eine Moment der Verbindlichkeit aus. Das andere liegt in ihrer Moralisierung: Interaktionspartner in face-to-face-Beziehungen müssen sich als verläßlich erweisen. Das impliziert die Ausbildung von Moral: Die Obligation gegenüber den Anderen muß derart interiorisiert werden, daß den normativ abgesicherten Interessen auch dann Rechnung getragen wird, wenn der Andere sie nicht aktuell anfordert. Die Ausbildung der Moral ist selbst mit einer harten generalisierten Sanktion versehen. Wer diese Leistung nicht erbringt, findet keinen Zugang zur Interaktionsgemeinschaft.

Die Entwicklung der menschlichen Gesellschaft als Folge einer Selbstbehauptung, die von Anfang an unter der Bedingung der Angewiesenheit auf den Andern steht, bringt sich nicht minder massiv in der Art zur Geltung, in der in den Interaktionen der face-to-face-Beziehung die gegenseitig aneinander adressierten Erwartungen miteinander ausgeglichen werden, inhaltlich also. Unter den naturwüchsigen Bedingungen der sozialen Interaktion war es für jeden notwendig, aber auch möglich, die gleiche Interaktionsstärke in Verfolg seiner Interessen auszubilden. Das aber bedeutete: Jeder konnte sie nur unter der Bedingung befriedigen, daß er seinerseits bereit war, die Interessen anderer zu befriedigen. Egalität war die notwendige Folge. Die primitiven Gesellschaften der Sammler und Jäger sind egalitär.

Die Probe aufs Exempel der Egalität und ihrer Genese liefern die primitiven Gesellschaften selbst. Wo sich gleiche Interaktionsstärken nicht haben ausbilden lassen, von Kindern und vielfach von Frauen, war Inegalität die Folge.

Der Geltungsgrund der Normen erschließt sich in einfacher Weise wenn man der Rekonstruktion der Genese folgt: Er liegt in den nicht aufhebbaren Bedingungen der Interaktion. Der moralische Lernprozeß besteht darin, ontogenetisch wie historisch, diese Bestimmung aus der Interessenlage der anderen zu erfassen. Moralische Kompetenz nennen wir die Relativierung der Geltung auf diesen Realgrund hin. Eben deshalb verläuft die Entwicklung von der Heteronomie zur Autonomie.

Wenn man will, lassen sich auch die naturwüchsig entstandenen Ordnungen der Sammler und Jäger mit dem Attribut der Legitimität versehen. Legitimation gibt die Antwort auf die Frage, weshalb die bestehende Ordnung überhaupt gilt. Sie transponiert die Geltungsfrage auf das abstraktive Niveau der ausformulierten Weltbilder. Frage wie Antwort werden ebenso von der operationalen Kompetenz wie von der materialen Logik bestimmt. In den frühen Gesellschaften erlaubt es die operationale Kompetenz nicht, die bestehende Ordnung hypothetisch zu hintergehen. Sie ist deshalb per se sinnvoll. Die materiale Logik setzt das Siegel auf die Bestimmung. Ihr zufolge ist alles

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

auf die Spitze des Handelns eines subjektivischen Agens gestellt. Dem, was ist, wird in einer immer gleichen Bewegung der immer gleiche Geltungsgrund beigestellt. Die Egalität der frühen Sammler- und Jägergesellschaften erfährt ebensogut ihre Legitimation wie die wüsten Formen von Herrschaft hernach.

Die Egalität der frühen Gesellschaften ist durch die Ausbildung von Staat und Herrschaft überwunden worden. Durch Recht wurde die Inegalität institutionalisiert. Die wichtigste historische Bedingung dafür war der Übergang zur agrarischen Produktion. Die strukturlogische Bedingung liegt im Formprinzip der Norm selbst: Ungleiche Interaktionsstärken haben institutionell ungleiche Verkehrsformen zur Folge, soweit die Ungleichheit nicht durch Gegenstrategien aufgefangen werden kann. Herrschaft aber verhindert solche Strategien.

Mit der Ausbildung von Herrschaft entsteht ein Widerspruch, der sich durch die Geschichte hinhält: Das Streben nach Egalität bildet sich als das kulturell umgesetzte Bedürfnis der Selbsterhaltung in jeder Sozialisationsphase aus. In den Grenzen der Familie findet es auch seine Befriedigung; gesellschaftlich wird es inhibiert. Manifest wird es nur im Leiden; artikulieren kann es sich nicht. Die Legitimation folgt so gut naturwüchsigen Strukturen wie die Verhältnisse. Unberührt stellt sie dem, was ist, seinen Grund bei. Eben deshalb haben Philosophen das undankbare Geschäft der Weltgeschichte gehabt, an den Realitäten vorbeizudenken.

LITERATUR

ADORNO, Theodor W., *Negative Dialektik*, Frankfurt (1966).

APEL, Hartmut, *Verwandtschaft, Gott und Geld*, Frankfurt (1982).

APEL, Karl-Otto, *Transformation der Philosophie*, 2 Bde., Frankfurt (1976).

BLOS, Peter, *Der zweite Individuierungs-Prozeß der Adoleszenz*, in DÖBERT, Rainer u.a. (Hrsg.), *Entwicklung des Ichs*, S. 179-195, Köln (1977).

BLUMENBERG, Hans, *Die Legitimität der Neuzeit*, Frankfurt (1966).

BRUNER, J. S. and SHERWOOD V., *Peekaboo and the Learning of Rule Structures*, in ders. (Ed.) *Play, Its Role in Development and Evolution*, Harmondsworth, pp. 277-285 (1976).

BUCK, Günter, *Selbsterhaltung und Historizität*, in KOSELLECK, Reinahrt und STEMPEL, Wolf-Dieter (Hrsg.), *Geschichte - Ereignis und Erzählung*, S. 29-94, München (1973).

CONDORCET, Marie Marquis de, *Entwurf einer historischen Darstellung der Fortschritte des menschlichen Geistes*, Frankfurt (1794-1963).

DÖBERT, *System Theorie und die Entwicklung religiöser Deutungssysteme* (1973),

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

DRUCKER, Philip, *Rank, Wealth and Kinship in Nortwest Coast Society*, in « American Anthropologist », 41, pp. 55-65 (1939).
—, *The Northern and Central Noatkan Tribes*, in « Bureau of American Ethnology Bulletin », 144 (1951).

DUBY, Georges, *Bemerkungen über die Wirklichkeit der Frau im 12. Jahrhundert*, in Evelyne SULLEROT (Hrsg.), *Die Wirklichkeit der Frau*, S. 514-519, München (1978-1979).

DURKHEIM, Emile, *Les Formes Elementaires de la Vie Religieuse*, Paris 4-1970 (1917).

DUX, Günter, *Strukturwandel der Legitimation*, Freiburg (1976).
—, *Rechtssoziologie*, Stuttgart (1978).
—, *Der Ursprung der Normen. Die Bedeutung der Sprache für ihre Entwicklung*, in « Arch. f. Rechts- und Sozialphilosophie », LXVI, S. 53-75 (1980).
—, *Zur Strategie einer Soziologie der Erkenntnis*, in STEHR, Nico und MEJA, Volker, *Wissenssoziologie*, S. 73-101, Opladen (1981).
—, *Die Logik der Weltbilder. Sinnstrukturen im Wandel der Geschichte*, Frankfurt (1982).

EDER, K., *Die Entstehung staatlich organisierter Gesellschaften*, Frankfurt (1976).

EDZARD, D. O., *Die frühdynastische Zeit*, in *Fischers Weltgeschichte*, Bd. 2. *Die Altorientalischen Reiche*, S. 57-90, Frankfurt (1965).

FOX, Robin, *Kinship and Marriage*, Harmondsworth (1977).

FRANKFORT, Henri, *Kingship and the Good*, Chicago (1948).

FREUD, S., *Das Ich und das Es* (1923).

HABERMAS, Jürgen, *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*, Frankfurt (1976).
—, *Theorie des kommunikativen Handelns*, 2 Bde., Frankfurt (1981).

HART, C. W. M. and PILLING, Arnold R., *The Tiwi of North Australia*, New York (1979).

HOEBEL, E. ADAMSON, *The Law of Primitive Man*, Cambridge (Mass.) (1964).

HORNUNG, Erik, *Der Eine und die Vielen*, Darmstadt (1971).

JACOBSEN, T., *The Sumerian King-list* (Assyriological Studies, No. 11), (1939).

JACOBSON, Edith, *Die Trieb- und Gefühlskonflikte des Adoleszenten und die Umgestaltung und das Wachsen seiner seelischen Strukturen*, in DÖBER, Rainer u.a. (Hrsg.), *Entwicklung des Ichs*, S. 196-211, Köln (1977).

KINSEY, A. C., *Das sexuelle Verhalten der Frau*, Berlin (1963).

KOSELLECK, Reinhart, *Standortbindung und Zeitlichkeit. Ein Beitrag zur historiographischen Erschließung der geschichtlichen Welt*, in KOSELLECK, Reinhart, MOMMSEN, Wolfgang J und RUSEN Jorn (Hrsg.), *Objektivität und Parteilichkeit in der Geschichtswissenschaft. Theorie der Geschichte. Beiträge zur Historik*, Bd. 1, S. 17-46, München (1977).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

KRAMER, Fritz, *Die Sozialanthropologie und das Problem der Darstellung anderer Gesellschaften*, in KRAMER, Fritz und SIGRIST, Christian (Hrsg.), *Gesellschaften ohne Staat. Gleichheit und Gegenseitigkeit*, S. 9-27, Frankfurt (1983).

KRAMER, Samuel Noah, *The Sumerians. Their History, Culture and Character*, Chicago (1963).

LEE, Richard G., *Politics, Sexual and Non-sexual in an Egalitarian Society*, in « Social Science Information », 17, pp. 871-895 (1978).

LEE, Richard B. and DEVORE Irven, *Problems in the Study of Hunters and Gatherers*, in dies. (Eds.), *Man the Hunter*, pp. 3-12, New York (1968-1979).

LÉVI-STRAUSS, Claude, *Die elementaren Strukturen der Verwandschaft*, Frankfurt (1947-1981).

—, *The Concept of Primitiveness*, in Richard B., LEE and DEVORE Irven (Eds.), *Man the Hunter*, pp. 349-352, New York (1968-1979).

LORENZ K., *Der Kumpan in der Umwelt des Vogels*, in « J. Ornith. », 83, 137-413, abgedruckt in *Über tierisches und menschliches Verhalten*, Bd. I, München, 1965, S. 115-282 (1935).

LUHMANN, Niklas, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied (1969).

—, *Rechtssoziologie*, 2 Bde., Hamburg (1972).

MAIR, Lucy, *Primitive Government*, Harmondsworth (1970).

MALINOWSKI, Bronislaw, *Argonauten des Westlichen Pazifik*, Frankfurt (1922-1979).

—, *Der Vater in der Psychologie der Primitiven*, in KRAMER, Fritz und SIGRIST, Christian (Hrsg.), *Gesellschaften ohne Staat*, Bd. 2, S. 31-61, Frankfurt (1927-1978).

MARQUARD, Odo, *Abschied von der Philosophie der Geschichte*, in KOLLECK, Reinhart und STEMPEL, Wolf-Dieter (Hrsg.), *Geschichte - Ereignis und Erzählung*, S. 241-250, München (1973).

MARSHALL, Lorna, *Sharing, Talking and Giving: Relief of Social Tensions among the Kung Bushmen*, in « Africa », 31, pp. 231-249 (1961).

MASSING, P. und Reichel, P. (Hrsg.), *Interesse und Gesellschaft*, München (1977).

MAUSS, Marcel, *Die Gage*, Frankfurt (1950-1968).

MEILLASSOUX, Claude *Die wilden Früchte der Frau*, Frankfurt (1975-1976).

MESSELKEN, Karlheinz, *Inzesttabu und Heiratschancen*, Stuttgart (1974).

MONOD, *Jacques, Zufall und Notwendigkeit. Philosophische Fragen der modernen Biologie* (1970), Frankfurt (2-1975).

MORENZ, Siegfried, *Ägyptische Religion* (1960), Stuttgart (2-1977).

MORET, A., *Du charactère religieux de la royauté pharaonique*, Paris (1902).

PIAGET, Jean, *Die Entwicklung der Erkennens II. Das physikalische Denken, Ges. Werke*, Bd. 9, Stuttgart (1950-1975).

—, *Biologie und Erkenntnis*, Frankfurt (1967-1974).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PLESSNER, Helmut, *Die Stufen des Organischen und der Mensch, Werke*, Bd. 4, Frankfurt (1928-1981).

POSENER, G., *De la divinité du Pharao* (1960).

READ, D. E., *Leadership and Consensus in a New Guinea Society*, in « American Anthropologist », pp. 425, 436 (1959).

ROUSSEAU, J.J., *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité*, in *Oeuvres complètes*, t. III, pp. 109 seq., Paris (1753-1964).

—, *Du contrat social*, in *Oeuvres complètes*, t. III, pp. 347 seq. (1762-1964).

SAHLINS, Marshall, *Stone Age Economics*, Frome and London (1974).

SHOSTAK, Majorie, *Kung Woman's Memories of Childhood*, in LEE, R. B. and DEVORE J. (Eds.), *Kalahari Hunters and Gatherers*, pp. 246-227 (1976).

SPITTLER, Gerd, *Streitregelung im Schatten des Leviathan*, in *Ztschr. f. Rechtssoziologie*, pp. 4-32 (1980).

THORPE, W. H., *Learning and Instincts in Animals*, London (1969).

TOPITSCH, Ernst, *Vom Ursprung und Ende der Metaphysik*, Wien (1958).

TURNBULL, Colin, *The Forest People*, London (1961-1976).

VOBRUBA, *Georg, Politik mit dem Wohlfahrtsstaat*, Frankfurt (1983).

WALLACE, Ernst and HOEBEL, E. A., *The Comanches. Lords of the South Plains*, Norman (1952).

WEBER, Max, *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, Bd. I, Tübingen (1920-1963).

—, *Wirtschaft und Gesellschaft* (*Studienausgabe*), Köln (1964).

WEHLER, Hans-Ulrich, *Geschichte und Soziologie, Einleitung*, in ders., *Geschichte und Soziologie* (Hrsg.), S. 11-31, Köln (1976).

WESEL, U., *Der Mythos vom Matriarchat*, Frankfurt (2-1981).

WOODBURN, James, *An Introduction to Hadza Ecology*, in LEE, R. and DEVORE, Irven (Eds.), *Man the Hunter*, pp. 49-55, New York (1968-1979).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Implicazioni

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

GIORGIO REBUFFA

COSTITUZIONALISMO E SOCIOLOGIA

1. Un'ipotesi sulla dottrina costituzionale di Weber. — 2. La garanzia dei diritti soggettivi nella dottrina pubblicistica. — 3. I problemi evolutivi del costituzionalismo continentale e l'analisi sociologica.

1. *Un'ipotesi sulla dottrina costituzionale di Weber.*

Con differenziate costruzioni lessicali l'analisi della sociologia classica (nell'opera di Weber, in primo luogo) e l'analisi della dottrina pubblicistica degli ultimi decenni del secolo scorso, ci hanno consegnato una identica ricostruzione del processo di formazione e dei profili strutturali dello stato moderno (1).

Si può affermare, senza eccessive forzature, che l'opera di Max Weber raccolga, traducendoli in uno schema analitico più generale, i risultati della dottrina pubblicistica dello scorso secolo, fornendo una griglia di lettura dei fenomeni statuali destinata ad ampia accoglienza, non solo fra i sociologi.

Proverò a fissare alcuni punti centrali dell'analisi di *Economia e Società* riguardanti i caratteri dello Stato moderno. La prima peculiarità dello Stato moderno, quale emerge dalle pagine weberiane, è che in esso la regola giuridica è totalmente « positivizzata »; cioè che la fonte tendenzialmente esclusiva delle prescrizioni giuridiche è il legislatore. Si tratta di un'opinione largamente accolta dalla sociologia giuridica contemporanea che su di essa ha costruito utili teorizzazioni (2).

---

(1) Per un primo approccio dell'analisi del rapporto di Weber con la cultura giuridica del suo tempo cfr. P. SCHIERA, *Max Weber e la scienza giuridica tedesca dell'ottocento*, in *Sociologia del diritto*, VIII, 1981, n. 1, pp. 86-106.

(2) Mi riferisco come è chiaro a N. LUHMANN (cfr. soprattutto *Rechtssoziologie*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il processo di « positivizzazione » assume, nel modo in cui è sottolineato da Weber, un significato di cesura con la tradizione della scuola storica e della pandettistica, che alle concettualizzazioni dogmatiche affidavano, da diversi punti di vista, una funzione di limite alla competenza, tendenzialmente « onnipotente », delle definizioni e delle prescrizioni legislative (3); il compito cioè di segnare con i concetti della « scienza » dogmatica il limite invalicabile al legislatore. Lo Stato « a diritto legislativo » diventa invece nella ricostruzione della sociologia weberiana, il centro di ogni imputazione normativa, l'accentratore di ogni potere; e i suoi organi sono gli esclusivi titolari del mutamento giuridico: « Lo sviluppo dello Stato moderno ha inizio ovunque nel momento in cui, da parte del principe, viene messo in moto il processo di espropriazione dei detentori ' privati ' indipendenti della potenza amministrativa ... Alla fine si vede che nello Stato moderno la disponibilità di tutti i mezzi di impresa politici è concentrata in un vertice unico ... » (4). Si apre, così, il problema della legittimazione di questa forma accentrata (e nuova, nelle organizzazioni politiche moderne) di produzione normativa.

A questo problema, nell'àmbito della cultura giuridica, sono state fornite essenzialmente due risposte.

La prima è più frequentemente riscontrabile nelle dottrine generali del diritto privato: la legittimità all'azione del legislatore esiste a condizione che essa si muova all'interno di (ed abbia come limite) categorie concettuali « prelegislative » scoperte dalla scienza giuridica; l'azione legislativa sarà quindi « legittima » se subordinata alle categorie dogmatiche. Questo, come si è accennato, è, per esempio, il programma di politica del diritto della scuola

---

Reimbek bei Hamburg, 1972; tr. it. a cura di A. FEBBRAJO, in *Sociologia del diritto*, Bari, 1977, pp. 159 ss.

(3) Come scrive — un po' riduttivamente — P. Schiera, si trattava del « sogno di sostituirsi allo stato nella massima funzione politica: quella legislativa » (P. SCHIERA, *op. cit.*, p. 90). Sulle funzioni che le concettualizzazioni della scienza giuridica assumono nella cultura germanica si veda l'ampio studio di M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*, Milano, 1979.

(4) M. WEBER, *Economia e società*, ed. it. a cura di P. ROSSI, Milano, 1961, vol. II, p. 696.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

storica e della pandettistica, largamente fatto proprio dalla successiva dottrina del diritto privato.

Una seconda, diversa, formulazione è, invece, rintracciabile nelle dottrine pubblicistiche: l'illimitatezza della attività del legislatore è « legittima » se sono noti, predeterminati e conoscibili i meccanismi della produzione normativa; per il resto le attività (originarie o delegate) dei titolari del mutamento giuridico sono illimitate, e indefinite quanto ai contenuti. Da un altro punto di vista ciò significa che le « garanzie » dei soggetti dell'ordinamento rispetto alle manifestazioni della volontà statuale si esauriscono nell'organizzazione predefinita dei poteri, e nella conoscibilità (o razionalità) delle procedure di normazione. Talora questa seconda posizione è riassunta con la locuzione « costituzionalismo ». Vedremo più avanti, però, che essa ne costituisce solo una variante; variante propria delle organizzazioni giuridiche continentali e delle loro rappresentazioni dottrinali.

La posizione di Weber è coerente a questa seconda posizione: la legittimazione dello Stato moderno (centro di ogni imputazione normativa) è possibile quando sono conoscibili i meccanismi e le procedure dell'intervento normativo. Procedendo nell'analisi dello schema weberiano esso, in sintonia con la dottrina pubblicistica germanica del suo tempo, appare coerente ad un tipo di costituzionalismo limitato e, sostanzialmente, autoritario.

Sono, secondo Weber, distinguibili all'interno dei sistemi giuridici due tipi di ordinamenti (termine che egli usa per indicare gruppi di norme omogenee rispetto allo scopo): quello che egli chiama « ordinamento regolativo », che riguarda le facoltà individuali, e l'« ordinamento amministrativo », che regola l'agire di un gruppo (5). Weber precisa, inoltre, che formazioni statuali dove sia presente solo il primo tipo di norme, che identificherebbe uno Stato di diritto « puro », non esistono, e che, di conseguenza, l'« ordinamento regolativo » da solo non identifica alcuna formazione statuale (6).

Va a questo proposito sottolineato che nella costruzione weberiana l'« ordinamento regolativo » (cioè l'insieme delle norme rela-

(5) M. WEBER, *Economia e Società*, ed. it. cit., vol. I, p. 50.
(6) *Ibidem*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tive alle facoltà ed ai diritti individuali) ha carattere derivato perché si fonda sull'« ordinamento amministrativo », cioè sulle norme regolatrici della organizzazione dei poteri. O meglio, attenendoci al linguaggio weberiano, sulle regole che definiscono l'agire del gruppo in quanto « comunità politica ». Con ciò si delinea una gerarchia delle norme che caratterizza l'organizzazione giuridico-statuale moderna: dalle norme che regolano ed organizzano l'agire della comunità politica (e solo da queste) derivano le facoltà e i diritti individuali. Formulazione che è perfettamente coerente ad un'idea di costituzione intesa esclusivamente come « regola sui poteri della comunità ».

Così, per esempio, là dove, Weber indica il contenuto di una « costituzione » come definizione delle modalità in cui « i membri del gruppo si piegano al capo — e l'apparato amministrativo e l'agire del gruppo stanno al suo comando, quando egli « dà disposizioni », e in particolare quando egli impone ordinamenti » (7).

Abbiamo, come si è visto, identificato in Weber la nozione di « stato » con quella di « comunità politica ». Ciò è coerente all'impianto teorico e ai lessici utilizzati in *Economia e Società*. Infatti il termine « Stato » è intercambiabile con quello di « Comunità politica », definito secondo il lessico della dottrina pubblicistica come l'« agire rivolto a riservare un territorio »; per cui le condizioni per l'esistere di una comunità politica sono « un territorio, la predisposizione della forza fisica per dominarlo e un agire di comunità che regoli le relazioni fra gli abitanti » (8).

Resta da considerare quali sono le modalità che definiscono il potere nello Stato-comunità politica. Si tratta, in primo luogo, di un potere organizzato come « amministrazione » (« ogni potere si manifesta e funziona come amministrazione ») (9): un potere che assume particolari regole per esercitarsi. Ciò, come è noto, costituisce il carattere « razionale » dello Stato moderno. Tutta-

---

(7) M. WEBER, *Economia e Società*, ed. it. cit., vol. I, p. 49.

(8) M. WEBER, *Economia e Società*, ed. it. cit., vol. II, p. 202. Si tratta di una definizione singolarmente simile a quelle degli scrittori di diritto pubblico. Per esempio Jellinek: « comunità sedentaria dotata originariamente della potestà di dominio » (*Allgemeine Staatslehre*, Heidelberg, 1900, p. 296,

(9) M. WEBER, *Economia e Società*, ed. it. cit., vol. II, p. 250.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

via la caratteristica della legittimità « legale » dello Stato moderno si esaurisce: *a*) nella separazione fra detentori del potere di formazione delle regole e i soggetti cui è riservato il compito di applicarle; *b*) nelle conoscibilità preventiva delle procedure della produzione normativa (la legittimazione mediante sistema di regole razionali). Questo schema identifica un tipo di costituzionalismo « limitato ». In esso infatti la garanzia dei diritti soggettivi viene affidata esclusivamente all'organizzazione razionale dei poteri: « soltanto la burocratizzazione dello Stato e del diritto contempla in generale anche la possibilità definitiva di una netta distinzione concettuale di un ordinamento giuridico " oggettivo " dai diritti " soggettivi " degli individui garantiti per mezzo suo ... » [10].

In conclusione nella interpretazione weberiana dell'organizzazione costituzionale dello stato « moderno » appare soprattutto rilevante l'affermazione del primato delle regole sui poteri rispetto alle regole sui diritti; e l'affermazione correlata che la garanzia dei diritti soggettivi è (solo) una conseguenza della organizzazione dei poteri.

2. *La garanzia dei diritti soggettivi nella dottrina pubblicistica.*

Assumo l'ipotesi che la caratterizzazione dello Stato moderno come potere razionale (fondato cioè sulla conoscibilità delle procedure decisionali usate dai titolari dei poteri normativi e sulla distinzione delle competenze dei poteri costituzionali) sia coerente all'impostazione della dottrina pubblicistica germanica coeva [11], in un modo per cui nell'opera di Weber, come nelle sue fonti, la definizione delle posizioni soggettive resta sullo sfondo; e per il quale la loro garanzia e la loro tutela viene affidata all'esistenza di un'organizzazione dei poteri costituzionali proceduralmente « razionale ».

L'abbandono da parte della dottrina giuridica germanica delle antiche diffidenze verso l'« onnipotenza legislativa », la costru-

---

[10] M. WEBER, *Economia e società*, ed. it. cit., vol. II, p. 310.

[11] Accolgo le periodizzazioni, così come molte indicazioni delle quali mi sento debitore, dal libro di M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione ed il compimento della dottrina dello Stato-persona giuridica, l'appiattimento della scienza del diritto pubblico sul dato della norma positiva (che trova il suo massimo teorico in Paul Laband) [12] contribuiscono a disegnare un'idea della legittimità dello Stato moderno, e dei suoi poteri normativi, esclusivamente fondata sulla conoscibilità delle norme procedurali della decisione normativa e dei princìpi organizzativi costituzionali. In tal modo il diritto pubblico diventa commentario delle proposizioni legislative [13] e « legittima » un'organizzazione dei poteri dove — come esplicitamente affermano, pur da posizioni diverse e in tempi diversi sia Gerber che Jellinek — i diritti individuali sono subordinati al diritto oggettivo e il potere legislativo non incontra rispetto ad essi alcun limite (se non quello della conformità alle procedure stabilite).

Se ci soffermiamo sull'opera del pubblicista che più di tutti, nella cultura germanica di fine secolo, è attento alla problematica dei diritti soggettivi, cioè Georg Jellinek [14], risulta forse più preciso ciò che si intende parlando di subordinazione delle garanzie individuali all'organizzazione delle competenze e delle procedure costituzionali.

Posto che ogni diritto soggettivo non è « originario » e che le stesse « immunità negative » (i diritti alla non ingerenza nella sfera privata) formulati dalle norme di diritto privato sono modificabili dalla volontà legislativa, Jellinek indica, nel *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, come carattere peculiare di ogni diritto soggettivo la sua modificabilità da parte dei titolari della

---

[12] Osserva Fioravanti che proprio Laband rovescia tutta la tradizione della scienza giuridica tedesca operando « una brutale riduzione di tutta la problematica giuspubblicistica nei confronti della Costituzione esistente » (M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica*, cit., p. 345).

[13] Vale la pena di ricordare come, rispetto alla cultura pubblicistica francese, tale funzione di asservimento alla norma positiva e di costrizione dei diritti individuali sia già stata definita da Tocqueville come « nuovo dispotismo » (A. DE TOCQUEVILLE, *Rapport à l'Accademie des sciences morales et politiques sur la livre de M. Macarel, intitulé « Cours de droit administratif »* (1846); ora in A. DE TOCQUEVILLE, *Scritti politici*, a cura di N. MATTEUCCI, Torino, 1969, vol. I, pp. 234-246).

[14] Jellinek costituisce, come è noto, la fonte diretta di molte proposizioni weberiane.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

produzione normativa (in realtà soltanto da parte del legislatore ordinario): « la personalità dell'individuo — scrive Jellinek — non è quindi una quantità costante, ma una quantità variabile. Essa può essere accresciuta o diminuita dalla legge o da un altro atto che modifichi il diritto. Perciò il principio della uguaglianza giuridica, come lo formulano le costituzioni moderne, non importa la garanzia di una uguale condizione giuridica, e nemmeno di una uguale capacità giuridica, ma soltanto che, date uguali condizioni obiettive e subbiettive, ad un individuo non può spettare una personalità più vasta che ad un altro » (15).

Il passo citato meriterebbe molte osservazioni. Ci limitiamo a rilevare che l'idea di diritto soggettivo come « variabile » dipendente è direttamente collegata ad una peculiare idea della struttura costituzionale. E precisamente all'idea che quella parte delle norme costituzionali che definisce i diritti individuali non determini (secondo Jellinek) un sistema di garanzie soggettive immediatamente applicabili. Ciò per due ragioni. Da un lato perché il giudice ordinario non le può immediatamente sanzionare; e perché non esiste né è opportuno che esista un sistema di giustizia costituzionale immediatamente tutrice dei diritti individuali, giacché ciò costituirebbe una lesione dell'unità dello Stato-persona. In secondo luogo (e soprattutto) perché le norme costituzionali sono soltanto indirizzi al legislatore: « Le disposizioni costituzionali ... come in generale tutta quella parte dei " diritti di libertà ", che è indirizzata al legislatore, non creano perciò alcun diritto di libertà » (16). Ne deriva che qualunque elenco dei diritti non formula norme tassative, immediatamente « giustiziabili », ma la loro procedibilità e applicabilità è sottoposta alla interpretazione del legislatore ordinario. La regola costituzionale, anche quando afferma princìpi relativi ai diritti individuali, non è in una posizione sovraordinata rispetto alla norma ordinaria, ma in qualche misura subordinata perché applicabile solo dopo interpretazione « autentica »: « La interpretazione di siffatte disposizioni costituzionali è lasciata allo stesso legislatore e da ciò consegue che le

---

(15) *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg i.B., 1982, p. 79.
(16) *System*, cit., p. 92.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ulteriori leggi ordinarie ... costituiscono esse stesse una interpretazione autentica delle norme in parola » (17). Jellinek non fa altro che descrivere il funzionamento effettivo delle organizzazioni costituzionali continentali del suo tempo; ed il suo ragionamento ci è utile proprio per definire più propriamente un tipo di costituzionalismo che affligge la dottrina europea almeno fino a Kelsen, ma in realtà fino allo stabilirsi di costituzioni rigide e di un sistema di giustizia costituzionale intesa non come definizione del contenzioso sulle competenze, ma come giurisdizione sui diritti.

Ciò che caratterizza ed accomuna la dottrina germanica e e la sua recezione weberiana sono questi due nuclei concettuali:

a) uno sbilanciamento dell'equilibrio dei poteri a favore del legislatore (che spesso però non è solo, e talora neppure prevalentemente, l'assemblea legislativa): la norma costituzionale non funge da limite all'onnipotenza legislativa, poiché essa non è immediatamente applicabile se non quando è *direttamente* indirizzata ai poteri costituzionali; cioè quando ne fissa le reciproche competenze. Scrive ancora Jellinek: « Non semplice applicazione della legge esistente, ma creazione di una legge nuova è l'atto con cui il legislatore traduce in legge concreta una norma statutaria » (18). I cosiddetti diritti costituzionali sono perciò « diritti senza azione », non-diritti;

b) in secondo luogo questo tipo di dottrina costituzionale riduce il sistema delle garanzie individuali alle determinazioni delle « funzioni » dello Stato e, conseguentemente, degli organi a cui è affidato il compito di attuarle: la garanzia si risolve nelle norme di organizzazione e nella chiarezza delle competenze distinte.

3. *I problemi evolutivi del costituzionalismo continentale e l'analisi sociologica.*

Da quanto si è fin qui detto risulta una caratteristica peculiare di quello che si è definito il « costituzionalismo continentale »: in questo modello la tecnica con la quale viene assicurato l'eser-

(17) *System*, cit., p. 92.
(18) *System*, cit., p. 93.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cizio di diritti individuali ([19]) dipende *esclusivamente* dall'organizzazione dei pubblici poteri, stabilendo, così, una primazia delle regole sull'organizzazione dei poteri rispetto a quelle sull'individuazione e la tutela dei diritti ([20]). Naturalmente le singole vicende costituzionali — nel continente — si differenziano, ma quello esposto ci pare elemento unificante sia delle strutture sia delle loro rappresentazioni dottrinali. Tale modello costituzionale, appare, in sintesi, caratterizzato dai seguenti profili: l'organizzazione del potere politico, non in funzione di garanzia di diritti individuali preesistenti, ma in funzione di equilibri fra organi costituzionali finalizzati all'efficienza dello Stato-persona; la labilità della tutela giurisdizionale dei diritti individuali; l'esistenza di una gerarchia all'interno delle stesse norme costituzionali, dove solo quelle relative all'organizzazione dei poteri sono immediatamente applicabili e hanno immediata vigenza.

In sede storiografica emerge il problema della coerenza di tale modello costituzionale agli schemi del pensiero politico liberale. In realtà la descrizione delle organizzazioni giuridiche dell'ottocento europeo (e delle loro razionalizzazioni nella sociologia classica e nella « scienza » del diritto pubblico), sarebbe del tutto incompleta se non si tenesse conto di questi dati. In primo luogo che esiste anche nelle organizzazioni continentali un catalogo dei diritti immediatamente applicabili; ed è quello rintracciabile nelle norme dei codici di diritto privato che riassumono e garantiscono nelle affermazioni della libertà di appropriazione e della libertà di contratto (le « immunità negative ») i diritti di « non interferenza », cioè il centro delle libertà individuali, funzionanti rispetto (e contro) all'organizzazione politica ([21]). Questa funzione costituzionale dei codici di diritto privato sfugge sia all'analisi dei

---

([19]) Su questa accezione di costituzionalismo si rinvia ai numerosi scritti di N. MATTEUCCI, in particolare ai saggi contenuti in *Organizzazione del potere e libertà*, Torino, 1976.

([20]) Atteggiamento condiviso da chi, nella dottrina italiana, esaurisce nella « forma di possesso » il problema della tutela dei diritti.

([21]) Sul dibattito recentemente sviluppatosi nella cultura giuridica italiana cfr. G. AZZARITI, *Codificazione e sistema giuridico*, in *Politica del diritto*, 1982 (XIII), pp. 537-570. Si veda, inoltre, R. SACCO, *Codificare: modo superato di legiferare?*, in *Rivista di diritto civile*, 1983, pp. 117-135.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pubblicisti sia, in misura forse più ampia, all'analisi della sociologia weberiana.

Altrettanto sfugge un secondo dato che funziona da limite all'intervento legislativo, assolvendo una ulteriore funzione costituzionale. Alludiamo alle categorie dogmatiche che costituirono per un lungo periodo di tempo nella storia delle organizzazioni continentali il filtro selettore ed il limite all'intervento legislativo. Si tratta di un dato che, per quanto trascurato dalla sociologia del diritto ([22]), va sottolineato a ragione del fatto che le categorie della « scienza » del diritto privato hanno costituito un sistema di controllo linguistico, ma anche politico-costituzionale, agli interventi legislativi. A sottolineare la singolare miopia della sociologia del diritto rispetto a questa funzione della « scienza » giuridica (soprattutto in sistemi a costituzioni flessibili e privi di giurisdizione costituzionale per i diritti individuali) vale ricordare come proprio il « ceto dei giuristi » e le sue costruzioni dogmatiche e lessicali costituiscono l'oggetto di indagine di parti rilevanti di *Economia e Società* (e della tradizione di studi da essa influenzata, fino alla sociologia del diritto contemporanea), ma in polemica con la funzione da esso esercitata. In tal modo sfugge, all'analisi weberiana, in primo luogo, proprio la funzione centrale del ceto dei giuristi nella creazione di filtri lessicali e concettuali operanti come limiti all'interno dell'organizzazione costituzionale.

Si potrebbe affermare che le funzioni dei codici di diritto privato e delle categorie dogmatiche si siano esaurite, risultino inutili sovrabbondanze, una volta attuatisi sistemi a costituzione rigida e dotati di efficaci apparati di giustizia costituzionale per la tutela dei diritti ([23]). Vale la pena, però, di elencare alcuni fenomeni, tutti relativi alla tutela e alla rappresentazione dei diritti soggettivi, che possono far ritenere non del tutto esaurita la funzione dei ricordati meccanismi di limitazione delle innovazioni normative.

([22]) Con l'unica rilevantissima eccezione di N. LUHMANN, *Rechtsystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, 1974, trad. it. a cura di A. FEBBRAJO, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bologna, 1978.

([23]) Così G. TARELLO, voce *Codice* (*Teoria generale*), in *Enciclopedia Giuridica Treccani* (in corso di stampa).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In primo luogo la latitudine interpretativa delle clausole generali relative ai diritti contenuta nelle carte costituzionali del continente. Tale latitudine interpretativa *potrebbe* — anche se dubbi sono leciti — funzionare da efficace garanzia delle situazioni soggettive là dove si accompagnasse ad una tutela costituzionale « diffusa »; cioè in presenza di poteri e competenze per le quali (più o meno efficacemente) il giudice ordinario può aumentare la serie delle situazioni tutelate (24). *Non può*, per contro, assolvere la stessa funzione là dove la tutela costituzionale delle situazioni soggettive deve sottostare alle oscillazioni di una « legislazione contrattata », che spesso funge da interpretazione « autentica » di norme costituzionali e dove gli interessi rappresentati e tutelati non sono individuali, ma di gruppi; e là dove gli organi della tutela costituzionale non sono interamente sottratti all'influenza del potere legislativo (25). In questa cornice costituzionale, inoltre, i tradizionali diritti di non ingerenza si affievoliscono rispetto ad altri diritti detti « sociali ». Ciò avviene in conseguenza di un secondo dato caratterizzante l'evoluzione del « costituzionalismo continentale ».

Si è detto che ogni tutela di situazioni individuali è subordinata e condizionata, in tale modello, al sistema di organizzazione dei poteri. Il che fa emergere una gerarchia « latente » delle posizioni individuali tutelate, dove non a tutte sono assegnate garanzie di pari efficacia. In primo luogo perché la garanzia dei diritti « privati », quelli che abbiamo chiamato di « non ingerenza », dipende dall'efficace esercizio dei diritti di controllo sui meccanismi dell'organizzazione dei poteri; cioè dei « diritti » politici di partecipazione; e solo se esercitati. Si tratta in altri termini della tendenziale riduzione di *tutti* i diritti fondamentali ai soli diritti politici (26).

---

(24) Questo quanto sostenuto da R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London, 1977. Sarebbe errato però ritenere che gli stessi risultati, con le stesse tecniche possono essere ottenuti, in sistemi giuridici come quelli continentali.

(25) Su questo punto cfr. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979; cfr. anche G. REBUFFA, *Servono ancora i codici?*, in *Sociologia del diritto*, 1981, pp. 87-92.

(26) Tale situazione si aggrava in modo particolare là dove — come nell'organizzazione giuridico costituzionale vigente in Italia — si verificano fenomeni

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nell'esame di questo ultimo fenomeno soccorrono alcune analisi della sociologia contemporanea ([27]).

Il dato che accomuna (molto banalmente) l'analisi sociologica relativamente ai caratteri dello stato moderno è la rilevazione dell'« ampliamento quantitativo e qualitativo dei compiti amministrativi » ([28]). Tale fenomeno è raramente collegato alle trasformazioni indotte sull'organizzazione costituzionale e sulla tutela dei diritti e delle situazioni soggettive ([29]). Il quadro e il significato di tale fenomeno è però stato delineato, in àmbito sociologico, con sufficiente chiarezza. Così Luhmann individua un processo di trasformazione in tre stadi: 1) estensione progressiva dei diritti civili e riconoscimento della capacità giuridica individuale; 2) partecipazione di ciascuno ad una attività di controllo sul potere politico; 3) affermazione di una miriade di rivendicazioni relative alla qualità della vita ([30]). Ciò fa individuare — ancora da Luhmann — uno dei caratteri del cosiddetto « Stato del benessere », nel fatto che « lo Stato che considera come politicamente rilevanti le varie pretese ad una diretta gestione degli strumenti dell'ordinamento pubblico e delle pubbliche finanze » ([31]) il che significa; legittimazione di tutte le aspettative (in quanto politicamente rilevanti); e il fatto che la realizzazione di queste aspettative diventa un « bene pubblico » (soggetto quindi ai parametri di una « giusta » distribuzione).

---

di distorsione nella formazione della volontà legislativa, mediata e determinata da organi extrastatuali che assumono determinanti funzioni costituzionali. Su questo aspetto dei meccanismi costituzionali l'unica opera che ci è nota è quella di G. MARANINI, *Storie del potere in Italia*, Firenze, 1967.

([27]) Ci riferiamo a: H. SCHELSKY, *Sistemfunktionaler, antropologischer und person funktionaler Ansatz der Rechtssoziologie*, in *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1970, pp. 39-69; M. OLSON, *The Logic of collective Action. Public goods and the Theory of Group*, Cambridge Mass., 1971²; N. LUHMANN, *Politische Theorie in Wohflahrtsstaat*, München, 1981.

([28]) M. WEBER, *Economia e Società*, ed. it. cit., vol. II, p. 254.

([29]) Un'eccezione nella cultura giuridica italiana è in molti scritti di M. S. Giannini, del quale talune indicazioni vengono riprese nel testo.

([30]) *Die Organisationmittel des Wohlfahrtsstaats und ihre Grenzen* (1981), ora in: N. LUHMANN, *Potere e codice politico*, trad. it. di G. Gozzi, Milano, 1982, p. 145.

([31]) N. LUHMANN, *op. ult. cit.*, p. 144.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Proviamo ora a considerare cosa avviene nell'organizzazione costituzionale in conseguenza di questi fenomeni.

Il primo dato è che le « aspettative » diventano tanto più efficacemente realizzabili, cioè accolte dall'organizzazione giuridica e trasformate in *diritti* (32), in quanto aggregabili come « interessi » superindividuali. Ciò comporta che a livello della selezione delle aspettative trasformabili in diritti il sistema giuridico tende sempre più a « legittimare » interessi aggregati; il che significa che a livello degli enunciati costituzionali, e delle loro interpretazioni, sono sempre meno frequenti le considerazioni (e le tutele) relative a situazioni soggettive individuali (33). In altri termini si selezionano le « pretese » individuali a vantaggio di « pretese » aggregate. Aumenta così la quantità degli interessi che richiedono tutela, e quindi, poiché tutte le pretese « aggregate » sono tendenzialmente accoglibili, la tutela si distribuisce secondo uno schema di partecipazione ai vantaggi universalizzato e privo di riferimenti oggettivi, che costituisce una sorta di generalizzazione e di estensione di quella che potremo chiamare « la clausola della aspettativa più favorita » (34).

Questi — noti — fenomeni determinano l'apparire, indipendentemente ed autonomamente (ed anche in opposizione a) nelle statuizioni costituzionali al riguardo, di una nuova gerarchia dei diritti, subordinata all'apparizione di « pretese » più forti rispetto a quelle meramente individuali: al primo posto i diritti « sociali » (di cui sono portatori sezioni « generali » della società, di cui le organizzazioni sindacali sono solo l'esempio più macroscopico), al secondo posto le « pretese » alla partecipazione politica (di cui portatori sono tutte le aggregazioni che non si dichiarano — al-

---

(32) Sull'importanza del sistema giuridico come fondamentale meccanismo selettore nella trasformazione delle pretese-aspettative in diritti insiste soprattutto L. FRIEDMAN, *The Legal System. A social science perspective*, New York, 1975; ed. it. a cura di G. TARELLO, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Bologna, 1978.

(33) Cfr. M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1982, p. 256.

(34) Su questo punto, cfr. anche T. H. MARSHALL, *Class, Citizenship, and Social Development*, New York, 1964, il quale accenna anche al conseguente processo di perdita di efficacia della legislazione.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

meno apparentemente — portatrici di interessi « sezionali », ma di interessi generali di comunità o subcomunità); tali pretese si avvalgono — di solito — della ideologia del « decentramento politico ». Al terzo posto restano, come residuali, e subordinate all'accoglimento delle « pretese » *a*) e *b*), le pretese individuali.

Indipendentemente dal significato politico di questi fenomeni — che in questa sede non rileva — essi comportano una modifica dell'organizzazione costituzionale, determinata dalla necessità di definizione giuridica degli interessi tutelabili. Innanzitutto, come osserva da tempo la letteratura giuridica italiana, la nozione di « interesse » non è più leggibile (se mai lo è stata) in modo univoco, poiché l'estensione delle « pretese » legittimabili dal sistema politico non consentirebbe neppure una definizione legislativa che pretendesse a qualche stabilità e permanenza.

L'unica soluzione è quella della « pubblicizzazione potenziale di ogni interesse avente rilevanza sociale eminente » affidandone la selezione, in via esclusiva, ai titolari dei poteri normativi ([35]). Il che significa che la definizione degli interessi tutelabili da un lato non può più essere definita stabilmente, per esempio con le clausole costituzionali, perché ciò renderebbe difficile il loro rapido accoglimento; da un altro lato che la ponderazione degli interessi effettuata dai titolari del mutamento giuridico deve non solo accogliere interessi « forti » (nella gerarchia sopradescritta), ma anche esercitarsi con sempre più ampia discrezionalità.

Se il quadro sopradescritto corrisponde in qualche misura a fenomeni reali — e ci pare che vi corrisponda largamente — il modello di « costituzionalismo continentale », cioè il modello dove la tutela dei diritti è affidata solo all'organizzazione dei poteri e non ad elenchi di diritti immediatamente prescrittivi e immediatamente tutelati dalla giurisdizione, non si rivela — anche in presenza di costituzioni rigide strutturate come carte dei diritti — un efficace meccanismo di tutela dei diritti individuali. Esauriti, d'altronde, i meccanismi limitanti la discrezionalità dei titolari dei poteri normativi (codice dei diritti privati e categorie dogmatiche) le stesse funzioni dello Stato di diritto paiono perdere effi-

([35]) M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., p. 44.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cacia: al centro degli ordinamenti statuali si pongono meccanismi allocativi e distributivi variabili ed in mutamento, contraddittori con il principio informatore dello Stato di diritto « conservatore » delle posizioni soggettive predefinite (da norme costituzionali, o da norme a « funzione costituzionale ») (36). Infine le stesse categorie interpretative e valutative sulle quali la sociologia weberiana faceva poggiare la legittimità dello stato moderno, la « razionalità » e « calcolabilità » delle norme, non solo non sono corrispondenti alle dinamiche in atto, ma neppure costituiscono una soluzione (per lo meno una soluzione completa) dei problemi di legittimità di organizzazioni giuridiche caratterizzate da un « costituzionalismo senza diritti ».

(36) Su questo punto cfr. soprattutto E. FORSTHOFF, *Rechtsstaat in Wandel*, Stuttgart, 1964, trad. it. a cura di C. AMIRANTE, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Appendice

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

CARLA FARALLI

SOCIOLOGIA E STORIA (*)

I rapporti tra storici e sociologi non sono mai stati facili: i sociologi hanno per lo più rimproverato agli storici di limitarsi alla narrazione avulsa dall'analisi; gli storici, a loro volta, hanno accusato i sociologi di coltivare una disciplina troppo astratta, poggiante su grandi generalizzazioni, vuote di ogni riferimento storico determinato. Per queste ragioni il dialogo che ne è derivato è stato spesso, come l'ha definito lo storico francese Fernand Braudel, un dialogo tra sordi (1).

Respinta sia la pretesa di derivazione romantico-idealistica di ricondurre la sociologia alla ricerca storica sia quella opposta di origine positivistica di ridurre la ricerca storica alla sociologia, sociologi e storici hanno tentato di delimitare sempre più nettamente i compiti specifici delle rispettive discipline, rivendicando gli uni nei confronti degli altri l'autonomia del proprio àmbito di indagine e l'irriducibilità dei propri metodi (2).

Questo atteggiamento non ha impedito tuttavia che si facesse strada l'esigenza di una reciproca collaborazione, esigenza sentita forse più dagli storici che dai sociologi. Infatti, mentre i sociologi, sempre più impegnati nella ricerca empirica, quindi sui dati del tempo breve e dell'inchiesta dal vivo, perdevano progressivamente

(*) A proposito di AA.VV., *Alle origini della sociologia del diritto*, a cura di R. TREVES, Milano, Angeli, 1983.

(1) Cfr. F. BRAUDEL, *Storia e sociologia* e *Storia e scienze sociali. La « lunga durata »*, entrambi in *Scritti sulla storia*, Milano, Mondadori, 1973, pp. 103-124, 57-92.

(2) Cfr. N. ABBAGNANO, *Sociologia, scienza, storiografia*, in *Problemi di sociologia*, Torino, Taylor, 1959, pp. 29-31; P. ROSSI, *Sociologia e spiegazione storica*, in « Critica storica », 1962, pp. 167-180; P. BURKE, *Sociologia e storia*, Bologna, Il Mulino, 1982.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

interesse per la storia, gli storici si mostravano più sensibili agli apporti delle discipline sociali. Basti pensare alla battaglia condotta dagli storici francesi, a partire da Lucien Febvre e Marc Bloch per arrivare a Fernand Braudel, in favore di una storia capace di superare il piano *événementiel*, cioè il piano della microstoria, dell'individuo, dell'*événement*, per collocarsi sul piano della lunga durata, in cui — come ha scritto Braudel — « storia e sociologia coincidono, si sostengono a vicenda, si confondono addirittura » (3).

Negli ultimi anni, tuttavia, anche da parte dei sociologi si assiste ad una certa stanchezza per i lavori di micro-sociologia empirica e ad un rinnovato interesse per la storia.

Una prova di siffatto nuovo orientamento si coglie, ad esempio, in Italia, nell'àmbito della sociologia del diritto. Questa disciplina, sviluppatasi, come è noto, negli anni Cinquanta, ha avuto come modello la sociologia empirica americana, ma, col passare del tempo, ha sentito sempre più fortemente i limiti in cui la costringeva la ricerca empirica e più viva l'esigenza di superarli, ricollegandosi da un lato alla teoria e dall'altro alla storia. Da tale esigenza è nato, tra l'altro, il convegno che nel febbraio 1982 la commissione permanente di sociologia del diritto del centro nazionale di prevenzione e difesa sociale e l'istituto di filosofia e sociologia del diritto dell'università di Milano hanno promosso ed organizzato sul tema « Lo studio dei diritti antichi e le origini della sociologia del diritto ».

Il convegno, di cui sono stati pubblicati recentemente gli Atti, si proponeva, da un lato, di mettere a fuoco alcuni dei complessi rapporti che intercorrono tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento tra la tradizione storico-giuridica europea, quale emerge dalla crisi della scuola storica tedesca, e il formarsi di una interpretazione del diritto in chiave sociologica e antropologica e, dall'altro, di esaminare quanto sia ancora oggi utilizzabile degli strumenti di ricerca elaborati in quel periodo e quali metodi di analisi possono essere sviluppati attraverso il richiamo a quell'esempio così fecondo di cooperazione interdisciplinare tra storici, sociologi ed antropologi.

---

(3) F. BRAUDEL, *Storia e scienze sociali*, cit., p. 117.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

I relatori, di provenienza disciplinare e di interessi scientifici diversi, hanno fissato l'attenzione su tre differenti contesti culturali: quello francese, quello anglosassone e quello tedesco (4).

Di questi contesti quello che è rimasto più in ombra è, a mio parere, quello francese: si è parlato, è vero, di Fustel de Coulanges e di Durkheim — anche se sotto profili molto particolari — ma non si è nemmeno accennato ad autori come Paul Huvelin, Paul Fauconnet, Henry Lévy-Bruhl e soprattutto Marcel Mauss che, seguendo la lezione durkheimiana, seppero sviluppare una stretta collaborazione tra la sociologia e tutte le discipline aventi per oggetto l'uomo e la sua storia che non ha eguali in altri paesi (5).

L'interesse dei relatori è andato, in particolare, ad alcuni personaggi come Maine, Bachofen, Fustel de Coulanges, Morgan, McLennan, Jhering, Ehrlich i quali, insoddisfatti dei metodi e degli schemi correnti all'interno degli studi giuridici del loro tempo, rifiutarono il metodo giuridico in quanto non idoneo a cogliere tutti gli aspetti della vita sociale e si servirono nello studio del diritto degli apporti delle ricerche antropologiche, etnologiche e sociologiche.

L'attenzione per questi personaggi — come ha notato Tomeo nell'intervento alla tavola rotonda che ha chiuso il convegno (6) —

---

(4) Si veda il volume degli Atti del convegno, *Alle origini della sociologia del diritto*, cit., e in esso per il contesto francese A. MOMIGLIANO, *Fustel de Coulanges e la recente ricerca su Roma arcaica*, pp. 27-33; S. C. HUMPHREYS, *Fustel de Coulanges and the Greek « genos »*, pp. 35-44; P. MARCONI, *E. Durkheim e H. S. Maine*, pp. 45-63; per quello anglosassone L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *« Ancient Law » e « Primitive Marriage »: una pagina di storia delle istituzioni primitive nell'Inghilterra vittoriana*, pp. 65-83; F. REMOTTI, *Lewis H. Morgan e lo studio della società antica*, pp. 84-110; per quello tedesco E. CANTARELLA, *J. J. Bachofen tra storia del diritto romano e scienze sociali*, pp. 111-136; A. FEBBRAJO, *E. Ehrlich: dal diritto libero al diritto vivente*, pp. 137-159; M. G. LOSANO, *Chiacchierata su di un romanista*, pp. 161-168; A. SCHIAVONE, *Tarda scuola storica e declino dello storicismo giuridico nella cultura tedesca del XIX secolo*, pp. 169-181.

(5) Sull'argomento mi permetto di rinviare al mio saggio *Storia del diritto romano e scienze sociali: un'integrazione difficile*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 1982, pp. 313-323.

(6) Alla tavola rotonda sono intervenuti E. RESTA, G. TARELLO, V. TOMEO: i loro interventi sono raccolti col titolo *L'attualità delle prospettive ottocentesche*, in *Alle origini della sociologia del diritto*, cit., pp. 207-216.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non è né casuale né episodica: « essa è in realtà la risposta ad una domanda sempre più insistente — e non solo da parte dei sociologi — rivolta a ripercorrere con atteggiamenti e curiosità nuovi il tracciato teorico delineato dagli studiosi dell'Ottocento. In parte questa domanda è sollecitata da un debito d'informazione e, in parte, dal dubbio che l'opera compiuta finora da coloro che si sono occupati di mettere ordine negli apporti dottrinali via via accumulatisi in più di un secolo (da quando cioè si pronuncia il termine « sociologia ») abbia talvolta trascurato e talvolta distorto il significato di alcuni autori e di alcune dottrine ».

A questo proposito il caso di Maine mi sembra tra i più significativi. Da più di un secolo, da quando cioè comparve la prima edizione della sua opera più famosa, *Ancient Law* (1861), la figura del giurista inglese ha continuato a destare l'interesse degli storici della cultura che l'hanno per lo più collocato insieme a Tylor, Morgan, McLennan nell'àmbito della scuola evoluzionistica inglese, considerandolo tra i precursori della sociologia del diritto per la famosissima legge di evoluzione della società dallo *status* al contratto. Questo « marchio », per così dire, ha fatto sì che fossero posti in secondo piano alcuni motivi di fondo della sua opera, quali la diffidenza verso le sistemazioni concettuali troppo rigide, il rifiuto di ogni apriorismo, la consapevolezza della storicità come valore intrinseco del diritto e quindi l'esigenza di recuperare il mondo del diritto al mondo più ampio della storia, tutti motivi che fanno della sua *comparative jurisprudence* la risposta alternativa alla dogmatizzazione del giusnaturalismo e dell'*analytical jurisprudence* di Austin e che costituiscono ancora oggi gli aspetti più vivi del suo messaggio.

Alla luce della rilettura compiuta dalla critica più recente e avanzata in Italia da Icilio Vanni già alla fine del secolo scorso, Maine viene visto come un'alternativa alle tendenze fondamentali dell'evoluzionismo ottocentesco. Infatti mentre quest'ultimo, fondandosi sull'assunto che le attività degli uomini in tutti i tempi e in tutti i luoghi sono paragonabili a causa della sostanziale uniformità dell'intelletto umano, pervenne ad una storia universale frutto di operazioni logiche più che di analisi storiche, Maine si servì del metodo comparativo, che riteneva « in alcune sue applicazioni indistinguibile dal metodo storico », nella convinzione che

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esso potesse servire ad illuminare la storia di ogni gruppo particolare non a formulare leggi generali (7).

Anche per quanto riguarda le origini della sociologia del diritto italiana, che sono da ricercarsi, come è noto, nelle opere di alcuni filosofi del diritto positivisti come Carle, Vanni, Levi — sull'argomento si è soffermato Renato Treves nell'introduzione e nelle note conclusive degli Atti del convegno (8) — si sta compiendo da alcuni anni un riesame critico. Esso tende a respingere l'immagine, tramandata dall'idealismo, di un positivismo tutto dominato dal gusto delle grandi sintesi e delle grandi generalizzazioni prescindenti dalla storia e a mostrare che, accanto a questa tendenza, ci fu da parte dei positivisti più accorti, che sottolineavano i propri legami con Vico e con la scuola storica, l'interesse per il mondo umano nella sua concretezza, vale a dire nella sua storia.

Il positivismo — scriveva Villari — è un nuovo metodo, non già un sistema, entrando per questa via si deve rinunciare ai sistemi, alle concezioni assolute e alle prime ragioni; bisogna rammentare che l'uomo è nella storia e che in essa egli può riscontrare e provare la verità delle sue induzioni, non deve ostinarsi a studiare un uomo astratto, fuori dallo spazio e del tempo, composto solo di pure categorie e di vuote forme, ma un uomo vivente e reale (9).

Sono gli stessi princìpi che sosteneva Icilio Vanni quando additava proprio in Sumner Maine un esempio per i filosofi del diritto

---

(7) Tra gli studi più recenti sul pensiero di Maine si vedano, a titolo esemplificativo: K. E. Bock, *Comparison of Histories: the Contribution of Henry Maine*, in « Comparative Studies in Society and History », 1974, pp. 232-262; P. Grossi, *Una testimonianza provocante: Henry Sumner Maine*, in *Un altro modo di possedere. L'emergenza di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 43-78; L. Capogrossi Colognesi, *Sir Henry Maine e l'Ancient Law*, in « Quaderni fiorentini », 1981, pp. 83-147; A. Cassani, *La Comparative Jurisprudence in Henry Maine*, in *Scienza e filosofia nella cultura positivistica*, a cura di A. Santucci, Milano, Feltrinelli, 1982, pp. 402-413.

Di I. Vanni si veda *Gli studi di Henry Sumner Maine e le dottrine della filosofia del diritto*, Verona, Tedeschi, 1892.

(8) Cfr. R. Treves, *Lo studio dei diritti antichi e le origini della sociologia del diritto in Italia* e *Ancora sulle origini della sociologia del diritto*, in *Alle origini della sociologia del diritto*, cit., rispettivamente pp. 17-14 e 217-221.

(9) P. Villari, *La filosofia positiva e il metodo storico*, in « Il politecnico », 1866, pp. 1-29.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del suo tempo per aver questi saputo evitare « uno dei più gravi errori della filosofia della storia dal quale non si è saputo liberare neppure la sociologia positivista, vale a dire considerare la storia sotto un aspetto universale, l'incivilimento come un processo unico e l'umanità che ne sarebbe il soggetto come una entità reale rassomigliata ad un solo immenso eterno individuo » e per aver affermato « la necessità di considerare le istituzioni giuridiche nella loro formazione storica e di romperla definitivamente con le nozioni assolute, con le ipotesi gratuite e con le astrazioni infeconde » [10].

Le relazioni svolte al convegno da romanisti, antropologi e sociologi hanno mostrato, come si è detto, una convergenza di interessi su alcuni personaggi come Maine, Bachofen, Fustel de Coulanges ed altri; questo non ha tuttavia significato convergenza di opinioni e di orientamenti. Alcuni hanno accentuato le differenze tra ricerca storica e ricerca sociologica e hanno ribadito la specificità dei metodi di indagine, altri, al contrario, hanno accentuato le somiglianze tra le due discipline, valorizzandone alcuni atteggiamenti culturali comuni come l'uso del cosiddetto punto di vista esterno.

I sociologi si sono in generale dimostrati ascoltatori molto attenti e pronti a raccogliere le sollecitazioni provenienti dagli storici, sollecitazioni che Renato Treves così sintetizza: « la contrapposizione tra storia giuridica orientata dogmaticamente e storia giuridica orientata sociologicamente di cui parlano antichisti e romanisti [11] potrebbe essere tenuta utilmente presente dai sociologi del diritto che nella storia della propria disciplina cercano oggi di distinguere una sociologia del diritto intesa come scienza del diritto aperta verso la società e una sociologia del diritto intesa come sociologia generale aperta verso il fenomeno giuridico.

L'utilità del metodo comparativo messa ampiamente in luce dagli antichisti e dagli antropologi ... può indurre i sociologi del diritto ad usare il medesimo metodo nello studio di interessanti

---

[10] I. VANNI, *Gli studi di Henry Sumner Maine*, cit., pp. 76-87.

[11] Cfr., in particolare, M. BRETONE, *Il diritto romano tra « storia dei dogmi » e « storia sociale »*, in *Alle origini della sociologia del diritto in Italia*, cit., pp. 183-203.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

problemi, propri della loro disciplina, che oggi in Italia sono assai trascurati quali quelli dell'acculturazione e della modernizzazione. La tendenza dei romanisti e degli antichisti rivolta a spiegare i fenomeni sociali partendo dall'analisi delle norme può utilmente indurre i sociologi del diritto a riflettere sull'opportunità di seguire in alcuni casi la via opposta a quella da loro generalmente seguita, cioè la via che cerca di spiegare le norme partendo dall'analisi dei problemi sociali.

Infine le ricerche compiute dagli storici e dagli antropologi sull'origine di concetti come cultura, struttura, piano, sistema, progresso possono presentare vivo interesse per i cultori della sociologia del diritto che ne fanno ampio uso nei loro studi e nelle loro ricerche » (12).

Al di là dei contributi specifici, la lezione che viene dal convegno di Castelgandolfo per romanisti, giuristi, sociologi e antropologi è che qualunque ricerca sul diritto, sulla società prevede una dimensione temporale, cioè la storia. « La storia — annotava Emile Durkheim — non è solo la naturale cornice della vita dell'uomo, l'uomo è un prodotto della storia, se lo si considera al di fuori della storia, se si tenta di concepirlo al di fuori del tempo, fisso, immobile, lo si distorce. Questo uomo immobile non è un uomo » (13). Società, storia e diritto rappresentano un'unità inscindibile in quanto aspetti di un'unica realtà, anche se spesso tra loro, per tradizione e deformazione professionale, sono state poste artificiose barriere (14).

---

(12) Cfr. R. TREVES, *Lo studio dei diritti antichi e le origini della sociologia del diritto in Italia*, cit., pp. 12-13.

(13) E. DURKHEIM, *Introduction à la morale*, in « Revue philosophique », 1920, p. 89, citato in R. N. BELLAH, *Durkheim and History*, in « American Sociological Review », 1959, pp. 447-461.

(14) Sono le parole con cui R. Orestano ha iniziato la sua relazione introduttiva al convegno, *Idea di progresso, esperienza giuridica romana e « paleoromanistica »*, in *Alle origini della sociologia del diritto*, cit., pp. 15-17.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La dimensione giuridica

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

JULIUS KIRSHNER - KIMBERLY LO PRETE

PETER JOHN OLIVI'S TREATISES ON CONTRACTS OF SALE, USURY AND RESTITUTION: MINORITE ECONOMICS OR MINOR WORKS? (*)

The publication by Giacomo Todeschini of Peter John Olivi's treatises on contracts of sale, usury and restitution (1) is a welcome contribution both to the study of economic and social doctrines of the thirteenth century and to our understanding of the specific contribution of the Franciscan theologian Peter John Olivi. Since 1953 when Pacetti determined that the text of a certain *Tractatus de contractibus secundum PJ* copied for san Bernardino of Siena was the work of Peter John Olivi (2), scholars have recognized the need for its publication in a critical edition: for not only did Bernardino borrow extensively from it in his own sermons, but it also contained seemingly radical solutions to a number of conventional juridical and theological questions. Knowledge of the existence of Olivi's text had forced some historians, expecially de Roover, to question and to re-think some of their views of scholastic ethico-economic doctrines, while its

---

(*) This article was completed and accepted for publication in December 1981. We are grateful to Paul Oskar Kristeller for his critical and generous advice.

(1) TODESCHINI, ed., *Un trattato di economia politica francescana: il 'De emptionibus et venditionibus, de usuris, de restitutionibus' di Pietro di Giovanni Olivi*, Istituto Storico Italiano per il Medio Evo, Studi Storici, 125-126, Rome, 1980.

(2) D. PACETTI, « Un trattato sulle usure e le restituzioni di Pietro di Giovanni Olivi falsamente attribuito a Fr. Gerardo da Siena », *Archivum Franciscanum Historicum* 46 (1953), 448-57; cf. PACETTI, « I codici autografi di S. Bernardino da Siena della Vaticana e della Comunale di Siena », *AFH* 29 (1936), 523-24.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

relative unavailability had limited their ability to draw significant conclusions from its contents (3). Other scholars seemed unaware of Pacetti's discovery; thus Noonan's work, *The Scholastic Analysis of Usury*, is marred by his unawareness of Bernardino's dependence on Olivi, while Baldwin in *The Medieval Theories of the Just Price* failed to tap this seminal source (4).

A partial remedy to this situation was achieved in the 1970's when Spicciani published three important studies of Olivi's views on commerce and exchange (5). The first, in 1972, revealed Olivi's filiation with the teaching of the canonist Hostiensis on *lucrum cessans*, then in turn, elucidated Olivi's influence on the doctrines of san Bernardino and sant'Antonino. The second, in 1976, was an exposition of Olivi's teachings on the relationship between capital and compensation (*capitale* and *interesse*) based on texts

---

(3) R. DE ROOVER, « The Concept of the Just Price », *Journal of Economic History* 18 (1958), 539-66; DE ROOVER, *San Bernardino of Siena and Sant'Antonino of Florence: The Two Great Economic Thinkers of the Middle Ages*, Kress Library of Business and Economics, no. 19, Boston, 1967; and DE ROOVER, *La pensée économique des scolastiques: Doctrines et méthodes*, Montreal, 1971; cf. J. KIRSHNER, ed., *Business, Banking, and Economic Thought in Late Medieval and Early Modern Europe: Selected Studies of Raymond de Roover*, Chicago, 1974, pp. 28 ff. See also O. CAPITANI, « Review of *The Scholastic Analysis of Usury* by J. T. Noonan », *Bullettino dell'Istituto Storico Italiano per il Medio Evo* 70 (1958), 548; and J. MUNDY, *Europe in the High Middle Ages*, NY, 1973.

(4) J. T. NOONAN, *The Scholastic Analysis of Usury*, Cambridge, Mass., 1957; J. W. BALDWIN, *The Medieval Theories of the Just Price: Romanists, Canonists, and Theologians in the Twelfth and Thirteenth Centuries*, Transactions of the American Philosophical Society, vol. 49, pt. 4, 1959; and BALDWIN, « The Campaign Against Usury », in *Masters, Princes, and Merchants: The Social Views of Peter the Chanter and his Circle*, pp. 296-311, Princeton, 1970. For a negative judgment of Olivi's treatment of value and price, from the point of view of positive economics, see O. LANGHOLM, *Price and Value in the Aristotelian Tradition*, NY, 1949. This book has been critically reviewed by J. KIRSHNER in *Journal of Modern History* 52 (1980), 292-95.

(5) A. SPICCIANI, « Sant'Antonino, San Bernardino e Pier di Giovanni Olivi nel pensiero economico medioevale », *Economia e Storia* 19 (1972), 315-41; « Gli Scritti sul capitale e sull'interesse di Fra Pietro di Giovanni Olivi », *Studi Francescani* 73 (1976), 289-325; *La mercatura e la formazione del prezzo nella riflessione teologica medioevale*. Atti della Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1977, pp. 127-293. Cf. reviews of this last work by J. GILCHRIST in *Speculum* 53 (1978), 853-56, and J. KIRSHNER in *Church History* 49 (1980), 325-26.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

from his *quodlibets*, edited by Spicciani. Finally, in 1977, Spicciani published a critical edition of the first of Olivi's treatises as the *Tractatus de emptione et venditione*, which appeared as an appendix to his study of commerce and price formation in the thought of Thomas Aquinas, Henry of Ghent, Olivi, and John Duns Scotus. Although his study is significant for its painstaking analysis of Olivi's contributions to medieval theological conceptions of economic value and the social function of the merchant in a Christian community, it does not provide a full analysis or presentation of the remainder of Olivi's work — his treatises on usury and restitution.

Similarly, in the mid-1970's, Todeschini published several articles in which he contended that the ethico-economic texts authored by Franciscan theologians, beginning with Olivi's treatises in the thirteenth century, including Gerald Odo in the fourteenth and san Bernardino of Siena in the fifteenth century, constituted a discrete discourse — minorite economics — which served to justify myriad commercial and financial activities (6). The master keys to unlocking this Franciscan discourse which projects the single voice of a hegemonic group, Todeschini argued, are Olivi's treatises, and he offered semiology as the proper method for interrogating the texts of both Olivi and his heirs. Applying this method to Olivi's treatises, Todeschini has now provided us with provocative readings of Olivi's texts, readings which stand in conscious opposition to the readings of de Roover, Noonan, Spicciani, Kirshner, and others. Because Todeschini's readings of Olivi's work will doubtless become a focal point for the debate over the distinguishing qualities and historical consequences of what has been variously called minorite economics, scholastic economic and social thought, and theological reflections on the economy of the late Middles Ages, it seems appropriate that both his method and readings, as well as his edition, be examined critically.

(6) Esp. G. TODESCHINI « 'Oeconomica Franciscana': Proposte di una nuova lettura delle fonti dell'etica-economica medioevale », *Rivista di Storia e Letteratura Religiosa* 12 (1976), 15-77; and « 'Oeconomica Franciscana' II: Pietro di Giovanni Olivi come fonte per la storia dell'etica-economica medioevale', *idem* 13 (1977), 461-94.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

The text of Olivi's treatises are known to us in three complete and one partial manuscript dating from the fourteenth and fifteenth centuries in which they are transmitted as a group. The second (*de usuris*) and the third (*de restitutionibus*) treatises were published in 1556 by Fabianus Clavarius under the name of the Augustinian theologian Gerard of Siena (d. 1336) (7). This edition includes two passages not found in the complete manuscripts. The more significant addition is a lengthy case discussed in the context of Olivi's fifth *dubium* on usury. Pacetti attributed the passage to Olivi on the basis of internal evidence. Spicciani adduced further evidence to conclude that the passage was probably a question from a *quodlibet* subsequently added to some of the manuscripts because of its relation to the question under discussion (8). The titles by which the various treatises are known, *Tractatus de contractibus* (*de emptione et venditione*), *Tractatus de contractibus usurariis*, *Tractatus de restitutionibus*, were added to the text by Bernardino of Siena in the manuscript he had compiled for his personal use. This manuscript, housed in the Biblioteca Comunale of Siena, referred to as « B » by both Spicciani and Todeschini, appears to be the most reliable witness among the four extant manuscripts (9).

---

(7) Bologna, Biblioteca Universitaria, MS 129, fols. 170r-196r; Siena, Biblioteca Comunale, MS U.V. 6, fols. 295r-316r; Naples, Biblioteca Nazionale, MS D.VII.39, fols. 214r-245v; Rome, Vatican Library, cod. Vat. Lat. 4272, fols. 133v-140r (incomplete). For a description of these manuscripts see PACETTI, *art. cit.*, n. 2; TODESCHINI, *ed. cit.*, n. 1; and SPICCIANI, *La mercatura*, pp. 245-59. See also *Venerab. Patris Fratris Gerardi Senensis, Or. Fratrum Ere. Sanct. Augustini Clarissimi Theologi Tractatus de usuris et restitutionibus* ..., Rome: Antonius Bladus, 1556, no pagination. In addition to the locations cited by Todeschini and Spicciani, there is a copy of this edition in the Rare Book Room of the Columbia University Library, NY.

(8) PACETTI, « Un trattato », pp. 456-57; SPICCIANI, « Gli Scritti », pp. 306-13.

(9) MS U.V.6. It was copied for Bernardino of Siena and corrected, in all appearance, by Bernardino himself. Spicciani refers to corrected reading in the B manuscript as B'. According to him, « B' dà un testo assai sicuro perché confermato tanto da U [Bologna], che da N [Naples], fra loro indipendenti, V [Vatican], lo ripeto, pur essendo parziale, concorda con B, B' e N quanto alle loro varianti con U e conferma la validità delle loro lezioni isolando quest'ultimo codice » (*La mercatura*, p. 249). Todeschini makes no distinction between B and B'.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Convenient though it may be to have an edition of all three treatises in one volume, it is nonetheless legitimate to ask why Todeschini has re-edited the first third of Olivi's text, that on buying and selling. Todeschini mentions in a special note that he disagrees with Spicciani's readings of the text in several instances, but the six cases of disagreement actually marked in the fifteen printed pages are hardly substantive, while all but one are supported in the manuscript recensions. Turning to Todeschini's edition of the remainder of Olivi's text, namely the sections on usury and restitution, the reader can admire their orderly presentation. Yet, at the same time, we are compelled to point out numerous interesting and even significant variant readings of the text as edited here that are found in Todeschini's « B » manuscript, but which are not noted by Todeschini in his critical apparatus.

First, on p. 69, the paragraph marked 1° is headed 5° in B where it is marked as the fifth reason why the precept in Deut. 23: 20-21 which seems to allow the exaction of usuries from ' strangers ' or ' non-brothers ' does not in actuality allow such impositions to be made. Standing alone as it does in Todeschini's edition, this paragraph makes little sense, for it is not clear what precept is being referred to in the passage ([10]). The argument following this passage in the text which begins « 2° patet auctoritate sanctorum ... » is the logical successor to the argument beginning « hoc patet primo auctoritate scripture ... » (p. 68), both of which are intended to demonstrate that to receive anything beyond the principal in a loan (*mutuum*) or on account of a loan is against divine and natural law.

([10]) The paragraph in question reads: « Quia hoc preceptum non est cerimoniale. Cerimoniale enim est quicquid de se nichil habet boni vel mali, seu utilis vel damnosi, sed solum habet ad significationem, vel ad determinationem et observationem aliquorum moralium. Constat autem quod in mutuo usurario et non usurario est invenire per se bonum vel malum ». Preceding it in the text is the passage, « Sed contra hoc est, quia in pluribus auctoribus premissis usure improbantur absolute, et absque aliqua determinatione, sicut patet in (*Ed.*: in patet) verbis Ezechielis et psamliste et Solominis. 2° quia ... 3° quia ... 4° quia ... » (B, fol. 310r; TODESCHINI, *ed. cit.*, n. 1, p. 69). A fifth argument would not be out of place here.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

A similar confusion appears on p. 76, with the argument opening « Ad contrarium dicendum ... » in Todeschini's edition. As it stands here, this argument should negate the immediately preceeding statements in which Olivi allows for the exaction of usuries from those who are unjust possessors of another's goods. This argument does not negate those statements. According to the B manuscript, the argument opens « Ad nonum dicendum ... » and stands as Olivi's response to the ninth and final argument of the first part which begins « Item si contractus usurarius malus est ... » (p. 67) ([11]). If this passage is not taken as the response to the ninth argument of the first part, there would be, therefore, no response to the ninth argument in Olivi's text at all.

As for Todeschini's reading of this passage and the one preceding it which it supposedly negates, the B manuscript offers variant readings of two important passages which are not noted in the critical apparatus. First, where Todeschini's edition reads « quod adversum est exteriori speciei usure non aliena sed propria exigere, et quasi redimendam, aut debitam iustitiam auctore debita in alios exercere, et ad realiter pactum usure facere » (p. 76), B reads « quod aliud est sub exteriori specie usure non aliena sed propria exigere, et quasi redimere aut debitam iustitiam auctoritate debita in alios exercere et aliud realiter pactum usure facere » (fol. 303v). Second, where Todeschini reads « quando sci-

---

([11]) The ninth argument of the first part reads: « Item si contractus usurarius malus est respectu prestitoris erit etiam malus respectu receptoris mutui, tum quia tota vis contractus ex utriusque concordi consensu procedit ac per contrarium et malitia eius; tum quia velle quod alter mortaliter peccet, ut ipse indigentiam suam temporalem suppleat aut temporalem utilitatem cum illius peccato reportet, est pravum et impium et maxime si ad hoc illud precibus suis instantibus inducat » (pp. 67-68). The argument in question begins, in Todeschini's edition, « ... quod sicut eadem actio respectu agentis potest esse mala, et respectu patientis vel consulentis bona et meritoria, quando scilicet ille consulit eam, nisi solum in quantum bona et propter bonum, sic recipere mutuum ad usuram potest esse licitum, licet sic prestare est malum, quia recipienti potest per se et absolute displicere illa usura et potest consentire in sola redditione eius, absque hoc quod consentiat in acceptationem usure, in quantum est vitiosa; et tunc licet contractus mutui usurarii sit ex utriusque consensu, non est tamen a consensu istius in quantum est vitiosum, nisi solum per accidens » (p. 76).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

licet ille consulit eam » (p. 76), B reads « ille non consulit eam » (fol. 303v).

Another important set of variants found in the B manuscript and not noted by Todeschini is in Olivi's passage about the existence of usury in currency exchange. The edition reads: « ... tamquam capiens eos Rome, ac per consequens ad forum cambii rationem. Et tunc si nichil ad hoc intercidit, non ibi usura ... » (p. 78). B reads: « ... tamquam cambiens eos Rome, ac per consequens ad forum cambii Rome. Tunc si nichil aliud hic intendit, non est ibi usura ... » (fol. 304v). Subsequent variations in the passage are *lucri aliquid* (B) for *hic aliquid* (Todeschini), *induit* for *innuit*, and *id ipsum revenditurus* for *illud precium revenditur*. The same variants are also found in the 1556 Roman edition of the text along with an additional variant of its own ([12]).

Subsequent variants in B not noted by Todeschini in his critical apparatus are as follows: *aliquid lucrando* (B) for *ad lucrandum* (Todeschini), *servivit* for *supravivit, quin a vendente* for *quando a vendente, quin pocius* for *quando potius* (fol. 305r and p. 80); *cuiusmodi non* for *cuiusmodi ratio, certum* for *contractum* (fol. 305v and p. 81); *quamdiu* for *qui diu, ratione vendibilis* for *ratione vendibili* (fol. 306r and p. 82); *decem* for *quinque* (fol. 306v and p. 83) ([13]); *valet ius* for *valens ius, remociorum* for *remotorum, violenter* for *violentatus, dominativa* for *damnativa* (twice), *precio sive lucro* for *pretio licet lucro, probabiliter* for *probatur, idcirco tantum* for *idcirco tamen, certum* for *dictum* (fols. 306v-307r and p. 84); *intricaciones* for *intercaptiones* (fol. 307v and p. 85); *in huiusmodi pactis* for *nec huiusmodi pactus* (fol. 308r and p. 86); *post longum tempus emptori* for *post longum tempus emptionis, cum ipso debitore habente* for *cum creditore habente* (fol. 308r and p. 87) ([14]); to *ac pascante oves* has been added *tunc non esset ibi*

([12]) *Ed. cit.*, n. 7 The variant reading in the passage in question is *vult aliud quam*, for Todeschini's *nichil ad hoc* and B's *nichil aliud*.

([13]) *Decem* in B is actually a correction made by Bernardino in the text. Since there has been a *rasura* here, it is impossible to determine what the scribe originally wrote, but *decem* seems dictated by the subsequent discussion of the case being presented. The Roman edition, *id. cit.* n. 7, reads *decem*.

([14]) *Cum ipso debitore* has been added, after a *rasura*, by Bernardino. In this case, the Roman edition, *ed. cit.*, n. 7, reads *creditore*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

usura nec peccatum injusti precii in a marginal note by Bernardino in B (fol. 308v and p. 88) ([15]); *necessario obligetur* for *intentionem obligetur* (fol. 308v and p. 88); *intelliguntur* for *intelligerentur, addicionis* for *conditionis* (fol. 310v and p. 93); *requirenda* for *inquirenda* (fol. 311r and p. 96); *prout expedientius ... et quorum debebantur* for *prout expedientibus ... et debebantur* (fol. 311v and p. 97); *preter quod* for *pro tanto quod, dari debent* for *sunt danda, cohoperatus* for *cooperat* (fols. 311v-312r and p. 98); *testamentum* for *testum, consequuturus in rebus* for *consequuturus rebus, preferuntur* for *proferuntur* (fols. 312r-313 and p. 100).

Why Todeschini has moved the passage « Secundo sciendum ... sententialiter iudicate » as indicated on p. 100, n.a. is unclear. The sense of the subsequent passage can be understood properly only as dependent upon the passage which Todeschini has placed after it. The 1556 Roman edition also follows the order of Todeschini's A and B manuscripts, an order which is coherent and understandable as it appears. Todeschini gives no reason for having moved the passage in question ([16]).

([15]) The same addition is present in the Roman edition, *ed. cit.*, n. 7.

([16]) The passage in its entirety deals with to whom restitution should be made. According to manuscripts A & B and the Roman edition, it opens: « Sciendum primo quod domino vel principali dispensatori a quo res fuit habita vel sublata ... ». Several conditions are added; then Olivi discusses the case of a deceased bishop to whom *temporalia* of his office are owed. This passage is concluded and the text continues: « Aut si hoc in suo testamento vel legato non continetur, reddendum est successori, quia dispensatio omnium a priori vero dispensatori spectat ad successorem eius. Immobilia vero secundum ius canonicum reddenda sunt successori. Secundo sciendum est quod si res fuit habita ab usurario de quo constat quod quicquid habet est de usuris, et quod totum est necessarium ad solvendum, reddi debet eidem nisi et superiores iudices res eius essent restitutione sententialiter iudicate. Et idem est de quocumque qui secundum iura humana rationabiliter edita verum titulum dominii haberet in rebus, quamvis tantum vel amplius debeat inde aliis. Secus vero est in fure vel raptore vel consimilibus, qui nullo iure titulum veri dominii consequuturus in (*Ed*: in *om.*) rebus. Quidam tamen in rebus usurariis distinguunt quod si res habita per usuram extat, adhuc eadem specie et numero apud eum cui ab usurario est tradita, quod tunc non debet eam reddere usurario sed ei cuius fuit, si novit eum. Si vero est alia numero debet usurario reddi; prime tamen sententie magis adhereo, quia si ille a quo usurarius rem habuit per usuram eam sibi sola auctoritate propria reacciperet, puniretur hodie tamquam fur vel raptor. Si tamen contrarium ius vel contraria

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Unnoted orthographic variants found in B are discovered as the text continues: *sustentari* for *substentari* (fol. 313r and p. 100); *bone fame existens* for *bone fame exiens, timere quod occideretur* for *timere quin occideretur* (fol. 314v and p. 101); *revertendum* for *recurrendum, tradidi tibi modium* for *traditur modium, quis faceret pro mittendo* for *quis pro mittendo, tenerer tibi rem* for *tenetur tibi rem* (fol. 314r and p. 103). Todeschini's edition also includes two passages (p. 103) in which significant additions appear in B, but these lines have been omitted by Todeschini and are not found in his critical apparatus. The first, which reads « dicendum quod si indubitanter hoc credit et rationem credendi tunc non tenetur ... » in Todeschini, reads in B as « ... rationem credendi habet, tenetur secundum deum sed non iure humano. Si tamen non habet sufficientem causam et racionem credendi, tunc non tenetur ...» (fol. 314r). Second, where Todeschini reads « ... incommoditas seu damnificatio debitoris quam ... », B reads « ... incommoditas seu dampnificatio creditoris quia differtur sibi solucio rei sue, quam incommoditas et dampnificatio debitoris quam ... » (fol. 314r).

Another significant unmarked omission of words appearing in B is found on p. 106. Where Todeschini's edition reads « ... amittit eo ipso rationem mutui usurarii », B reads (fol. 315r) « ... eo ipso amittit racionem mutui gratuiti, et sortitur racionem mutui usurarii » ([17]). Unmarked variant readings continue to the

---

consuetudo esset in regione vel regno tunc non est prefato usurario reddenda, sed illi a quo habuit eam, si sciretur aut sciri posset. Tertio sciendum quod ... ». Todeschini's reading is: « Aut si hoc in suo testamento vel legato non continetur, reddendum est successori, quia dispensatio omnium a priori vero dispensatori spectat ad successorem eius. Immobilia vero secundum ius canonicum reddenda sunt successori. Et idem est de quocumque qui secundum iura humana rationabiliter edita verum titulum dominii haberet in rebus, quamvis tantum vel amplius debeat inde aliis ... Secundo sciendum est quod si res fuit habita ab usurario de quo constat quod quicquid habet est de usuris, et quod totum est necessarium ad solvendum, reddi debet eidem nisi per superiores iudices res eius essent restitutione sententialiter iudicate. Tertio sciendum quod ... » (B, fols. 312v-313r; *ed. cit.*, n. 1, p. 100).

([17]) The passage in which the omission occurs is actually part of a marginal correction made by Bernardino to the text of B. If the entire passage added to the text by Bernardino were omitted by Todeschini, such an omission perhaps

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

end of the text: *iuncta* for *inacta, sortitur* for *sortibus, ad pravem finem coordinato et correlato* for *ad pravum finem* (fols. 315r-v and p. 106); *vicii* for *vini* (fol. 315v and p. 107); *quod vovit* for *quod voluit, actum voti vel iuramenti* for *voti vel iuramenti actu, innotescat ei* for *innotescat et* (fol. 316r and p. 108). Finally, in six instances we have found that Todeschini's edition reads *licet* where B reads *vel*: « inspectione licet deportatione » (p. 75); « equum licet pannum » (p. 79); « vel deprecatorio, licet falsa advocatione » (p. 89); « per se licet per alios » (p. 94); « questores licet portitores » (p. 98); « ... non differt realiter a ratione mutui et mutuationis, licet saltem est sic inseparabiliter sibi connexum quod ... » (p. 82).

With these textual observations left aside, let us turn to Todeschini's deliberately provocative introduction. Indeed, the very title he has chosen for his work, *Un trattato di economia politica francescana* ..., indicates that Todeschini intends to analyze Olivi's treatises in the terms he outlined in his earlier methodological articles. From the outset, Todeschini treats these texts both as a unified whole and as part of a complex and ontologically privileged « Franciscan discourse », as distinct from, say a « Thomistic » or a « scholastic » discourse. Through an interrogation of these texts, he maintains, one can « arrive at a view of contemporary economic life and, at the same time, appreciate contemporary understanding of the system that regulated the intersubjective relations within a given society, in this case the « lay » society of contracting parties. Such an understanding, discounting a whole complex tradition of juridical culture read in accordance with a deliberately Franciscan voluntaristic point of view, was to find its unique written form in Olivi's tract » (p. 4). If the uniqueness of these treatises lies in their form and semantic structure, their novelty lies in the unfolding of the twin premises of Olivi's ethico-economic system: time and money.

Tempus and *pecunia*, according to Todeschini, are the two hinges on which the late thirteenth-century socio-economic universe of Olivi turns. « Commercial time acts as regulatory sign,

---

could be explained more simply, although the reason for such an omission should be spelled-out in a note. The Roman edition includes the entire passage as added to B by Bernardino.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

marking the rise and fall of investments and entrepreneurial opportunities. As *pecunia* is both a sign of value and value made concrete, so *tempus* becomes the quantification of the variations of value itself » (p. 27). Given the essential tendency inherent in such criteria to mathematize, one can see an ethico-economic sociality taking shape that equates price to market value. « Time as it advances, signals the modification of value and price, while money fixes them. The former is the scale on which the second operates, but for that very reason both are equated to value itself. Time is identical with variation in price and becomes, in turn, time-goods, just as *pecunia* is money goods » (p. 27).

Drawing on Olivi's conception of poverty as the absence of property, his philosophic doctrine of the plurality of substantial forms, and his voluntarist psychology-epistemology, To deschini gradually unveils Olivi's vision of social and political relations as the analogue of the rules of the market in a world which progressively socializes itself through the functioning and circulation of money ([18]). As Todeschini's readings of various terms build upon each other, Olivi's texts come to say, ultimately, that the common good of society can be preserved and furthered only in the presence of commercial activity which allows money to fructify; and, negatively only in the absence of profit-making for its own sake, that is, purely speculative investments. If the circulation of money and labor are not blocked by avarice or inequitable contracts, each individual will share in the common good of all:

> Thus commerce and prices, in fluctuation and in the market, realize the paradigm of the relation of intersubjectivity that appears in equity as productive relation and the liberty of which is the liberty of the « communis consensus ». Inequity, in this connection, is to depart from the rules of a communitarian economy, that is, where the two conflict, to prefer individual *bonum* to the *bonum communitatis*. If, however, one reflects on the fact that the latter is sanctioned by precise market measures, one finds that the unrestrained avidity or « avaritia » of the former materializes within the context we have examined only as irrational and anti-economic manifestations.

([18]) TODESCHINI, *ed. cit.*, n. 1, pp. 9-10, 21-22, 28-29, 31-32.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

> The rule of price fluctuation, in point of fact, confirming a dialectic of social states and contingent situations, in itself offers the economic agent the key to that (individual) economic well-being that coincides with that of the community: to know thoroughly, professionally, the scale of commercial values means to be able to operate in a sphere in which « communis taxatio » and « bonum commune » are identical (p. 15).

Olivi's conception of usury is seen as any act of pure monetary speculation, any anti-economic, anti-social, and anti-productive behavior, essentially a non-contract ([19]), while his conception of the restitution of usury is seen as more the moment of ethical intervention in the economic sector, as the rules governing restitution are used to determine juridically defective transactions:

> ... It is not surprising that restitution, since it arrests the mechanism of circulation, is really an exceptional economic event. What is of greater importance, from a lexical and terminological point of view, however, is how even the gamut of phrases used here, diverging semantically from a generalized understanding of *restitutio* as an intervention of ethics in the economic sector, is codified into a system of significations that all become internal to the economic logic of markets. In this way, *restitutio*, rather than a point at which economic amorality is reabsorbed into a practice that is ethical and, for that reason, social and Christian, becomes the locus of definition of how, where, and when (« quo tempore, loco et modo ») a *quid* « alienum » comes to be the property of, or in the possession of, someone who does not have full rights to it. This defines — or attempts to define — in the different contractual formulas, the point at which the economic nature of the transaction is contradicted juridically; when, that is, its juridical irregularity is the sign of a defective transaction (p. 36).

Donations to charitable foundations and alms given to the poor, are conceived by Olivi not as justifications for profit-making

([19]) « ' Usura ' significa qui rapporto iniquo, all'interno del quale i rischi corsi da uno dei contraenti superano quelli dell'altro sì che il guadagno rifluirà inevitabilmente tutto da un lato, bloccando la ' utilitas ' comune o commerciale in senso reale » (*ed. cit.*, n. 1, p. 22). « L'usura, infatti, enumera l'Olivi, è da condannarsi per molte ragioni, fra le quali spiccano quelle portanti della antisocialità e della improduttività » (p. 23). « ... emerge la valutazione di base dell'usura come non-contratto » (p. 23).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

but as licit channels of economic activity, themselves economic operations (p. 37). According to Todeschini, inasmuch as Olivi set out to define ethical behavior in commercial enterprises — a sphere of activity in which money as mathematically countable acts as a measure of the value of goods and where contract law defines every operation — the system of ethics itself becomes technically defined and quantifiable, or in Todeschini's terms, endowed with its own « economicity » (*economicità*). Such a move from economic ethics to the « economicity » of social and political relations as a key to understanding the progressive socialization of a Christian community found implicitly in these texts is the conceptual insight and ideological novelty which Todeschini attributes to Olivi's treatises.

The questions of how and why Olivi arrived at this radical and metaphysically complete vision of and for a Christian *societas oeconomica,* Todeschini rightly insists, will neither be found in Olivi's biography nor in the general context of the history of medieval thought. For Todeschini, Olivi's treatises constitute a discourse, not a personal statement, and mark the appearance of a new economic ideology, not a variant of an ideal doctrinal continuity which unfolded in the later Middle Ages. Olivi's treatises, Todeschini admits, derive from a complex process which includes both his intellectual cosmos as well as his own experience. They are a complex encodement of lived relations, a sign of a reality, as Ehrle put it ([20]). But, for Todeschini, the problematic of reading these treatises is precisely here:

> What is needed, rather than moral theology or a dogmatics (which is what historians of medieval « thought » do so well), rather than a systematics derived from current practice (thus avoiding the misleading and undemonstrable consequentialism so dear to many historians of economics) – what is needed is to show the moment of birth and early development of an economic and political reality/ideology, the formation of an economic consciousness by means of sources or individual signs, often interconnected, seen in light of this very quality of beginning. Thus, tracing the various ideological developments does not

([20]) F. EHRLE, « Petrus Johannis Olivi, sein Leben und seine Schriften », in *Archiv für Literatur- und Kirchengeschichte des Mittelalters* 3 (1887), 409-552.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

> imply the practice of biography. On the contrary, it determines the elements of a discourse that alone can lead us to the otherwise silent reality of political economy of the later Middle Ages. This means that one must put aside all temptation to examine, in the period in question, *one* economic theory or one labelable system of scientific economic evaluation. If an argument has to be reconstructed it should not be presupposed, nor should one conclude that such an argument is absent. This means that when we speak of the appearance of a late medieval economic ideology, it would be misleading to see in it the beginning of a continuity, the imperfect outline of what culminates five centuries later as a full-blown systematics. It seems more fruitful to try to discern in this beginning how a society rationalizes itself or, better, to see the various attempts — not necessarily coherent — that a society has made in that direction and to see the discontinuous and individualized signs these attempts left (p. 2).

Todeschini also insists that the « auctoritates » cited by Olivi — Scripture, Pseudo-Chrysostom, Aristotle, Augustine, *Corpus iuris civilis*, Gratian and the Decretals — were « translated » to fit into the new cultural language of which the treatises are an expression. When Olivi accepted or refused particular ideological and universal propositions, he did so according to how appropriate they were for possible translation into the ethico-economic market place. Aristotle became extraneous to Olivi's voluntaristic logic because the philosopher's propositions go beyond the context that Olivi had delimited for himself. They are counter to that context since they are incapable of taking concrete form and removed from a concrete, commercial logic. Whereas Augustine of the *Epistola ad Macedonium*, who had already been « translated » to fit into the *Decretum*, came to be « re-translated » by Olivi into his own system of signs. *Bonum* became a sign of *honestum lucrum*, and *malum* one of *usura*, while *bene uti* became the key sign of Olivi's Christian system of economics: technical knowledge of the *societas oeconomica* and consequently, the ability to make its complex mechanism work. Olivi's « auctoritates » reveal their presence in this complex functionalizing operation — divorced from the specific contextuality of their origins — and are justified according to their own synthetic va-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lues and their capacity to represent multiform ideological intersections (pp. 39 ff.).

Finally, Todeschini's semiological reading of the treatises leads him to reject recent interpretations which view Olivi as an original but paradoxical, if not self-contradictory, thinker. Olivi is known as a staunch defender of evangelical poverty, instantiated in *usus pauper* as the highest form of life, an outspoken critic of Aristotle and the use made of his writings by theologians, and a firm believer in the imminent end of the world ([21]). Yet, for de Roover and Mundy, Olivi's allowance of *lucrum cessans* together with his definition of *capitale* as money which could be used to generate licit profit represents a sharp break with tradition, allowing hitherto illicit profit-making activities to be sanctioned; for Spicciani, Olivi's entire discussion of the determination of the just price is based on the Aristotelian notions of commutative justice and the *bonum commune*; and for Todeschini himself, Olivi's notion of *proprium tempus rei proprie* is a recognition of a commercial, marketable time which confers a sense of historicity and civil dignity not only on economic praxis but on the economic subject ([22]).

Do these judgments indicate real paradoxes or contradictions in Olivi's thought, or does Todeschini's reading of Olivi furnish the master code known to contemporaries, which allows us to perceive his *societas oeconomica* as a unified, purposeful, metaphysically complete system? Or could it be perhaps, granted Olivi's overleaping genius and the intelligence animating Tode-

---

([21]) For a general introduction to Olivi's life and writings see esp. F. EHRLE, *op. cit.*, n. 20; E. BETTONI, *Le dottrine filosofiche di Pier di Giovanni Olivi*, Milan, 1959; C. PARTEE, « Peter John Olivi: Historical and Doctrinal Study », *Franciscan Studies* 20 (1960), 215-60; R. MANSELLI, « Une grande figure Sérignanaise: Pierre de Jean Olivi », *Etudes Franciscaines* 22 (1972), 69-83; D. FLOOD, « Le projet franciscain de Pierre Olivi », « *Etudes Franciscaines* 23 (1973), 367-79; and D. BURR, *The Persecution of Peter John Olivi*, in Transactions of the American Philosophical Society, vol. 66, pt. 5, 1976. D. Flood provides an excellent summary of recent Olivi historiography in *Peter Olivi's Rule Commentary*, Weisbaden, 1972; and S. GIEBEN has compiled a comprehensive bibliography of Olivi studies in *Collectanea Franciscana* 38 (1968), 167-95.

([22]) DE ROOVER, *San Bernardino and Sant'Antonino*, p. 31; MUNDY, *Europe*, p. 185; SPICCIANI, *La mercatura*, pp. 197-204; and TODESCHINI, *op. cit.*, n. 1, p. 26.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

schini's reading, that many of the specific assessments of the treatises, including Todeschini's, are mistaken and exaggerated when viewed in the light of the context in which they were written and when viewed against the very texts of the treatises themselves? And, given Todeschini's reading of Olivi's treatises as an intertext (in which every sign is a signifier whose signified is another signifier, never the thing itself), can one, philosophically, let alone historically, speaking, posit a discrete entity called « Minorite economics » or a « Franciscan economic discourse » without committing an act of reification and consequently of self-refutation? Finally, given Todeschini's well-taken admonitions against a proleptic reading of medieval texts, does he not fail to heed his own advice when he views the contingent relationship between Franciscan economic discourse and institutions as a process of « natural evolution »? (p. 46). These are a few of the many controversial questions and issues circulating around Olivi's texts which we wish to discuss in the following pages.

1. *For whom was Olivi's « treatise » intended?*

We are not referring here to Wolfgang Iser's implied reader, the transcendental ego of the reading process through which the indeterminate potentialities of a text become determinate and synthetically unified ([23]). To be sure, a study of all the known occasions on which Olivi's « treatises » have been cited by medieval and modern readers would reveal that the meanings imputed to his text have always been conditioned by an historically contingent readership. We are suggesting here that one significant approach to Olivi's treatises, not undertaken by Todeschini, is to view them in terms both of his role as a teacher and of his audience within the Franciscan order.

Although Olivi studied theology in Paris, he did not stay on to become a master. Instead, he returned to southern France in the 1270's where he is known to have taught in several Franciscan houses and *studia*, notably at Narbonne and Montpellier. In 1287 he was appointed *lector* at the Fransiscan *studium* at

([23]) Wolfgang ISER, *The Implied Reader*, Baltimore, 1974.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Santa Croce in Florence where he stayed for two years before being transferred back to Montpellier. For the remainder of his life, Olivi lived, taught and wrote, primarily in southern France. Olivi's student audience would have consisted essentially of Franciscan friars: self-conscious members of a spiritual elite who would fulfill their eschatologically inspired role in the thirteenth-century world by acting as public preachers and confessors primarily among urban-centered Christian laity of southern France and northern Italy. Not only would these friars have to be instructed in the juridical norms proper to the governance of moral behavior within their own community (as Olivi's *Rule Commentary* indicates) ([24]), but they would also have to understand the church's juridical guidelines for the proper ordering of moral behavior in the lay world of commerce. In the confessional, these friars would be expected to give spiritual guidance to lay persons attempting to live proper moral lives in a world of increasing social, political and economic complexity.

However, church law did not always keep pace with developments in actual commercial and political practice. Besides, canonists and theologians did not always agree on how actually existing contractual relationships and business practices were to be judged in terms of the existing body of canon law. There were no fixed answers to questions of the licitness of economic behavior. Olivi's treatises on commercial activity should be seen as reflective not only of his concern to impart traditional church teaching on certain moral-economic practices, but also of his attempt to elucidate the general principles underlying this teaching so that friars could make appropriate judgments when faced with new forms of economic behavior in the confessional.

2. *Formal unity and organization of Olivi's treatises.*

Todeschini believes that the three sections of the text, on sales, usury and restitution, comprise a unified, programmatic treatise on political economy. It is true that the manuscript

([24]) Cf. « Expositio Petri Johannis Olivi super Regulam Fratrum Minorum », ed. by D. FLOOD, *Peter Olivi's Rule Commentary*, Wiesbaden, 1972, pp. 110-196.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tradition transmits the three sections as a textual whole and that there is a certain degree of unity in their general subject matter, but we would emphasize the lack of formal unity and organization of the treatises. The first « treatise » is a set of seven questions on buying and selling, determination of just price, and fraudulent sales presented in an almost random order, without internal transitions. Spicciani, stressing the occasional character of this treatise, sees it as distinct and not necessarily related to the treatises on usury and restitution which follow; he considers it to be the later redaction of oral discussions ([25]).

A similar occasional character is also seen in Olivi's treatises on usurious contracts and restitution. After a brief transitional statement, the second « treatise » opens with the discussion of a single question: whether to receive more than was loaned on account of a *mutuum* is against natural and divine law. The very phrasing of the question indicates that Olivi was not embarking on a general discussion of usury, either in theoretical terms or as a case study of those instances in which canon law prohibits or seems to allow usury to be exacted. The first half of Olivi's text consists of a magisterial response to this question, based on arguments from Scripture, canon law, and natural equity, including a refutation of nine arguments initially presented in favor of the question. However, it is clear from his response that Olivi considered that gain beyond the principal on a loan contract is but one aspect of the wider issue of usury in contracts; in the second half of his text Olivi broadened his discussion with answers to seven « dubia circa materiam usurarum » (p. 77). These doubtful matters are presented as specific questions about general principles which can be used to determine whether or not usury is present in a given contract. Illustrative examples drawn from actual business practices are presented and judged according to the criteria outlined, but Olivi did not discuss thoroughly certain key contracts, the usurious nature of which was debated by his contemporaries ([26]). While references are made to his Commentary

([25]) SPICCIANI, *La mercatura*, pp. 182-185.

([26]) Especially superficial are Olivi's discussions of *census* and rent contracts (*ed. cit.*, n. 1, pp. 83-84); the various forms of banking practices (pp. 77-79); and

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

on Luke and other quodlibetal questions on commerce and usury ([27]), indicating a certain degree of literary composition, the additive and non-comprehensive character of Olivi's « treatise on usury » must not be forgotten.

Furthermore, the treatise on usury ends abruptly, with no concluding statement. With a brief transitional phrase, the four general principles governing restitution are presented. This transitional phrase, lacking in the Vatican manuscript, calls for a discussion of usury in general, not only the restitution of usuries, but also rules for the settlement of any legally contracted debt ([28]). The four principles introduced, namely what is to be restored, to whom, by whom, and in what time, place and manner, form the logical structure of Olivi's treatise. Each principle is discussed in terms of the general rules which govern its application, with specific examples invoked as concrete illustrations. As in the treatise on usury, these examples are developed more or less fully; while certain singular cases are presented in great detail, other issues discussed and debated by Olivi's contemporaries are treated summarily ([29]). This uneveness of treatment argues against the reading of this « treatise » as a finished literary product, composed by Olivi in the quiet of his own study.

Finally, at the end of his discussion of restitution, Olivi analysed two complementary cases which summarize the discussion he had presented in the preceeding treaties. The first is a case

---

and why interest (*interesse*) paid on loans to communal governments is licit (pp. 84-85).

([27]) « ... in lectura super *Lucam* (*Ed*: *Lucam*) ostenditur (B, fol. 303r); *ed. cit.*, n. 1, p. 75; cf. MS Rome, Vat. Ottob. Lat. 3302 and PACETTI, « Un trattato », pp. 451-52). « Sicut in quadam questione de quolibet plenius est ostensum (*ed. cit.*, n. 1, p. 85; *Quodlibet* I, q. 16, cf. SPICCIANI, « Gli Scritti », pp. 317-21). « ... tetigi in quadam questione de usuris facta in quodam quolibet » (*ed. cit.*, n. 1, p. 93; *Quodlibet* I, q. 17, cf. SPICCIANI, « Gli Scritti », pp. 316-17).

([28]) « Post hoc igitur de restitutionibus usurarum aliquid breviter edisseramus et occasione huius de restitutionibus generaliter aliquid pertangamus, et tangantur ad presens quatuor » (*ed. cit.*, n. 1, p. 88).

([29]) Questions not treated fully by Olivi include whether ownership of usurious gains is transferred to the recipient, in what instances and how the wife and family of a usurer are held to make restitution, and how usurers are to be identified and compelled to make restitution.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

where the form of a contract is formally non-usurious but more than the principal is received in fact by the « lender »; the second is where the form of a contract is usurious but the « lender » makes a secondary agreement which reveals his non-usurious intentions. Olivi asked whether these contracts were usurious and whether restitution ought to be made. It is only in this « appendix » to his treatises that Olivi stated directly and for the first time the steering assumptions upon which his definitions of usury and restitution were based.

With this awareness of the provisional form of Olivi's « treatises » as they have been transmitted to twentieth-century historians, the interrogator of these texts must proceed with caution before attributing definitive doctrinal statements to Olivi or in generalizing from conclusions reached in the context of specific cases. While no thirteenth-century writer would have denied either the general prohibition of usury defined formally as any gain beyond the principal in a loan contract (*mutuum*) but whose presence could be adduced whenever a person hoped to make an immoral temporal gain in any contractual relationship) or the canon law axiom that there could be no absolution without the restitution of ill-gotten gains, the precise limits of the prohibition and its restitution-demanding corollary in terms of everyday business practices were the subject of much debate ([30]). Indeed, outside the penitential *summae* and commentaries on canon law, the discussion of these issues was found primarily in *quodlibets* by various masters and theologians which

([30]) For a general discussion of these issues see T. P. McLAUGHLIN, « The Teachings of the Canonists on Usury (XII, XIII, and XIV Centuries) », *Mediaeval Studies* 1 (1939), 81-147, 2 (1940), 1-22; G. LE BRAS, « Usure », in *Dictionnaire de théologie catholique* 15: 2336-72; J. T. NOONAN, *The Scholastic Analysis of Usury*, Cambridge, Mass., 1957 and the review of this work by O. CAPITANI, *art. cit.*, n. 3, pp. 539-66; B. N. NELSON, *The Idea of Usury: From Tribal Brotherhood to Universal Otherhood*, 2nd ed., Chicago, 1969; K. WEINZIERL, *Die Restitutionslehre der Frühscholastik*, Munich, 1936; and BALDWIN, *Masters, Princes, and Merchants*, pp. 296-311. On the application of these doctrines in papal courts see Peter HERDE, *Audientia Litterarum Contradictarum: Untersuchungen über die päpstlichen Justizbriefe und die päpstliche Delegationsgerichtsbarkeit vom 13. bis zum Beginn des 16. Jahrhunderts*, Tübingen, 1970, vol. 1, pp. 242-266; vol. 2, pp. 115-154.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

were redacted after public debates. It was not until 1277-84 that the first systematic treatise on usury and restitution appeared from the pen of the Dominican Giles of Lessines ([31]). His treatise is unique in terms of the form of contemporary discourse on these subjects. Both Olivi's « treatises » and that of the Franciscan Alexander Lombard (redacted ca. 1303-1307) ([32]) reflect heavily their origins in lectures or public debates, and they are, consequently, less than systematic and comprehensive in their coverage of the topics treated. In sum, Olivi's « treatises » present an imperfectly integrated collection of his occasional teachings on these subjects, drawn from his lectures and quodlibetal debates. As such, they must be read as a partial and tentative statement of Olivi's conception of the proper moral and juridical rules which should govern the commercial practices of late thirteenth-century Christian lay persons striving to gain salvation before the imminent consummation of history.

3. *Metacritique: the concept of usury.*

What do the treatises tell us about Olivi's understanding of usury? First, Olivi held that usury is not only against divine law and therefore mortal sin, but that usury is also against natural law. He attempted to demonstrate that this is so with six arguments based on natural equity, citing Aristotle's *Politics* in support (pp. 70-72). After presenting these arguments, Olivi denounced usury as impious and fraudulent, the sale of grace, and the mother of illegality and sloth; indeed, usury causes the corruption of friendship and society, too much love of this life,

---

([31]) Giles' treatise is printed with the works of Thomas Aquinas; see SANCTI THOMAE AQUINATIS *Opera Omnia* 17: 413-36, Parma, 1864. For the attribution of this text to Giles see E. HOCEDEZ, « La date des ' De usuris ' de Giles de Lessines », *Ephemerides Theologicae Lovanienses* 3 (1962), 509-12.

([32]) A. M. HAMELIN, *Un traité de morale économique au XIVe siécle-* Le « *Tractatus de usuris* » *de Maître Alexandre d'Alexandrie,* Analecta Mediaevalia Namurcensia, 14, Louvain, 1962. See also C. CENCI's critical review of Hamelin's edition where he argues that Alexander's « De usuris » was originally delivered as questions disputed at Bologna, in *Archivum Franciscanum Historicum* 56 (1963), 191-96.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

despair for the blessed life and dissipation of the catholic faith. Usurers are especially depraved because, in their infinite striving for personal gain, they devour all the temporal goods of those around them (pp. 72-73). The tone and intent of his denunciation are clear. Olivi, like all other medieval theologians, considered usury to be intrinsically evil and socially unjust.

At the beginning of his treatise Olivi posed the question of whether any gain beyond the principal in a loan contract (*mutuum*) is against divine and natural law ([33]). His response was that such is the case because loan contracts in which gain is made beyond the principal are usurious, and usury is against divine and natural law. It appears that, for Olivi, usury exists almost exclusively in loan contracts (*mutua*). Indeed the first definitional statement Olivi made about usury in the second half of his treatise is that usury occurs only in loan contracts (*mutua*), since the sale of the inseparable use of a thing in addition to the thing itself, or the sale of what by definition is free, occurs only in loans ([34]).

Olivi also invoked the principle that there is no usury unless there is a *ratio mutui* ([35]). *Ratio* in this sense is a technical legal

---

([33]) « Post hoc ad contractus usurarios accedentes. Queritur an pro mutuo prestito accipere plus quam mutuatum est, sit contra ius naturale et divinum » (*ed. cit.*, n. 1, p. 67).

([34]) « Primum est quod usura non potest per se contingere nisi circa mutuum. Hoc enim patet ex suprascripta ratione naturalis inequitatis (*Ed*: inequalitatis) usure. Quia scilicet in usura ultra venditionem rei venditur rei usus, qui vel non differt ab ipsa, aut non addit ei novam commoditatem, hoc autem non potest contingere nisi mutuaberis vel mutuaris (*Ed*: mutuatis), sicut patet per singulos contractus alios discurrendo; propterea venditur per usuram emptori gratia mutui (*Ed*: gratiam mutui;) id quod ratione mutui factum est emptoris, aut aliquid consequens mutuum quod est proprium receptoris mutui » (B, fol. 304r; *ed. cit.*, n. 1, p. 77). In defining loan contracts, Olivi follows the Roman law which states that a *mutuum* as opposed to a *commodatum* or *locatio*, is a naturally gratuitous contract in which full ownership of the thing lent is ceded to the borrower (cf. *Digest* 44.7.1.2,4). « In hoc enim differt mutuum a locato et commodato. Unde dicitur mutuum, quia de meo fit tuum » (*ed. cit.*, n. 1, p. 71).

([35]) « Dicendum quod in predictis autem consimilibus non intercidit usura, nisi pro quanto intercidit ibi aliqua ratio mutui » (*ed. cit.*, n. 1, p. 78). Also, « ex omnibus premissis potes advertere quod ubi nulla penitus intervenit ratio mutui, nulla potest esse usura » (p. 80).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

term used by both civilian and canon lawyers to denote the reason or natural equity lying under all positive, written laws. From the rule « ubi eadem ratio, ibi eadem jura » formulated by Rogerius (d. ca. 1170) and John Bassianus (d. 1197), jurists developed the equation « ratio = aequitas = jus naturale » which allowed them to account for discrepancies between civil and canon law as well as to defend their application of natural law principles to specific disputed cases ([36]). Wherever the same *ratio* could be found underlying several specific cases, the same law could be applied to each case. It is this principle that Olivi used to detect usury hidden in legally binding contracts other than the *mutuum* ([37]).

Following from the legal definition of a *mutuum*, a *ratio mutui* will be present in any contract whenever the form of the contract conceals a loan of money or goods for which the lender intends to receive something in addition to the amount loaned without expending his own labor or bearing the risk of loss of the principal. Although these contracts would not be usurious *per se*, they would be *in fraudem usurarum* and thus fall under the prohibition of usurious contracts in the strict sense ([38]). Significant in this formulation of the principle is Olivi's emphasis on the lender's intentions. When Olivi applied this principle to specific contracts, in every case it was the lender's intention for illicit gain which ultimately indicated the existence of a covert *mutuum*. This fundamental assumption that the lender's intentions are

([36]) Cf. V. PIANO MORTARI, *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione del diritto nel secolo XVI*, Milan, Giuffrè, 1956, pp. 32 ff.; P. STEIN, *Regulae Iuris*, Edinburgh, 1966, pp. 141-42; E. M. MEIJERS, « Le conflit entre l'équité et la loi chez les premiers glossateurs », in *Etudes d'histoire du droit*, ed. R. FEENSTRA, Leiden, 1966, vol. 4, pp. 151-56; and E. CORTESE, *La norma giuridica*, Rome, 1963, vol. 1, pp. 286-338.

([37]) Alexander Lombard applied this same principle to determine the presence of usury in contracts other than *mutua*. Cf. « quia ratione mutui, nihil potest recipere ultra sortem » (*ed. cit.*, n. 32, p. 137). In addition, he acknowledges the source of this principle in legal commentaries: « Dicas secundum (Summam) Hostiensis quod sic. Non enim est eadem ratio in primo et in secundo; et ideo non est idem jus » (*ed. cit.*, n. 32, p. 147).

([38]) « Quamvis si hoc fieret intentione usuraria et in fraudem usurarum esset, ibi, non ex vi contractus, sed ratione talis intentionis usura » (*ed. cit.*, n. 1, p. 83).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

the criterion for determining the existence of usury is stated most clearly in Olivi's analysis of the two cases which conclude his treatise:

> sola intencio et voluntas faciendi usuras facit peccatum usure in corde. Sicut intentio usuraria exteriori operi juncta facit opus extrinsecum esse usurarium; quod patet attendenti materiam usurarum; scilicet, mutuum expressum vel interpretativum, quia sicut datum quod traditur ex intencione donandi, sortitur veram racionem doni et amittit racionem mutui. Sic si mutuetur ex spe et intencione lucri, eo ipso amittit racionem mutui gratuiti, et sortitur racionem mutui racionem mutui usurarii ([39]).

Although Olivi never defined usury in his treatises, it is clear that he was working within the traditional framework of the thirteenth-century definition of the term as formulated by the canonist Hostiensis:

> [Usura est] quodcumque solutioni rei mutuate accedit ipsius rei usus gratia pactione interposita, vel hac intentione habita in contractu vel exactione habita post factum ([40]).

This is a definition of usury in the strict sense. But Olivi, as well as all other thirteenth-century theologians and jurists, held to the traditional teaching that usury could also be understood in the broader sense of any intention to make an unjust gain in any formally licit contractual relationship.

For this reason, Olivi taught that there can be, and often is, usury in credit sales, sales at a discount for delayed delivery, contracts of sale and re-sale, in certain banking practices, in certain *census* contracts, and in trade agreements or agricultural contracts (*baux à cheptal*) in which risk or potential for gain is not shared equally by all partners. According to Olivi, there can also be usury in gifts and reciprocal agreements made in conjun-

---

([39]) The reading here has been given as corrected by Bernardino in the Siena MS, U.V. 6, fol. 315r and confirmed in the Roman edition (*ed. cit.*, n. 7). Cf. McLAUGHLIN, « Teachings », pp. 105-06.

([40]) *Summa Aurea*, Lyon, 1597, fol. 372r, as quoted by McLAUGHLIN, « Teachings », p. 98 n. 158. This definition is quoted by ALEXANDER LOMBARD, *ed. cit.*, n. 32, p. 125.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ction with loan contracts (41). In his discussion of contracts of these types, Olivi made no significant departures from the judgments of his peers. Indeed, Olivi was more prone to indicate how usury exists in these contracts than in showing when they could be employed licitly. And in doubtful cases he often counseled against the use of what could be perfectly licit contracts on account of potential scandal or the potential for stimulating usurious intentions (42).

Lastly, it should be noted that Olivi never allowed for the licit reception of « usuries ». While he did discuss and condone licit gain beyond the principal in specific instances of free gifts, money lent for ostentatious display, dowries, contracts with penalty clauses, the purchase of future fruits, and when the borrower is an unjust possessor of the lender's goods, Olivi was careful to

---

(41) *Ed. cit.*, n. 1, pp. 73-75, 77-79, 83-84. For traditional teaching on these contracts cf. the relevant sections of McLAUGHLIN, « Teachings », and NOONAN, *Schclastic Analysis*. See also O. CAPITANI, « La venditio ad terminum nella valutazione morale di San Tommaso d'Aquino e di Remigio de' Girolami », *Bullettino dell'Istituto Storico Italiano per il Medio Evo* 70 (1958), 299-355; and DE ROOVER, « The Scholastics, Usury, and Foreign Exchange, « *Business History Review* 41 (1967), 257-71. For an excellent presentation of moral issues regarding banking operations in the classical canon law, see P. NARDI, *Studi sul banchiere nel pensiero dei glossatori*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 238 ff. For the thirteenth-century debate on *census* contracts, cf. F. VERAJA, *Le origini della controversia teologica sul contratto di censo nel XIII secolo*, Storia ed Economia, 7, Rome, 1960. For *baux à cheptal*, cf. G. SICARD, « L'usure en milieu rural: notes sur le bail à cheptal dans la doctrine de la fin du Moyen Age », in *Etudes d'histoire du droit canonique dediées à Gabriel Le Bras*, vol. 2, Paris, 1965, pp. 1395-1405; and for a good case study of credit operations during Olivi's lifetime, cf. R. W. BLOMQUIST, « The Dawn of Banking in an Italian Commune: Thirteenth-Century Lucca », in *The Dawn of Modern Banking*, New Haven and London, Yale University Press, 1979, pp. 53-76.

(42) « 2ª est quia recipiunt amplius aut se parant recepturos de facili in suis mutuis, incidunt in lucri usurarii intentionem et cupiditatem, ac per consequens in crimen (*Ed*: crimine) usure. Ad tale ergo periculum penitus precavendum plus tenentur vitare receptiones munusculorum post prestationem quam si numquam aliquid talibus prestitissent (*Ed*: prestitisset) (B, fol. 303r); *ed. cit.*, n. 1, p. 74). Also, « quia non dicit quod dare huiusmodi munuscula provocat prestitorem ad ulteriorem gratiam iterum mutuandi. Potius posset dici quod provocat eum ad talem gratiam corrumpendam in distortam intentionem usure: non tamen est negandum quin sic gratis et pure posset dari et recipi, quod non sit ibi vitium usure » (p. 75).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

state that the gain received is something other than usury, although it may be exacted *sub forma usure* or *sub exteriori specie usure*. In the case of gifts, the gain is the gift itself, if indeed it is granted gratuitously. Money lent for ostentatious display is actually a licit rent (*locatio*) of money, therefore payment for its use can be demanded. In dowry contracts, any gain which can be construed as supporting the matrimonial burdens of the married couple is just because it fulfills social needs. In contracts with penalty clauses, gain is received as compensation for damages (*interesse*). The purchase of future fruits is a true contract of sale when it is seen as a contract of the purchase of a right to goods not yet possessed, whose future worth is uncertain. In the case of unjust possessors, Olivi allowed gain to be made *sub forma usure* when it was the only way an injured party could redeem goods legally his own. In his discussions and decisions on the licitness of gain in these cases, Olivi was following the traditional teaching of the canonists on these issues ([43]). Giles of Lessines and Alexander Lombard would also concur in his conclusions, with the major difference that they discussed a much broader range of contracts involving future fruits, which allowed them to limit the practical application of Olivi's principle that such contracts are a sale of a right to future goods ([44]). They were also less careful in their language than Olivi. Giles discussed some of these cases as instances in which a special reason excuses one from the vice of usury in a loan. For Alexander, there are cases in which it is licit to exact usuries ([45]). Olivi, on the other hand, in no instance allowed for the licit reception of usuries.

Our reading of Olivi on usury differs, in several noteworthy respects from Todeschini's. We find Olivi's treatment of usury

---

([43]) For gifts see *ed. cit.*, n. 1, pp. 74-75; for ostentatious display see p. 75; for dowries see pp. 86-87; for penalty clauses see p. 84; for future fruits see pp. 83-84; for unjust possessors, see p. 76. For the traditional teachings on these cases cf. McLaughlin, « Teachings », and Noonan, *Scholastic Analysis*.

([44]) Giles of Lessines, *ed. cit.*, n. 31, c. 9; Alexander Lombard, *ed. cit.*, n. 32, c. 7.

([45]) Giles of Lessines, *ed. cit.*, n. 31, c. 6: « Quomodo ratio dubii vel periculi valeat excusare vitium usurae in mutuo ... »; Alexander Lombard, *ed. cit.*, n. 32, c. 7 « Utrum in aliquo casu licet exigere usuras ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

to be traditional, one that leans heavily upon contemporary juridical thought and that admonishes restraint in face of contractual situations deemed spiritually dangerous. Moreover, we differ with Todeschini's reading of several passages on money and foreign exchange which are found in the text on usury. The first is:

> Item constat quod pecuniam (*Ed*: pecunia) in quantum est pretium rerum venalium, nullas vendit vel cambit nisi iuxta pretium quod habet (*Ed*: habent) illa. Utpote, nullus vendit vel cambit centum libras sterlingiorum pro C et XII sterlingiorum (fol. 302r, p. 71).

For Todeschini, this passage demonstrates that usury is an illicit sale of money « because a real and true usury, namely an *unproductive loan*, blocks the measuring capacity of money: altering that quality which establishes money as an economic medium *par excellence* » (p. 6). Yet it seems clear that the passage Todeschini cites in support of his reading is really part of a longer statement in which Olivi was presenting an argument from natural equity to demonstrate that receiving more than what was given in a loan (*mutuum*) is contrary to divine and natural law. The full passage reads:

> Item constat quod pecuniam (*Ed*: *pecunia*) in quantum est pretium rerum venalium, nullus vendit vel cambit nisi iuxta pretium quod habet (*Ed*: habent) illa. Utpote, nullus vendit vel cambit centum libras sterlingiorum pro C et XII sterlingiorum. Quando enim (*B et Ed*: etiam) aliquis solvit alicui C. libras, ex actu talis solutionis nichil debetur solventi. Ergo qua ratione in actu vendendi et solvendi pecuniam, non valet plus se ipsa, eadem ratione nec in actu mutuandi, et (*Ed*: et *om.*) maxime cum usuraria mutuatio sit quasi quedam venditio eius. Sume igitur quod horum duorum volueris: aut quod mutuatio sit simplex donatio, sic tamen quod tempore prefixo eius equivalens reddatur, aut quod sit venditio. Et neutro modo (*Ed*: momento) habebis quin sit aperte iniustum ex ea accipere plus quam ipsam ... (fol. 302r, p. 71).

The second passage in contention concerns Olivi's discussion of money lent « ad pompam », for ostentatious display. Here, money can be loaned to another at interest because a loan in such a case is not a *mutuum* but a *locatio*; a *locatio* being distinguished

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

from a *mutuum* on the grounds that the object loaned is not consumed in its use. Here, according to Todeschini, « money, for example the *floreni aurei*, is a sign of social status: it can be rented out so that the leasor ' dives esse credatur ', hence he derives from it greater credit and increased economic possibility » (p. 7). And here, we must disagree with Todeschini's statement that although this case is paradoxical, it was also « useful to Olivi to show that the ' pecunia in sachis sigillata ' can realize its essence as a commodity, which alone proves it to be a parameter of economic relations » (p. 7). Usury, for Olivi, existed only when there was a *mutuum* or a *ratio mutui*. The example of money lent « ad pompam » and the explanation given by Olivi are found in the *Digest* and were fully discussed by civil and canon lawyers from the twelfth century onward ([46]). Neither these jurists nor Olivi conceived of *pecunia* as a commodity or as a protagonist in an ethical and social interplay.

The third passage in contention involves the example of a person who, *en route* to Rome, changes his money abroad before his arrival, even though his money might be worth more in Rome. As we have indicated above, this case is found in a passage in which the B manuscript offers a different reading of the text than Todeschini's. Most significant is the variant reading *ad forum cambii Rome* for Todeschini's *ad forum cambii rationem*, which makes better sense on a purely grammatical level. In this passage Olivi was attempting to explain when usury exists in exchange transactions and when it does not. According to his criterion, usury existed in an exchange contract whenever there was a hidden *ratio mutui*. The specific case in question is a pure exchange, but as the B manuscript continues,

> si tamen ex hoc quod prius eos tradit, quam Rome recipiat precium cambii eorum intendit lucri aliquid acquirere, tunc prior tradicio induit racionem mutui et est ibi usura ([47]).

The *ratio cambii* which does appear in the passage, refers, as it does in Giles of Lessines and Alexander Lombard, to the reco-

([46]) *Dig.* 13, 6, 3, 6 and 13, 6, 4; cf. McLAUGHLIN, « Teachings », pp. 143-144.
([47]) Fol. 304v; cf. n. 9.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gnized existence of various currency systems, with the result that travellers and traders must be able to exchange their money for different currency; it does not refer explicitly to the natural oscillations in monetary values, as Todeschini states ([48]).

According to Todeschini, moreover, one of the most interesting features of Olivi's treatise is « that there can exist a *ratio cambii, capitalitatis, emptionis, mutui*, and so on, but *never* a *ratio usure* » (p. 34). It must be immediately pointed out that we have found no instance of the use of the phrase *ratio capitalitatis* in Olivi's treatise. However, in the discussion of the case presented as an appendix to Olivi's treatise ([49]) which is not referred to by Todeschini, the following phrases occur: « sub ratione capitalis pro tradente in mercationes educendi », « rationem capitalis mercativi », and « non sub ratione capitalis idest non ad mercandum » (pp. 109-112). It is clear that the *ratio capitalis* refers specifically to the value money accrues when it is invested in trade or commerce. Also, it should be pointed out that the term *ratio usure* does occur in Olivi's discussion of usury in sea loans, which is itself a part of a more general exposition of cases in which the bearing of risk and incertitude in a business venture can clear a contract from the imputation of usury: « In hoc etiam casu est ut sepius alia ratio usure ... » (p. 82). In his demonstration based on natural equity (*ratione naturalis equitatis*) that loans (*mutua*) are against natural law, Olivi stated, « ex duabus autem rationibus predictis trahitur ratio nominis usurarum: quia scilicet venditur ibi usus qui non differt a re et usus qui non est venditoris » (p. 71). Again, in his opening remarks about how usury exists properly only in *mutua* but can be hidden in other contracts, Olivi said, « hoc enim patet ex suprascripta ratione naturalis inequitatis (*Ed*: inequalitatis) usure »; his criterion for determining the presence of usury will be: « non intercidit usura, nisi pro quanto intercidit ibi aliqua ratio mutui » (pp. 77-78). The real question posed by these citations is Todeschini's rather subjective reading

([48]) TODESCHINI, *op. cit.*, n. 1, p. 8. Cf. GILES OF LESSINES, *ed. cit.*, n. 31, c. 2; and ALEXANDER LOMBARD, *ed. cit.*, n. 32, pp. 180-84.

([49]) SPICCIANI was the first to publish this case in his article « Gli Scritti », pp. 321-25. On pp. 304-13, he discusses the attribution of this *casus* to Olivi. Cf. TODESCHINI, *op. cit.*, n. 1, pp. 48-49.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

of the term *ratio* in these instances, as opposed to Olivi's own understanding of the term (50).

4. *Metacritique*: *'tempus' and 'capitale'*.

In his treatise on usury, Olivi did make two significant departures from traditional teaching, allowing him to condone three contracts which were traditionally judged usurious. In contradistinction to both Giles of Lessines and Alexander Lombard, Olivi never argued that usury is illicit because it constitutes a sale of time common to all things, thus being owned by God and non-vendible. Indeed, by making a distinction between time common to all and the time appropriate to each individual thing, Olivi proceeded to clear from the imputation of usury one form of bank deposit and a discount given for the early repayment of fixed debts (51). This latter time is specifically called the settlement time (*tempus solutionis*); it is the temporal quality inherent in any given thing limited by the period in which the thing is involved in an exchange transaction. As such, it properly belongs to the owner of the thing and can be sold. Olivi made the distinction between « time common to all things » and « the specific time of specific things » (52) explicitly on legal grounds as is shown when he says that « [tempus rei proprie] respectu alicui rei est de iure vel de iurisdictione huius vel illius; iuxta quod annus equi michi accomodati ad annum est eo ipso de meo iure ... » (p. 80). Likewise, Roman Law also recognized that the

---

(50) Todeschini's statement that Olivi was explicit in not defining usury as *fenerare* is not fully acceptable. Granted, Olivi stated in the passage to which Todeschini refers, « sumitur fenerari generaliter pro mutuare » (p. 74), while he stated elsewhere that not all *mutua* are usurious; but previously, he had defined *fenerari* as « ad usuram prestare » (p. 67).

(51) « Ex hoc non sequitur quod nullum tempus posset licite vendi absque usura, [quin] potius per locum ab opposito, sequitur quod tempus proprium venditoris possit licite vendi, si temporalem utilitatem temporali pretio appretiabilem in se includat » (*ed. cit.*, n. 1, p. 80, as emended).

(52) « Dicendum quod hoc non arguitur de tempore, prout est omnibus commune, sed potius de proprio tempore rei proprie » (*ed. cit.*, n. 1, p. 80).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tempus venditoris could be the object of an exchange transaction (53).

A second ground for this distinction can be adduced from Olivi's own understanding of time and temporality as elucidated by Bettini in his study of Olivi's various *quaestiones* and *quodlibets* (54). According to Bettini, Olivi began by distinguishing temporality from eternity. Temporality is the fundamental ground of existence for all created beings who are brought into existence out of nothing by the one eternal creator. Time is seen as the succession of concrete moments in which each being is conserved in its temporal existence through continuous acts of divine intervention. It is thus one of the determinant characteristics of each discrete being. Because each being is both called into existence from nothing and preserved in its existence through discrete acts of intervening support, the temporal existence of each being is directly determined by God and belongs to it alone (55). In this sense, Olivi could see the temporal existence of each thing as objectifiable, quantifiable and, in certain instances, vendible.

On the basis of this distinction, Olivi stated that if a debtor owes a certain sum of money payable at a fixed future date but contracts with his creditor to settle the debt before it comes due, he can settle for less, keeping the difference as the « price of an earlier settlement ». A monetary price can accrue to the settlement time in this case because the debtor is foregoing the time originally granted to him during which he could have used the money to make more money in trade or exchange (56). To the

---

(53) *Dig.* 41, 3, 14, 19.

(54) O. BETTINI, « La temporalità della cosa e l'esigenza di un principio assoluto nella dottrina di Olivi », *Antonianum* 23 (1953), 147-87.

(55) That such a distinction in understanding time was current in the thirteenth century, at least among philosophers, is clear from a passing remark in OLIVI's *Epistola ad R* (printed in his *Quodlibeta*, Venice, 1509, fol. 52v). In discussing the opinion of certain doctors on the predicaments he says: « In quarum quadam dicitur quod tempus et quando non plus differunt quam tempus et esse in tempore aut quam tempus sumptum in abstracto et sumptum in concreto ... » (as cited by BURR, *Persecution*, p. 55, n. 24). The sources and nature of this distinction deserve further investigation.

(56) « Prefatus autem debitor domini solvit LXXX, nichil mutuat, sed potius solvit debitum suum, sed de hoc quod solvit ante tempus debitum ultra

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

objection that anyone who has money has the opportunity of using it to profit over an indefinite future period so that he could sell this indefinite future opportunity, Olivi replied that no profit can arise from without its being invested in trade; for in trade, the future time of money runs on the side of both contracting parties. Likewise, it should be noted that this argument does not apply to the duration of a loan contract (*tempus mutuationis*), since by definition of a *mutuum*, ownership passes to the borrower; thus also the time for which the money is lent passes to the borrower so that he should not have to pay an additional sum for it ([57]).

With these two limiting conditions, Olivi has condoned profit-making in contracts for the purchase of fixed debts; a practice which Giles of Lessines expressly condemned because he considered it a sale of time which is common to all creatures ([58]). While Alexander Lombard did not discuss this particular case, it is clear from his treatise that his main argument for the pro-

---

aliquid pretium quod non potest dici pretium mutui, cum nichil mutuet, sed solum potest dici pretium anteriorationis solutionis; quia autem hec anterioratio est pretio extimabilis, ideo potest licite vendi » (*ed. cit.*, n. 1, p. 81). Cf. « Quamvis autem pecunia ex se non valeat plus se ipsa, ex utentis tamen facultate et industria acquirit aliquem valorem aut potest acquirere. Ed ideo ille usus aut facultas utendi potest ab eo, cuius ille usus est, vendi » (p. 81).

([57]) « Quod tempus currens pro receptore mutui, idest tempus mutuationis non potest vendi receptori mutui [quin] a vendente fiat ibi usura, pro eo quod ex natura mutui tempus illud non est prestitoris sed potius receptoris » (*ed. cit.*, n. 1, p. 80, as emended).

([58]) Cf. GILES OF LESSINES, *ed. cit.*, n. 31, c. 8: « Verbi gratia, debitor juste debebat centum solidos, et propter anticipationem temporis tantum soluit octoginta. Accipit ergo ultra id quod dat, scilicet ultra octoginta, viginti: quia creditoris erant illi viginti, et sunt facti debitoris ratione temporis anticipati. Ratione ergo regulae datae de causa vitii in usura, quae est quando plus accipitur quam datur causa temporis, videtur quod hujusmodi casus sit usurarius »; and c. 4: « Tempus autem commune est, nec est propria possessio alicujus, sed a Deo datur aequaliter. Quare hujusmodi foenerator de re non sua, et quae est aequaliter accipientis et dantis, et gratis a Deo omnibus datur, intendens aequare et recompensare rem acceptam, fraudem facit et proximo cujus est tempus, quod sibi vendit, et Deo cujus rem gratis datam sub pretio ponit. Constat autem, quod nec labore aliquo fit recompensatio in contractu vel acquisitione usurae; quia tantum lucratur foenerator dormiens sicut vigilans, et in diebus solemnibus sicut in feriis communibus ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

hibition of usury in general is that it is either a sale of time or money gained *propter dilationem temporis* (59).

A second case in which Olivi allowed gain as a sale of settlement time (60) involves a traveller who deposits money with a *mercator* (presumably a banker of sorts), and also pays a premium so that he can collect his money upon arrival at his destination. The banker has the opportunity not only of using the traveller's money while he is making his journey, but also of retaining the additional payment as a fee for his services, so that he gains without risk or labor. Although this gain is not considered usurious profit by Olivi, it can be considered tainted gain (*turpe seu indecens lucrum*), in spite of Olivi's admission that the banker has provided a service for the traveller by insuring that he will not lose his money during the journey. In this case, Olivi has attempted to show that a certain banking practice is not usurious, although he did not give unqualified support to the practice because it could still be construed as a source of *turpe lucrum*.

The ambivalence in Olivi's discussion at this point, together with the limited application of his arguments based on a distinction between common time and the time of things (he did not apply it to justify credit sales, discounts granted for delayed delivery or the purchase and re-sale of government loans), raises the question of the significance and extent of Olivi's departure from the traditional idea that usury is an unjust sale of time. It must be emphasized that he implicitly approved the general doctrine that time common to all things cannot be sold. As we have observed, Olivi believed that usury is intrinsically evil and against natural equity; however, in attempting to demonstrate this proposition, he merely did not argue, as did his contemporaries, that such is the case *ratione temporis*. Instead, as a result both of the received legal conception of the time of things in contractual relations and his own understanding of the temporal

---

(59) ALEXANDER LOMBARD, *ed. cit.*, n. 32, pp. 162, 164, 177, 179, 180, *inter alia*.

(60) « Quicumque aliquid ab altero recipit nihil dando illi nisi tempore solutionis, vel redditionis accepti, non committit usuram ad lucrandum ratione talis accepti » (*ed. cit.*, n. 1, p. 80).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nature of things, Olivi distinguished between two kinds of time, one of which is quantifiable and vendible in two specific instances.

It is difficult to see how such a view of time in contracts has turned upside-down the traditional teaching on discounting ([61]), « damages the whole usury doctrine » ([62]), or confers a sense of historicity on the economic subject ([63]). If the logical extension and application of Olivi's distinction to the entire gamut of commercial contracts, could, indeed, have these effects, it is clear that Olivi never extended the application of his notion beyond the specific cases discussed. Perhaps it would do more justice to the entire complex of ideas presented in his treatise to see this mode of argumentation as one more of Olivi's individual and novel approaches to the central issues of his day.

Olivi's second significant departure from tradition is that he never explicitly stated that usury is unjust because money is sterile. Although he referred the reader to Book I of Aristotle's *Politics* where Aristotle discusses the two kinds of wealth, he did not quote the passage in which Aristotle asserts that money bears no offspring (p. 72). This omission, along with Olivi's acceptance of the reception of compensatory payments for *lucrum cessans* which is itself based on his definition of *capitale* as money which has « a certain seminal reason of gain » (p. 85), has led several scholars to assert that (1) Olivi was one of the most astute « economists » of the thirteenth century, and (2) that he made a radical departure from the traditional teaching on usury by allowing the reception of interest from the beginning of a loan

---

([61]) SPICCIANI states this without further comment in *La mercatura*, p. 185.

([62]) Noonan discusses these arguments as those of Bernardino of Siena. He was unwaware that Bernardino lifted them almost verbatim from Olivi. Also note his final judgment: « There is perhaps, nothing like Bernardino's blunder in the whole scholastic tradition of usury ». Noonan does not explain how the qualified justification of one specific contract (the repurchase of debts) vitiates the entire usury prohibition; cf. NOONAN, *Scholastic Analysis*, p. 76.

([63]) TODESCHINI, *op. cit.*, n. 1, p. 26. In his earlier article, « ' Oeconomica Franciscana ' II », p. 493. Todeschini sees this passage as an example of the extent to which Olivi's understanding of human will, with the consequent ability to effect what one wants in the exercise of dominion over things in the world, has permeated his analysis of economic activity.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

on account of the potential profit lost by the lender (64). Olivi's teaching is held to be radical because it appears to strike at the very heart of the usury prohibition by admitting that money is fruitful and can therefore be the proper object of a sale.

A close examination of Olivi's text, however, shows that such conclusions are overstated. First it should be pointed out that Olivi understood money in two complementary (but not mutually exclusive) ways (65). The first is money as the price of vendible goods (*precium in quantum est pretium rerum venalium*). Money, in other words, is a fixed external measure in reference to which the exchange rate of goods is established. The value of money in this sense is fixed by law and corresponds to the face value of coins. For this reason no one buys or exchanges 100 pounds sterling for 112 pounds sterling. In this sense, money is a consumptible good like grain and oil; it is consumed in use (66). Money can be used only in loans or in exchange for other goods and thus

---

(64) Cf. *ed. cit.*, n. 1, p. 72, 85; and SPICCIANI, *La mercatura*, p. 185, 231-232, 235-236.

(65) Cf. the judgment of J. KIRSHNER: « La distinction entre *pecunia* et *capitale* me parait intelligente et logique, elle trouvait aisément sa place dans le cadre de l'interdiction scolastique de l'usure », in « Les travaux de Raymond de Roover sur la pensée économique des scolastiques », *Annales, E.S.C.* 30 (1975), p. 323. See also SPICCIANI, « La produttività del capitale monetario e la questione dell'interesse nella dottrina teologico-canonistica dei secoli XIII e XIV », in *Fonte Avellana nella società dei secoli XIII e XIV*, pp. 325-62, 1979. For uses of the term *capitale* by twelfth- and thirteenth-century theologians see ROBERT OF COURÇON, *De usura*, ed. by C. LEFÈBVRE, *Le traité « De Usura » de Robert de Courçon*, Lille, 1902, p. 71; and RICHARD OF MIDDLETON, *Commentum super quarto sententiarium*, Dist. 15, art. 5, q. 5, 6, Venice, 1489. For uses of the term *capitale* in the commercial documents of the thirteenth and fourteenth centuries see F. EDLER, *Glossary of Mediaeval Terms of Business*, Cambridge, Mass., 1934, p. 61; and F. MELIS, *Documenti per la storia economica dei secoli XIII-XVI*, Florence, 1972, *s.v. capitale*; *Business Contracts of Medieval Provence. Selected « Notulae » from the Cartulary of Giraud Amalric of Marseilles, 1248*, ed. John H. Pryor (Toronto, 1981), nn. 15, 17, 85, 86, 89.

(66) Cf. « ... constat quod pecuniam (*Ed*: pecunia) in quantum est pretium rerum venalium, nullus vendit vel cambit nisi iuxta pretium quod habet (*Ed*: habent) illa » (B fols. 301v-302r; *ed. cit.*, n. 1, p. 71). Cf. « Sed usus pecunie vel nummorum in quantum talium, et usus bladi et olei et consimilium est idem quod eorum alienatio vel consumptio ... » (p. 71).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

can confer no gain on its possessor apart from that gain which arises from his own industry in trading with it (67). In these formulations Olivi implicitly acknowledged the traditional doctrine that money, when used as price or measure, is fruitless.

At the same time, however, Olivi recognized that money, when invested in trade can produce a profit for the investor. Money used in this way (*pro tradente in mercationes educendi*) — and only money so used — is no longer simple money but fruitful *capitale*. In the oft-quoted phrase, money in this sense « non habet rationem simplicis pecunie seu rei, sed etiam (*Ed*: etiam *om.*) ultra hoc quamdam seminalem rationem lucrosi quam communiter capitale vocamus » (68) (fol. 307r; p. 85). Olivi repeated this idea in the *casus* interpolated in the second half of his treatise:

> quia capitale, in quantum capitale, idest in quantum lucrativum est mercationibus destinatum, addit quandam lucrativam rationem supra rationem simplicis pecuniae eiusdem quantitatis, quae non est sic mercationibus destinata (69).

---

(67) « ... Pecunia in quantum est pretium rerum venalium nullum lucrum confert nisi per industriam et actum mercantis » (*ed. cit.*, n. 1, p. 71): Also, « habens pecuniam non potest ea in quantum habet rationem pretii seu numismatis uti, nisi mutuando vel pro re altera commutando ... » (p. 81).

(68) This passage has been quoted by DE ROOVER, *La pensée économique des scolastiques*, pp. 80-81; SPICCIANI, « Sant'Antonino, San Bernardino e Pier di Giovanni Olivi », pp. 339-40, and *La mercatura*, p. 185; MUNDY, *Europe*, p. 185; KIRSHNER, « Les travaux », p. 328; and TODESCHINI, « ' Oeconomica Franciscana ' II », pp. 493-94. It should be noted, however, that in his discussion of this passage in the introduction to Olivi's treatises, Todeschini refers to « quamdam formalem rationem lucrosi quam communiter capitale vocamus » (*ed. cit.*, n. 1, p. 27), and « ... lo stesso ' formalem rationem lucrosi ', ... » (p. 34), although his edition reads « quamdam seminalem rationem lucrosi ... » (p. 85). F. BRAUDEL in his discussion of the etymology of the word « capital » in *Civilisation matérielle, économie et capitalisme, XVe-XVIIIe siècle*, Paris, 1979, vol. 2, p. 201, remains unaware of Olivi's contribution to its definition in the late middle ages, and so repeats the old cliché that « le mot [capital], la réalité qu'il désigne se retrouvent dans les sermons de saint Bernardin de Sienne (1380-1444): « ... quamdam seminalem rationem lucrosi quam communiter capitale vocamus ', ce moyen prolifique de lucre que nous appelons communément capital ».

(69) *Ed. cit.*, n. 1, p. 111. Note that in the discussion of this case Olivi seems to equate the seminal reason of gain contained in *capital* with the *interesse* (com-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

As Olivi repeatedly stressed, this reason of gain, which distinguishes simple money from *capitale*, does not arise from the money itself, but rather from the labor and industry of the person who uses it in trade. To the proposition « pecunia ... non valet nisi seipsam nec ex se sola fit lucrosa », Olivi responded in his first *Quodlibet*, q. 16:

> in contrarium dicendum quod pecunia illa domino suo valuisset plus quam seipsam propter industriam qua usus esset illa ad praecavenda damna ... et ad lucra per mercationum industriam cumulanda; et ideo non habuisset ex se sed potius ex industria domini ([70]).

Such a distinction between juridically sterile money and economically fruitful capital was not unique to Olivi, although in these treatises Olivi made explicit what a writer such as Thomas Aquinas acknowledged only implicitly ([71]). It is also evident that Olivi did not intend his notion of *capitale* to be a total rejection of the idea that money as an external measure of the price of goods produces no gain ([72]). Instead, accepting the economic fact that money as capital can produce a profit if invested in commercial enterprises, Olivi used this notion of *capitale* to distinguish between just and unjust gains arising from the use of money in general. A just gain, for Olivi, was determined by two factors. One is that the gain be a result of labor expended or services rendered by the person profiting. The second is that the object from which the gain arises must be owned by the person profiting, with ownership being determined by bearing the risk of loss of the goods at the time the profit is made ([73]). A just profit can thus

---

pensation) owed to the merchant who lends his *capitale* instead of investing it: « sed in supradicto casu nihil venditur, nisi predictum interesse, prout causaliter continetur in capitali, in quantum est capitale, id est in quantum vere et non ficte est in mercationes fiendas deputatum et destinatum » (*ed. cit.*, n. 1, pp. 110-11).

([70]) *Quodlibet* I, q. 16 as ed. by SPICCIANI in « Gli Scritti », pp. 316-17. Note also, « ... non tamen aliquid prevalens prefate pecunie in quantum iam quasi habebat in se vim et valorem prefati interesse » (*ed. cit.*, n. 1, p. 73).

([71]) For Thomas Aquinas, cf. NOONAN, *Scholastic Analysis*, p. 110; DE ROOVER, as cited by KIRSHNER in « Les travaux », pp. 327-28.

([72]) Cf. KIRSHNER, « Les travaux », p. 328.

([73]) *Ed. cit.*, n. 1, pp. 63-64, 82. For risk as a criterion of ownership, cf. KIRSHNER, « Les travaux », p. 330.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

be retained from the exchange of goods as a result of the service a merchant performs for society. That money is used to facilitate trade as well as to guarantee the continuation of trade is an economic fact. If a just profit is to be made from the use of money as capital in trade, the merchant must either make use of his own money by exchanging it for goods or by investing with someone else who will do the actual trading while he bears the risk if his capital thus invested is lost. In no case can the investor expect to have his capital returned if the trading venture is without profit or if the capital itself is lost. If, however, the investor bears the risk of loss of his capital, he can justly profit from any gain generated by anothers use of it (74).

The question that arises here is whether a merchant who is induced or forced to forego either trading with his capital or investing it with another could receive compensation for the potential profit he would be foregoing. According to the traditional doctrine of canon law, compensation (*interesse*) could be received in such cases only if the party receiving it suffered actual damages from not having had access to his money. Roman law, however, allowed the reception of *interesse* for possible lost profits (75). In the thirteenth century, these two related issues of *interesse* and *lucrum cessans* were discussed in two specific contexts. The first is the case in which a merchant is persuaded by a needy person to lend him money instead of proceeding to invest it in trade; the second is that of communal governments which exact loans from their citizens to meet the financial needs of governing.

Indeed, it is in his discussion of these two cases that Olivi presented his notion of *capitale* while arguing for the licit reception of *interesse* on account of probable lost profits (*lucrum cessans*). To open his discussion, Olivi asserted that anyone who is compelled to make a loan can require payment of *interesse* for damages and probable gain because the force involved takes

(74) Risk as the outward sign of legal ownership is a principle accepted by all writers on usury. In the cases discussed by Olivi, *ed. cit.*, n. 1, pp. 81-82, 85-88, his consistent application of the principle should be noted.

(75) Cf. McLAUGHLIN, « Teachings », p. 141-142, and *Dig.* 17, 2, 60.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

away the *ratio mutui*, so that the transaction becomes instead one of sovereign exaction or tyrannical rapine, depending on whether or not the force was applied for a just and reasonable cause ([76]). Olivi admitted that certain writers held that only compensation for damages actually suffered by the lender can be received, but he appears to hold the opinion of other unnamed doctors who claimed that the loss of probable profit is itself a damage suffered by the lender which allows him to receive compensation in certain cases. Olivi qualified this statement by saying that, since capital detained in a forced loan does not run as great a risk of loss as it would if invested in trade, when the amount of compensation to be paid is being determined, an amount for this greater certitude must be subtracted from the total of probable profit lost ([77]). Likewise, if in response to a special request, a merchant sells grain at a time when it is worth less than at the time he had originally intended to sell it, he can sell at a higher price ([78]). This price, however, is not determined according to the actual price of grain on a given future date but must be the average price of grain over the course of a month. The reason for reception of *interesse* or a higher price in these cases is that money destined for investment is *capitale*, and thus has a certain seminal reason for gain, which gives it a super-added value. Olivi then applied this reason to a case already once discussed ([79]), that of a mer-

([76]) « Ex predictis patens est quod is qui [violenter] prestat potest exigere interesse damni et probabilis lucri » (*ed. cit.*, n. 1, p. 84 as emended).

([77]) « Attamen doctores contrarium tenent, pro eo quod amissio talis lucri quedam damnificatio fuit huiusmodi prestitoris. Et ideo eo ipso quod potest iuste exigere interesse damni, potest iuste exigere equivalens damnificationis talis lucri. Quia vero capitale violenter detentum non potuit prestiteri isti perdi aut periclitari, sicut poterat in mercando vel negotiando, idcirco [tantum] debet sibi de probabili lucro subtrahi, quantum prefata certitudo preponderat incertitudini et periculo, quod circa capitale et lucrum potest in mercationibus contingere » (*ed. cit.*, n. 1, p. 84, as emended).

([78]) This case is justified by canonists on the basis of the decretal *Naviganti*, X 5, 19, c. 19; cf. NOONAN, *Scholastic Analysis*, pp. 91-92. Giles of Lessines discusses this case in c. 10 of his treatise (*ed. cit.*, n. 31). Olivi makes explicit references to *Naviganti* when he discusses this case in *Quodlibet* I, q. 17 (ed. by SPICCIANI, « Gli Scritti », pp. 319-20).

([79]) See his response to the second argument in favor of the opening question; cf. *ed. cit.*, n. 1, p. 73.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

chant who makes a loan at the behest of a person in great need. Olivi stated that the lender can licitly make an agreement to receive in return a sum of money equivalent to what he would have gained or lost in trade. For further clarification of this case he refers the reader to his discussion of it in *Quodlibet* I, q. 17 ([80]).

While it appears that Olivi had used his notion of *capitale* to justify the gain on a loan contract from the beginning of the loan period, an examination of his quodlibetal question reveals the qualifications attached to the case; qualifications which severely limit the application of Olivi's principle in actual practice. First, the lender in question must be a merchant who had already intended to use his money to buy goods, invest in trade, or insure himself against imminent damages. Second, he must lend *sola pietate et necessitate et instanti prece* on the part of the borrower. Third, he cannot require compensation for all future possible profit lost, but only for probable profit lost over a fixed time period ([81]). Finally, if the lender intentionally fixes the term of the loan at a date on which he believes the borrower will be unable to settle and still intends to receive interest for probable lost profit, this would be usury ([82]).

It is important to note that this entire discussion, as well as that in his treatise, is reported as the view of « *quidam* ». Olivi's

---

([80]) As editied by SPICCIANI in « Gli Scritti », pp. 317-21.

([81]) « Quibusdam tamen videtur quod ubi is qui eam tradit erat inde per se vel per alterum mercaturus aut aliqua quaecumque lucrosa empturus et sola pietate et necessitate et instanti prece amici sui eam sibi tradit, nolens inde aliud nisi solum illud quod inde probabiliter sibi provenisset et hac sola de causa sub forma praedicta contrahit pactum secum, non quidem ad semper sed ad aliquod rationabile tempus; quod hic nihil sit illicitum pro eo quod non tradit sibi solam rationem simplicis pecuniae sed etiam tradit sibi suum capitale; et ideo merito potest et debet sibi teneri tamquam de capitali » (*ed. cit.*, n. 80, p. 319).

([82]) « ... Quia si aliquis mutuaret alicui pecuniam ad tempus certum quia credit quod ille tunc non solvet et sic quod ex tunc teneretur ad interesse probabilis lucri, constat quod talis esset usurarius et quidquid inde ultra sortem acciperet esset usura: quia patens est quod non tradidit eam fideliter ut simplex et gratuitum mutuum sed potius ut usurarium; et ideo transactio praefixi termini non potest sibi dare iustam rationem capitalis. Ergo sic erit in casu proposito si principalis intentio tradendi sit, quia praeeligit per hanc viam lucrari plus quam per viam mercandi » (*ed. cit.*, n. 80, p. 320).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

initial response to the question was that a determination in this case is highly uncertain and that judgments about its licitness are various. Yet, it is clear from his order of presentation that Olivi agreed essentially with the views of the unnamed authors he cited. While it may not be possible to ascertain Olivi's direct source on this question, it is revealing to compare his conclusion with that reached by Hostiensis in his discussion of this case:

> In eo enim quod sorti accedit, non prohibetur petitio interesse, sed tantum turpis lucri, vel alterius illiciti incrementi, ut patet Causa 14, quaes. 4, *Si quis oblitus*. Ideo puto ex mente praemissorum iurium, quod si aliquis sit (*sic*) mercator, qui consuevit sequi mercata et nundinas, et ibi multa lucrari, mihi multum indigenti ex charitate mutuaret pecuniam, cum qua negotiaturus erat, quod ego hic in fraudem usurarum, ut patet in eo quod notatur supra cap. *Tuas*, in fine. Et dummodo dictus mercator non consueverit pecuniam suam taliter tradere ad usuram ([83]).

Hostiensis was the first canonist, according to Noonan and Spicciani, to judge in favor of this case ([84]). It should be noted that the conditions he set, namely that the lender be a merchant who had originally intended to invest his money in trade and that he lend « ex charitate », are substantially the same as those outlined by Olivi.

To return to the question of the licitness of compensatory payments on communal loans with which Olivi opened his discussion, it should be noted that Olivi argued for *lucrum cessans* in this case because governments actually do pay *interesse* for lost probable profits on loans exacted from merchants by force ([85]). Olivi never doubted that governments could licitly compensate

---

([83]) HOSTIENSIS, *In quintum decretalium librum commentaria*, Venice, 1571, p. 58, *ad* X, 5, 19, 6, *Salubriter*, as cited by SPICCIANI in « Sant'Antonino, San Bernardino », p. 329.

([84]) SPICCIANI, « Sant'Antonino, San Bernardino », p. 329, and NOONAN, *Scholastic Analysis*, p. 118.

([85]) « Quarto facit pro eis quia, si rex vel communitas a suis mercatoribus pecuniam mercationibus deputatam potestative accipiat, teneretur eis ad aliquam lucri probabilitatem tamquam de capitali; non autem si non erat in eorum intentione mercationibus deputata » (*ed. cit.*, n. 80, p. 320).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

their lenders for actual damages suffered. The thrust of his entire discussion of forced loans is that because governments *do* compensate their lenders by paying *interesse* for loans exacted from them such compensation is also licit in other cases where a merchant lends money against his will or primary intention. In contrast to Olivi, the Franciscan Alexander Lombard argued specifically against compensation on government loans. To the argument that the force with which the loan was exacted removes it from the category of *mutua*, Alexander responded that, while such may be the case, if the lender lends knowing he will receive gain beyond the principal, his desire for gain adds a voluntary character to the transaction ([86]). Eventually, in the fifteenth century Olivi's justification for compensation on forced loans would be cited by san Bernardino. But it must be remembered that Bernardino did not extend such justification to the compensation received by citizens making voluntary loans to their *communitas*: they were roundly condemned by Bernardino as sinful profiteers. And he admonished that cases where *lucrum cessans* is a licit title to indemnification are not to be preached publicly « because of the peril to the people » ([87]).

([86]) « Ad primum enim *non* potest dici quod licet in tali mutuo non sit voluntarium absolutum, tamen est voluntarium mixtum. Voluntarium autem mixtum, voluntarium est. Propterea licet non fuerit tale mutuum a principio voluntarium, tamen in pluribus civium ex *parte spe* lucri a communitate promissi super proventibus communitatis *sit* voluntarium. Preterea licet cives cogantur mutuare non tamen cogantur accipere lucrum ratione rei mutuatae » (*ed. cit.*, n. 32, p. 173). We have italicized those words which make no sense to us in the context of Alexander's argument, and which we believe are the result of the editor's mistranscriptions or scribal errors not emended by the editor. For Alexander Lombard's attack on government loans, see J. Kirshner, « Conscience and Public Finance: A *Questio Disputata* of John of Legnano on the Public Debt of Genoa », in *Philosophy and Humanism. Renaissance Essays in Honor of Paul Oskar Kristeller*, Leiden, 1976, pp. 434 ff.

([87]) J. KIRSHNER, « Reading Bernardino's Sermon on the Public Debt », in *Atti del Simposio Internazionale Cateriniano Bernardiniano*, Siena, 17-20 aprile, 1980, ed., Domenico Maffei and Paolo Nardi (Siena, 1982), pp. 547-622; see also the same author's, « Storm over the *Monte Comune*: Genesis of the Moral Controversy over the Public Debt of Florence », *Archivum Fratrum Praedicatorum* 52 (1982).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Finally, in the treatise on restitution, Olivi enunciated as a general principle that when a person causes another to lose something for which he had not yet received legal title, he is not held to make restitution, even if this had been done with malicious intent ([88]). An interesting exception to this rule, however, is that if a person forcibly prevents a peasant from working or from fishing or trapping in common lands, he must restore the equivalent of the peasant's wages or his game. Because the peasant's wages or game is contained seminally in the use of things that have been granted to him by common law, restitution for them must be made ([89]). This argument is analogous to Olivi's arguments for *lucrum cessans*, based on the seminal reason of gain contained in the capital of a merchant who uses it in trade. It is important to note, however, that this argument does not apply to restitution in cases in which bodily injury prevents another from working. In this instance, the injured limb is only a possible cause of gain, not an actual cause; besides, it is uncertain how long the injured party will be out of work. Here again Olivi put strict limits on the applicability of arguments based on things which contain a seminal reason of gain. And here again, as much emphasis is placed on the use and industry of the agent as is placed on the profit-making quality of the thing in question.

From Olivi's treatment of *tempus* and *capitale*, as well as of usury, it is difficult to conclude that he is making a significant and radical departure from the traditional understanding of the church's prohibition of usury. At most, Olivi is again giving evidence of his novel and singular approach to the analysis of the controversial issues of his day. Indeed, if we possessed texts of more such classroom and quodlibetal discussions by other theologians, the singularity of Olivi's approach might not appear so striking. At the least, Olivi is here again demonstrating how

---

([88]) « Tertia regula est quod damnificatio in eo quod nondum (*Ed*: nundum) erat suum aut sui iuris non est sibi illud necessario restituendum » (B. fol. 304r; *ed. cit.*, n. 1, p. 89).

([89]) « Quia hic aufertur rustico et aucupi suus proprius usus, qui erat utique sui iuris. Aufertur etiam et fructus in eorum usu causaliter et quasi seminaliter contentus, impediuntur etiam ab his que eis competunt de iure communi » (*ed. cit.*, n. 1, p. 90.)

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

his individualistic and even subjective interpretations of received teachings could result in his holding quite distinctive views on various subjects; distinctive views which oftentimes resulted in controversy and censure.

Perhaps also Olivi is reflecting a personal interest and understanding of the legal thought of his age; an interest which is also seen in his work for the papal commission which produced the bull *Exiit qui seminat,* in the juridical tone of his *Rule Commentary,* and in the modes of argumentation used throughout his *Questions on Evangelical Perfection* (which includes both his defense of Celestine V's abdication and his question on papal infallibility) (90). The often unacknowledged legal sources and principles present in many of Olivi's writings need to be examined more closely by scholars (91); a key to the discovery of a unifying element in Olivi's thought (if one does indeed exist) might very well lie within

---

(90) For Olivi's roll in the drafting of *Exiit,* the papal bull defining evangelical poverty in legal terms, see M. LAMBERT, *Franciscan Poverty,* London, 1961, pp. 141-48, 151-52; and B. TIERNEY, *Origins of Papal Infallibility, 1150-1250,* Leiden, 1972, p. 97. Tierney also points to Olivi's understanding and appropriation of legal principles from Roman and canon law in his writings on papal infallibility and defense of Celestine V's abdication (cf. *Origins,* pp. 99, n. 3, 113-14). For the Franciscan rule as law and the juridical character of the *Question on Evangelical Poverty,* cf. FLOOD, *Rule Commentary,* esp. pp. 81-86, 90-92. See also F. DELORME, « Question de P. J. Olivi ' quid ponat ius vel dominium ' ou encore ' de signis voluntariis ' », *Antonianum* 20 (1945), 309-30.

(91) Olivi's use of legal principles in these treatises should also be noted. In addition to those juridical categories already discussed, cf. his distinction between precept and permission of law (*ed. cit.,* n. 1, p. 76) echoing the civilian lawyers' distinction between *mandata, prohibitiones,* and *demonstrationes,* as defined by Rufinus (cf. G. TARELLO, « Profili giuridici della questione della povertà nel Francescanesimo prima di Ockham », in *Scritti in Memoria di Antonino Falchi,* Milan, 1964, pp. 369-71); his use of « res perditur domino », a variant of the legal maxim « res periit domino » in his discussion of risk-bearing as a legal criterion of ownership (*ed. cit.,* n. 1, p. 82); his invocation of « jus ad invicem contrahendi » (cf. *Digest* 4, 4, 16, 4) in his discussion of the legally binding character of contracts even when the content of the contract is immoral (*ed. cit.,* n. 1, p. 92). Cf. also *ed. cit.,* n. 1, pp. 93, 95-96, 98-99, 100, 101, for evidence of Olivi's understanding of civil law procedure. On the increasing infiltration of law into penitential theology from the late-thirteenth century onward, see the many works of P. MICHAUD-QUANTIN, esp. *Sommes de casuistique et manuels de confession au moyen-âge,* Louvain, 1962.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

his appropriation and use of legal categories and principles within a wide range of theological, and even philosophical, discussions.

5. *Metacritique: Restitution.*

The canon law corollary to the usury prohibition is the doctrine of restitution: ill-gotten gains must be restored to their proper owner before a person can receive absolution. Thus, after his treatment of unjust gain in commercial contracts, Olivi turned to the issue of its restitution. At this juncture we would like to make a few brief comments about the content of Olivi's treatise on restitution, especially since Todeschini, as well as other scholars, have paid less attention to it than to his treatises on buying and selling and usurious contracts. Although transmitted after Olivi's treatise on usury, his treatise on restitution is not simply a discussion of the restitution of usuries, as is the case with the works of Giles of Lessines and Alexander Lombard. In his own words, Olivi was taking the opportunity to discuss briefly restitution in general (92).

As historians such as Mundy, Nelson, and Schnapper have made clear, restitution was a social and political issue as well as an economic and moral one, because it was through the secular and ecclesiastical sanctions governing restitution that the prohibition of usury and unjust profits, as well as the regulation of almsgiving and charitable bequests, were effected in practice (93).

---

(92) « Post hoc igitur de restitutionibus usurarum aliquid breviter edisseramus, et occasione huius de restitutionibus generaliter aliquid pertangamus » (*ed. cit.*, n. 1, p. 88). Note also how this broadening of the discussion indicates Olivi's interest in treating various aspects of commercial activity; a concern shown also by the transmission of his treatise on buying and selling along with his treatises on usury and restitution.

(93) MUNDY, *Europe*, pp. 181-83; B. NELSON, « Blancardo (the Jew?) of Genoa and the Restitution of Usury in Medieval Italy », in *Studi in onore di G. Luzzatto*, vol. 1, pp. 98-116; B. SCHNAPPER, « La repression de l'usure et l'évolution économique », *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis* 37 (1969), 53-57; BALDWIN, « The Medieval Merchant Before the Bar of Canon Law », *Papers of the Michigan Academy of Science, Arts, and Letters* 44 (1959), 287-99. See also K. REYERSON, « Les opérations de credit dans la coutume et dans la vie des affaires à Montpel-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In short, restitution both entailed and effected the actual payment or transference of real goods and money (94). Church doctrines that sins were not remitted until restitution was made and that priests controlled the exaction and distribution of *incerta* restitutions (95) (*i.e.*, money and goods given to a church on behalf of the injured parties or to support the poor whenever the injured parties could not be determined with certainty), allowed churchmen to extend their jurisdiction into such areas as the validation of wills and testaments. They also raised further issues such as the potential of « moral usury » (96) among clergymen who might be tempted to accept tainted goods as donations or to pronounce in favor of the payment of *incerta* over *certa* restitutions, thereby diverting restitution payments into their own church treasuries. The church's doctrine of restitution also touched broader political issues when both ecclesiastical and secular authorities claimed the right to distribute *incerta* restitutions or to claim the property of unrepentent usurers (97). Political tensions were present, as well, wherever secular authorities legislated to regulate or protect usurers and wherever communal governments were controlled by members of those classes most directly affected by the sanctions governing restitution. With these broader issues implicit in any general discussion of restitution, it is indeed unfortunate that Olivi chose to treat restitution only briefly (*breviter*).

---

lier au moyen âge: le problème de l'usure », in *Atti del Convegno di Varenna (1979)*, Giuffrè, 1980, pp. 189-209.

(94) For a discussion of usurers compelled to make restitution cf. M. MOLLAT, « Usure et hérésie: les ' Cahorsins ' chez eux », in *Studi in memoria di Federigo Melis*, Naples, 1978, v. 1, pp. 269-78.

(95) *Grat.*, C. 14, q. 6, c. 1; *Grat.*, C. 14, q. 5, c. 14; See K. WEINZIERL, *Die Restitutionslehre*, pp. 66, 88-102, for the development of this latter doctrine. Cf. also *Grat.*, C. 14, q. 5, c. 3, 4.

(96) The phrase is Mundy's (cf. Europe, p. 182).

(97) Cf. B. SCHNAPPER, « La repression, pp. 60-71; and MCLAUGHLIN, « Teachings », *Mediaeval Studies*, 2 (1940), 6-8. See also R. C. TREXLER, « Death and Testament in the Episcopal Constitutions of Florence, 1327 », in *Renaissance Studies in Honor of Hans Baron*, Florence, 1971, pp. 29-74; F. LECLERE, « Recherches sur la charité des bourgeois envers les pauvres au XIVe siècle à Douai », *Revue du Nord*, 48 (1966), pp. 139-154.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Olivi neither explained why restitution is to be made nor defined the categories of restitution (such as *certa* and *incerta*, *pro anima*, *pro subventione pauperum*) which arise in his discussion. Passing comments, however, make it clear that standard teaching on these questions must be assumed ([98]). He admitted that laws governing restitution vary from region to region thereby limiting the practical application of certain theologically valid principles ([99]), but he never sought to impose a universal, divinely ordained set of rules to regulate restitution in all cases. His use of a clear distinction between what can be judged in the confessional and what can be judged in courts of law marks this text as a set of guidelines and general principles to be followed by practicing confessors, not as a theoretical or legal treatment of restitution. The analytical framework of this treatise, organized around the four general topics of restitution, namely what and how much is to be restored, who is to make restitution, to whom restitution is to be made, and the proper time, place, and manner of restitution, is deceptive. In the enumeration of the rules which are operative in each category, Olivi presented examples or raised issues which were not directly related to the question at hand. As in his treatise on usurious contracts, there is a marked unevenness of treatment from rule to rule or case to case. Many of the cases presented are part of the traditional treatment of restitution which dated back to twelfth-century penitential *summae*. In these instances Olivi did nothing other than transmit the traditional teaching on the issue; similar treatments of these questions can be found in the treatises of Giles and Alexander. Yet, in other places, Olivi debated questions in terms other than those of his contemporaries.

We have already seen how Olivi applied arguments based on *interesse*, *capitale*, *lucrum cessans* and risk to his discussion of goods taken by force ([100]). In addition, in the twelfthand early thirteenth centuries, theologians commonly held that in

---

([98]) The most comprehensive treatment of teaching on restitution by medieval canonists and theologians is WEINZIERL's *Restitutionslehre*.

([99]) Cf. *ed. cit.*, n. 1, p. 92, 100.

([100]) See above pp. 273 ff.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cases in which ill-gotten gains had been invested for further profits, these subsequent profits also had to be restored. By the second half of the thirteenth century, leading opinion on the question had changed (101). Olivi followed those writers who held that such « root and branch restitution », as it was called, was unnecessary; where he differed from others was in his arguments against it. An argument used by both Giles of Lessines and Alexander Lombard is that since money, the usurer's gain, produces no offspring, if restitution were demanded of a usurer's subsequent profits it would be only the usurer's own labor and industry that would be restored. As is to be expected, Olivi did not use this argument. Instead, he contended that, since the right to money exacted in usury was not lost by the borrower, it he were to gain from restitution of the sum originally extracted plus subsequent profits made by the usurer, he would be profiting on money for which he had borne no risk when it was being invested. Such a gain, in reality the price of the usurer's own industry, would itself be usurious (102). Another argument he put forth is that since a thief is held to make restitution not only of the goods he stole, but also to pay compensation for damages and lost probable gain of the owner (*interesse damni et probabilis lucri*), this should be sufficient compensation for the victim. It would be « beyond equity » if he were to receive still more (*i.e.*, the profits made by the thief on the

(101) This practice is called « root and branch restitution » because supporters of it argued on the basis of the axiom that anything produced from an evil root is also corrupt; cf. NELSON, « Blandardo (The Jew?) », p. 109. For Olivi's refutation of this argument, cf. *ed. cit.*, n. 1, p. 93. Robert of Courçon wrote his *Summa* between 1204-08; for the sections on usury see *Le traité « De Usura » de Robert de Courçon*, ed. by C. LEFÈVRE, Lille, 1902, pp. 44-47. William of Auxerre wrote his *Summa Aurea* ca. 1220; cf. NOONAN, *Scholastic Analysis*, pp. 110-112. For Thomas, see *Quodlibet* III, q. 3, art. 109; for Giles, see *ed. cit.*, n. 31, c. 20; for Alexander, see *ed. cit.*, n. 32, pp. 190-93.

(102) « Cum enim illi ius pecunie sibi furate vel per usuras extorte sit semper de iure inamissible et indemne et currat ad periculum furis vel usurarii mercantis ex ea, tunc totum lucrum ex tali capitali inamissibili procedens proveniret modo usurario ei cui fuit sublata; cum etiam pecunia illa non lucretur nisi per mercantis industriam et actum in quibus nihil iuris habet ille cui pecunia fuit extorta, patet quod modo usurario consequeretur lucrum illud ex ea » (*ed. cit.*, n. 1, p. 92).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stolen goods). As an interesting corollary to this question, Olivi stated that if a thief improves the goods he stole, the victim should compensate him for his expenses when the goods are restored, although this is not required by civil law (p. 93).

Olivi went on to declare that the right to money exacted by a usurer is not lost by the borrower who pays usuries. This statement raises the question of whether ownership of goods is transferred to the usurer in payments of usuries, a much debated question in the thirteenth century. Civilian and canon lawyers disagreed on the answer. The problem for canonists was that if ownership were transferred, usurers could not be forced to make restitution, since they would legally own their usurious gains ([103]). Olivi, unlike Giles and Alexander, never addressed this question directly in his treatise. From the above discussion it appears that ownership is not transferred, especially since Olivi equated usuries with stolen goods. Elsewhere, however, when discussing the question of whether goods subsequently received from a known usurer were to be restored to him or to the person from whom the usurer had first exacted them, Olivi appears to treat usuries in a category distinct from that of stolen goods ([104]). He argued that if the person were to restore the goods to the original owner and not to the usurer from whom he received them, he should be punished as a thief. It would thus appear that Olivi did recognize that, according to civil law, ownership is transferred in usuries, although he added that if such is not the law in a given place, the usuries are to be restored to the original owner. Unfortunately, Olivi did not state precisely who he thinks is the true owner of usurious gains.

Some of Olivi's more interesting comments about the actual practice of restitution are found in his discussion of who is held to make restitution, when he asks whether goods *male accepta* or *per peccatum ablata* are to be restored according to the mandates of priests or confessors ([105]). Here, Olivi ennunciated the

([103]) Cf. HAMELIN, *Un traité*, pp. 103-07.

([104]) « Secus vero est in fure vel raptore vel consimilibus, qui nullo iure titulum veri dominii consequuntur in rebus (*Ed*: consequuturus rebus) » (B, fol. 312v; *ed. cit.*, n. 1, p. 100).

([105]) Cf. *ed. cit.*, n. 1, pp. 96-97.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

doctrine that such wrongdoers must not only restore goods unjustly obtained but must also make satisfaction for their sins. If the wrongdoer voluntarily makes restitution, he must still make satisfaction as mandated by his confessor. In this case, however, satisfaction cannot be exacted as a monetary penance equivalent to the price of goods already restored voluntarily. If the wrongdoings of a person are manifest and publicly known, a priest can compel him to make restitution of *certa* and *incerta* ([106]), although Olivi never explained why this is so or what constitutes manifest wrongdoing.

Olivi next raised the question of *incerta* restitutions which are made on behalf of now unknown injured parties and turned over to the Christian church or distributed to the poor. As priests are not only the rectors of the church but are also fathers of the poor, he proposed that *incerta* are to be restored according to their mandate. This proposition is founded not on divine law, but rather on the custom of popes and bishops, and it has now become a precept of positive law ([107]). Olivi reasoned that since kings or communal governments can claim *incerta* restitutions for their own use, it could not be a precept of divine law that *incerta* restitutions can be received only by priests ([108]).

Here, as in the case of goods owed to usurers or in his discussion of forced loans in the treatise on usury, Olivi seemed cognizant of the pertinent civil laws and did not attempt to interfere with them on theological grounds. The lay world and the world of Franciscan friars operated according to their own laws which must be obeyed by their respective members. Yet, there existed

---

([106]) « Potest etiam prelatus cogere sic restituentem, ut certificet eum debita restitutione certorum et incertorum per eum facta, si forte facta (*Ed*: forefacta) eius erant publice nota » (B, fol. 311v; *ed. cit.*, n. 1, p. 98).

([107]) « ... licet hoc sit congruum, quando de pia et provide dispensatione prelati presumitur, aut est rationabiliter presumendum, non tamen est de precepto divino quamvis hodie ex communi consuetudine pape et episcoporum (*Ed*: consuetudini pape, et episcoporum), videatur esse iuris positivi preceptum sive statutum. Unde nullus communiter intromittit se de incertis absque commissione ipsorum » (*ed. cit.*, n. 1, p. 97).

([108]) « Tum quia rex vel communitas aliqua posset de communi consensu populi statuere quod huiusmodi incerta essent regis vel communitatis quod utique non possent, si iure divini precepti essent sacerdotis » (*ed. cit.*, n. 1, p. 97).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a universal code of moral behavior shared by all true Christians which had to be obeyed by all individuals, regardless of ecclesiastical status, who hoped to attain eternal salvation. It is this code, centred on the individual's intentions, that Olivi was trying to clarify in these texts, thereby prodding lay Christians, under the guidance of their (Franciscan) confessors, to live proper moral lives, and so to prepare themselves for the coming final judgment.

At the same time, Olivi recognized that the intentions of priests and confessors could also be corrupt. He concluded that if a person making restitution fears that the goods he intends to restore through a priest will be kept by the priest, he can be present at their distribution to the poor. Olivi also concluded that if alms are given to the poor through charitable foundations, they cannot be kept *in toto* by the foundation's administrators, although a reasonable amount may be retained to support their labors on behalf of the poor ([109]).

Finally, in his treatment of how impossibility or incapacity overrides the law of restitution, Olivi presented as an example the case of a mother whose child of adultery has been raised and granted inheritance rights by her husband ([110]). If the mother were to reveal the truth, she would be exposing herself and her husband to grave scandal while placing herself and her child in danger of death. Besides, even if she wanted to reveal the truth, only her word could prove the child's illegitimacy, but her word could not be accepted in court. She is not obligated to reveal the truth and the child is exempted from the need to restore its inheritance. Fear of scandal and danger of death are also factors which allow restitution to be made *sub specie doni* ([111]). This type of restitution was often deemed insufficient and even dangerous since it fostered the further sin of *restitutio distributiva*, or deceptive restitution. The donors could appease their consciences or even enhance their own reputations by making pious donations, but would not be making adequate satisfaction for

([109]) Cf. *ed. cit.*, n. 1, p. 98.
([110]) Cf. *ed. cit.*, n. 1, pp. 103-03.
([111]) Cf. *ed. cit.*, n. 1, p. 105.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

their sins ([112]). It is unfortunate that Olivi neither defined what constitutes scandal or danger of death nor discussed whether these conditions would vary according to a person's social status. In any event, these two cases (as well as that in which a person who out of extreme need accepts a loan at usury from a manifest usurer, and consequently is excused from the sin of usury, as discussed in the treatise on usury) ([113]) reveal Olivi's recognition of the natural law of necessity underlying all human law, both civil and ecclesiastical.

These few examples should give an indication of some of the important social issues of his time touched upon by Olivi in the course of his classroom lectures on restitution. Other specific cases not presented here, such as Olivi's discussion of whether a legally-empowered *dispensator* of another's goods can make restitution to himself, in what instances usurer's agents and notaries are held to make restitution, and the question of kings who accept bribes so that they will allow usurers to work in their territories or who compel usurers to remit debts they themselves had contracted ([114]), indicate the broader political and legal implications of the Church's doctrine of restitution. Now that a critical edition of Olivi's treatise is available, it is to be hoped that historians will investigate the broader social and political implications of Olivi's treatise.

In conclusion, Olivi's teaching do not present a comprehensive, systematic, or definitive treatment either of all the questions raised in the texts or of many related issues discussed by his contemporaries. Olivi's approach to the material through the presentation and elucidation of general principles not only distinguishes his texts as a set of guidelines to be applied by Franciscan confessors to specific cases as they would arise, but also sets it apart from other contemporary discussions of these topics which follow a case-by-case approach to the subject fashionable in legal

---

([112]) Cf. B. NELSON, « The Usurer and the Merchant Prince: Italian Businessmen and the Ecclesiastical Law of Restitution », *Journal of Economic History* 7, supp. (1947), 112-16; B. SCHNAPPER, « La repression », pp. 57,61.

([113]) Cf. *ed. cit.*, n. 1, pp. 76-77.

([114]) Cf. *ed. cit.*, n. 1, pp. 95-96, 98-99, 105.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

commentaries. In his treatment of specific cases, Olivi most often reaches conclusions both similar to those sanctioned by canonical and theological tradition and concurred with by his contemporaries. And yet his mode of argumentation in certain instances is indeed singular and novel. It is in these sometimes singular and novel modes of argumentation that Olivi reveals the originality of his metacritique, in which a common conceptual vocabulary and the uses to which they are put are scrutinized in an effort to supercede them.

This effort characterized his theological and speculative works, follow a case-by-case approach to the subject fashionable in legal often arousing suspicions and negative reactions. In his assumptions about governments' right to compensate its lenders and about the necessity of ecclesiastical law to yield to civil law in certain applications of the church's restitution doctrine, Olivi would be contradicted by the Franciscan Alexander Lombard in the early years of the fourteenth century. In his incisive statements about *capitale* and *lucrum cessans*, Olivi had precursors, but significantly no immediate successors. When Bernardino and Antonino eventually cited his formulations, they modified the context or qualified still further their application. For a full appreciation of Olivi's treatises as metacritique they must be read in the context of the broader theological and canonical discussions of usury and restitution current in the late thirteenth and early fourteenth centuries.

The juridical tone of Olivi's treatises, as well as his unacknowledged appropriation of legal doctrines and principles, must be explored further, in the hope of reaching a deeper understanding of Olivi's thought. Olivi, the spokesman for a strict interpretation of the rule which governed the lives of the world's ecclesiastical and spiritual elite, would have certainly appreciated the significance of legal guidelines in regulating the moral lives of those who, while not called to the highest way of life on earth, were nonetheless enjoined to strive for salvation in the next. His treatises on buying and selling, usurious contracts and restitution did, indeed, set forth such guidelines; and they provide examples of how these guidelines were to be applied in everyday life by a Franciscan elite who would be sent into the world as

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

spiritual leaders of society. Only when both the precise relationship of Olivi's teachings to those of contemporary theologians and canon lawyers, and the relationship of his teachings to the activity of preachers and confessors have been mapped, will the historical significance and consequences of Olivi's treatises come into focus. Until then, Todeschini's concluding remark that « Olivi's work points to a transition in economics, in institutions and of programme, up to the point at which the late medieval European social system — seen culturally — arrived at solutions that took it definitely out of the orbit of mercantile society » (p. 47), must remain an unwarranted assertion.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

DANILO MARRARA

LA GIUSTIFICAZIONE DEL DIRITTO ROMANO COMUNE IN ALCUNI AUTORI DELL'ETÀ MODERNA CON PARTICOLARE RIGUARDO AL SETTECENTO TOSCANO

1. Il problema oggetto della presente indagine è ben noto nei suoi termini generali. Molti studiosi hanno infatti affermato che, nell'Italia dell'età moderna (dall'emergere dell'assetto politico-istituzionale caratteristico degli Stati del '500 all'entrata in vigore delle codificazioni del secolo scorso), il diritto romano comune, ormai disancorato dall'autorità imperiale, che ne aveva fino ad allora giustificato l'esistenza, venne a trovare una nuova legittimazione nel fatto di essere accolto dai singoli ordinamenti per effetto del consenso popolare e della volontà dei sovrani: è la tesi, poi divenuta pressoché tralatizia, sostenuta in un saggio, apparso nel 1935, di Giuseppe Ermini [1]. Successivamente, men-

---

[1] *Ius commune e utrumque ius*, in *Acta Congressus Iuridici Internationalis*, Romae, apud Pont. Institutum Utriusque Iuris, 1935-1937, II, pp. 505-535 (adesso in G. ERMINI, *Scritti di diritto comune*, a cura di D. SEGOLONI, Padova, Cedam, 1976-1980, I, pp. 5-40): « Decaduto infatti l'impero di cui il diritto romano comune era l'espressione, era venuta a mancare altresì al diritto imperiale e di Roma nelle città e nei principati resisi ormai indipendenti la base per la sua esistenza, e se la si volle trovare la si dovette cercare soltanto nella volontà dei principi e nell'uso dei popoli, che, mantenendo quel diritto in vigore nei limiti in cui lo credettero opportuno, lo fecero diritto proprio [...]. La situazione in tal modo veniva a prospettarsi affatto invertita da quella che era stata nei secoli XIII e XIV: per conferire veste di legalità alle norme statutarie e particolari la dottrina si era affannata allora a ricercare il fondamento dello *ius statuendi* nel diritto romano, ora invece era al diritto romano che necessitava l'accettazione sia pur presunta da parte dei principi e delle città indipendenti per convalidare la sua esistenza! » (*Ibidem*, pp. 516-518).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tre questi ritornava più volte sull'argomento, affinando la definizione del diritto comune come « diritto principesco per recezione » (2), concetti abbastanza simili venivano espressi sia da Carlo Calisse (3) che da Francesco Calasso, il quale ebbe a parlare di un « periodo del diritto comune particolare » delle varie entità statuali (4); e più di recente, fra gli altri, anche da Vincenzo Piano Mortari (5) e da Adriano Cavanna (6).

In uno scritto dedicato ai tentativi di codificazione compiuti in Toscana sotto la Reggenza lorenese, a noi parve invece di scorgere, attraverso il pensiero di alcuni giuristi italiani dei secoli XVII e XVIII, una realtà molto più complessa e contraddittoria di quella fin qui ipotizzata (7). Non ci sembra perciò che rechi un contributo al progresso delle conoscenze storico-giuridiche né il riformulare in modo univoco e assiomatico quella vecchia teoria né il respingerla in maniera parimenti univoca, come ha fatto, ad esempio, Guido Astuti, sulla base del generico rilievo che « la identificazione del diritto con la legge statuale [...] è estranea all'età moderna non meno che al medioevo » e che soltanto dopo

---

(2) *Corso di diritto comune*, I. *Genesi ed evoluzione storica. Elementi costitutivi. Fonti*, Milano, Giuffrè, 1962[3] (adesso in G. ERMINI, *Scritti di diritto comune*, citt., II, pp. 3-271), pp. 38-55; *Diritto romano comune e diritti particolari nelle terre della Chiesa*, in *Ius Romanum Medii Aevi*, pars V, 2 c, Mediolani, typis Giuffrè, 1975 (adesso in G. ERMINI, *Scritti di diritto comune*, citt., I, pp. 129-208), pp. 11-17.

(3) *Il diritto comune con riguardo speciale agli Stati della Chiesa*, in *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta*, Milano, Giuffrè, 1939, II, pp. 417-433: pp. 421-422.

(4) *Il problema storico del diritto comune*, in *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta*, citt., II, pp. 461-513 (adesso in F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1951, pp. 77-136), pp. 499-504.

(5) *Tentativi di codificazione nel Granducato di Toscana nel sec. XVIII*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, LIX-LX (1952-1953), pp. 285-387: pp. 294, 310, 336.

(6) *Storia del diritto moderno in Europa*, I. *Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 70-74.

(7) *Diritto patrio e diritto comune nei progetti toscani di codificazione dell'età della Reggenza*, in *Bollettino Storico Pisano*, XLIII (1974), pp. 139-222: *passim*. Cfr. poi anche K. LUIG, *Der Geltungsgrund des römischen Rechts im 18. Jahrhundert in Italien, Frankreich und Deutschland*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa* (*Atti del III Congresso Internazionale della Società Italiana di storia del diritto*), Firenze, Olschki, 1977, II, pp. 819-845.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la Rivoluzione Francese si giungerà ad « abrogare il tradizionale sistema pluralistico delle fonti del diritto » (8). Riteniamo quindi non inutile riprendere ancora, *ex professo*, l'esame della questione (9).

2. Gli autori che, dall'Ermini in poi, hanno enucleato i punti di vista di cui si è fatto cenno fondano le proprie argomentazioni su alcuni passi del celebre giureconsulto secentesco Giovan Battista De Luca (10). Questi scrive, e ribadisce in numerosi luoghi, infatti, che le « leggi civili dei Romani » ripetono il loro valore di diritto positivo non già dall'« autorità imperiale », che ne era stata l'originaria matrice, ma dal « consenso » e dall'« uso dei popoli » e dalla « permissione dei principi » (11); anzi, conclude,

> « [...] le medesime leggi civili de' Romani, le quali diciamo comuni [...] in effetto si devono dire leggi particolari di qual-

(8) *Il contributo di Giuseppe Ermini agli studi di diritto comune*, in *Il diritto comune e la tradizione giuridica europea* (*Atti del Convegno di studi in onore di Giuseppe Ermini*), Perugia, Libreria Universitaria, 1980, pp. 3-23: pp. 17-21.

(9) Nel prosieguo del presente lavoro rinunceremo quasi sempre alla citazione della letteratura secondaria, ritenendo più utile offrire, tanto nel testo quanto nell'apparato delle note, una lettura diretta, la più ampia possibile, delle fonti ai nostri fini più significative.

(10) Si tratta di passi desunti dalle sue opere maggiori, e cioè dal *Theatrum veritatis et justitiae* (che qui citiamo dall'ediz. Neapoli, ex typogr. L. Laurentii, 1758) e da *Il Dottor Volgare*, Roma, G. Corvo, 1673.

(11) *Il Dottor Volgare*, proemio, cap. IV, 12-13, pp. 63-64; proemio, cap. IV, 19, pp. 68-69; proemio, cap. VII, 9, p. 96. *Theatrum*, lib. II, *De regalibus*, disc. CLXI, 26-27, pp. 270-271 (« [...] leges Romanorum [...] in quolibet Principatu, in quo receptae sint, ac serventur, habent vim legum, non ex auctoritate Justiniani, sed ex implicita, vel explicita ordinatione illius Principis, et ex usu Populorum »); lib. X, *De fideicommissis*, disc. CCXVII, 5, p. 420 (« [...] cum dictarum legum auctoritas, ex usu, vel consuetudine potius, quam ex necessaria auctoritate Legislatoris derivet »); lib. XI, pars II, *De successionibus*, disc. LIII, 7, p. 196 (« Nos non habemus usum legum civilium Digestorum, Codicis, et Authenticorum juxta compilationem Justiniani ex necessaria auctoritate Legislatoris; sed ex voluntaria receptione, ac usu populorum, sive ex permissione Principum »); lib. XV, pars I, *De judiciis*, disc. XXXV, 20, p. 111 (« Istae leges Romanorum in singulis respective principatibus, vel dominiis independentibus habent vim legum, non ex auctoritate earum legislatoris, sed potius ex illa ipsius Principis, vel Domini localis, vel ex illa ipsius Reipublicae, quatenus illas servare placeat »), ecc.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sivoglia principato indipendente, atteso che la loro necessaria osservanza non nasce da una sola podestà del legislatore, il quale sia a tutti comune, conforme era in tempo dell'antico Romano Imperio, ma nasce dalla podestà diversa d'ogni Principe, il quale le ha volute ricevere, e si contenta che s'osservino nel suo principato, con le moderazioni, che gli piacciono » (12).

In queste enunciazioni, però, il cardinale venosino rinvia costantemente alla « storia legale » delineata in altre pagine delle stesse opere. E son proprio tali pagine, oggi spesso trascurate dagli studiosi, a gettar luce sul significato e sulla dimensione storica della sua analisi interpretativa:

« Ma perché in quei tempi, queste parti occidentali d'Europa, particolarmente la nostra Italia, havevano già patite tante incursioni, de' Goti, de' Vandali, e di altre barbare nazioni, perloché il dominio dell'Imperio Romano era quasi annientato [...] per la nuova invasione de' Longobardi [...] nacque che, o le dette leggi non furono introdotte, né ricevute in queste parti, o se pure in quel principio furono ricevute, non dimeno fra breve tempo, da' Longobardi, e da altre barbare nazioni proibite, in maniera che furono sepolte sotto una total oblivione per lo spazio di sei secoli, dentro i quali, essendo l'Italia affatto inselvatichita sotto tante incursioni, e dominij de' barbari [...] si vivea con leggi particolari, tanto sciocche, e grossolane, quanto provano quelle de' Longobardi, le quali per esser le primarie, e le megliori, sono impresse nel quinto volume del corpo civile; e tuttavia di comune consenso degli scrittori, vengono stimate, e chiamate asinine, come di fatto la loro lettura, et ordine le comprova. Havendo dunque portato il caso, che per la sorpresa fatta dall'Armata de' Pisani della Città d'Amalfi loro nemica, per l'emulazione contratta nella navigazione d'oriente, vi si fosse ritrovato detto corpo delle leggi civili, probabilmente portatevi in occasione di detta navigazione; e che per il medesimo caso passasse in dominio de' Fiorentini, e che, o da questo medesimo originale, secondo un'opinione, o pure da un altro doppo qualche tempo, nel medesimo secolo si dessero alla luce da Irnerio [...] quindi è che furono queste leggi cominciate a publicare, et essendosi viste molto eleganti, e ben ordinate, ne seguì, che i popoli con il consenso, et approvazione de' loro Principi, cominciando a conoscere l'asinina qualità delle leggi, con le quali vivevano, disprezzate queste, cominciarono ad abbracciare le sudette antiche, così casualmente restituite al Mondo,

(12) *Il Dottor Volgare*, proemio, cap. IV, 20, p. 69.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

> le quali a poco a poco, secondo la qualità de' paesi, diventarono comuni, così in Italia, come in altre parti dell'Europa [...]. E benché alcuni attribuiscano l'osservanza di dette leggi casualmente ritrovate ad alcuni editti di Lotario Imperatore d'occidente [...] nondimeno ciò può verificarsi nella Germania, et in quelle parti d'Italia, che all'ora erano sotto il suo dominio, ma non già in quei principati, li quali per niente riconoscano l'Imperatore, come particolarmente sono in Italia lo Stato temporale della Chiesa, e li Regni di Napoli, e di Sicilia [...] » (13).

Il processo storico prospettato appare quindi imputabile, in realtà, ancor prima che allo sviluppo degli Stati moderni, al modo in cui, nel medioevo, le leggi antiche sarebbero risorte, come per un miracolo, dalle loro ceneri, in un'epoca che aveva già visto infrangersi le pretese di autorità universale dispiegate dal Sacro Romano Impero.

La credenza della « totale oblivione » della normativa giustinianea fin quasi alla metà del XII secolo e le leggende fiorite intorno al sacco di Amalfi ad opera dei Pisani si pongono alla base del pensiero del De Luca: il volontario accoglimento del « corpo delle leggi civili » da parte dei popoli e dei loro principi avvenne, senza dubbio, nelle terre che al tempo della sua riscoperta si erano già sottratte alla potestà imperiale; in quelle che vi restavano tuttora soggette poté invece accadere che il medesimo riacquistasse il suo vigore in conseguenza di un provvedimento cesareo (il favoloso editto di Lotario II, la cui autenticità è peraltro presentata in forma ipotetica) (14).

---

(13) *Ibidem*, proemio, cap. II, 10-14, pp. 40-44. Un'analoga esposizione si trova nel *Theatrum*, lib. IV, pars I, *De servitutibus*, disc. I, 11-12, p. 3; e cfr. anche il lib. I, *De feudis*, disc. II, 4, p. 11, e disc. XXXVI, 11, p. 101.

(14) Le « leges Romanorum », in conclusione, non traggono in alcun caso la loro obbligatorietà « ex auctoritate Justiniani », in quanto anche chi attribuisce la loro *vim legum* « auctoritati Imperiali » fa riferimento « non quidem illi Justiniani Imperatoris Constantinopolitani, qui dictas leges compilavit in praedicta, quam habemus forma, easque ubique servari mandavit, sed alterius Imperatoris Germaniae nempe Lotharii » (*Theatrum*, lib. II, *De regalibus*, loc. cit.). Ma nel Regno di Napoli, ad esempio, questo « edictum Lotharii Imperatoris super earundem legum observantia », « quicquid sit de ejus veritate », « nullam vim habuit, cum receptum sit illius Regni Regem in nihilo recognoscere Imperatorem »

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

3. La tesi del De Luca era dunque alimentata da un patrimonio di conoscenze storiche largamente diffuso nel XVII secolo, così come altre soluzioni del problema, dissimili da quelle da lui offerte, si sarebbero poi venute a sostanziare dei nuovi e diversi apporti della storiografia più recente. I tre presupposti su cui egli fondava il suo ragionamento erano condivisi, in effetti, dalla maggior parte dei giuristi del '500 e del '600, e non soltanto italiani, ma anche francesi, tedeschi, inglesi: ricordiamo, fra i nomi a questo riguardo più noti e più significativi, quelli di Guido Panciroli, di François Baudouin, di Valentin Forster, di John Selden, di Arthur Duck, di Jacques Godefroy ([15]).

Essi ritengono innanzitutto che, subito dopo la morte di Giustiniano, l'uso, ed anzi la stessa memoria, della sua opera fossero scomparsi dalla penisola, e specialmente dalle regioni occupate dai Longobardi, o perché i conquistatori avevano imposto a tutti l'osservanza del loro proprio diritto, o perché il diritto romano, di cui i vinti potevano continuare a servirsi in virtù del principio della personalità della legge, era quello teodosiano (attinto, si precisa talvolta, dai Codici *Gregorianus*, *Hermogenianus* e *Theo-*

(*ibidem*, lib. IV, pars I, *De servitutibus*, loc. cit.). Negli Stati che, alla stessa stregua di quello napoletano, erano indipendenti dall'Impero, l'osservanza delle « leges civiles » non potè nascere da altro che dalla loro « voluntaria receptio », « post recentem casualem earumdem legum inventionem, postquam per septem circiter saecula in omnimodae ignorantiae, ac oblivionis sepulchro steterant, et postquam ob omnimodam rerum, ac morum immutationem, atque antiqui Romani Imperii destructionem longe diversimode vivebatur » (*ibidem*, lib. XI, pars II, *De successionibus*, loc. cit.).

([15]) G. PANCIROLI, *De claris legum interpretibus libri quatuor*, Lipsiae, apud J. F. Gleditschii filium, 1721, lib. II, cap. III, p. 80, e cap. XIII, pp. 96-97; F. BAUDOUIN (Balduino), *Iustiniani Sacratissimi Principis Institutionum, seu Elementorum Iuris libri quatuor*, Parisiis, apud I. L. Tiletanum, 1546, *prolegomena*; V. FORSTER, *De Historia Iuris Civilis Romani libri tres*, Aurelianae Allobrogum, excud. I. Arnoldus, 1609, lib. III, capp. V-VI, pp. 468-470; J. SELDEN, *Dissertatio ad Fletam*, cap. VI, 1-2, in *Opera omnia tam edita quam inedita*, Londini, typis G. Bowyer - S. Palmer - T. Wood, 1726, II, tom. II, coll. 1071-1075; A. DUCK, *De usu et authoritate Juris Civilis Romanorum, per dominia Principum Christianorum*, Londini, impensis T. Dring, 1689, lib. I, cap. V, 1 e 11-14, pp. 55 e 63-67; J. GODEFROY (Gothofredo), *Historia, seu progressus Juris Civilis Romani*, cap. IX, in *Manuale juris, seu parva juris mysteria*, Lipsiae, apud F. Grasset, 1758, pp. 43-47.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dosianus, dall'*Epitome Gai*, dalle *Pauli receptae sententiae* e dai *Tituli ex corpore Ulpiani*).

Affermano inoltre che i *libri legales*, a lungo negletti, erano improvvisamente ritornati alla luce sotto l'impero di Lotario II il Sassone (1125-1137). Alcuni, appellandosi ad una tradizione vetusta, già raccolta da Odofredo, indicano in Ravenna il luogo del loro reperimento. Ma i più si affidano all'autorità di Francesco Torelli, il quale, nel pubblicare insieme col padre Lelio il testo della *Littera Florentina* del Digesto, aveva scritto, nella dedicatoria a Cosimo I de' Medici, che quell'« antiquum volumen », trasferito a Firenze da Pisa, era stato ritrovato dai Pisani ad Amalfi, durante una spedizione navale compiuta in aiuto di Lotario contro Ruggero II di Sicilia; ed aveva aggiunto che il medesimo Imperatore lo aveva poi concesso in dono ai propri alleati, per ricompensarli del successo della loro impresa militare ([16]). Il contrasto viene in qualche caso appianato con l'asserire che da Amalfi proveniva il Digesto e da Ravenna la parte restante della compilazione giustinianea, e in particolare il Codice.

Riferiscono infine — sulla scorta soprattutto del *De Regno Italiae* di Carlo Sigonio ([17]) — come Lotario avesse disposto, con un apposito editto, o con due editti distinti, che le leggi fortunosamente recuperate, e riconosciute « pro legitimo Justiniani partu », dovessero essere sia applicate in via esclusiva nei tribunali sia esposte nelle scuole, abrogando la normativa barbarica.

Ne emerge una prima giustificazione della vigenza del diritto romano, giustificazione accettata — ripetiamo — pure dal De Luca nei confronti dei territori su cui sussisteva ancora la sovranità dell'autore di tale decreto.

Sin dagli inizi del '600 tutte queste opinioni incominciarono però ad essere sottoposte ad una serrata revisione critica, per merito prevalente di una parte della dottrina germanica.

([16]) La dedicatoria *Illustrissimo Optimoque Principi Cosmo Medici Florentinorum Duci* è in apertura del vol. I dei *Digestorum seu Pandectarum libri quinquaginta ex Florentinis Pandectis repraesentati*, Florentiae, in officina L. Torrentini, 1553.

([17]) *Historiarum de Regno Italiae libri viginti*, lib. XI, an. 1137, in *Opera omnia edita et inedita*, Mediolani, in Aedibus Palatinis, 1732-1737, II, coll. 678 e 682.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Già nel 1613, infatti, Friedrich Lindenbrog, nel discorso introduttivo del *Codex legum antiquarum*, polemizza con chi presta fede alle notizie, da lui giudicate generiche e prive di ogni supporto documentario, relative a quest'ultimo provvedimento imperiale ([18]).

Un trentennio più tardi, il trattato *De Origine Juris Germanici* (edito nel 1643) di Hermann Conring mette in evidenza: 1) che in Italia i Longobardi consentirono alla popolazione indigena di vivere con le sue leggi (« non tamen Italos indigenas coactos jus Longobardicum observare, sed relictos priscis legibus Romanis ») ([19]); 2) che, assai prima del regno di Lotario, le fonti del diritto romano, desunto in Francia dal Codice Teodosiano, qui consistevano invece principalmente nel Codice Giustinianeo e nelle Novelle ([20]); 3) quanto all'editto oppugnato dal Lindenbrog, e poi anche dal teologo Georg Callisen, che la *communis opinio* si ispira a tradizioni inconsistenti e fittizie, del tutto ignote ai documenti e agli scrittori coevi, e che le leggi longobarde continuarono ad essere impiegate ben oltre l'epoca in cui esso sarebbe stato promulgato, fornendo con ciò la prova più chiara della falsità della loro pretesa abolizione ([21]). È certamente vero — pro-

---

([18]) *Codex legum antiquarum*, Francofurti, apud I. et A. Marnios et consortes, 1613, *prolegomena*.

([19]) *De Origine Juris Germanici*, cap. XI, in *Opera*, Brunsvigae, sumtibus F. W. Meyeri, 1730, VI, pp. 106-108.

([20]) *Ibidem*, cap. XX, pp. 132-135 (« Et vero videtur illud [jus Romanum] in Gallia quidem ex codice Theodosiano aut ejus epitome [...] in Italia ex codice Justinianeo desumi solitum [...] Notandum porro, nihil ex pandectis adductum ea aetate legi, sed interdum ex codice: plerumque autem ex novellis. Unde colligere est, codicis et novellarum usum aliquem non vero pandectarum fuisse »). Nell'affermare che « de pandectis autem nihil reperio », l'autore ascrive però al canonista Ivone di Chartres la più antica citazione di questa parte ancora dell'opera giustinianea. Sulla conoscenza del Digesto da parte di Ivone avrebbero poi insistito altri scrittori, quali il francese Innocent Ciron, nel 1645, e l'inglese John Selden, nel 1647: I. CIRON, *Observationes iuris canonici in quinque libros digestae*, Tolosae, apud A. Colomerium, 1645, lib. V, cap. V, p. 78; J. SELDEN, *Dissertatio ad Fletam*, cit., cap. VI, 1, col. 1073. Il Ciron conclude anzi che non il solo « Ivo libros Pandectarum citat [...] et ipsas leges Romanas Iustiniani [...] sed et alij plerique qui floruerunt ante Lotharium et Wernerium », e che perciò « vix mihi persuadeam ius civile tandiu latuisse ».

([21]) *De Origine Juris Germanici*, capp. XXI-XXII, pp. 135-142.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

segue — che, col passar del tempo, si restrinse l'uso del diritto barbarico e si ampliò, al contrario, quello del diritto romano; ma il fenomeno non può essere interpretato altrimenti che come il frutto di uno spontaneo atteggiamento delle genti italiane, favorito e sorretto, tuttavia, da Federico I e da altri Imperatori germanici, i quali non mancarono di accordare ogni possibile sostegno al *Corpus Iuris*, sempre più apprezzato grazie agli insegnamenti di Irnerio e dei suoi discepoli:

> « Haec vero quum ita sese habeant, sane mirum non est, in Italia etiam receptas leges illas Romanas, etiamsi nulla Caesarum auctoritas accesserit [...]. Coeperunt illa jura iterum apud Italos reflorescere spontaneo populi studio, penes quem nempe arbitrium erat vel Langobardicas vel Romanas leges sectandi. Idque enata opinione, Romanum jus Langobardico et aequius et plenius et utilius esse: ad gloriam quoque pertinere, non amplius haerere in majorum institutis quasi rudioribus et multum barbaris, sed prisca Romana sectari. Non negaverim tamen, ad populi hoc studium paulatim etiam Caesarum curam accessisse [...]. Verum quomodo ille [Fridericus I] jura civilia provexerit, haud liquet: nec enim historiis ea de re quidquam est proditum, et unica tantum Caesaris hujus constitutio, quae nonnihil huc faciat, exstat, *de privilegiis* nempe *scholarium*. Non dubium tamen est, illius optima cum gratia Romanas illas leges invaluisse: quoniam et ipse ad antiquorum Caesarum potentiam ac jura adspirabat, et Romani juris doctores jam tum, quae in legibus illis de Caesaribus antiquis dicuntur eorumque potestate, sui temporis Caesaribus ibant attributum [...]. Adeoque illorum [Caesarum] intelligentiores quosque Romana haec jura prae aliis in foro observari maluisse, non est quod dubitemus » ([22]).

Veniva così a profilarsi (sia pure in modo ancora incerto ed equivoco, per l'importanza attribuita al favore imperiale) quell'idea del consenso popolare che tanta fortuna avrebbe incontrato nella dottrina italiana.

Le tesi del Conring furono poi riprese in una dissertazione (edita nel 1682) di Johann Georg von Kulpis ([23]) e quindi nelle

---

([22]) *Ibidem*, cap. XXIII, pp. 143-144.

([23]) *De Germanicarum Legum veterum, ac Romani Juris in Republica nostra origine, autoritateque praesenti dissertatio epistolica*, s.i.t., 13, p. 18, e 36, pp. 39-40.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Historiae Iuris di Burkhard Gotthelf Struve (1718) ([24]) e di Johann Salomo Brunquell (1727), aperta — quest'ultima —, però, anche al contributo delle osservazioni di altri recenti studiosi, quali l'italiano Donato Antonio d'Asti e l'olandese Hendrik Brenkman. Il Brunquell, acquisendo i risultati della storiografia giuridica più aggiornata, accentua infatti l'ambito dell'« auctoritas » che la compilazione giustinianea aveva conservato anteriormente al sorgere della scuola di Bologna, allegando che ci sono pervenute testimonianze sulla presenza pure del Digesto, la cui minore diffusione rispetto al Codice e alle Novelle sarebbe dovuta al fatto di non sanzionare quei privilegi della chiesa e del clero che alcune costituzioni avevano più tardi introdotto ([25]). Confuta di nuovo

([24]) *Historia Iuris Romani Iustinianei Graeci Germanici Canonici Feudalis Criminalis et Publici*, Ienae, apud Viduam Mayeri, 1718, cap. V, 6, p. 365 (« Exortis licet Legibus Langobardicis [...] superfuit tamen apud Romanos usus quidam Iuris Iustinianei. Videmus enim in Legibus Longobardicis saepius provocatum ad Leges Romanas »); 7, p. 366 (« Devictis autem licet per Carolum Magnum [...] Longobardis, mansit tamen apud Italos etiam sub Francis, Longobardici aeque atque Romani Iuris auctoritas, quam etiam Franci in terris suis paulatim conservarunt, ut subditis suis liberum relinquerent, lege etiam Romana vivere. Id quod sub Francicis Imperatoribus reliquum fuit, usque ad tempora Lotharii. Ita tamen, ut in Gallia, ubi iam iam desierat Imperii Romani Maiestas, potior usus esset Codicis Theodosiani. In Italia potior fuit Codicis quam Novellarum usus, Pandectarum usu fere abolito »); 10, p. 376 (« Vulgaris est opinio, Lotharium [...] publice in fora et Academias introduxisse Ius Iustinianeum, abrogatis Legibus Longobardicis, sed erronea, cum nullus Scriptorum rei tantum memoria dignae faciat mentionem »).

([25]) *Historia Iuris Romano-Germanici*, Francofurti et Lipsiae, typis et sumtibus R. E. Mölleri, 1742, pars III, membrum II, cap. I, 1-16, pp. 329-336: in particolare, 3, p. 330 (« Duravit post mortem Imperatoris Iustiniani iuris eius in Italia auctoritas »); 10, pp. 333-334 (« [...] sole meridiano clarius pateat, iam ante Lotharium Saxonem Imperatorem in Italia usum iuris Iustinianei [...] fuisse »); 12, p. 334 (« Sed quamvis negandum non sit, rariorem fuisse Pandectarum tum temporis usum; prorsus tamen illas incognitas fuisse [...] a vero alienum esse censeo »); 13, p. 334 (« Quod vero maior Codicis et Novellarum, quam Digestorum ea aetate fuerit auctoritas, haec videtur fuisse ratio, quod quamplurima in illis in favorem clericorum statuta reperiantur, quae frustra in Pandectarum libris quaeruntur »). L'assunto di Donato Antonio d'Asti è pertanto preferibile a quello di coloro che, come il De Luca, ritengono « aut nunquam leges Iustinianeas in Italia receptas, aut ob diversas dominationes abolitas fuisse » (*ibidem*, 9, p. 333).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la leggenda dell'editto di Lotario ([26]). Passa in rassegna le numerose questioni attinenti ai caratteri e alle vicende della *Littera Florentina*: ne riafferma l'origine amalfitana, ma nega che l'Imperatore ne avesse fatto dono ai Pisani; discute le varie congetture relative all'epoca della sua redazione e al dilemma se tale codice costituisse l'archetipo donde sarebbero derivati tutti gli altri esemplari delle Pandette ([27]).

Anche il problema che si pone al centro della nostra indagine viene risolto, dagli autori adesso ricordati, in conformità alle concezioni del Conring ([28]).

([26]) *Ibidem*, pars III, membrum II, cap. II, 1-17, pp. 336-341.

([27]) *Ibidem*, pars II, cap. VI, 1-12, pp. 226-231. Il Conring (*De Origine Juris Germanici*, cit., cap. XXII, p. 141) e lo Struve (*Historia Iuris*, cit., cap. V, 8, p. 370) aderivano ancora alla tradizione sia della provenienza amalfitana del manoscritto sia della sua donazione ai Pisani da parte di Lotario. L'attendibilità di questo secondo fatto era stata però demolita, da alcuni anni, ad opera del Brenkman e di Donato Antonio d'Asti, il quale aveva messo altresì in forse la stessa scoperta del codice nella città campana (*infra*, §§ 6 e 8).

([28]) J. G. VON KULPIS, *Dissertatio epistolica*, cit., 14, p. 19 (« Atque ab eo tempore [Lotharii et Irnerii] paulatim apud Italos efflorescere illud [jus Romanum] cepit, praetextu quidem aequitatis, revera autem rerum novarum cupiditate, et Germanici imperii taedio [...]. Ante oculos sibi constituebant subinde pristinam libertatem Romanam, suaeque urbis cives [...]. Sperabant autem se propius eo aspiraturos, si jus illud, quo primi status fundamenta continebantur, excolerent »); 38, pp. 41-42 (« Post Lotharium, in scholis Italiae, privato studio, jus omne Romanum curatius illustrari, atque ita paulatim majorem quoque in judiciis autoritatem accipere consuevit. Id cum Imperatores prohibere amplius haud commode poterant, ex quo semel juris electio Italis erat indulta, curam tamen adhibuerunt, ne in Imperatoriae potestatis, quatenus Germanis ea debetur, diminutionem aliquando vergeret; hinc suum nomen et auspicium legibus Romanis heic iterum paulo operosius accommodarunt, novis constitutionibus auxerunt easque Justinianeo Codici inseri jusserunt, quo ipso universo Corpori, quod vocamus, Iuris Romani, ingens splendor accessit »). B. G. STRUVE, *Historia Iuris*, cit., cap. V, 10, p. 376 (« Irnerius [...] Ius Iustinianeum et Pandectas, in Academiam Bononiensem [...] reduxit, et dum magno adplausu doceret, Auditores nactus fuit, quos publica solennitate constituit, Iuris Doctores, qui eandem doctrinam quam ab Irnerio fuerunt edocti, ulterius propagarent, ex quo sensim in Academias foraque fuit receptum »); 11, p. 382 (« Dum autem cum Iure Iustinianeo cresceret sensim Imperatorum potentia, hi illud varie promoverunt et tacite confirmarunt »). J. S. BRUNQUELL, *Historia Iuris*, cit., pars III, membrum II, cap. II, 17, p. 341 (« Quamvis autem privato studio iuris civilis studium Bononiae fuerit restauratum, eam tamen mox nactum est auctoritatem, ut incredibili

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ebbe alquanto a discostarsene, invece, l'*Historia Iuris* di Johann Gottlieb Heinecke (1733). Questi insiste in maniera più decisa sul tema della continuità dell'uso della normativa giustinianea, compreso il Digesto, durante l'alto medioevo ([29]); limita la rilevanza delle iniziative imperiali agli episodi, storicamente accertati, dell'intervento dei quattro dottori bolognesi alla dieta di Roncaglia e della promulgazione, da parte di Federico I, dell'*authentica* « *Habita* » a vantaggio degli scolari ([30]); finisce quindi col presentare il rinascimento giuridico del XII secolo come un fatto appartenente al mondo della scienza piuttosto che a quello della concretezza della vita del diritto, proprio per il motivo che, « in foris Italiae », era stata sempre grande, indiscussa e ininterrotta l'« auctoritas » dello *ius civile* ([31]). Approda così a conclusioni non lontane da quelle a cui era giunto, ormai da più di un decennio, Donato Antonio d'Asti.

---

concursu auditoria iuris fuerint frequentata »); cap. IV, 1, p. 351 (« Quod autem Ius Romanum, privato Irnerii studio restauratum, tantos mox in scholis forisque Italiae fecerit progressus, indulgentia potissimum atque auctoritate Imperatorum Germanicorum factum esse censeo. Cum enim, per studium iuris civilis eiusque Doctorum auctoritatem collapsam in Italia Caesarum potestatem restaurari, ac in integrum restitui posse, animadverterent: illud non solum adprobarunt, sed etiam promoverunt »).

([29]) *Historia Juris Civilis Romani, ac Germanici*, Venetiis, ex typogr. Balleoniana, 1742, lib. I, cap. VI, 411, p. 423 (« Ast in Italia [...] usus juris Justinianei fuit quotidianus »); 412, p. 424 (« Et quamvis [...] Italiam invaderent Langobardi, regnumque ibi constituerent potentissimum: tamen non modo in Exarchatu Ravennatensi juri Justinianeo pretium suum mansit, sed et ipsi Langobardi Italis sua cuique lege vivendi facultatem dederunt »); 413, pp. 424-425 (« Quamvis vero his temporibus Codex magis et Novellae, quam Pandectae, in manibus hominum fuisse videantur: non tamen ideo existimandum est, eas plane intercidisse »).

([30]) *Ibidem*, 416, pp. 427-428.

([31]) *Ibidem*, 415, pp. 426-427 (« Res itaque, nisi me omnia fallunt, ita se habet. Juris civilis in foris Italiae jam a Justiniani temporibus magna fuerat auctoritas. At quum in scholis, rudibus istis saeculis, vix quisquam reperiretur, qui cupidae legum juventuti viam ad jus civile monstraret: Bononiae eam artem profiteri coepit primum Pepo ac deinde Irnerius [...]. Ex eo quum plures profecissent, iique et ipsi scholas juridicas aperirent: tantus undique Bononiam factus est concursus, ut jus civile plerisque tum primum renasci videretur. Inde et in Gallia Placentinus, in Anglia Rogerius, posteaque Accursius, alibi alii jus Romanum professi sunt, ut brevi in universa Europa id studium propagaretur »).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

4. In Italia, nella prima metà del '700, tre teorie principali si contendevano il campo.

Vi erano ancora in auge, in primo luogo, i punti di vista più arcaici, ribaditi, ad esempio, ancora una volta — nonostante qualche accento di modernità che taluno ha potuto cogliere nel suo pensiero (32) — da Gian Vincenzo Gravina. Il suo libro *De ortu et progressu Juris Civilis* (del 1701 e poi confluito nelle *Origines Juris Civilis*) ripete innanzitutto che nell'età altomedioevale « Romanum jus diu exulavit », dal momento che quanto di esso sopravviveva era per lo più ridotto allo stato di consuetudine e che le sue fonti scritte si identificavano, comunque, con pochi frammenti di quelle teodosiane:

> « A regionibus [...] quas statim ab expulsis Gothis, Longobardorum colluvies occupaverat, Romanum jus diu exulavit: tandemque ab ipsa Ravenna excessit: postquam ab Imperio Romano per Aistulphum Longobardorum Regem fuit avulsa, circa annum DCCLII. Itaque Italia majestate simul, et legibus exuta suis [...] pro Romani splendore, atque humanitate juris, belluinas, atque ferinas, immanesque Longobardorum leges accepit [...]. Cum ex Romano jure non aliud superfuerit, quam id, quod moribus adhaeserat Italorum, quodque ipsum civile commercium, usitataque contrahendi ratio retinuerat. Ex libris autem juris superabant ad usum etiam judiciorum tantum fragmenta quaedam; non e Justinianeis decerpta codicibus, quorum lucem, praeter Ravennam, ut diximus, Italia publice nunquam adspexerat; verum e Codice Theodosiano [...] et e Gregoriano, Hermogeniano, ac regulis Ulpiani, Cajque institutionibus, Paullique sententiis. Tantaque in Italiam, ac tam diuturna barbaries inundavit, ut jus Romanorum, etsi magno studio, deletis Longobardis, a Carolo Magno quaesitum: tamen exemplariorum inopia, longaque oblivione populorum, usque ad saeculum duodecimum, nempe ad Lotharii tempora in tenebris delituerit » (33).

L'« instauratio » del diritto giustinianeo avvenne dunque all'epoca e per l'espresso volere di Lotario II, dopoché i Pisani

---

(32) C. GHISALBERTI, *Gian Vincenzo Gravina storico e giurista*, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 139-145.

(33) *Origines Juris Civilis*, Lipsiae, apud J. F. Gleditsch, 1708, lib. I (*De Ortu et Progressu Juris Civilis*), cap. CXXXIX, pp. 166-168.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ebbero riscoperto, ed ottenuto in dono, il testo delle Pandette, mentre a Ravenna era stato reperito il Codice e così pure, secondo il parere di alcuni, un altro manoscritto dello stesso Digesto (soltanto le Novelle « etiam antea per Italiam vagabantur ») (34):

> « Itaque recepto Romanorum jure universo, et post longum exilium in patriam restituto: studia Italorum ad interpretationem, atque usum illius continuo exarsere, ob eamque causam publica Imperatoris auctoritas expetebatur, qua [...] Italia per usum Romani juris majestatem pristinam recuperaret. Hoc jurisprudentiae officium praestitit idem Lotharius, quo imperante revixerat. Is enim publico edicto in omnes Imperii regiones emisso jussit, ut Romanorum jus in scholas publicas, inque omnia tribunalia reciperetur: ex eoque in posterum causae judicarentur, deletis barbaris legibus, profligatisque cruentis moribus Italico nomine prorsus indignis. Itaque hoc edicto Romano juri fasces reddidit ab hostibus ereptos; eique publicam auctoritatem, lucemque restituit » (35).

5. Vi era poi la teoria della originaria spontaneità dell'osservanza del *Corpus Iuris*. Alla formulazione datane dal De Luca, e che manteneva tutta la propria autorevolezza, venne ad aggiungersi quella suggerita da Ludovico Antonio Muratori nella *Praefatio in Leges Langobardicas*, edita nella seconda parte del primo tomo dei *Rerum Italicarum Scriptores* (1725).

Ampiamente tributario delle correnti culturali germaniche più avanzate, e soprattutto dell'opera del Conring, che vi è richiamata in modo esplicito, lo scritto muratoriano illustra il principio della personalità della legge seguito nell'Italia longobarda; afferma che le fonti del diritto romano erano allora costituite dal Codice Giustinianeo e dalle Novelle (ma non dal Digesto, rimasto pressoché ignoto fino al sacco di Amalfi); respinge la favola dell'editto di Lotario con la duplice motivazione che non ve n'è alcuna testimonianza attendibile e che le leggi barbariche continuarono ad essere applicate anche dopo la morte di quel principe (36). Af-

---

(34) *Ibidem*, cap. CXL, pp. 168-169.

(35) *Ibidem*, cap. CXLII, pp. 170-171.

(36) *Rerum Italicarum Scriptores*, Mediolani, ex typogr. Societatis Palatinae, 1723-1751, I, pars II, *In Leges Langobardicas praefatio*, pp. 1-6: i Longobardi « liberum fecere antiquis Italiae indigenis, hoc est Romani Populi reliquiis, sibi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fronta quindi il problema più delicato, quello del declino, nel prosieguo del tempo, del medesimo diritto barbarico e del maggior prestigio e della nuova funzione che venne viceversa ad acquistare il diritto romano, configurato — una volta decaduto il sistema delle leggi personali — come diritto comune, al quale si prese a fare ricorso per la disciplina dei rapporti non regolati dagli statuti municipali. La soluzione viene trovata nella vasta sfera di autonomia che i Comuni italiani conseguirono, sul piano normativo, con la pace di Costanza e nell'atteggiamento di favore assunto dalle popolazioni nei riguardi dei *libri legales* glossati dai dottori bolognesi:

> « Id autem causae fuisse videtur, quare Langobardicum Jus silere sensim, ac ut ita dicam vilescere coeperit, quod quum post Pacem Constantiae Anno 1183 stabiliorem, ac latiorem Libertatis et Imperii titulum adeptae fuerint Italiae Civitates, unaquaeque suis consuetudinibus vivere, ac sibi Leges dicere, et criminum poenas, ac Judiciorum, Contractuum, Successio-

---

mixtis atque subjectis, Romanis Legibus adhuc uti in contractibus, aliisque actionibus Fori cum Civilibus tum Criminalibus »; successivamente, sotto la corona dei Franchi, « novi incolae in Italiam adducti sese antiquis adjunxere » ed almeno tre « Leges in quotidiano usu erant, nempe Romana, Langobardica, atque Salica »; le « Leges modico constitutionum apparatu ac numero expediebantur: nam et ipsarum Romanarum studium in Codice ac Novellis ferme consistebat, quum Pandectae aut nusquam, aut vix notae forent »; ma le « Romanae Leges » non ebbero « parem cum Langobardicis fortunam ». « Quum enim Lothario II regnante in expugnatione Amalphis facta Anno 1137 celeberrimus Codex Pandectarum, sive Digestorum, quorum a multis Seculis vix ullus erat usus aut notitia apud Italos, in Pisanorum manus incidisset, Jus Romanum [...] manibus Eruditorum versari crebrius ac diligentius coepit, et Codici ac Novellis facta est illustris accessio [...]. In unum autem Jus Romanum ingenia sua exercere Legum studiosi coeperunt ». Circa il preteso editto di Lotario, « vix fieri potest, ut rem tanti momenti [...] nullus veterum memoraverit »; e del resto « post Lotharium ipsum viguit Langobardicarum Legum auctoritas ». Anche per quest'ultima considerazione il Muratori appare debitore del Conring, nella cui *Historia Iuris* (cap. XXII, pp. 140-142) si legge infatti: « Langobardicas tamen leges post Lotharii obitum in ipso Langobardici Italiae regni foro observatas, non est quod dubitemus [...]. Si autem in foro etiamnum valuit lex Langobardica [...] manifestum utique est, non ex solo Romano Jure causas tum judicatas, nec aliquo Caesario regnique illius procerum scito priscas leges paulo ante fuisse antiquatas ». L'opera di Donato Antonio d'Asti era invece ancora ignota al modenese (*infra*, nota 38).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

numque formas constituere pro Civium ac Rectorum voluntate maluit. Atque hinc paulatim succrevere Urbium Statuta, sive Municipales Leges, pro ut Reipublicae suae quisque accommodatius, utiliusque putabat [...]. Itaque facta civitatibus Italicis facultate aut condendi Leges novas, aut sectandi veteres, Statuta quidem seu Leges Municipales ubique eruperunt, quibus non solum a Langobardicis, sed et a Romanis dissentiebatur: sed ingenti inter has Leges discrimine. Nam ubi Statuta nihil decrevere, Romanorum Juri standum sibi fere omnes Italiae Populi aut tacite aut aperte consenserunt; Langobardico vero Juri nemo exinde operam dedit, nemo ad illud in Judiciis et Contractibus provocavit. Et profecto nulli Eruditorum hactenus demonstratum est, Romanas Leges in Italico Regno olim paene abjectas, et a paucis in usum receptas, aliquo subsequentium Romanorum Caesarum edicto suae pristinae auctoritati restitutas. Spontaneo Populorum consensu id factum, ita ut, si forte Venetiarum fora excipias, Romanum Jus nunc ubique apud Italos obtineat atque efflorescat, non ex alicujus Augusti decreto, sed ex gentis nostrae usu, ac tacita confirmatione, quae legis loco habenda est, atque habetur » ([37]).

La giustificazione del diritto romano comune riposa perciò sul consenso popolare, manifestato nell'ambito degli ordinamenti cittadini. È evidente l'analogia con le proposte del De Luca, il quale però, accettando ancora, sia pure non senza perplessità, la tradizione del provvedimento cesareo, circoscriveva il dispiegarsi dell'efficacia del « consenso » dei popoli (e della connessa « permissione » dei principi) agli Stati italiani indipendenti dal Sacro Romano Impero: laddove il modenese, abbandonata ormai quella credenza, lo estende anche alle terre formalmente soggette a quest'ultimo, facendo leva, appunto, sull'istituto delle autonomie municipali. È altresì chiara la somiglianza con le tesi del Conring: lo studioso tedesco, tuttavia, accanto all'elemento del consenso valorizzava l'apporto dato all'affermazione del *Corpus Iuris* dai titolari della monarchia imperiale, restando con ciò a metà strada, per così dire, tra il principio dell'intervento autoritativo di Lotario e quello della spontaneità dell'atteggiamento popolare; l'idea di un intervento di ordine superiore non compare affatto, viceversa, nella *Praefatio in Leges Langobardicas*. In tutti i casi, peraltro,

([37]) *In Leges Langobardicas praefatio*, p. 5.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

— giova ripeterlo — il fenomeno viene ascritto non all'assetto tipico dei moderni principati, sibbene al periodo del rinascimento giuridico medioevale.

C'è infine da ricordare come il Muratori, nel terzo volume delle *Antiquitates* (1740), correggesse le sue precedenti asserzioni sulle sorti della compilazione giustinianea nei secoli successivi alle invasioni barbariche, affermando che già allora si era a conoscenza pure del Digesto (non si deve credere — scrive — « Codices omnes et usum Pandectarum prorsus excidisse, itaut Pisano illi unico debeamus totam Digestorum in Italia restitutionem », giacché « quisquam alius eorum Codex superfuisse apud Italos potuit »). Perveniva a questa convinzione tenendo conto dell'opera di Donato Antonio d'Asti e delle memorie date alle stampe da Guido Grandi nel corso della sua celebre polemica con Bernardo Tanucci ([38]).

6. Siamo così venuti a parlare della terza teoria, la più originale e interessante, quella delineata da Donato Antonio d'Asti nei due libri *Dell'uso e autorità della Ragion Civile nelle Provincie dell'Imperio Occidentale*, editi rispettivamente nel 1720 e nel 1722.

([38]) *Antiquitates Italicae Medii Aevi*, Mediolani, ex typogr. Societatis Palatinae, 1738-1742, III, diss. XLIV, coll. 883-888 (« [...] communem hactenus sententiam amplexus fui, statuentem, Pandectas, sive Digestorum Libros, in Italia per aliquot ante saecula neglectos, aut deperditos, tandem in depopulatione Amalphis Anno MCXXXVII, sive [...] MCXXXV a Pisanis fuisse repertos [...]. Et sane hucusque traditum et creditum est, tantummodo circiter eadem tempora Digestorum studium ac usum in Scholas penetrasse, quum antea qui Legibus Romanis in Italia vivebant, Codice quidem Justinianeo, ejusque Novellis ac Institutionibus, non autem Digestis, uterentur. Verum D. Guido Grandius [...] haec omnia in dubium revocavit [...]. Sed et ante Grandium Donatus Antonius Astensis [...] Librum edidit, nondum mihi inspectum [...] in quo contendit, falso proditum hactenus fuisse, Pandectas [...] Pisanis ad Amalphim in praedam contigisse; statuens, eorum usum in Italia perdurasse ac fuisse, longe antequam Pandectarum Codex Pisanus agnosceretur [...]. Ad haec etiamsi daremus, Anno MCXXXV incidisse in Pisanorum manus Pandectarum Codicem (qua de re inter praelaudatum Abbatem Grandium et Bernardum Tanuccium [...] controversia efferbuit) minime inde consequitur, statuendum esse atque credendum, praecedentibus saeculis Codices omnes et usum Pandectarum prorsus excidisse, itaut Pisano illi unico debeamus totam Digestorum in Italia restitutionem. Quisquam alius eorum Codex superfuisse apud Italos potuit »).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il giurista napoletano conduce alle estreme conseguenze il concetto della persistenza del diritto giustinianeo anche dopo la scomparsa del grande legislatore e del dominio bizantino sulla maggior parte dell'Italia. Il suo primo libro è infatti diretto a dimostrare che la normativa antica, lungi dall'essere caduta per secoli « nell'oblivione degli uomini » e dall'essere stata « spenta affatto, e sterminata dal foro », conservò « sempre, ed in ogni tempo [...] l'istesso uso, ed una medesima autorità da per tutto », impugnando le opinioni sia di quanti sostengono che la sua osservanza fu ripristinata « per comandamento » imperiale sia di chi pretende che ne sia avvenuta la reintroduzione « per libero volere de' popoli » (con accenti critici, netti ed espliciti, nei riguardi del De Luca) (39). È vero, al contrario, che i barbari invasori prestarono « tanto ossequio, tanta riverenza alla ragion Civile, che più desiderare non si poteva » (40), poiché questa non soltanto rappresentava il diritto personale delle genti di stirpe romana, in aderenza ai princìpi allora vigenti, ma ottemperò anche all'ufficio di diritto comune per le stesse popolazioni germaniche:

> « Le leggi Longobarde altra possanza in que' tempi non haveano di quella, che tengono in questi d'oggidì gli statuti, e consuetudini di ciascun luogo. Ne' casi, ove gli statuti son chiari, certo sta che per tutti coloro, che a tali statuti soggiacciono, si devia alla giornata nelle giudicature delle cause dalla disposizione delle Romane leggi; anche in que' luoghi, ove non vi è dubbio, che per ragion comune le Romane si hanno. Ma se all'incontro gli statuti non son chiari, o pure i casi, di cui si tratta, non si conoscono da quelli apertamente decisi, non ostante la disposizione statutaria, alle leggi de' Romani, come a ragion Comune si ricorre » (41).

Ebbene, non diversamente, nell'età delle dominazioni barbariche,

> « [...] quando difettavano le Longobarde, le Saliche, e somiglianti all'istesse Romane leggi, come a ragion Comune si

(39) *Dell'uso, e autorità della Ragion Civile nelle Provincie dell'Imperio Occidentale dal dì che furono inondate da' Barbari sino a Lotario II*, Napoli, F. Mosca, 1720-1722, lib. I, cap. I, pp. 1-13.

(40) *Ibidem*, lib. I, cap. II, p. 15.

(41) *Ibidem*, lib. I, cap. VI, p. 110.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ricorreva. E la cagione, onde le Romane leggi vennero viapiù ad acquistar nome di ragion Comune, fu che tutti gli uomini, anche i Barbari, dalli Visigoti delle Spagne in fuori, quando mancavano le proprie leggi, a quelle, come a Comun legge ricorrevano » (42).

Questi presupposti consentono di risolvere in modo nuovo la *vexata quaestio* della legittimazione del diritto romano comune:

« È vero, che i Longobardi introdussero nell'Italia nuovi costumi, e nuove leggi quasi tutte contrarie a quelle de' Romani; ma è vero altresì, che non essendosi date alla luce, salvo che per la sola gente Longobarda (come dall'istesse loro leggi, e dalla testimonianza di Paulo Diacono, e di Carlo di Tocco si fa manifesto) la ragion Civile venne a restare nell'istessa autorità, e nel medesimo uso presso tutti coloro, che per innanzi colle Romane leggi si governavano. Ma quando pure si potesse dire ch'egualmente per li Longobardi, e per li soggiogati popoli d'Italia si fossero introdotte, ed ordinate; non perciò ne seguirebbe l'intera annullazione delle Romane; per non potersi mai dire dalle novelle derogata l'antica legge, se non quando questa da quelle espressamente vien rivocata, o cosa tutta contraria si dispone. E pure in questo caso se l'antiche leggi in tutto non s'annullano, s'intende annullata, e corretta quella sola, che si rivoca, o cosa tutta contraria si determina. Perché si fosse altrimente che con questo solo, che ferono i Longobardi d'introdurre alcune loro leggi, per la maggior parte opposte a quelle de' Romani, fossero queste venute a restare interamente distrutte; ne seguirebbe, che in tutti que' Regni, in tutte quelle Città, ove dal Comune, o da' Regnanti si sono, secondo le vicende de' tempi, o ha richiesto il costume de' sudditi, ordinate delle nuove leggi, le Romane non sarebbero per esser conosciute; e specialmente non dovrebbero essere in veruna cognizione in questa Città, e Regno [di Napoli], c'ha tante delle costumanze, e leggi particolari, e per lo più contrarie alla ragion Civile, che non solo eguagliano, ma cento e mille volte avanzano quelle de' Longobardi. Onde se nel Regno, se in tutti gli altri luoghi,

(42) *Ibidem*, lib. I, cap. VI, p. 116. La *Expositio ad Librum papiensem* ci ha invero tramandato, com'è noto, la testimonianza di un criterio accolto da alcuni giuristi della cosiddetta scuola di Pavia, consistente nel ricorso alla « lex romana » — definita appunto « lex omnium generalis » — per l'interpretazione dei casi dubbi e per colmare le lacune dei testi normativi longobardi: si tratta però di un'opinione emersa nel secolo XI, quasi alla vigilia del rinascimento giuridico bolognese.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che servano consuetudini, e leggi proprie, le Romane non solo non van prive d'autorità, ma vi tengono il luogo di ragion Comune; altresì non dovean esser prive d'autorità in que' tempi, che regnava nell'Italia la ragion Longobarda; ma dovean parimente tenere l'istesso preggio di ragion Comune, come realmente il tennero » ([43]).

Il valore di legge positiva che il diritto romano ha sempre avuto non si spiega altrimenti, dunque, che col principio generale della continuità dell'ordinamento giuridico, in forza del quale restano in vita tutte le norme poste in essere, in qualsiasi tempo, dal sovrano di un determinato territorio e che non siano da lui stesso o dai suoi successori abrogate in maniera espressa o mediante l'emanazione di nuove norme con quelle incompatibili.

L'autore dedica quindi il suo secondo libro alla dimostrazione dell'assunto che, « se Romane leggi furono mai in usanza nell'Imperio Occidentale, maggiormente nell'Italia, queste altre state non fossero, che le raccolte dall'Imperadore Giustiniano » ([44]). Più che il capitolo destinato a sfatare il racconto, ormai screditato, dell'editto di Lotario ([45]), sono notevoli quello diretto a rinvenire, per il periodo anteriore alla nascita della scuola di Bologna, prove e indizi della conoscenza delle fonti romanistiche, compreso il Digesto ([46]); quello che sostiene l'indipendenza della *Littera Vul-*

([43]) *Dell'uso e autorità della Ragion Civile*, lib. I, cap. II, pp. 24-26.

([44]) *Ibidem*, lib. II, cap. I, p. 2.

([45]) *Ibidem*, lib. II, cap. VI, pp. 136-155 (« Ma affinché il millantato Lotariano Editto per tutte le sue parti via più manifestamente favoloso si conosca [...] giova, che da noi si aggiunga, che alle leggi de' Romani non faceva bisogno, che per opera di Lotario si havessero a restituire in vigore, perché abbastanza fornite si ritrovavano: perché non mai erano scadute da quell'autorità, che ab antiquo ricevuta havevano. Le leggi poi de' Longobardi, con tutte quelle dell'altre Barbare Nazioni, non poterono essere dal medesimo annientate, perché non solo regnando lui, ma anche morto lui, usitate ne' fori per le decisioni delle cause si conoscono. E non havendo le Romane tenuto bisogno d'essere restituite in vigore, perché l'havevano; né le Barbare potuto mancare, perché proseguite a costumare e nel Regno, e nell'altre Provincie dell'Imperio, anche morto Lotario, si conoscono segno, che 'l millantato Lotariano Decreto al tutto immaginario, e favoloso egli sia »: pp. 145-146).

([46]) *Ibidem*, lib. II, cap. II, pp. 9-35 (« La cagione della differenza, perché da Irnerio in qua s'habbiano delle molte sposizioni, comenti, allegazioni, e consigli in ragion Civile, il che non si vede prima ch'egli ad altri quella insegnasse, non

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gata dalla *Florentina* (« [...] onde per non essere le Vulgate uscite, né potute uscire dalle Fiorentine, ne siegue, che quando pur vero egli fosse, che queste havute si fossero tra le spoglie d'Amalfi [...] le Vulgate doveano haversi in Italia, assai tempo prima, che Lotario regnasse ») (47); quello che pone in dubbio la provenienza amalfitana della medesima *Littera Florentina* e che più recisamente nega, come « favoloso » e « impossibile », l'episodio della donazione che di tale codice l'Imperatore avrebbe fatto ai Pisani (48).

7. Vale poi la pena di richiamare l'attenzione sul problema, assai dibattuto, dei canoni interpretativi del diritto proprio dei singoli Stati, le cui diverse soluzioni discendevano appunto dalle diverse maniere di giustificare il diritto comune.

Giovan Battista De Luca lo imposta sulla base di una distinzione rigorosa tra due specie di atti normativi, che spesso — afferma — vengono arbitrariamente confusi sotto lo stesso nome di « leggi particolari », quelli promulgati « dal Principe sovrano [...] per tutto il suo Principato » e quelli — a cui soltanto dovrebbe competere, in realtà, il « titolo di legge municipale » o « statutaria » — emessi dalle « Città suddite » (49):

> « Sogliono alcuni Dottori, questo genere, o specie di legge particolare trattarlo uniformemente con li medesimi termini di

---

altrimente avvenne dall'essere, o non essere le Giustiniane leggi conosciute, ed usitate; ma dall'essersi quasi sino ad Irnerio conservato nel suo vigore l'editto di Giustiniano, in cui si vietava a ciascuno la facoltà di sporre, e chiosare le sue leggi »: pp. 15-16).

(47) *Ibidem*, lib. II, cap. III, pp. 36-50 (« Quantunque dal comun de' Giuristi si habbia per ismarrito, e come affatto non conosciuto sotto l'Imperio de' Barbari sino a Lotario II l'intiero corpo delle Giustiniane leggi, senza riservarne cosa alcuna, non per tanto, perché al presente non mancano di coloro, che concedendo l'esistenza al Codice, Instituzioni, e Novelle, ristringono la mancanza alle sole Pandette; ci è paruto, a fine di dare maggiormente a divedere anche ciò non reggersi a martello, e di niuna sussistenza essere quel, che per costante s'è creduto, e credesi tuttavia, che dall'Amalfitane, ch'oggi Fiorentine s'appellano, siano le Volgate, e tutte altre uscite, di aggiungere i seguenti tre altri Capi [...] »: pp. 36-37).

(48) *Ibidem*, lib. II, cap. IV, pp. 50-102.

(49) *Il Dottor Volgare*, proemio, cap. IV, 17, pp. 66-67; concetti analoghi vengono esposti dal De Luca nel *Theatrum veritatis et justitiae*, lib. XV, pars I, *De judiciis*, disc. XXXV, 19, p. 110.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

legge statutaria, o municipale, la natura delle quali è, che quando siano contrarie alla legge comune, siano odiose, e debbano esser intese con molto rigore e strettezza, al suono delle parole, senz'ammettere estensione [...]. Ma questo è un errore manifesto, poiché la legge del proprio sovrano Principe, nel suo principato, e con i suoi sudditi, tra tutte le leggi positive, occupa il primo luogo, e prevale alle leggi comuni civili, ricevute (come s'è detto), più per uso de' popoli, e permissione de' Principi, che per autorità Imperiale; caminando detta stretta, e rigorosa intelligenza in quei statuti, li quali si fanno dalle Città suddite, e particolari del principato, tra loro diverse, con la subordinazione alla legge generale del medesimo principato » (50).

Un'enunciazione più ampia e più precisa dei medesimi princìpi si legge in alcuni passi del *Theatrum*:

« His etenim casibus, erroneum est, hujusmodi leges [quae fiant per Principem supremum] appellare statutarias, vel municipales, ab alia lege communi exorbitantes, quoniam vere, ac proprie sunt leges communes, et primariae principatus, et quae praevalere debent praedictis legibus civilibus Romanorum, quibus juris communis civilis, ex communi usu nomen tribuitur. Siquidem juxta legalem historiam alibi insinuatam. Istae leges Romanorum in singulis respective principatibus, vel dominiis independentibus habent vim legum, non ex auctoritate earum legislatoris, sed potius ex illa ipsius Principis, vel Domini localis, vel ex illa ipsius Reipublicae [...]. Ac propterea istud particulare jus principatus, vere et proprie in eo est commune [...]. Magna etenim, valdeque notabilis est differentia inter unam, et alteram speciem legum [Principis et Civitatis subditae], circa earum observantiam, ac interpretationem. Quoniam ubi agitur de legibus ordinatis per Civitates subditas, quae vivere cogantur cum legibus principatus, sub quarum genere veniunt etiam dictae leges civiles Romanorum ut supra, adeout eis derogandi facultas non competat, nisi quatenus ipse Princeps concedat, vel approbet. Et tunc vere et proprie dicitur jus statutarium, vel municipale exorbitans a iure communi, ejusque correctorium, et consequenter odiosum, quod stricte intelligendum est, juxta illos rigores leguleicos, quos desuper habemus, cum subordinatione, vel passiva interpretatione ab ipso jure communi. Secus autem in altera specie, in

(50) *Il Dottor Volgare*, proemio, cap. IV, 19, pp. 68-69.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

qua potius procedunt ea, quae de ipso jure communi habemus » (51).

Ma Donato Antonio d'Asti, in aperto dissidio col cardinale venosino, reagisce a questi criteri, forieri di gravi implicazioni per la « difesa delle cause », già nelle pagine introduttive del primo libro, nelle quali sottolinea la rilevanza pratica dei concetti ispiratori di tutta la sua opera:

> « Ed hammi indotto ad imprendere una tal fatica il considerare ancora, che non si riduce a nuda erudizione il vedere se la ragion civile hebbe in ogni tempo, ed in ciascuno di que' luoghi, ove al presente regnar si vede, l'istesso uso, ed una medesima possanza, ma a conosciuta necessità legale; poiché se mai fosse andata la faccenda nella maniera, come la vogliono, che fosse stat'ella spenta da' Barbari, ed al tutto scacciata dal foro, e che non prima di Lotario avesse di bel nuovo incominciato ad aver forza di legge, o per suo comandamento, o per libero volere de' popoli, false sarebbero certamente molte proposizioni, che come accertate regole si sono sempremai credute da tutti; e specialmente falsa si conoscerebbe quella massima, cotanto avuta per infallibile tra' Giuristi, che gli Statuti, le Consuetudini, e Leggi particolari si debbano strettamente intendere, acciocché meno resti offesa la ragion Comune; volendo in tal caso il dovere, che tutto il contrario si dicesse [...]. Ma perché la ragion civile de' Romani hebbe mai sempre continuo uso, ed una istessa autorità da per tutto; ed è per ogni parte favoloso quanto in contrario si è creduto; ne siegue che più che vera ella sia la regola, che gli Statuti, e Leggi particolari di ciascun luogo si debbano strettamente intendere » (52).

In definitiva, la teoria dell'accoglimento volontario della compilazione giustinianea, almeno nelle sue formulazioni più rigide e più aderenti alle proprie premesse, postula l'assoluta supremazia del diritto emanato dal sovrano — ormai definito anch'esso come diritto comune del principato — su tutte le altre fonti normative (53). La teoria della continuità dell'ordinamento qualifica

---

(51) *Theatrum veritatis et justitiae*, lib. XV, pars I, *De judiciis*, disc. XXXV, 20-22, pp. 110-111.

(52) *Dell'uso e autorità della Ragion Civile*, lib. I, cap. I, pp. 3-5.

(53) Ne sono un esempio significativo le parole del provvedimento col quale Francesco III d'Este, il 26 aprile 1771, dispose l'entrata in vigore del *Codice di*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

invece la legislazione a qualsiasi titolo prodotta all'interno dei vari Stati — sorti, tutti quanti, nei territori già facenti parte dell'Impero antico — come un insieme di deroghe al *Corpus Iuris*, ritenendola pertanto tuttora sottoposta, senza discriminazioni di sorta, alla regola generale che ne impone un'interpretazione restrittiva. Le tesi che trovavano il loro supporto nelle più moderne correnti storiografiche finivano così con l'offrire un sostegno alle soluzioni, tecniche e politiche, più conservatrici.

8. In Toscana i problemi qui esaminati furono discussi dapprima negli ultimi anni del regime mediceo, grazie alla polemica 'pandettaria' intercorsa tra Guido Grandi e Bernardo Tanucci, e poi — con maggiore consapevolezza delle loro possibili conseguenze sul piano legislativo e giudiziario — nell'ambito dei tentativi di codificazione del diritto patrio che furono promossi dal governo, o perseguiti per iniziativa privata, durante la Reggenza lorenese.

La disputa alla quale abbiamo accennato ebbe il suo principale oggetto, com'è noto, nella questione, che allora tanto appassionava la cultura giuridica italiana e d'oltralpe, della provenienza e dei caratteri della *Littera Florentina*: il Grandi smentì la *communis opinio*, prospettando le ipotesi che il manoscritto fosse stato portato a Pisa da Bologna (ad opera forse del giurista Bulgaro) oppure direttamente da Costantinopoli (ad opera, in questo caso, di Burgundio, per due volte ambasciatore della Repubblica presso l'Impero d'oriente); a queste congetture il Tanucci replicò in nome della tradizione, difesa per quanto concerne non soltanto la scoperta del codice ad Amalfi, ma anche l'acquisto che i Pisani ne avrebbero fatto per dono di Lotario II (laddove erano

---

leggi e costituzioni per gli Stati di Sua Altezza Serenissima: « [...] alle quali [leggi e costituzioni] vogliamo, ed ordiniamo che si dia ogni preferenza ed estensione, ove si oppongano al gius antico, al municipale, e a qualsivoglia altra precedente legge, prammatica, opinione, e consuetudine, per modo che non si possa loro dare stretta interpretazione, e la meno lesiva del gius comune, siccome hanno finora preteso, ed incautamente esagerato molti giureconsulti verso le stesse sanzioni de' principi, da' quali soltanto emana, e dipende il vigore, e l'attività della legislazione ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

entrambi concordi nell'inficiare l'editto cesareo volto a reintrodurre l'applicazione del diritto romano nei tribunali ed il suo insegnamento nelle scuole).

Lo stimolo ad approfondire questi ed altri argomenti scaturì dall'edizione, nel 1722, dell'*Historia Pandectarum* di Hendrik Brenkman. Oltre ad occuparsi dei consueti punti di vista sulle vicende del testo fiorentino (accettando quello del suo rinvenimento nella città campana e respingendo, viceversa, quello della donazione imperiale) ([54]), lo scrittore olandese asseriva altresì che fino alla seconda metà del '200 Pisa si era retta col diritto longobardo, col diritto romano teodosiano e con le proprie consuetudini, ignorando l'opera giustinianea ([55]). Furono soprattutto questi ultimi rilievi a suscitare perplessità e scalpore fra i docenti dello Studio pisano.

Le prime reazioni negative giunsero da due membri del collegio teologico ([56]). Il bresciano Virginio Valsechi, monaco cassinense e professore di sacra scrittura e di storia ecclesiastica, sostenne che già nel XII secolo, ed anzi, presumibilmente, ancor prima del sacco di Amalfi, la *lex romana* « ex qua Pisano in foro jus reddebatur », ed il cui « vestigium » compare poi « in veteribus Pisanorum Constitutis », era desunta non dalle fonti teodosiane ma « ex universo Jure Justinianeo, ac praesertim Pandectarum » ([57]). Anche l'*Epistola de Pandectis* del cremonese Guido Grandi, abate camaldolese e cattedratico di matematica, prese

---

([54]) *Historia Pandectarum seu Fatum Exemplaris Florentini. Accedit gemina dissertatio de Amalphi*, Trajecti ad Rhenum, apud G. vande Water, 1722, lib. I, capp. V-VIII, pp. 24-50.

([55]) *Ibidem*, lib. I, cap. IX, pp. 50-62.

([56]) Per le notizie relative ai professori dello Studio di Pisa rinviamo, una volta per tutte, ad A. FABRONI, *Historia Academiae Pisanae*, Pisis, excud. C. Mugnainius, 1791-1795, III; ad E. MICHELI, *Storia dell'Università di Pisa dal MDCCXXXVII al MDCCCLIX*, in *Annali delle Università Toscane*, XVI (1879); e al nostro recente saggio *Le cattedre ed i programmi d'insegnamento dello Studio di Pisa nell'ultima età medicea (1712-1737)*, in *Bollettino Storico Pisano*, LI (1982), pp. 105-146.

([57]) *Epistola de veteribus Pisanae Civitatis Constitutis ad Clariss. et Reverendiss. Patrem D. Guidonem Grandi*, Florentiae, typis Regiae Celsitudinis, 1727, pp. 3, 10, 17-18, 27.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lo spunto da analoghe considerazioni per spingersi però, subito dopo, a trattare temi di ben più ampio respiro, quali erano appunto quelli delle origini del celebre manoscritto e delle sorti dei *libri legales* nell'età antecedente il rinascimento giuridico (58).

E poiché le critiche rivolte al Brenkman, sia riguardo all'attendibilità della tradizione della scoperta amalfitana, sia, più in generale, riguardo all'antichità dell'uso del diritto giustinianeo, potevano essere efficacemente corroborate dallo scritto recentissimo di Donato Antonio d'Asti, il Grandi lo utilizzò in larga misura, esaltandone l'autorevolezza ed i pregi scientifici:

> « Datum est postmodum, ut eruditissimi Viri Tractatum pervolutarem, ex quo nonnulla instituto meo cohaerentia delibare, aliisque meis observationibus munire non praetermittam, praesertim cum rarissima prodiisse doctissimi ejus operis exemplaria intelligam. Hoc loco autem illud dumtaxat mihi demonstrandum assumam, quod probat ille *lib. I cap. 2 et 3* Jus Romanum a Barbaris Italiam occupantibus nequaquam abrogatum, aut antiquatum fuisse, sed potius ejus observantiam maxime commendatam, contra quam vulgo sit persuasum » (59).

La diatriba instauratasi tra il camaldolese e Bernardo Tanucci, allora giovane professore di diritto civile nel medesimo ateneo, — diatriba che non è certo il caso di ricostruire qui in tutta la complessità dei motivi nei quali venne a svilupparsi — pose, in effetti, i due libri *Dell'uso e autorità della Ragion Civile* al centro dei propri interessi e contribuì a diffonderne la conoscenza in Toscana, sollecitando la meditazione e la discussione sulle loro tematiche. Se infatti il Tanucci, nella foga della polemica, indirizzava al suo antagonista l'ingiusto rimprovero di essere un pedissequo « sequax Astensis », dando corpo ad una vera e propria accusa di plagio (60), è pur vero, d'altra parte, che i nessi

---

(58) *Epistola de Pandectis ad Cl. Virum Josephum Averanium* [...] *Editio altera notis variis, et appendice veterum monumentorum ab Auctore locupletata*, Florentiae, typis Regiae Celsitudinis apud Tartinium et Franchium, 1727.

(59) *Ibidem*, p. 41.

(60) Sul rilievo che l'opera del d'Asti ebbe nella controversia rinviamo ad una nostra relazione, dal titolo *Donato Antonio d'Asti e la polemica pandettaria tra il Grandi e il Tanucci*, in corso di stampa negli *Atti del Convegno Internazionale: Bernardo Tanucci statista letterato giurista (Napoli, 28-30 aprile 1983)*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tra il pensiero del giurista napoletano e quello del matematico cremonese furono messi in risalto, oltreché dal Muratori (61) e dal Brenkman (62), anche da alcuni docenti dello Studio cittadino, ad esempio da Leopoldo Andrea Guadagni (63); ed è altrettanto vero che lo stesso Tanucci giudicò l'opera del d'Asti, per quanto da lui censurata, tutto sommato degna della « stima degli uomini », sottolineando l'importanza del suo ruolo nel solco della migliore storiografia europea (64).

Fra i tanti problemi su cui la controversia ebbe il merito di soffermarsi, vi fu anche quello del modo di configurare il fondamento del diritto comune. Il Grandi non se ne occupò *ex professo*, mentre il suo avversario contrappose all'assunto del d'Asti, implicitamente richiamato nelle memorie grandiane, la tesi, ormai ben consolidata, della originaria spontaneità della sua osservanza:

> « La rinnovazione della Giurisprudenza non fu un'opera momentanea, tratto lungo aver doveva, e molti anni erano necessarj, perché un privato qual era Irnerio mettesse tra gli Uomini in credito, e in istato i libri di Giustiniano. Il consenso degli Uomini tacito a poco a poco fece quell'approvazione della Giurisprudenza Romana secondo il sentimento di tutti quelli, che niegano il fatto di Lotario: siccome coloro, che sanno non essere stato in antico approvato da' Sommi Pontefici il Decreto di Graziano, non altra cagione danno dell'autorità di esso, che il tacito consentimento dei Dotti. E veramente i privati, che non possono con un solo espresso atto a' popoli comandare, non possono condurli ad una nuova osservanza senza qualche lunghezza di tempo, in cui quelli persuadendosi s'inducano finalmente a volere; e questa è lungamente stata, ed è anche al presente l'autorità de' Giurisconsulti. Dunque benché a petizione della Contessa Matilde cominciasse quello studio Irnerio, l'opera però della rinnovazione non prima del tempo di Lotario

(61) *Supra*, nota 38.

(62) *Epistola ad V. C. Franciscum Hesselium: qua examinantur praecipua capita Epistolae V. C. D. Guidonis Grandi de Pandectis*, Trajecti ad Rhenum, apud J. Paddenburg, 1735, pp. 27, 40, 64.

(63) *De Florentino Pandectarum Exemplari an sit Imperatoris Justiniani archetypum et an ex eo ceteri, qui supersunt, Pandectarum libri manaverint dissertatio*, Romae, typis et sumtibus N. et M. Palearini, 1752, cap. XIII, pp. 81-88.

(64) *Difesa seconda dell'uso antico delle Pandette e del ritrovamento del famoso manoscritto di esse in Amalfi*, Firenze, B. Paperini, 1729, lib. II, cap. I, p. 134.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

apparve, e si sentì nell'Italia, e allora fu il fiorir di essa, e d'Irnerio; e perciò siccome de' grandi Uomini il fiorire si attribuisce non all'anno della nascita, ma a quei del prodotto vigore, così quell'affare, che cominciò dalla Contessa Matilde, potè per ragione del suo progresso costituirsi sotto l'Imperio di Lotario » (65).

Il passo invoca, in appoggio alle proprie argomentazioni, l'autorità del De Luca, dello Struve e del Muratori. Esse non sono prive, tuttavia, di una loro originalità. Gli scrittori citati aggiungevano infatti al consenso popolare, sorto e propagatosi per effetto del magistero bolognese, altri elementi, di carattere istituzionale, quali fattori genetici del fenomeno da loro descritto: il De Luca poneva l'accento sulla volontà dei principi indipendenti dall'Impero, spesso assegnandole, anzi, un peso preminente; lo Struve, fautore della teoria del Conring, sull'aiuto concesso al diritto romano dagli Imperatori germanici (66); il Muratori, sulle autonomie comunali, nel cui seno vedeva concretarsi il consenso delle genti italiane. Il Tanucci invece in tale consenso scorge soltanto il frutto dell'attività di Irnerio e della sua scuola, presentandolo come un fatto puramente spirituale prodotto dall'*auctoritas* della scienza giuridica.

La disputa pandettaria lasciò tracce profonde nel granducato di Gian Gastone, e in particolare negli ambienti universitari. Ciascuno dei due contendenti annoverò un folto stuolo di sostenitori fra i propri colleghi (67). Nella polemica fu coinvolto, più di ogni altro, il fiorentino Giuseppe Averani, al quale il Brenkman aveva chiesto consiglio e il Grandi dedicato la sua *Epistola*, e che si schierò decisamente a favore di quest'ultimo contro il proprio discepolo (68). E con l'Averani ebbe a laurearsi, nel 1726, anche Pompeo Neri, che a Pisa ricoprì, negli anni 1728 e 1729,

(65) *Ibidem*, pp. 125-126.

(66) *Supra*, nota 28.

(67) D. MARRARA, *Bernardo Tanucci scolaro e lettore nello Studio di Pisa (1712-1733)*, in *Annali della Scuola Normale Superiore di Pisa*, Classe di Lettere e Filosofia, s. III, XII (1982), pp. 241-268: pp. 255-259.

(68) D. MARRARA, *Lettere di Giuseppe Averani relative alla polemica pandettaria tra il Grandi e il Tanucci*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XI (1981), pp. 3-35.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la cattedra di diritto pubblico, per trasferirsi poi nello Studio di Firenze, da cui intraprese la sua fortunata carriera politica.

9. Nel 1745 Pompeo Neri veniva incaricato dal primo Granduca della dinastia di Lorena, Francesco Stefano, di redigere un codice delle leggi patrie, e di lì a qualche tempo, nell'assolvimento del mandato ricevuto, presentava alla commissione appositamente istituita tre relazioni (recanti le date del 31 maggio, del 22 giugno e del 6 luglio 1747), ossia i *Discorsi tenuti nell'adunanza dei Deputati alla compilazione di un nuovo Codice delle Leggi municipali della Toscana* (69), al fine di chiarire i criteri del progettato testo normativo, il quale peraltro, com'è noto, non vide mai la luce.

Prima di individuare tali criteri, egli si soffermava però sui presupposti del suo lavoro, consistenti nella classificazione e nella valutazione delle diverse fonti del diritto vigente. E da questa indagine scaturivano i risultati più maturi delle tesi proposte da Donato Antonio d'Asti.

Delle « Leggi che presentemente vegliano in Toscana — scrive — altre sono proprie, altre sono straniere, e dall'uso e consenso tacito ricevute » (70).

Il diritto proprio, o patrio, abbraccia le leggi che « in differenti tempi sono state fatte dai Sovrani di Toscana per regolamento dei loro proprj Territorj e Governi », e comprende sia la normativa municipale che quella principesca: comprende, cioè, gli statuti di Firenze e di Siena, città capitali dei due Stati che compongono il Granducato sin dall'epoca della sua costituzione; gli statuti particolari delle varie magistrature fiorentine e senesi; gli statuti dei Comuni del contado e del distretto fiorentino e, parimenti, quelli dei Comuni del dominio senese; le riforme statutarie che si sono succedute attraverso i secoli; gli editti e i bandi dell'età repubblicana; la vastissima legislazione del principato; le consuetudini interpretative accolte dai tribunali toscani (71).

---

(69) Testo in G. B. NERI BADIA, *Decisiones et responsa juris*, Florentiae, ex typogr. J. Allegrini et Soc., 1769-1776, II, pp. 498-550.

(70) *Discorso primo*, p. 499.

(71) *Ibidem*, pp. 499-504 e 512.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Le leggi straniere, ma ugualmente usate nella regolazione dei rapporti della vita associata, sono invece:

1) i *Libri Feudorum*, che consistono nella raccolta delle « consuetudini Feudali » annesse al *Corpus Iuris Civilis*, le quali, « quantunque [...] siano consuetudini del Regno Longobardico compilate in Milano [...] non ostante siccome sono state ricevute universalmente per consenso spontaneo delle Nazioni, e si riguardano come il Gius Comune nella materia Feudale [...] similmente in Toscana sono state ricevute [...] e si osservano nel modo che è seguito in molti altri Paesi in tutti i casi non espressi nelle speciali investiture dei nostri Feudi »;

2) il diritto canonico, formato dall'originario *Corpus Iuris Canonici*, « ricevuto nel Mondo », e dalle successive « Costituzioni Pontificie che di tempo in tempo sono state promulgate in aggiunta del Corpo » medesimo e per le quali « si è sempre proceduto con la massima che non siano attendibili, se non sono state per consenso espresso dei Sovrani accettate », dato che il loro scopo è spesso quello « d'ingrandire la potenza della Sede Romana sopra le altre Chiese, e sopra l'autorità naturale dei Governi Laici », mettendo così a repentaglio i « diritti del Principato »;

3) il *Consolato del Mare*, « altra Legge straniera [...] per uso tra noi ricevuta [...] la quale è una raccolta di Leggi in origine dei Catalani che per consenso spontaneo delle Nazioni più culte che navigano i mari di Europa è stata ricevuta per Legge Generale nelle cose marittime e mercantili » ([72]).

Inoltre, prosegue il Neri,

> « [...] si è sempre osservato fra noi il corpo dell'Ius Civile dei Romani, il quale io non chiamerò Legge straniera, perché è sicura opinione che questo in Toscana sia stato sempre in osservanza fin da quando questa Provincia faceva parte dell'Imperio Romano, e che solo le novelle Costituzioni dell'Imperator Giustiniano, ove diversi cangiamenti furono fatti alle antiche Leggi Romane, si possino dire fra noi Leggi straniere dall'uso e dal consenso tacito dei Popoli abbracciate e ricevute, in quelle parti però che veramente si trova che l'uso vi si sia uniformato; giacché in molte parti si sa di certo non essere state

([72]) *Ibidem*, pp. 505-508.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

> ricevute, e che anzi per impedirne la recezione, la quale poteva temersi dal costume di leggere e insegnare nelle Università le dette Novelle insieme col restante del Corpo Civile furono in diverse Città d'Italia fatti in quel tempo li Statuti espressamente contradittorj alle nuove disposizioni di Giustiniano, e favorevoli e confermatorj dell'antico Gius Romano, e favorevoli in specie all'agnazione, e altre massime antiche, che Giustiniano aveva alterato per avvantaggiare li interessi del sesso muliebre. E da ciò dipende che quasi tutti li Statuti hanno disposto sopra le successioni ab intestato, perché non piacendo il metodo Giustinianeo che era difforme dal Gius antico d'Italia, ciaschedun Governo credé di dover recedere da detto metodo con uno Statuto correttorio [...]. Il corpo del Gius Civile dei Romani è adunque in Toscana in quelle parti che dagli Statuti non è corretto, quello secondo il quale si decidono le differenze dei privati, e si amministra la giustizia sì nei Giudizj civili che criminali da qualunque Magistrato che eserciti l'ufizio suo con Giurisdizione » (73).

Il diritto romano, cioè, non essendo, per la Toscana e per l'Italia, una legge straniera, non può ripetere la propria legittimazione dal « consenso spontaneo »: esso è sempre stato, ed è tuttora, diritto positivo per il fatto della sua continua e ininterrotta osservanza sin da quando venne posto in essere dagli antichi governanti della penisola; è tale, in altre parole, in forza del principio della continuità dell'ordinamento.

Questa conclusione, tuttavia, — precisa l'autore — è valida soltanto per le parti del *Corpus Iuris Civilis* (Digesto, Codice e Istituzioni) che rappresentano realmente il « Gius antico d'Italia ». Le Novelle si debbono invece considerare come leggi straniere, giacché gli Imperatori d'oriente, nei brevi anni che precedettero l'avvento del dominio longobardo, non ebbero la possibilità di inserirle in modo effettivo, o, quanto meno, in modo durevole, nella normativa del paese, per l'estraneità del loro contenuto alle tradizioni sociali e giuridiche delle genti italiche. Sussistono quindi, nei loro confronti, i criteri generali relativi a questa categoria di atti normativi, ed in primo luogo la necessità di conoscere i limiti entro cui « veramente si trova che l'uso vi si sia uniformato » per effetto del « consenso tacito dei Popoli ».

---

(73) *Ibidem*, p. 504.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

A parte le Novelle, comunque, « in Italia la Legge Romana per tutto si osserva come Legge propria » (74). Ma, dal momento che è vigente in molti territori europei — o a questo titolo (come accade appunto in Toscana e in tutta l'Italia) o in virtù della sua accettazione (come può essere accaduto altrove) — essa è anche diritto comune: « [...] la Toscana è una piccola provincia collocata nel mezzo a un vortice di Nazioni, che tutte vivano colle Leggi Giustinianee, e da tutte si risguardano come legge comune » (75). Essa costituisce, infine, il nucleo centrale, originario e di maggiore importanza pratica, dell'ordinamento, e dalle sue fonti discendono gli aspetti « essenziali » della « giurisprudenza »: il diritto proprio in senso stretto, o diritto patrio (municipale o principesco che sia), riveste infatti la natura di un mero « statuto correttorio », ossia di un insieme di leggi « addizionali e suppletorie » che hanno apportato deroghe al *Corpus Iuris* soltanto per il regolamento di alcuni istituti specifici (76). Non soltanto, perciò, le leggi toscane discordanti da quelle comuni debbono essere interpretate restrittivamente, ma è necessario altresì osservare la massima che, nei processi, « la parte che si fonda negli Statuti o Leggi Locali debba aver essa l'obbligo di produrgli, poiché in mancanza di essi il Giudice pronunzia secondo il Gius comune » (77).

Queste considerazioni di ordine tecnico, relative alla giustificazione del diritto romano ed ai suoi rapporti formali col diritto patrio, trovano poi il loro coronamento nei giudizi che il giurista fiorentino formula sulla superiorità intrinseca, sotto il profilo qualitativo, delle sue norme:

> « Il Gius Civile de' Romani ha avuto sempre questo vantaggio sopra le Leggi di tutte le altre Nazioni, di esser fondato in principj veri e innegabili di equità convenientissimi alla natura umana, e di esser trattato con una eleganza, e dignità

---

(74) L'espressione ricorre in una memoria (da noi parzialmente edita nell'appendice al saggio *Diritto patrio e diritto comune nei progetti toscani di codificazione dell'età della Reggenza*, cit., doc. I, pp. 186-191), nella quale viene riassunto il contenuto del *Discorso primo*.

(75) *Discorso secondo*, pp. 517-518.

(76) *Discorso primo*, pp. 504 e 510; *Discorso secondo*, p. 518.

(77) *Discorso primo*, p. 505.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

incomparabile, e di essere unito colla scuola della Giurisprudenza, cioè dell'arte di distinguere il giusto, insegnata per principj nel modo che s'insegnano l'altre scienze, e dimostrata con regole perpetue e generali, adattate perciò a tutti i tempi, e a tutte le Nazioni, e a tutti i generi di negozj. Questi vantaggi mancano nelle Leggi di tutti gli altri Popoli, che consistono per lo più in una raccolta sterile di ordini particolari, che non rendono dopo averla fatta l'uomo più perito, né più savio, né più giureconsulto di quel che prima si fusse [...]. Più che io mi sono andato inoltrando nell'osservazione e studio dei nostri Statuti, e di quelli di altre Nazioni che per confronto ho dovuto esaminare, più mi si è accresciuta la venerazione per le Leggi Romane [...]. Io ho avuto ancora campo di osservare che una potente cagione dell'oscurità e delle confusioni del Diritto Statutario è stata in tutti i tempi la troppa facilità e prontezza in far nuove Leggi, e in estendere le disposizioni troppo agevolmente da una materia all'altra per zelo di regolare tutto secondo la prudenza e convenienza dei tempi correnti; ma quest'istesso zelo ha caricato la Legislazione di un voluminoso peso di ordini difformi e contradittorj, e ha fatto fare molte correzioni inutili al Diritto comune. I tempi che hanno fatto credere prudenti alcune risoluzioni si sono mutati, ma le risoluzioni sono rimaste in essere a far numero e confusione, poiché li Statuenti non hanno sempre considerato che le Leggi rimangono perpetue, e che i motivi di fare le Leggi non sono perpetui, anzi alle volte sono di brevissima durata, onde nel fare per ogni piccolo motivo temporale una Legge perpetua si viene a crescere senza ragione adequata il numero delle Leggi, e queste Leggi rimangono col trascorso dei tempi prive del loro fondamento, e un ammasso inutile di legami, che non hanno più scopo veruno » (78).

Su tali presupposti viene costruito un progetto di codificazione molto cauto e riduttivo:

« Perciò crederei che nel proporre una riforma del nostro Diritto Statutario, due avvertenze bisognerebbe avere e stabilire per modo di regola e d'istruzione a chi deve a detta proposizione pensare. La prima, che si contenesse il nuovo Codice dentro i limiti delle sole materie trattate dai nostri Statuti, e che delle materie che questi hanno lasciate intatte non s'intraprendesse di parlarne, e molto meno di far correzione o altre novità sopra il Gius comune, poiché questa sarebbe un'impresa

(78) *Ibidem*, p. 511.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

d'infinito e pericoloso lavoro, e che ci allontanerebbe dalle massime con cui vivono tutti i Popoli nostri vicini [...]. Ristretta in tal guisa la compilazione ai puri titoli delle materie statutarie la seconda avvertenza che a mio credere bisognerebbe avere consiste nell'esaminare queste materie per chiarirsi se veramente sussistino i motivi per cui è bisognato recedere dalla disposizione di Ragion Comune, e disporne e trattarne negli Statuti. Se i motivi non sussistono o non sono più adattati ai presenti tempi, crederei, che si potesse scaricare il Codice Municipale di tutte queste disposizioni di materie ove con il Gius Comune resta prudentemente e sufficientemente provvisto » (79).

10. Le tesi del Neri ebbero i loro estimatori ed i loro seguaci. Ne fa fede, tra l'altro, una memoria, anonima e senza data, ma parimenti composta negli anni della Reggenza, *sopra l'amministrazione della giustizia del Granducato di Toscana*, la quale, nonostante il titolo, investe anche il problema più generale della codificazione (80). Le sue pagine introduttive insistono infatti sul motivo della continuità dell'uso del diritto romano, inteso come legge personale, dall'epoca delle invasioni barbariche al sorgere dei liberi Comuni, allorché si svilupparono gli statuti, come fonti di norme territoriali, e il *Corpus Iuris Civilis* divenne fonte del diritto comune:

« [...] principiando a poco a poco ad andare in disuso le Leggi e consuetudini Oltramontane venne a formarsi il Gius Patrio Toscano consistente in disposizioni parte scelte da quello che era rimasto tuttavia in vigore del diritto oltramontano, e parte dal diritto Romano, di cui fu sempre appresso i Toscani l'uso, ed autorità publica e generale, e nelle suddette nuove Leggi del Paese che di tempo in tempo pubblicavansi, raccolte tutte insieme sotto certi titoli e rubriche in codici costituti, o Statuti. Allora fu che l'intero corpo del diritto Romano cominciò a chiamarsi tra noi gius comune, sì per esser comune ad altri Popoli ancora, sì per differenziarlo dal Patrio, e gius sussidiario, perché non vi si deve aver ricorso se non che in mancanza del Patrio, o sia dello Statuto » (81).

---

(79) *Ibidem*, pp. 511-512.

(80) Da noi pubblicata in appendice al saggio *Diritto patrio e diritto comune*, cit., doc. IV, pp. 210-219.

(81) *Ibidem*, pp. 210-211.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Oltre alla compilazione giustinianea, — prosegue poi l'autore — vi sono pure altri « corpi di leggi » che assolvono le funzioni proprie del diritto comune, con l'avvertenza, però, che, secondo i casi, essi si possono identificare con un diritto geneticamente « interno » od « esterno » all'ordinamento statuale. Appartengono alla seconda categoria il « corpo del diritto canonico », quanto ai rapporti che il principe ha deciso di disciplinare non in modo autonomo, ma avvalendosi, appunto, delle norme canonistiche (« rispetto a quelle materie, o persone, di cui il Sovrano non ha voluto o dovuto più che tanto ingerirsene »), e il « Consolato di Mare », « approvato e giurato da differenti Nazioni ». Nella prima categoria rientrano invece:

> « 1) Il Corpo della Ragion Civile Romana per esserci stato dato dagl'Imperatori Romani, sotto all'Impero dei quali stette, benché turbata dalle barbare guerre, la Toscana fino alla dominazione de' Longobardi, quali pure continovarono l'uso ai Toscani, conforme fecero i nuovi Imperatori Occidentali, onde fu, ed è stata sempre Legge del Paese, prima sola, poi con altre, e adesso sussidiaria, ed è altresì compreso sotto la denominazione di Gius comune per le ragioni sopra allegate. 2) Li due Libri dei Feudi, o sia delle consuetudini Feudali aggiunti al Corpo delle Leggi Romane, e per l'autorità della Suprema Potestà, e pel comune uso, considerati oramai come parti del medesimo » ([82]).

Il ragionamento ricalca in gran parte, evidentemente, i concetti espressi nei *Discorsi*. La differenza che qui più ci preme di sottolineare sta nel fatto che l'anonimo autore della memoria, rigettando lo smembramento ideale del *Corpus Iuris Civilis*, qualifica come diritto « interno » anche le Novelle ed i *Libri Feudorum*, a proposito dei quali fa prevalere l'estrinseca considerazione che, essendo stati annessi *ab antiquo* al *Corpus* stesso, non sarebbe opportuno effettuarne il distacco ad opera del moderno interprete.

Il pensiero di Donato Antonio d'Asti e di Pompeo Neri si ripercosse inoltre sulle concezioni storiografiche. Vi fu chi portò fino alle conseguenze estreme il fondamentale principio ispiratore delle loro teorie, quello — ripetiamo — dell'integra trasmissione

([82]) *Ibidem*, pp. 213-214.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del diritto romano all'età medioevale. Un erudito pisano, Borgo dal Borgo, ad esempio, giunse al punto di asserire che nella sua città, anche dopo la discesa dei barbari, tale diritto era stato sempre applicato in via esclusiva, mentre qualche precetto degli editti longobardi vi era stato introdotto soltanto « per comodo dei confinanti e dei forestieri » ([83]). E Anton Maria Vannucchi, professore di diritto feudale nello Studio di Pisa, trasferì il medesimo principio dal piano normativo a quello istituzionale, propugnando la tesi della continuità tra le magistrature dell'antica Roma e gli organi di governo dei Comuni italiani: dalle magistrature romane sarebbero derivati gli uffici dei Consoli, del Podestà e del Capitano del Popolo (quest'ultimo, in particolare, essendo « una specie di Tribuno della Plebe, atto a sostenere i diritti Popolari contro la Nobiltà »), e nella « Dittatura dei Romani » avrebbe poi trovato la propria origine la Signoria cittadina, « creata in alcuni torbidi tempi per rimediare al furore delle Fazioni »; perfino le investiture feudali sarebbero state né più né meno che un adattamento ai nuovi tempi di istituti dell'epoca imperiale, quali la « milizia », gli « Uffizi di Corte » e le « Prefetture delle Provincie » ([84]).

11. Furono più numerosi, tuttavia, i sostenitori dell'indirizzo avverso. Segnaliamo innanzitutto un passo delle due memorie (anch'esse anonime e del periodo della Reggenza) *sopra la maniera di compilare un nuovo Codice di Leggi di Toscana* ([85]), che si contrappongono polemicamente al progetto di Pompeo Neri:

> « In questa dissertazione lasciate le nozioni della volgar Giurisprudenza, che considera tutti gli Statuti indistintamente come Leggi correttorie del Gius Comune, e in conseguenza odiose,

---

([83]) *Dissertazione sopra l'istoria de' Codici Pisani delle Pandette di Giustiniano Imperatore,* Lucca, J. Giusti, 1764, pp. 6-11.

([84]) *Introduzione al Diritto publico, o sia prospetto delle di lui Istituzioni,* ms. nella Biblioteca Universitaria di Pisa, Miscellanea Fabroni, 12, op. 16, cc. 20-21.

([85]) Anche queste due memorie, del medesimo autore e intitolate rispettivamente *Della necessità di fare un Corpo di Gius Patrio nel Granducato* e *Idea del Gius Patrio in tre parti*: *Codice Granducale, Gius Municipale, Gius Collegiale,* sono state da noi edite nel saggio *Diritto patrio e diritto comune,* cit., docc. II e III in appendice, pp. 192-209.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

> e da ristringersi coll'interpretazione, si aprirà più tosto la via a considerazioni migliori circa l'origine della maggior parte di esse, che in sostanza contengono quei costumi inveterati, ai quali i popoli se indigeni si erano già assuefatti, e se stranieri avevano portato seco nelle loro trasmigrazioni seguite per quello che riguarda il nostro soggetto, e i tempi a noi più prossimi dai Paesi settentrionali, che però nell'adottar poi per Leggi le contenute nella collezione Giustinianea, non volendo renunziare a consuetudini passate per dir così in natura, per dichiarar la limitata accettazione che facevano del nuovo Gius, e per conservare la memoria, e osservanza del vecchio, le ridussero in scritto ed in tale stato diedero loro il nome di Statuti » ([86]).

Gli statuti comunali sono perciò il frutto della codificazione del diritto consuetudinario, originario e genuino, delle genti italiane, laddove il diritto romano rappresenta un ordinamento estraneo a questo primordiale patrimonio giuridico, e vigente in forza di una sua « limitata accettazione ». È anche il caso di porre in evidenza come dal rifiuto di ridurre le disposizioni statutarie al rango di « leggi correttorie del Gius Comune » l'autore tragga la regola che esse non debbano essere interpretate in senso restrittivo: la polemica col Neri lo induce a superare gli stessi criteri fissati dal De Luca, secondo il quale, come si è visto, la validità del canone dell'interpretazione restrittiva deve essere negata per le leggi principesche, ma non certo per quelle prodotte dalle città suddite.

Assai più notevole è però il fatto che sul problema ebbe a pronunciarsi pure la Rota Fiorentina, in una sentenza del 27 aprile 1752 ([87]), dando così alla soluzione prescelta il valore proprio delle decisioni del supremo organo giudiziario dello Stato. Leggiamone il passo di maggiore interesse:

> « A tre classi possono generalmente ridursi tutte le Leggi obbligatorie, dalle quali nel governo civile prendono norma i

([86]) *Ibidem*, pp. 202-203.

([87]) *Florentina iuris expellendi 27 aprilis 1752 coram Ill.mo D.no Aud. Iosepho Bizzarrini*, in G. P. Ombrosi, *Selectae Rotae Florentinae decisiones*, Florentiae, ex typogr. Bonducciana, 1767-1785, I, decis. XXXIX, pp. 543-556. *Argumentum*: « Faber exercens artem prope domos doctorum actu legentium, potest expelli, et tale privilegium extenditur etiam ad advocatos, procuratores, et causidicos, si isti alibi commode nequeant habitare ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

doveri, e le azioni degli uomini. Nella prima si comprendono le Leggi Patrie, o come diconsi da altri di Origine, quelle cioè, che immediatamente sono state promulgate dal Sovrano Legislatore per i suoi Sudditi, e che contengono un pubblico precetto di farsi, o non farsi alcuna cosa in veduta della pena, o della nullità, o della coazione [...]. Nella seconda vengono le altre, che diconsi Estere, e Peregrine, fatte cioè, e promulgate da altri Legislatori per altre Nazioni, ma quindi tuttavia ricevute, e adottate, mediante l'uso del Popolo, e la tacita approvazione di chi governa lo Stato, quali principalmente fra Noi sono state le Leggi Romane, che in un tempo quasi intieramente poste in oblio, e poscia novellamente rimesse in osservanza, formano la parte più considerabile della nostra Giurisprudenza, *Volf. Ius natur. par. 8 cap. 5 § 968, Conring. de origin. cap. 21 et seq., Brunquell. Histor. Iur. Roman. p. 3 cap. 1 n. 2 et seq.* Nella terza per fine si annoverano gli Usi, e le Consuetudini legittimamente introdotte per la tradizione del Foro, e per le cose giudicate, che ugualmente desumono ogni loro forza dalla tacita, e presunta approvazione de' Regnanti, e che sono in tutto, e per tutto di ugual vigore, e non meritano di essere niente meno osservate delle altre Leggi di sopra accennate » ([88]).

Lo scopo palese della sentenza è quello di sottoporre ogni fonte normativa alla volontà del sovrano. Oltre ad emanare le « Leggi Patrie », egli presta infatti la propria « approvazione », sia pure « tacita e presunta », tanto al diritto consuetudinario, sanzionato dalla « tradizione del Foro » ([89]), quanto alle « Leggi Estere », e, fra queste, « principalmente » alle « Leggi Romane », vigenti grazie ad un « uso del Popolo » favorevole alla loro obbligatorietà. È significativo che il tribunale fiorentino, per imprimere maggior forza alle proprie argomentazioni, aderisca al punto di vista, caratteristico della storiografia più arcaica, dell'abbandono plurisecolare delle raccolte giustinianee, « un tempo quasi intieramente poste in oblio, e poscia novellamente rimesse in osservanza ». Ed è altrettanto significativo che invochi, prima fra tutte, l'autorità di quel Christian Wolff che, in una sua celebre opera da poco edita, aveva accentuato — ma con riguardo alla recezione tipica

([88]) *Ibidem*, sez. II, 11-14, pp. 545-546.

([89]) Il « Gius Consuetudinario » di cui parla la sentenza « ha per base la concorde opinione dei Dottori, e l'autorità delle Cose giudicate » (*ibidem*, 15, p. 546).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del mondo germanico — l'elemento del volere del principe a scapito del « consenso » e dell'« uso » popolare (90):

> « Quoniam leges civiles non obligant nisi membra civitatis, in qua feruntur; si leges peregrinae recipiuntur, eae non habent vim obligandi qua leges peregrinae, sed quatenus superior vult eas esse leges in Republica quam regit, consequenter non amplius spectantur tanquam leges peregrinae, sed tanquam leges hujus civitatis. Ita si superior leges per Mosen Hebraeis latas recipit, eaedem subditos suos non obligant tanquam leges Mosaicae, seu Hebraeorum; sed tanquam leges ab ipso iisdem latae. Similiter Jus Romanum in Germania non valet tanquam Jus Romanum, nec tanquam Jus Germanicum; sed tanquam Jus superioris, qui in suo territorio potestatem legislatoriam habet. Sine voluntate enim superioris, seu ejus, qui potestatem legislatoriam habet in civitate, seu territorio quodam, nulla concipitur lex civilis, quae cum sint leges positivae humanae, aliunde quam a voluntate ipsius vim obligandi habere nequeunt. Unum idemque est, sive superior in condendis legibus utatur consilio ministrorum suorum, vel aliorum civium, sive extraneorum. Quando vero leges peregrinas recipit, perinde omnino est, ac si usus fuisset consilio extraneorum » (91).

Alla pronuncia rotale fece riscontro, nella dottrina, un parere conforme di Leopoldo Andrea Guadagni, il membro più eminente del collegio dei legisti dell'ateneo pisano dopo la scomparsa di Giuseppe Averani. La massima contenuta in un suo trattato istituzionale (« Hoc denique Justinianeum Jus eatenus obligat, quatenus receptum est ») (92) sollecitava, oltretutto, la riflessione sul pensiero del De Luca — il cui *Theatrum* vi è espressamente citato —, e non soltanto nei suoi aspetti più generali, ma anche circa le illazioni che ne erano state dedotte in ordine ai rapporti

---

(90) Dopo la citazione dell'opera del Wolff passano in secondo piano quelle degli scritti — più antichi e di minore rilievo ed incisività per la soluzione del problema qui esaminato — del Conring e del Brunquell (sui quali v. *supra*, § 3, testo e nota 28).

(91) *Jus naturae metodo scientifica pertractatum*, Francofurti et Lipsiae - Halae Magdeburgicae, in off. libraria Rengeriana, 1741-1748, pars VIII, cap. V, 968, pp. 745-746.

(92) *Institutionum Iuris Civilis liber I*, Pisis, J. P. Giovannellius, 1758, proemio, 27, p. 56.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tra le fonti ed ai criteri interpretativi delle diverse norme giuridiche (93).

12. La Toscana assistette allora ad un curioso, ma non incomprensibile, ripiegamento sulle opinioni e sulle credenze del passato. Ricordiamo due esempi emblematici.

L'ampia storia della legislazione romana di Giuseppe Maria Tartini afferma che « l'invasione nell'Italia dei popoli Settentrionali [...] impedì in queste parti il desiato effetto » dell'opera giustinianea e che molte regioni della penisola ebbero a governarsi per più secoli, in realtà, col solo diritto barbarico, giacché — seppure i Longobardi « permessero a quelli antichi abitatori d'Italia di seguitare, se voleano, le Leggi di Giustiniano » — « si può credere in quel mescuglio di Leggi, e di nazioni intente unicamente a guerreggiare qual fusse l'uso delle Leggi Romane » (94):

> « Il trionfo pertanto delle Leggi Giustinianee non cominciò prima che verso il principio del XII Secolo, allorquando furono ritrovate le Pandette, come si dice nella Città di Amalfi [...] essendo anco nell'istesso tempo stato ritrovato in Ravenna antica sede dei Regi Goti il Codice delle Imperiali Costituzioni [...]. Allora fu che la novità, e l'eleganza di esse mosse il prurito di tutti quei popoli, principati, e regni, nei quali si trovava allora diviso l'antico Romano Imperio in specie di Occidente, quali fecero a gara ad abbracciarle, ed a proporzione che presero queste il piede cominciarono a cessare le Longobarde. Seppure ciò non seguì in ordine ad un Decreto di Lotario dell'anno 1136 menzionato dagl'autori ma da niuno per altro visto » (95).

Un altro passo indietro veniva poi fatto da Luigi Cremani, un toscano chiamato ad insegnare il diritto criminale nello Studio di Pavia. In polemica con Donato Antonio d'Asti egli scrive in-

---

(93) Il richiamo riguarda infatti sia il passo del lib. IV, pars I, *De servitutibus*, disc. I, 11, p. 3 (*supra*, nota 13), sia quello, relativo all'interpretazione del diritto patrio, del lib. XV, pars I, *De judiciis*, disc. XXXV, 20, pp. 110-111 (*supra*, § 7 e nota 51).

(94) *Prospetto istorico-analitico delle Leggi Civili dei Romani*, Firenze, G. Cambiagi, 1783-1785, I, pp. 65-68.

(95) *Ibidem*, pp. 70-71.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nanzitutto che il diritto romano sopravvissuto in Italia durante il regime delle leggi personali era il teodosiano e non il giustinianeo (96). Attingendo alle *Origines* di Gian Vincenzo Gravina conclude quindi:

> « Saeculo tandem XII fortunato quodam casu reperti sunt Digestorum libri [...] et Pisas primum postea Florentiam translati [...]. Reperti etiam alii iuris Iustinianei Codices, non tamen Novellae constitutiones, quae fortasse antea quoque per Italiam vagabantur. Quare illud solum restabat, ut summa Principum auctoritas barbararum gentium leges abrogaret, iuberetque ut Romanum ius explicaretur in scholis, reciperetur in foro atque ex eo privatorum omnium lites in posterum iudicarentur. Quae omnia ut melior fert opinio Lotharius II Saxon Romanorum Imperator consiliis usus Irnerii Iurisconsulti edicto suo praestitit an. Ch. 1137 » (97).

Tornava così alla ribalta perfino l'editto di Lotario.

Ci sembra superfluo, a questo punto, allegare altre testimonianze a riprova della presenza, nella dottrina toscana, di questa o di quella posizione. È piuttosto il caso di porre fine alla nostra indagine con l'esame dei pareri di due modesti giuristi che ricoprirono la cattedra di istituzioni civili e di notariato nello Studio fiorentino, l'uno, Antonio Filippo Montelatici, sotto il governo di Pietro Leopoldo e nei primi anni di quello di Ferdinando III, l'altro, Carlo Redi, tra la fine del XVIII e gli inizi del XIX secolo (98). I loro scritti istituzionali, dichiaratamente destinati ad avviare i giovani alla pratica notarile e forense, e ricchi di osservazioni ricavate dalla legislazione patria non meno che dal diritto

---

(96) *In libros IIII Imperialium Institutionum lucubrationes academicae*, Ticini Regii, P. Galeatus, 1784, I, proemio, 39, p. 37 (« Neque tamen putandum est cum nonnullis illud ius servatum fuisse quod in Iustiniani codice, aut in Pandectis continebatur; cum potius illud obtinuisse verisimile sit, quod in Caii institutionibus, ac Ulpiani, Paulique libris, nec non in Theodosiano, aut in Alariciano Codice extabat »).

(97) *Ibidem*, 40, p. 38. Alle medesime conclusioni perviene, ad esempio, anche N. SALVETTI, *De ortu et progressu legislationis in Etruria dissertatio*, Pisis, apud J. D. Carotti, 1771, p. 11.

(98) Cfr. G. PREZZINER, *Storia del pubblico Studio e delle società scientifiche e letterarie di Firenze*, Firenze, Carli, 1810, II, pp. 185-186 e 233-234.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

comune [99], possono infatti servire a cogliere, forse meglio di altre opere di maggiore respiro scientifico, le idee più largamente diffuse nella cultura giuridica di questo periodo.

Nel commento al titolo II del libro I delle Istituzioni (*De iure naturali et gentium et civili*) entrambi parafrasano il testo giustinianeo col chiarire che lo « ius civile » in senso lato è il diritto di ciascuna « civitas », ma che questa dizione viene di regola impiegata in maniera più riduttiva per designare, « ob eius excellentiam », il diritto proprio della « civitas Romana », accolto, ormai da secoli, come « ius commune » [100]. Seguono in ciò un insegnamento tralatizio, che taluno precisa ulteriormente sotto il profilo terminologico affermando che, sebbene il diritto di ogni Stato indipendente si possa definire « ius civile », è invalso l'uso di riservare tale nome al solo diritto romano e di attribuire invece a quello degli altri popoli il nome di « statuta » [101]: era esattamente l'opinione contro cui aveva combattuto il De Luca [102].

---

[99] A. F. Montelatici, *Iurisprudentiae Civilis Elementa iuxta Institutionum Imperialium ordinem una cum quamplurimis Practicis Observationibus et Monitis ex decisionibus praecipue nostrorum Tribunalium depromptis, et Clausularum explicatione ad Formularii Florentini ornatum et neotericorum tabellionum rudimentum, nec non ad aliquam defensorum causarum commoditatem* [...] *elaborata potissimum iuxta patrias vigentes leges*, Florentiae, ex typogr. Bonducciana, 1777-1778; C. Redi, *Institutiones Iuris Civilis in quibus latior Romanae Jurisprudentiae explicatio cum patrii Juris tractatione sociatur, usus forensis indicatur, et frequentiores explicantur clausulae*, Florentiae, J. Paganius, 1802.

[100] A. F. Montelatici, *Iurisprudentiae Civilis Elementa*, lib. I, tit. II, pp. 35-36; C. Redi, *Institutiones Iuris Civilis*, lib. I, tit. II, 4, p. 20.

[101] L. Cremani, *In libros IIII Imperialium Institutionum lucubrationes academicae*, cit., lib. I, tit. II, 8, pp. 59-60 (« Cum vero quaelibet gens libera sibi peculiare ius constituere soleat, dici vere potest tot esse civilis iuris genera, quot sunt civiles hominum societates, quae nec invicem, nec uni imperio subiiciuntur. Attamen quoties non addimus nomen, cuius civitatis ius sit, subauditur ius Romanum. Immo obtinuit iamdiu apud multos, ut hoc ius dicant civile, reliquarum vero civitatum quantumvis liberarum iura plerumque statuta appellent »); *Iuris Civilis Institutiones*, Ticini, B. Comini, 1795, lib. I, tit. II, 2, p. 14 (« [...] etsi ius proprium cuiuslibet liberae civitatis vere civile sit; nihilominus quando ius civile simpliciter dicimus, ius civitatis Romanae intelligimus per excellentiam, illudque commune quoque nuncupatur; reliquarum gentium iura statutorum appellatione iamdiu significari coeperunt »).

[102] *Supra*, § 7.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Su queste premesse, che già anticipano la funzione preminente assegnata al *Corpus Iuris* nel sistema delle fonti normative, s'imperniano le conclusioni dei due autori toscani:

> « Certum est Romanorum ius praesertim in Italia receptum esse iusque commune nuncupari, ex quo regula generalis oritur, quod civitatum statuta, seu leges huic derogantes hodiosa reputantur, proindeque stricte, ut aiunt, sunt interpretanda passivamque in dubio ab eodem interpretationem recipiunt » (103).

> « Romanorum ius etiam commune merito nuncupatur; eo quod propter eximiam, quae in ipso conspicitur, aequitatem honestatemque a cultioribus Gentibus receptum est, atque apud eas in omnibus casibus observatur, in quibus propriae leges ac Statuta deficiunt. Quinimmo ad hujus juris normam interpretandae sunt cujusque Civitatis leges, quae illi manifeste non repugnant; et si repugnent in ambigua facti specie ita coërcendae sunt, ut ius illud quam minimum laedant » (104).

Vengono cioè adottati i punti di vista ormai predominanti, ma cadono, nello stesso tempo, i fermenti innovatori che ne avevano caratterizzato l'accoglimento da parte di altri giuristi. I criteri che tradizionalmente presiedevano all'interpretazione del diritto patrio non ne sono più scalfiti.

Un ultimo rilievo interessante si può leggere nell'operetta del Redi. Egli ribadisce, sì, che il diritto giustinianeo « eatenus obligat, quatenus receptum est », in quanto l'« auctoritas » di cui è investito non può provenire « ex alio fonte, quam ex tacita Etruriae Populorum acceptatione », e che questa « acceptatio » avvenne quando il medesimo, « per Italiam a barbaris gentibus occupatam, diu neglectum [...] saeculo duodecimo, tempore Lotharii rursus in lucem protractum, atque in usum revocatum, Bononiae, alibique [...] doceri coepit ». Ma subito dopo per dovere di completezza soggiunge pure che « alii vero, exceptis Iustiniani Novellis, ceterum Romanorum Jus non ex adoptione, sed ex lege Populis

---

(103) A. F. Montelatici, *Iurisprudentiae Civilis Elementa*, lib. I, tit. II, *Notae respicientes materiam statutorum*, p. 45.

(104) C. Redi, *Institutiones Iuris Civilis*, lib. I, tit. II, nota 2, p. 24.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Etruriae commune esse existimarunt » ([105]): le divergenze vertenti sulla giustificazione del diritto romano comune venivano così ancora a manifestarsi, in un manuale di uso scolastico, alla vigilia delle codificazioni napoleoniche.

([105]) *Ibidem*, proemio, 23 e 31, pp. 10 e 12-13. L'espressione « ex lege » è usata ambiguamente nel testo, potendo essere riferita tanto al comando del legislatore romano quanto al presunto editto di Lotario II. A rendere possibili entrambe le interpretazioni concorre l'accenno relativo al fatto che — secondo alcuni autori, disattesi dal Redi — le Novelle giustinianee avrebbero avuto una sorte diversa da quella delle altre parti del *Corpus Iuris*: e già sappiamo che su tale diversità avevano posto l'accento sia Pompeo Neri (definendo le medesime Novelle leggi « straniere, e dall'uso e consenso tacito ricevute »: *supra*, § 9), sia Gian Vincenzo Gravina ed i suoi epigoni toscani, come, ad esempio, Luigi Cremani (i quali avevano asserito che, ancor prima dell'intervento di Lotario, esse « per Italiam vagabantur », affiancandosi al diritto romano teodosiano: *supra*, § 4 e passo alla nota 97).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MARIO A. CATTANEO

IL DIRITTO PENALE NEL PENSIERO DI LUDWIG HEINRICH JAKOB

1. *Premessa.*

Fra i « giuristi minori » kantiani, di cui si sono occupati in Italia soprattutto il Goretti [1], più recentemente il Negri [2], e altri [3], incontriamo, fra le figure di maggior rilievo, quella di Ludwig Heinrich Jakob (1759-1827), professore dal 1782 nella università di Halle e direttore degli *Annalen der Philosophie und des philosophischen Geistes* [4].

La qualifica di « kantiani », attribuita ai pensatori fra i quali rientra Jakob, non implica per nulla la conseguenza che essi fossero seguaci pedissequi del filosofo di Koenigsberg, non esclude che almeno alcuni di essi fossero pensatori indipendenti (*Selbstdenker*). Questo vale, in particolare, proprio nel caso di Jakob.

---

[1] C. GORETTI, *Il carattere formale della filosofia giuridica kantiana*, Milano 1922, pp. 29 ss. e 123 ss.

[2] Antonio NEGRI, *Alle origini del formalismo giuridico*. Studio sul problema della forma in Kant e nei giuristi kantiani tra il 1789 e il 1802, Padova 1962, *passim*.

[3] Mario A. CATTANEO, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Milano 1970; *La dottrina penale di Karl Grolman nella filosofia giuridica del criticismo*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », a cura di G. TARELLO, vol. III, Bologna 1973, pp. 261-347; *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*, Milano 1982, pp. 69-83; *Cristianesimo e pensiero giuridico liberale*, in AA.VV., *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, a cura di L. LOMBARDI VALLAURI e G. DILCHER, Milano 1981, vol. II, pp. 1213-1215.

[4] Per qualche notizia storica su Jakob v. A. NEGRI, *op. cit.*, spec. pp. 97 n. e 179-180 n.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Tuttavia, nella « Allgemeine Deutsche Biographie » del 1881 Jakob è definito un « begeisterter Vertreter der Philosophie Kants, welche er theils in förmlichen Plagiaten unablässig wiederholte ... theils in populärer Form zum Gemeingut zu machen strebte » (5); una simile caratterizzazione è stata considerata dallo Stolleis come eccessivamente unilaterale, « allzu einseitig » (6): e con piena ragione. Ad essa è infatti possibile rivolgere due obiezioni.

In primo luogo, vi è un àmbito di studî, in relazione ai quali Jakob ha chiaramente assunto una posizione autonoma, e anzi contrapposta a quella di Kant: il diritto pubblico, la dottrina dello Stato. Nel suo scritto del 1794 *Antimachiavel oder über die Grenzen des bürgerlichen Gehorsams* — che è forse la più conosciuta fra le opere di Jakob — egli critica la negazione del diritto di resistenza dei cittadini contro il sovrano, esposta da Kant nel saggio *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* (7). In effetti, la discussione di questo tema contenuto nell'*Antimachiavel* può essere considerata come una critica della tesi di Kant sul diritto di resistenza, svolta però nell'àmbito della filosofia critica, e soprattutto della kantiana filosofia morale. Nella *Vorrede* a questo libro scrive Jakob: « Wenn der Unterthan wirklich in keinem einzige Falle ein Zwangsrecht gegen den Souverain hat; so ist er in der That nichts mehr als sein Sklav, in der allereigenthlichsten und schlimmsten Bedeutung des Worts » (8); e più avanti: « Ein unbedingter leisender Gehorsam widerstreitet Kants Moral-System ganz und gar; den Unterthanen alles Zwangsrecht gegen den Souverain absprechen, heisst, ihn verpflichten, alles zu thun, was der Souverain befiehlt.

---

(5) « Allgemeine Deutsche Biographie », 1881, p. 689 ss., cit. da M. STOLLEIS, *Staatsraison, Recht und Moral in philosophischen Texten des späten 18. Jahrhunderts*, Meisenheim am Glam, 1972, p. 88. Giudizi negativi su Jakob (benché limitati ad alcune opere) si trovano anche in C. GORETTI, *Il carattere formale*, cit., p. 123; P. MARTINETTI, *La libertà*, Torino 1965 (1ª ed. Milano 1928), p. 284.

(6) M. STOLLEIS, *op. cit.*, p. 88.

(7) I. KANT, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* (1793), in *Kleinere Schriften zur Geschichtsphilosophie Ethik und Politik*, herausgegeben von K. Vorländer, Hamburg 1964 (ristampa), pp. 97 ss.

(8) L. H. JAKOB, *Antimachiavel, oder über die Grenzen des bürgerlichen Gehorsams*, Halle 1794, Vorrede, p. XIII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Dieses heisst aber den Willen des Souverains zum unbedingten Sittengesetze machen; der Mensch müsste im Bürgervertrage, das unveräusserlichste unter allen Rechten, nämlich das Recht selbst zu bestimmen, was seine Pflicht sey, aufopfern, welches der *Kantischen*, so wie aller gesunden Moral- und Rechts-Philosophie widerspricht » (9). Jakob, come si vede, indica una chiara contraddizione fra l'idea di un dovere di obbedienza assoluta a qualsiasi atto di volontà di un sovrano (che conduce a elevare quest'ultima sopra la legge morale) e la filosofia morale di Kant, fondata sull'assoluto primato del *Sittengesetz*.

Queste proposizioni assai convincenti contengono un ragionamento più acuto e pertinente di alcune delle argomentazioni contenute nell'*Anti-Hobbes* di Feuerbach (10); dire che le citate affermazioni di Jakob sono l'espressione dell'atteggiamento di un imitatore servile, sarebbe trarre una conclusione assurda e contraddittoria. Resta perciò confermata l'infondatezza del giudizio sopra riportato.

In secondo luogo, si deve notare che — al pari di altri giuristi kantiani (quali Hufeland, Schmalz, lo stesso Feuerbach) — Jakob ha elaborato una propria filosofia giuridica, ha compiuto la deduzione del diritto naturale e la distinzione fra morale e diritto, sulla base della filosofia morale kantiana, *prima* della pubblicazione dei *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* di Kant, avvenuta, come è noto, nel 1797. La concezione filosofico-giuridica di Jakob è contenuta infatti nell'ampio volume *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht*, pubblicato a Halle nel 1795; prima di quest'opera di Jakob era uscito un solo scritto di Kant contenente una prima elaborazione del concetto di diritto, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* del 1793, se si eccettuano i cenni già contenuti nella *Kritik der reinen Vernunft* (11). Un secondo scritto dedicato a

(9) L. H. JAKOB, *ibid.*, pp. XXI-XXII.

(10) P. J. A. FEUERBACH, *Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherren*, Erfurt 1798 (ristampa anastatica Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1967), pp. 87-91; trad. it. a cura di Mario A. CATTANEO, in « Civiltà del Diritto », Giuffrè, Milano 1972, pp. 58-60.

(11) I. KANT, *Kritik der reinen Vernunft* (1ª ed. 1781, 2ª ed. 1787), « Die trans-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

temi etico-giuridici prima della *Metaphysik der Sitten*, *Zum Ewigen Frieden*, uscì nello stesso anno del libro di Jakob ([12]). È questo un chiaro segno del fatto che Jakob, come anche gli altri autori ricordati, aveva appreso a pensare e filosofare in modo autonomo, sia pure sotto la spinta ed entro la cornice della filosofia di Kant.

Nel presente scritto intendo dedicare la mia attenzione al libro di Jakob del 1795, e in particolare alla dottrina della pena in esso contenuta. In questo caso siamo in presenza di una teoria che presenta alcune somiglianze con la nota dottrina penale, elaborata nella *Metaphysik der Sitten*; tuttavia, non soltanto questa concezione della pena fu elaborata « zwei Jahre vor Kant », come sottolinea il Nagler (il quale chiama Jakob anche un « Vorläufer Kants » ([13])), ma essa è anche condotta — come cercherò di dimostrare (v. *infra*, spec. nn. 4, 5, 6) — con maggiore coerenza della stessa dottrina della pena di Kant.

2. *Il significato della pena nella « Vorrede » alla « Philosophische Rechtslehre ».*

Già nella prefazione (*Vorrede*) al volume *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht* è contenuto un cenno generale al problema

---

zendentale Dialektik », II Teil, II Abteilung, I Buch, I Abschnitt « Von der Ideen überhaupt », ed. a cura di R. SCHMIDT, Hamburg 1976 (ristampa), pp. 351-352. V. in proposito C. GORETTI, *Il carattere formale*, cit., pp. 25-26; G. VLACHOS, *La pensée politique de Kant*, Paris 1962, pp. 111-117; Mario A. CATTANEO, *Hinweise auf Recht und Strafe in der Kritik der reinen Vernunft*, in « Akten des 5. Internationalen Kant-Kongresses, Mainz 4-8 April 1981 », Teil I. 1, herausgegeben von G. Funke, Bonn 1981, pp. 501-506.

([12]) I. KANT, *Zum Ewigen Frieden*. Ein philosophischer Entwurf, 1795, pubblicato in *Kleinere Schriften*, cit., pp. 115-169.

([13]) J. NAGLER, *Die Strafe*. Eine juristisch-empirische Untersuchung, Leipzig 1918 (ristampa anastatica Scientia Verlag, Aalen 1970), pp. 364 e 365 n. Ricordiamo anche quanto a questo proposito aveva già scritto in una nota apposta a un suo cenno alla teoria della pena di Kant, Fichte: « Auch der beliebte Herr *Jacob* hat in seiner philosophischen Rechtslehre dem grossen, doch nicht infallibeln Manne, auf welchen ich oben Rücksicht nehme, schon viele Jahre zum voraus beigestimmt », *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre* (Jena und Leipzig 1796), II Teil, II Abschnitt, § 20, ed. a cura di M. ZAHN, « Philosophische Bibliothek », Felix Meiner, Hamburg 1960 (ristampa della 2ª ed. 1922), p. 276 n.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

penale. Qui Jakob dichiara che il diritto penale naturale (« das natürliche Strafrecht ») da lui sostenuto è vòlto a superare molti pregiudizî, e costruisce il concetto di pena (che a suo giudizio merita maggiore attenzione di quella fino ad allora ricevuta) unicamente sulla base del concetto di giustizia (« allein auf dem Begriff der Gerechtigkeit »). Una simile fondazione del concetto di pena concorda perfettamente con l'intenzione di Jakob, di edificare l'intera sua dottrina del diritto su un « principio giuridico formale » (« formales Rechtsprincip ») (14). Jakob osserva che molti studiosi del diritto naturale, i quali avevano preso giustamente le mosse da principî formali, hanno successivamente dimenticato di applicare tali principî alla dottrina dei mezzi coattivi (*Zwangsmittel*) e hanno elevato alcuni scopi di utilità (*nützliche Zwecke*) a criterio di misura del diritto. Secondo Jakob viceversa il concetto di mezzo coattivo senza scopo materiale (« ohne allen materiellen Zweck ») può essere espresso benissimo come legge universale, con la seguente formula: « Jeder darf um der Beleidigung willen gezwungen werden: oder die Beleidigung kann die Ursache eines ihr proportionirlichen Uebels seyn; wobey weder auf die Gemüthsart des Beleidigten (ob er es aus Rache oder Menschenliebe thue) noch auf die Folgen in dem Beleidiger (ob er dadurch gebessert werden möge oder nicht) gesehen wird, sondern lediglich darauf, ob es sich als allgemeines Gesetz gedacht, widerspreche, oder ob ein System von vernünftigen Wesen denkbar sey, in welchen das *Naturgesetz* eingeführt wäre, dass jeder Beleidigten unvermeidlich erwarten musste » (15). Se dunque l'offesa è il fondamento unico di giustificazione dell'uso del mezzo giuridico coattivo, ne deriva che l'offeso non viola i diritti dell'offensore, se usa la coazione nei suoi confronti senza uno scopo, cioè se lo punisce a causa dell'offesa: « wenn er ihn *ohne Zweck* zwingt, d.h. wenn er ihn für seine Beleidigung straft ». Gli scopi buoni, che si possono unire alla pena, sono considerati da Jakob come sussidiarî, come *Nebensachen*, e in quanto tali sono presi in consi-

(14) L. H. JAKOB, *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht*, Halle 1795, Vorrede, p. v. Nelle citazioni mantengo la grafia originaria, propria del tedesco settecentesco di Jakob.

(15) L. H. JAKOB, *ibid.*, pp. XIV-XV.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

derazione dal dovere di benevolenza, ma non hanno a che vedere con la stretta giustizia. Tali scopi violano la giustizia, allorché, come spesso capita, l'esempio verso gli altri, e non l'offesa, diventa il motivo per una pena più severa: « Sie gehören bisweilen *ad melius esse*, nicht *ad esse*, und werden gar ungerecht, wenn man, wie es oft geschieht, durch sie auf Kosten der Gerechtigkeit etwas gutes ausrichten will, wie wenn das Beyspiel für andere (also nicht die Beleidigung) ein Grund der schärferen Strafe wird » [16]. Jakob osserva poi che la dottrina dei mezzi coattivi (ovvero delle pene) merita una maggiore attenzione da parte degli studiosi del diritto naturale, ed esprime in conclusione l'esigenza di una limitazione del potere punitivo: « Das unendliche Recht des Beleidigten und das bekannte *in hostem omnia licent* sind noch gräuliche Schandflecke für die philosophische Rechtslehre » [17].

Come ci si può rendere conto, in questa *Vorrede* sono contenute alcune osservazioni, le quali esprimono una caratterizzazione generale del diritto penale, e indicano, *prima* di Kant, una chiara connessione del concetto di pena con quello di giustizia, criticando la dottrina della pena orientata in senso preventivo; la teoria della pena, che pone lo scopo quale fondamento principale della punizione, viene considerata da Jakob come pericolosa, perché può giustificare l'inflizione di una pena troppo severa, sproporzionata al delitto, in contrasto con la giustizia e con i diritti dell'individuo. Si può considerare questa affermazione di Jakob come una anticipazione della famosa critica rivolta da Kant alle concezioni penali utilitaristiche, critica fondata sul principio per cui l'uomo è un fine in se stesso [18].

---

[16] I. H. JAKOB, *ibid.*, pp. XV-XVI.

[17] I. H. JAKOB, *ibid.*, p. XVI.

[18] I. KANT, *Metaphysik der Sitten. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (1797), ed. « Philosophische Bibliothek », herausgegeben von K. Vorländer, F. Meiner, Hamburg 1966 (ristampa anastatica della 4ª ed. 1922), II Teil, § E, p. 158: « *Richterliche Strafe* ... kann niemals bloss als Mittel, ein anderes Gute zu befördern, für den Verbrecher selbst oder für die bürgerliche Gesellschaft, sondern muss jederzeit nur darum wider ihn verhängt werden, weil er *verbrochen* hat; denn der Mensch kann nie bloss als Mittel zu den Absichten eines anderen gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt werden, wowider ihn seine angeborene Persönlichkeit schützt ... ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

3. *Il concetto di diritto di Jakob.*

Prima di procedere a una specifica analisi del concetto di pena nel pensiero di Jakob, è necessario esaminare brevemente il suo concetto di diritto, ovvero delineare la sua deduzione del concetto formale e *a priori* del diritto. Jakob definisce il concetto di diritto nel modo seguente: « Recht ist ein Begrif, der sich nur auf sittliche freye Wesen beziehen kann, und der selbst durch den Begrif der Freiheit bestimmt ist » (19). Il diritto è in tal modo strettamente connesso alla libertà del volere: « Ein Wesen heisst aber frey, (im moralischen Sinne) in wie fern es einen freyen Willen hat, und die Freiheit des Willens ist das Vermögen sich unabhängig von allen äussern Antrieben, die Bestimmungsgründe seiner Handlungen, unter den verschiedenen Vorstellungen selbst zu wählen. Die Freiheit ist also eine eigenthümliche Art von Ursache, nemlich eine solche, die von keiner andern abhängt » (20). In piena consonanza con la filosofia morale kantiana Jakob connette legge morale e libertà del volere. Le leggi, la cui possibile osservanza dipende dalla libertà del volere, sono le leggi morali (*Sittengesetze*); queste esprimono la necessità morale (*moralische Notwendigkeit*), la quale consiste nel fatto che qualcosa, anche se non accade realmente, deve però accadere. Questo dovere (*Sollen*) non significa che ciò che è determinato dalla legge accada realmente, ma soltanto che la dignità degli esseri morali dipende dal fatto che esso accada (21). Poiché la libertà è una capacità morale (*sittliches Vermögen*), Jakob definisce il diritto, in senso soggettivo, nel modo seguente: « Ein sittliches Vermögen zu Handlungen, welche kein Anderer verwehren darf, heisst ein Recht ». Al diritto in questo senso corrisponde un dovere universale negli altri uomini: « Jedem Rechte in dem einen steht also, eine Pflicht in allen übrigen moralischen Wesen gegen über » (22).

---

(19) I. H. JAKOB, *Philosophische Rechtslehre*, cit., I Theil « Reine Rechtslehre », I Abschnitt, § 12, p. 7.

(20) L. H. JAKOB, *ibid.*, § 13, p. 7.

(21) L. H. JAKOB, *ibid.*, §§ 15-16, pp. 8-9.

(22) L. H. JAKOB, *ibid.*, §§ 19 e 23, pp. 10-12.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nel concetto di diritto Jakob distingue l'elemento materiale e l'elemento formale: materia è il contenuto, l'oggetto del diritto; forma del diritto è il fatto che si pensi un dato oggetto materiale come diritto (« dass man ... Materie als Recht denkt, darinne besteht die Form des Rechts »). Nell'àmbito della classificazione dei diritti sulla base della forma, Jakob distingue, secondo la kantiana categoria della modalità, i diritti perfetti dai diritti imperfetti; i primi sono quelli, il cui esercizio non dipende dalla volontà libera di un altro essere razionale, nel caso dei secondi il consenso libero dell'altro è una condizione della realizzazione dell'oggetto del diritto. I diritti perfetti sono perciò sorretti dall'uso della coazione: « Die vollkommenen Rechte gegen andere werden daher auch Zwangsrechte genannt » ([23]). A un diritto perfetto corrisponde un dovere coattivo (*Zwangspflicht*) nei confronti del soggetto al quale spetta il diritto ([24]).

In base alla categoria della relazione, inoltre, i diritti possono essere distinti in interni ed esterni, a seconda che essi possano coesistere con il dovere del soggetto stesso o con la libertà o i diritti degli altri; i diritti interni sono oggetto di studio da parte della scienza morale (*Sittenlehre*); viceversa, i diritti esterni sono oggetto del diritto naturale. Quest'ultimo si occupa dei diritti esterni e perfetti (cioè coercibili): « Im Naturrechte ist von dem Rechte blos, in wie weit es äussserlich, und zwar Zwangsrecht, also äusserlich vollkommen ist, die Rede » ([25]). Questi due tipi di distinzione, che hanno la loro ultima radice nel pensiero di Grozio e di Pufendorf (nonché del Thomasius delle *Institutiones Jurisprudentiae Divinae*), mostrano che nel pensiero di Jakob i diritti in senso proprio — ai quali corrispondono i doveri giuridici — sono diritti nei confronti degli altri e dotati di coattività.

Jakob intende stabilire un principio giuridico supremo (*oberster Rechtsgrundsatz*). Tutti i giudizî giuridici (*Rechtsurteile*) sono sintetici, perché connettono il concetto di diritto con qualcosa di diverso da quest'ultimo. Il principio supremo del diritto è un giudizio sintetico, che esprime il fondamento universale di tutti gli

---

([23]) L. H. Jakob, *ibid.*, § 29, p. 15.
([24]) L. H. Jakob, *ibid.*, § 30, p. 15.
([25]) L. H. Jakob, *ibid.*, § 31, p. 17.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

altri giudizî giuridici: esso deve perciò contrassegnare il concetto di diritto con un elemento, mediante il quale tale concetto può essere posto in rapporto con qualcosa di diverso da esso (dal quale è possibile riconoscere che alcunché è diritto) ([26]). Il principio supremo del diritto deve essere universale (*allgemein*), deve cioè presentare un elemento che è proprio di tutti i diritti, e che non è già contenuto nel concetto di diritto (non è analitico); e necessario (*nothwendig*), tale cioè per cui non deve essere possibile riconoscere alcunché come diritto, se si prescinde dall'elemento che esso contiene ([27]). Il principio universale sintetico del diritto non può essere di natura materiale, perché non è possibile una comparazione completa di tutte le materie del diritto, poiché queste dipendono dall'esperienza ([28]). Esso deve avere dunque natura formale, cioè tale per cui la forma del diritto è il contrassegno reale universale del diritto stesso; la forma del diritto consiste nel fatto che esso può essere riconosciuto come tale da ciascuno in modo universale e necessario come la ragione. Jakob stabilisce il principio universale formale del diritto nel modo seguente: « Was in einem Systeme freyer Wesen nach allgemeinen Gesetzen gewollt werden kann, dass es geschehen dürfe, ist Recht »; perciò ciascuno ha diritto di fare ciò che può essere compiuto in un sistema di esseri liberi secondo leggi universali, e nessuno ha diritto di fare ciò che in un simile sistema non può essere compiuto ([29]). Ora una legge universale della volontà è tale per cui con essa può concordare la volontà di tutti gli esseri razionali; in questa legge dunque il possibile accordo mediante la ragione di tutti gli esseri razionali è l'ultimo e supremo fondamento di determinazione della volontà, cioè il fine ultimo e assoluto: ogni essere razionale in base a tale legge viene considerato dunque come fine assoluto o fine in sé (*Selbstzweck*). La legge può quindi essere espressa in questo modo: « Recht ist das, wobey alle vernünftige Wesen als Selbstzweck gedacht werden können ». In tal modo ciascuno ha il diritto di fare tutto ciò che permette di man-

([26]) L. H. JAKOB, *ibid.*, I Theil, III Abschnitt, §§ 69-70, p. 37.
([27]) L. H. JAKOB, *ibid.*, § 77, p. 41; v. anche § 74, p. 39.
([28]) L. H. JAKOB, *ibid.*, § 79, p. 42.
([29]) L. H. JAKOB, *ibid.*, § 81, pp. 47-48.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tenere gli altri come fini in se stessi; e nessuno ha il diritto di fare qualcosa che, se divenisse legge universale, non permetterebbe agli altri di essere fini in se stessi ([30]).

L'universale dovere coattivo, che corrisponde al diritto in generale, può essere espresso nel modo seguente: « Du darfst nie andere verhindern, das zu thun, was sie in einem System freyer Wesen, nach allgemeinen Gesetzen, wollen können », ovvero: « Du sollst nie das Recht eines andern verletzen » ([31]). Le condizioni necessarie, senza le quali secondo Jakob non si può pensare nessun diritto in capo a un soggetto, sono: 1) il soggetto deve essere pensato come soggetto morale, ovvero come sostanza assoluta o come persona, che è fine in sé: 2) la persona deve possedere la libertà, ovvero un'assoluta causalità della volontà; 3) le persone libere, per quanto possano essere diverse in rapporto alla materia, devono essere considerate come dotate di pari dignità, ovvero di una perfetta uguaglianza formale: tutte infatti sono ugualmente fini in se stessi ([32]).

Jakob indica poi tre diritti originari puri e formali che spettano necessariamente a ogni essere morale; questi sono: 1) il diritto alla personalità; 2) il diritto alla libertà; 3) il diritto alla uguaglianza (formale) ([33]). Il primo diritto è espresso con la formula: ciascuno ha il diritto di essere fine in se stesso ovvero persona; nessuno ha il diritto di trattare un'altra persona come mera cosa ovvero come un mezzo ([34]). Ogni persona morale, è libera, ovvero è dotata della libertà del volere; senza di questa non sarebbe pensabile nessun dovere e nessuna azione morale. Se si supponesse che qualcuno fosse privo del diritto di libertà, ne deriverebbe la conseguenza che egli è privo di diritti, e quindi anche di doveri: si verrebbe in tal modo a sostenere che un essere morale non è un essere morale, il che è evidentemente una contraddizione. Di conseguenza — conclude Jakob con un sottile e insensibile passaggio dal concetto morale e filosofico di libertà

([30]) L. H. Jakob, *ibid.*, § 82, pp. 48-49.
([31]) L. H. Jakob, *ibid.*, § 85, p. 52.
([32]) L. H. Jakob, *ibid.*, I Theil, IV Abschnitt, § 90, pp. 58-59.
([33]) L. H. Jacob, *ibid.*, § 91, p. 60.
([34]) L. H. Jacob, *ibid.*, § 94, p. 61.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

al concetto politico e giuridico di essa — si deve affermare il seguente principio: « Also hat jedes moralische Wesen ein Recht auf seine Freiheit » ([35]). Da questo punto in poi Jakob parla del concetto di libertà in senso giuridico-politico, qualificandolo come il secondo diritto originario dell'uomo. Se ogni essere morale ha un diritto alla libertà, ciascuno ha anche un dovere coattivo (*Zwangsverbindlichkeit*) di non ledere la libertà degli altri. Il diritto di libertà di ciascuno non può quindi estendersi oltre l'àmbito entro il quale non viene lesa la libertà altrui. Il diritto universale di libertà viene dunque espresso con questa duplice formula: 1) Ciascuno ha la libertà o il diritto di fare o tralasciare tutto ciò, con cui non viola la libertà di nessun altro (formula positiva); 2) Nessuno ha il diritto di costringere l'altro in base al proprio mero arbitrio, contro il di lui diritto (formula negativa) ([36]). Il terzo diritto originario, l'uguaglianza giuridica, consiste nel fatto che ogni membro di una comunità morale ha dei diritti, che egli può esercitare in base a leggi universali. Il principio del diritto all'uguaglianza formale viene espresso con questa duplice formula: 1) In forma positiva: in un sistema composto da esseri morali tutti i membri hanno reciprocamente dei diritti coattivi; ovvero: ognuno ha il diritto di far valere il proprio diritto contro l'altro mediante la coazione, in quanto questo possa accadere secondo una legge universale; 2) In forma negativa: nessuno ha il diritto di usare la coazione verso un altro, se non in quanto

([35]) L. H. JAKOB, *ibid.*, § 98, pp. 63-64. La commistione fra il concetto di libertà giuridica esterna e il concetto di libertà morale interiore, compiuta qui da Jakob, cui ho accennato nel testo, è stata criticata da Feuerbach nella sua recensione a quest'opera di Jakob; dopo aver citato il § 98 della *Philosophische Rechtslehre* scrive Feuerbach: « Ist dies der Beweis für die äussere Freyheit d.h. für die rechtliche Möglichkeit, nach selbstgewählten Zwecken zu *handeln*? Jenes Räsonnement geht nur auf die innere Freyheit d. h. die Selbstbestimmung als absolute Ursache und beweist nicht das geringste mehr, als dass ich das Recht habe, diese innere Freyheit zu gebrauchen, ein Recht, dessen Ausübung uns wohl niemand verwehren kann ... Aeussere und innere Freyheit sind doch wohl zwey ganz verschiedene Dinge, in denen niemand eine Identität finden wird », P. J. A. FEUERBACH, *Recension* zu: L. H. JAKOB, *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht*, Halle 1795, in « Allgemeine Literatur-Zeitung » Nr. 335, 5 November 1798, coll. 326-327.

([36]) L. H. JAKOB, *ibid.*, §§ 99 e 101, pp. 64-65.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questo possa avvenire secondo una legge universale; nessuno ha un diritto coattivo illimitato verso un altro; ovvero: nessuno ha il diritto di offendere l'altro (37).

Dalla formula negativa di quest'ultimo diritto derivano le seguenti conseguenze: 1) Ogni coazione giuridica è limitata dal carattere universale della legge, cioè dal fatto che essa deve essere pensata come universalmente possibile; 2) Nessuno può avere il diritto a una coazione assoluta o illimitata contro gli altri; non è quindi praticamente (moralmente) possibile il despotismo; 3) Nessuno ha un dovere coattivo di obbedire a un altro in modo incondizionato (38). Viceversa, nessuno riceve un'offesa al proprio diritto da parte di un uso legittimo della coazione, anche se la materia del diritto stesso viene distrutta (ad es. l'uccisione per legittima difesa distrugge la materia del diritto dell'offensore, ma non lede il suo diritto). È dunque principio generale che nessuno offende un altro con l'esercizio legittimo del proprio diritto, anche se in tal modo viene reso fisicamente impossibile all'altro l'esercizio del suo diritto. Nello stesso tempo però la coazione deve essere corrispondente al fondamento che la determina: un diritto coattivo illimitato permetterebbe di trasformare la persona dell'altro in una cosa, il che è assurdo. Non è lecito usare la coazione secondo il proprio capriccio, ma è lecito farlo soltanto in base a una norma universale, nella quale deve essere stabilito insieme il tipo e il grado della coazione stessa. Questi ultimi sono determinati in generale dallo scopo che con la coazione si vuole raggiungere, e in ciò si deve sempre avere rispetto per i diritti di colui che subisce la coazione stessa, in quanto è persona morale (39). Di conseguenza, l'offeso ha la facoltà di usare la coazione verso l'offensore, senza che in questo modo vengano violati i diritti di quest'ultimo; ma affermare che l'offeso ha un diritto illimitato verso l'offensore, sarebbe stabilire un principio falso e contrario al diritto. Viceversa, il tipo e la misura dell'offesa è il fondamento che deve determinare i mezzi di coazione che si possono usare; Jakob stabilisce quindi il seguente principio generale: « Aus den

(37) L. H. Jakob, *ibid.*, § 112, p. 70; § 117, p. 73.
(38) L. H. Jakob, *ibid.*, § 118, pp. 73-74.
(39) L. H. Jakob, *ibid.*, §§ 118, 120, 121, 122, 123, pp. 73-76.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bisherigen ergibt sich aber doch die Regel, dass eine grössere und stärkere Beleidigung ein grosseres und stärkeres Zwangsmittel verstatte, als eine kleinere und schwächere, und dass man das stärkere und grössere Zwangsmittel nicht anwenden dürfe, um die schwächere und kleinere Verteidigung vernichten, gesetzt auch, das schwächere Zwangsmittel, welches der Beleidigung proportionirlich ist, wäre gar nicht in unserer Gewalt » (40).

A questo punto risulta chiara l'importanza di questa breve analisi del concetto di diritto di Jakob, per uno studio della sua dottrina della pena. Ci siamo infatti resi conto che nella trattazione del terzo diritto originario dell'uomo — concernente l'uguaglianza formale (consistente nella reciprocità dei diritti coattivi dei membri di una comunità) — Jakob pone degli importanti principî concernenti l'uso legittimo della coazione: tali principî, ovvero la proporzione fra la coazione e l'offesa, la non legittimità di un diritto a una coazione illimitata, il dovere del rispetto della personalità morale dello stesso offensore, sono, come vedremo, validi anche per quel tipo particolare di coazione, ricco di significato e importanza per la convivenza giuridica degli uomini, che è la *pena*. I principî morali ispiratori dell'istituto della pena sono già presentati da Jakob nell'àmbito di una « teoria generale » della coazione. Tra di essi assume una peculiare rilevanza — sia in riferimento al concetto di diritto sia in riferimento al concetto di pena — il principio kantiano dell'uomo come fine in se stesso.

4. *La pena nella « reine Rechtslehre » di Jakob.*

La trattazione vera e propria del problema penale da parte di Jakob è contenuta in due parti del suo libro: nella « reine Rechtslehre » e nella « angewandte Rechtslehre ». La distinzione fra questi due modi di considerare il problema del diritto (dottrina giuridica « pura » e dottrina giuridica « applicata ») poggia sull'idea che il diritto naturale sia puro « im wiefern das Recht durch reine Begriffe bestimmt ist ... in wiefern dem Rechte von allen bestimmten Inhalte abstrahiert wird »; e applicato (*angewandt*) « in wiefern

(40) L. H. JAKOB, *ibid.*, §§ 125-126, pp. 77-78.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

die reine Rechtsform aus einem bestimmten Inhalte, der die besondere Natur des Menschen, wie sie uns die Erfahrung lehrt, gegeben ist, angewandt wird » (41).

Nella prima parte, ovvero nell'àmbito della « dottrina pura del diritto », Jakob dedica in modo specifico al problema penale la sezione (*Abschnitt*) intitolata « Von der Beurtheilung des Rechts ». La questione indicata dal titolo della sezione è quella concernente la valutazione o il giudizio delle azioni libere da parte del diritto; tale valutazione si fonda sull'indagine concernente se le azioni libere siano o no conformi al diritto esterno perfetto. Per poter giudicare un essere morale da questo punto di vista si richiede, afferma Jakob, in primo luogo che si determini se e in che misura esso sia la causa libera di una data azione; e in secondo luogo che si determini il grado della conformità o non conformità (esterna) di quella azione al diritto, ovvero della sua legalità o illegalità (42). Il principio dell'imputazione giuridica si fonda per Jakob sulla dipendenza di un'azione dalla volontà libera dell'uomo, e sulla determinazione della colpevolezza da parte di principî esterni, ovvero giuridici: « Das Urtheil, wodurch eine Person für den freyen Urheber einer Handlung oder deren Folgen erklärt, und deren Verdienst oder Schuld nach moralischen Principien bestimmt wird, heisst Zurechnung (*imputatio*). Diese ist eine äussere rechtliche Zurechnung, insofern das Verdienst oder die Schuld der Handlung bloss nach äusseren Rechtsprincipien bestimmt wird, und von dieser ist hier allein die Rede ». La colpevolezza (*Schuld*) è « das Verhältnis eines freyen Wesens, nach welchem er als Urheber einer pflichtwidrigen Handlung gedacht wird »; in tal modo egli perde una parte della propria felicità o si rende indegno di essa (43). A questo punto Jakob analizza il concetto di offesa (*Beleidigung*) o violazione del diritto (*Rechtsverletzung*), consistente nell'azione tesa a impedire o a rendere impossibile il diritto altrui, con un atto libero e per via anti-giuridica: « Ein Recht wird verletzt, wenn die Ausübung desselben durch die freye Handlung eines andern auf eine widerrechtliche Art unmöglich gemacht

(41) I. H. Jakob, *Philosophische Rechtslehre*, cit., Einleitung, § 8, pp. 5-6.
(42) L. H. Jakob, *ibid.*, I Theil, II Abschnitt, §§ 36-39, pp. 20-21.
(43) L. H. Jakob, *ibid.*, §§ 41, 43, pp. 22-23.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

oder verhindert wird, und die Verletzung des Rechts eines andern heisst eine Beleidigung » (44).

Anche le offese possono essere distinte in perfette e imperfette, a seconda che ledano diritti perfetti o imperfetti; ma, aggiunge Jakob, poiché nel diritto naturale sono presenti soltanto diritti coattivi (*Zwangsrechte*), allora nel suo àmbito si hanno soltanto offese perfette (*vollkommene Beleidigungen*) ovvero offese in senso giuridico (*injuriae, laesiones sensu juridico*). Jakob distingue inoltre le offese compiute intenzionalmente (con dolo) da quelle compiute non intenzionalmente (con colpa); i due casi esauriscono il concetto di colpevolezza (*Schuld*) (45). Un'offesa è imputata a un essere razionale, in quanto questi ne è dichiarato il libero autore; l'imputazione di un'offesa è sempre il riconoscimento della colpevolezza di qualcuno (46). Nella valutazione dell'imputazione di un'offesa Jakob distingue inoltre la determinazione della causa libera di essa (cioè la *imputatio facti*) dalla determinazione del grado di colpevolezza del suo autore (cioè la *imputatio juris*). In relazione al primo punto vengono esclusi dall'imputabilità: 1) gli esseri puramente fisici, che non possiedono volontà libera, 2) gli esseri razionali, i quali non possono però fare uso della loro libertà e della loro ragione, e 3) le azioni di esseri liberi, le quali però non derivano dalla loro libertà. In relazione al secondo punto, si deve dimostrare 1) che l'offesa è un'azione compiuta con libertà e 2) quale grado di libertà è stato in essa efficace (47). Vi sono perciò fondamenti oggettivi e soggettivi della colpevolezza: la misura di quest'ultima è data in parte dal grado di importanza del dovere violato con l'offesa (fondamento oggettivo) e in parte dal grado di libertà dell'offensore (fondamento soggettivo). In rapporto al primo aspetto vale la regola per cui quanto più generale e più grande è l'offesa, tanto maggiore è la colpa. In rapporto al grado di libertà, valgono le regole seguenti: 1) quanto maggiore è la possibilità che un essere razionale riconosca la propria azione come un'offesa, tanto maggiore è la colpa; 2) quanto più

(44) L. H. JAKOB, *ibid.*, § 46, pp. 23-24.
(45) L. H. JAKOB, *ibid.*, §§ 48-49, pp. 24-25.
(46) L. H. JAKOB, *ibid.*, § 50, p. 25.
(47) L. H. JAKOB, *ibid.*, §§ 53-54, pp. 26-27.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

intenzionale e meditata è un'offesa, tanto più essa è libera, e tanto più è di conseguenza imputabile; 3) con quanto maggiore e con quanto più lunga meditazione è compiuta un'offesa, tanto più essa è imputabile (le offese compiute con dolo sono più imputabili di quelle compiute con colpa); 4) quanto minori cause fisiche hanno avuto effetto in un'offesa, tanto più essa è imputabile (la maggiore presenza di stupidità, ignoranza, passioni in un'offesa porta a una diminuzione dell'imputabilità) ([48]). Gli impedimenti, che rendono impossibile o indeboliscono la libertà, eliminano l'imputabilità e diminuiscono la colpevolezza, sono *interni* o *esterni*: i primi sono l'ignoranza e l'errore, i secondi la costrizione e l'impossibilità fisica dell'azione ([49]).

Dopo avere compiuto un'analisi dettagliata del significato di questi impedimenti, Jakob presenta la sua definizione della pena, qualificata come un male fisico che è inflitto a un altro a causa di una violazione di un dovere da questo commessa: « Ein physisches Uebel, welches zu leiden dem andern um einer Verletzung der Pflicht willen zugefügt wird, heisst *Strafe* ». Jakob esclude dal concetto giuridico di pena le cosiddette pene naturali (*natürliche Strafen*), cioè i mali naturali che spesso, in base alle leggi naturali in senso fisico, seguono alle azioni cattive. In questo passo dunque Jakob esclude dal suo concetto le pene dette « naturali » in base al senso fisico del termine « natura »; tuttavia egli usa anche un altro concetto di « natürliche Strafen », allorché egli contrappone pene naturali a pene positive, in una prospettiva corrispondente alla contrapposizione fra diritto naturale e diritto positivo: « Da man aber auch dasjenige Moralische natürlich nennet, was sich, seinem Inhalte nach, aus blossen Begriffen *a priori*, ohne Erfahrung erkennen und bestimmen lässt; so lässt sich in diesem Sinne wohl eine natürliche *Strafe* denken, die denn der *positiven* eben so wie das Naturrecht dem positiven Rechte entgegen steht, nicht sowohl wegen des Unterschieds der Sache, als vielmehr wegen des Unterschieds der Quelle, woraus beyde erkannt werden » ([50]).

([48]) L. H. Jakob, *ibid.*, §§ 55-57, pp. 27-29.
([49]) L. H. Jakob, *ibid.*, § 58, p. 29.
([50]) L. H. Jakob, *ibid.*, §§ 62-64 Anm., pp. 33-35.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Successivamente Jakob inserisce il suo concetto di pena nell'àmbito di un « ordine morale » (*moralische* o *sittliche Ordnung*), il quale esige una proporzione fra offesa e pena. « Eine Ordnung, in welcher alles nach sittlichen Gesetzen wird, heisst eine sittliche oder moralische Ordnung. Nun muss in einer sittlichen Ordnung, dass was begehrt wird, d.h. die Glückseligkeit oder das Angenehme mit der Tugend (als Belohung); das was verabscheut wird; d.h. das Uebel oder das Unangenehme mit dem Laster (als Strafe) verknüpft werden, und beides muss in einer solchen Ordnung den Graden der Tugend oder des Lasters proportionirlich seyn ... Hieraus folgt also, dass eine grössere Beleidigung eine grössere, eine kleinere eine kleinere Strafe verdiene und dass überhaupt die Strafe (auch die positive) der Beleidigung proportionirlich seyn müsse » ([51]). Jakob conclude la trattazione del suo concetto di pena nell'àmbito della « reine Rechtslehre » con la definizione della punizione come retribuzione (*Vergeltung*): « Eine Beleidigung bestrafen heisst sie vergelten, und die Bestrafung oder Vergeltung ist gerecht, in wiefern sie den Rechtsgesetzen angemessen ist » ([52]).

L'esposizione finora condotta mostra che la teoria penale di Jakob, a livello di principî puri, presenta i caratteri di una dottrina retributiva. Dico questo, non soltanto perché egli definisce esplicitamente la pena come « retribuzione »; una simile espressione indica una chiara consapevolezza del significato della pena nella sua teoria, ma di per sé potrebbe anche essere un dato estrinseco. Gli elementi, che a mio giudizio caratterizzano la concezione della pena di Jakob come dottrina retributiva, sono essenzialmente i seguenti: 1) la connessione del concetto di offesa (ovvero il delitto), con la libertà del volere, e quindi una chiara presa di posizione indeterministica (la quale è il presupposto imprescindibile di una coerente dottrina retributiva); 2) l'idea della proporzione fra offesa (o delitto) e pena; 3) l'idea di un ordine morale, di cui la pena è un elemento.

In relazione al primo punto, si può osservare che nel pensiero di Jakob (a differenza di quanto avviene nel pensiero di altri

---

([51]) L. H. Jakob, *ibid.*, §§ 65-66, pp. 35-36.
([52]) L. H. Jakob, *ibid.*, § 67, p. 36.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giuristi kantiani, come ad esempio Schmalz ([53])), il concetto di imputazione giuridico-penale riceve un'adeguata elaborazione, ed è posta in un chiaro rapporto con l'idea della libertà del volere (quale proprio presupposto). Jakob si è occupato del concetto di libertà in senso morale anche in uno scritto filosofico specifico, secondo un ordine di idee che riprende esattamente il ragionamento di Kant ([54]). In questo scritto, *Etwas über die Freiheit*, pubblicato nel volume *Vermischte philosophische Abhandlungen* del 1797, Jakob afferma che la speculazione non ha voce in capitolo in rapporto alla libertà, e che le decisioni di questa in tale materia devono essere necessariamente un'inutile chiacchiera scolastica. Infatti, egli dice, la speculazione o deve spiegare i fondamenti di un fatto, oppure deve mostrare che non esiste nessun fatto; a proposito della libertà essa non può fare nessuna delle due cose, e allora alla speculazione resta solo una via di uscita, quella di spiegare perché la dichiarazione dell'esistenza di quel fatto è impossibile. In questo modo, il filosofo afferma da un lato la propria dignità, consistente nel ricercare sempre i fondamenti; e dall'altro evita il rimprovero dello scolasticismo, il quale nega a tutti la ragione, o nega i fatti, anche se lo costringono con la loro evidenza, piuttosto che confessare la nullità del proprio trono di carta. La filosofia non può spiegare la libertà, poiché non può essere dimostrata né la possibilità della libertà stessa, né la possibilità della necessità naturale. Infatti entrambe sono fondate sulle cose in sé, le quali non sono fondamenti di spiegazione e

---

([53]) Th. SCHMALZ, *Das reine Naturrecht*, II Auflage, Königsberg 1795 (ristampa anastatica Scientia Verlag, Aalen 1969), §§ 91-102, pp. 73-81, tratta il tema dei delitti e delle pene (con cenni anche al dolo e alla colpa), senza esaminare il problema della imputazione penale; è da notare tuttavia che Schmalz, all'inizio del suo scritto (§§ 1-18, pp. 28-35), fonda l'intera sua trattazione del diritto naturale sul valore della libertà interiore dell'uomo (che è presupposto della morale e del diritto).

([54]) Questo fatto ha condotto il Martinetti a dare un severo giudizio sulla scarsa originalità dello scritto di Jakob sulla libertà: « Gli immediati discepoli di Kant non portano su questi oscuri punti alcuna luce. Ripetizioni pedestri senza alcun valore sono le trattazioni di F. W. D. Snell (1789), Johann Heinrich Abicht (1782), Ludwig Heinrich Jakob (1797) », *La libertà*, Torino 1965 (1ª ed. Milano 1928), p. 284.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

comprensione per l'uomo. Tuttavia il fatto che noi abbiamo nella legge morale la coscienza della libertà, non può ugualmente essere inficiato dalla speculazione. Essa infatti non ha altra strada, che mostrare che questo fatto è impossibile. Ma la speculazione non può dimostrare l'impossibilità dell'idea della libertà. In questo caso la questione dipende interamente dalla coscienza morale, che spiega e dimostra a sufficienza la libertà. Quest'ultima si dimostra dunque per via pratica: « Die Realität der Freiheit aber erkenne ich blos aus dem praktischen Gesetze, dessen ich unmittelbar gewiss bin, und welches ohne die Freheit gar nicht als möglich gedacht werden kann » ([55]). Se si vuole dimostrare mediante la speculazione, ciò che si deve attendere dall'esperienza, e se si vuole esperimentare, ciò su cui si deve riflettere speculativamente, si incappa nelle maggiori confusioni. Se si cerca per via teoretica ciò che si può trovare soltanto per via pratica, si cade nella vana credenza, che esso non si possa trovare. Ciò è quanto è avvenuto proprio con la dottrina della libertà, uno dei compiti più spinosi della metafisica: « Die Freiheit ist eine ursprüngliche Idee, welcher wir um des Sittengesetzes willen, durch welches sie gedacht wird, Realität beilegen. Das Objekt dieser Idee aber lässt sich nicht erklären, weil es keine Erscheinung ist ... Die spekulative Vernunft muss sich dabey begnügen, dass sie ihre logische Möglichkeit einsieht; ihre Realitat wird blos praktisch erkannt » ([56]). In conclusione, afferma Jakob, noi siamo liberi, e diamo leggi a noi stessi, soltanto per opera della ragione; e nel superamento degli ostacoli posti dalla sensibilità all'osservanza di queste leggi sta il nostro merito e la nostra dignità: « Wir sind frey, wir geben uns unsre Gesetze selbst, allein durch die Vernunft, und in der Kraft, welche wir zur Beobachtung derselben und zur Ueberwindung der Hindernisse anwenden, die uns die Sinnlichkeit entgegen stellt, besteht unser Verdienst und unsre Würde. Die Unabhängigkeit von aller fremden Gesetzgebung ist zur Begründung unsrer Sittenlehre nothwendig, wenn sie nicht blos Vor-

([55]) L. H. JAKOB, *Etwas über die Freiheit. Eine philosophische Abhandlung*, in *Vermischte philosophische Abhandlungen aus der Teleologie, Politik, Religionslehre und Moral*, Halle 1797, pp. 162-165.

([56]) L. H. JAKOB, *ibid.*, p. 166.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

schriften enthalten soll, wodurch eine höhere Macht uns wie Maschinen regiert » ([57]).

Risulta chiaro, da questa breve esposizione, che Jakob ha seguìto fedelmente la teoria kantiana della libertà. D'altra parte, anche mettendo insieme i suoi scritti di natura teoretica e i suoi scritti specificamente giuridici, non risulta, a mio avviso, nel pensiero di Jakob, quella netta differenza e contrapposizione, presente invece nella filosofia di Kant, fra *libertà morale*, intesa come perfetto adeguamento della volontà umana alla ragione, alla legge morale, che risulta soprattutto dalla *Grundlegung zur Methaphysik der Sitten* e dalla *Kritik der praktischen Vernunft* ([58]), e *libertà del volere*, intesa come possibilità di scelta, da parte della volontà umana, di agire in modo conforme o contrario alla legge (morale o giuridica), quale emerge particolarmente dalle opere *Die Religion innerhalb der Grenzen der blossen Vernunft* e *Metaphysik der Sitten* ([59]); questi due significati del concetto di libertà interiore esprimono, nel pensiero di Kant, due diverse fasi dell'atteggiamento pratico dell'uomo: il primo indica la perfetta moralità, la perfezione interiore, il secondo esprime una situazione imperfetta, ed è adeguato al problema del diritto.

Direi che nel pensiero di Jakob vi è un passaggio graduale e insensibile dall'uno all'altro significato. Mi sembra infatti che all'inizio egli definisca il concetto di libertà, pur riferendolo al diritto, in un senso che appare più vicino a quello del concetto di libertà morale nel pensiero di Kant; infatti Jakob, pur chiamandola « Freiheit des Willens », cioè « libertà di volere », intende questa inizialmente come una capacità di determinarsi in modo indipendente da ogni impulso esteriore, e come un tipo peculiare

---

([57]) L. H. JAKOB, *ibid.*, pp. 171-172.

([58]) I. KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785), spec. III Abschnitt, herausgegeben von K. Vorländer, Hamburg 1965 (ristampa anastatica della 3ª ed.), pp. 71 ss.; *Kritik der praktischen Vernunft* (1788), spec. Vorrede, herausgegeben von K. Vorländer, Hamburg 1963 (ristampa anastatica della 9ª ed. del 1929), pp. 3 ss.

([59]) I. KANT, *Die Religion innerhalb der Grenzen der blossen Vernunft* (1793), herausgegeben von K. Vorländer, Hamburg 1961 (ristampa anastatica della 6ª ed. del 1956), spec. I Stück, pp. 36-38; *Metaphysisiche Anfangsgründe der Rechtslehre*, cit., « Einleitung in die Metaphysik der Sitten », § IV, pp. 30-32.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di causalità (v. *supra*, n. 3, nota 20): come si vede, si tratta dei due aspetti, rispettivamente negativo e positivo, della libertà morale di Kant quale risulta dalla *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (v. *supra*, nota 58). Successivamente, nella discussione che Jakob compie sulla imputazione penale, viene a prevalere il concetto di libertà del volere in senso stretto, nel secondo dei significati del concetto kantiano che si sono indicati in precedenza.

Osserva a questo proposito il Martinetti, in riferimento al pensiero di Kant, che il libero arbitrio (*freie Willkür*) « è la libertà con cui ha da fare il diritto, che non è se non il complesso delle condizioni sotto cui il libero arbitrio dell'uno può coesistere con quello dell'altro secondo norme generali, le quali, appunto perché tali, superano la determinazione empirica dell'arbitrio individuale, e sono l'educazione alla vera libertà, che è la libertà morale. La vera libertà è la libertà morale che sta nel determinarsi esclusivamente secondo la legge, ossia secondo principî razionali puri non più subordinati ad alcuna tendenza empirica » ([60]). Questa osservazione, di per sé considerata, è un po' ambigua, perché può dar luogo a una confusione fra due concetti di libertà che stanno su due piani diversi: da un lato la libertà del volere, o libero arbitrio, di cui qui si tratta, che è concetto filosofico, e riguarda l'interiorità dell'uomo, indica il carattere non determinato, nelle sue radici, della volontà (è quindi pur sempre un aspetto, sia pure imperfetto e inferiore, della libertà morale); dall'altro la libertà giuridica esterna, che è quella la cui coesistenza reciproca con l'analoga libertà di ciascuno è garantita dal diritto secondo la definizione kantiana, e che riguarda l'assenza di impedimenti e coazioni esteriori all'attività dell'uomo ([61]). Tuttavia l'osservazione del Martinetti contiene un utile riferimento, e mostra come il concetto di libertà del volere si applichi opportunamente al diritto, e in particolare al problema qui in esame, quello dell'im-

---

([60]) P. MARTINETTI, *Kant*, nuova ed. a cura di M. DAL PRA, Milano 1968 (1ª ed. 1946), p. 165.

([61]) Abbiamo visto però (v. *supra*, n. 3) che anche in Jakob vi è un passaggio senza soluzione di continuità fra il concetto di libertà in senso filosofico-morale e il concetto di libertà in senso giuridico-politico.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

putazione giuridico-penale; infatti, una teoria dell'imputazione *penale* ha senso soltanto se presuppone una libertà dell'uomo intesa come capacità di decidere e di agire in senso conforme o contrario alla legge, e quindi come facoltà di violare la legge. In questo senso la intende Kant, allorché, nella *Einleitung in die Metaphysik der Sitten*, definisce il concetto di imputazione nel modo seguente: « *Zurechnung* (*imputatio*) in moralischer Bedeutung ist das *Urteil*, wodurch jemand als Urheber (*causa libera*) einer Handlung, die alsdann Tat (*factum*) heisst und unter Gesetzen steht, angesehen wird; welches, wenn es zugleich die rechtlichen Folgen aus dieser Tat bei sich führt, eine rechtskräftige (*imputatio iudiciaria s. valida*), sonst aber nur eine beurteilende Zurechnung (*imputatio diiudicatoria*) sein würde » (62). Da questa definizione Kant trae la seguente conseguenza, in rapporto alla misura dell'imputabilità: « je kleiner das Naturhindernis, je grösser das Hindernis aus Gründen der Pflicht, desto mehr wird die Übertretung (als Verschuldung) zugerechnet » (63).

La stessa impostazione del problema, come abbiamo visto, è data da Jakob, il quale definisce l'imputazione come il giudizio mediante il quale una persona viene considerata causa libera (*freyer Urheber*) di un'azione (v. *supra*, nota 43); dopo le considerazioni ora svolte, ripeto che è naturale che nella trattazione del problema giuridico-penale Jakob intenda il concetto di libertà interiore in questo senso, cioè come libertà del volere in senso stretto, come capacità di agire in modo conforme o contrario alla legge: questo è dunque il significato che prevale nell'àmbito della sua dottrina penale. Si deve notare ancora la concordanza fra la posizione di Kant e quella di Jakob (v. *supra*, nota 48), circa la misura dell'imputabilità, che deve essere posta in rapporto con il grado di libertà con cui è stata commessa (64). Nello stesso tempo,

---

(62) I KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, cit., « Einleitung in die Metaphysik der Sitten », § IV, p. 31.

(63) I. KANT, *ibid.*, p. 32.

(64) In contrasto con la posizione di Kant e di Jakob è invece quella, caratterizzata da un determinismo limitato all'àmbito giuridico, di P. J. A. Feuerbach: v. in particolare *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, II, Chemnitz 1800 (ristampa anastatica, Scientia Verlag, Aalen 1966),

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

si deve sottolineare il carattere autonomo e indipendente dalla specifica riflessione filosofico-giuridica kantiana, di queste tesi di Jakob; ricordiamo ancora una volta che la *Philosophische Rechtslehre* di Jakob è del 1795, mentre la kantiana *Metaphysik der Sitten* è del 1797. Si può quindi affermare che Jakob ha precorso e anticipato la dottrina dell'imputazione penale e dei gradi di imputabilità di Kant.

Gli altri due punti, che ho indicato come elementi che denotano il carattere retributivo della dottrina penale di Jakob, sono fra loro collegati: Jakob sostiene la doverosità di una proporzione fra offesa e pena, fondandola sulla presenza di un più generale « ordine morale ». Si può notare che l'esigenza della proporzione fra delitti e pene è stata anche conciliata con una teoria preventiva della pena, ed è stata anzi presentata rispetto a questa come un mezzo rispetto a un fine ([65]); tuttavia, una teoria preventiva generale della pena, specialmente se intesa con riferimento all'esecuzione della pena stessa, e portata alle sue estreme conseguenze, può condurre a legittimare la cosiddetta « pena esemplare » e a violare il principio della proporzione fra delitti e pene ([66]). Il principio della proporzione poggia essenzialmente su un'esigenza

---

p. 335: « je stärker, herrschender und fester die Triebfeder war, durch welche ein gegebenes Verbrechen hervorgebracht wurde; desto stärker, herrschender und fester ist diese Triebfeder in dem Menschen; desto gefährlicher ist er also für die Zukunft, desto grösser ist seine Strafbarkeit ». V. in proposito Mario A. CATTANEO, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Milano 1970, pp. 478-495.

([65]) Quali esempi di questa posizione, cito due autori: MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, VI, 16: « C'est un grand mal, parmi nous, de faire subir la même peine à celui qui vole sur un grand chemin, et à celui qui vole et assassine. Il est visible que, pour la sûreté publique, il faudrait mettre quelque différence dans la peine ... En Moscovie, où la peine des voleurs et celle des assassins sont les mêmes, on assassine toujours. Les morts, y dit-on, ne racontent rien »; C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, XXIII: « Non solamente è interesse comune che non si commettano delitti, ma che siano più rari a proporzione del male che arrecano alla società. Dunque più forti debbono essere gli ostacoli, che risospingono gli uomini dai delitti, a misura che sono contrarii al ben pubblico, ed a misura delle spinte che ve li portano. Dunque vi deve essere una proporzione fra i delitti e le pene ».

([66]) V. in proposito Mario A. CATTANEO, *Il problema filosofico della pena*, Ferrara 1978, p. 53 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di giustizia, al di fuori di motivi o scopi utilitaristici: ciò che tale principio vuole evitare è l'ingiustizia causata da una punizione sproporzionata, dalla coesistenza di delitti di minima entità puniti severamente, e delitti assai gravi puniti in modo lieve e insufficiente; il fatto che tale sproporzione renda anche inefficaci le pene nella loro funzione preventiva, come dicono gli illuministi (v. nota 65), è vero, tuttavia è un elemento ulteriore e secondario; e certamente, esso non è indicato da Jakob. Per lui, questo principio è inserito in un fondamentale « ordine morale », il quale esige che la virtù meriti la felicità e il vizio meriti la punizione; questa tesi riflette un ordine di idee che è presente nella *Kritik der praktischen Vernunft*, e in particolare nell'indicazione del carattere meritevole di pena (*Strafwürdigkeit*) proprio della violazione della legge morale ([67]). Questo collegamento con un passo di Kant, che ha introdotto la pena anche nell'àmbito morale, con le difficoltà e le incongruenze che ne derivano in rapporto ai principî della morale kantiana ([68]), sembra mostrare che Jakob fa derivare il concetto di pena in senso giuridico da principî morali; o che egli non ha compiuto una precisa distinzione fra pena in senso morale e pena in senso giuridico. Tuttavia, bisogna notare che nella « reine Rechtslehre » Jakob si limita a questo collegamento fra problema penale, proporzione fra delitto e pena, e ordine morale; fino a questo punto egli non ha approfondito la questione. Jakob la riprenderà e svilupperà nella « angewandte Rechtslehre », nella quale peraltro la sua dottrina penale assume i proprî contorni più precisi e tecnicamente più definiti; è necessario attendere l'esame di questa seconda parte per poter dare una valutazione globale della dottrina penale di Jakob.

([67]) I. KANT, *Kritik der praktischen Vernunft*, cit., p. 44: « Endlich ist noch etwas in der Idee unserer praktischen Vernunft, welches die Übertretung eines sittlichen Gesetzes begleitet, nämlich ihre *Strafwürdigkeit*. Nun lässt sich mit dem Begriffe einer Strafe als einer solchen doch gar nicht das Teilhaftigwerden der Glückseligkeit verbinden. Denn obgleich der, so da straft, wohl zugleich die gütige Absicht haben kann, diese Strafe auch auf diesen Zweck zu richten, so muss sie doch zuvor als Strafe, d.i. als blosses Übel für sich selbst gerechtfertigt sein ... ».

([68]) V. in proposito Mario A. CATTANEO, *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*, Milano 1981, pp. 190-220.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

5. *La pena nella « angewandte Rechtslehre » di Jacob.*

Nella terza sezione della seconda parte della *Philosophische Rechtslehre,* intitolata « Von den Rechten, in Ansehung der Beleidigungen », Jakob ritorna sul problema della pena. In questa sede egli determina anzitutto il concetto di offesa (*Beleidigung*) o illecito (*Unrecht*), ovvero della azione libera antigiuridica, mediante la quale viene impedito l'esercizio dei diritti di un altro; in quanto azioni di questo tipo sono conformi al diritto, esse si limitano a determinare i confini legittimi dei diritti altrui, e non vi è nessun diritto di impedirle; viceversa, « eine unrechtmässige Handlung, wodurch ein anderer in Ausübung seiner Rechte gehindert wird, heisst Verletzung seines Rechts im rechtlichen Sinne (*laesio*), oder Beleidigung, ein Unrecht (*injuria*) » ([69]).

Contro le offese gli uomini hanno un diritto coattivo: « Jeder Mensch hat von Natur ein Zwangsrecht gegen den, welcher ihn beleidiget, oder die Beleidigung ist ein rechtsmässiger Grund, weshalb der Beleidigte gegen den Beleidiger solche Zwangsmittel gebrauchen darf, welche durch die Beleidigung selbst als rechtmässig bestimmt sind. Denn alle Rechte sind von Natur Zwangsrechte, und der Grund zum Zwange ist die Verletzung des Rechts oder die Beleidigung » ([70]).

Il diritto coattivo dell'offeso contro l'offensore è un diritto formale ([71]). L'offesa concreta è il motivo che dà a questo diritto il suo contenuto e la sua direzione; l'offesa determina sia la misura della coazione da usare, sia la persona contro cui essa deve essere usata. Nessuno ha il diritto di usare la coazione verso un uomo, se non nel caso in cui questi lo offenda; l'offesa è perciò l'unico fondamento giuridico della coazione. Questa affermazione è spiegata da Jakob con riferimento al principio kantiano dell'uomo come fine in se stesso: « Denn jeder Mensch hat das Recht, Selbstzweck zu dein, folglich darf er nicht von andern als blosses Mittel in der That gebraucht werden, welches geschehen würde, wenn

---

([69]) L. H. JAKOB, *Philosophische Rechtslehre,* cit., II Theil, « Angewandte Rechtslehre », III Abschnitt, § 409, p. 241.

([70]) L. H. JAKOB, *ibid.*, § 410, pp. 241-242.

([71]) Questa affermazione si fonda sul § 117, p. 73 (I Theil, IV Abschnitt.)

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

er beliebig gezwungen werden dürfte » ([72]). Da questo principio deriva la conseguenza, che la coazione non deve essere maggiore dell'offesa, ma deve essere a questa proporzionata. Se si esercitasse una costrizione maggiore di quella giustificata dall'offesa, allora almeno una parte della coazione non sarebbe fondata sull'offesa: « Da nun die Beleidigung der einzige rechtliche Grund ist, Gewalt gegen andere zu gebrauchen; so wäre der Zwang, wozu die Beleidigung nicht berechtigt, ohne rechtlichen Grund, d.h. widerrechtlich. Der Zwang darf also nie grösser seyn, als in der Beleidigung Grund dazu ist » ([73]). Ogni coazione è un male fisico, e la pena è una specie di coazione, che ha l'offesa come proprio fondamento: « Ein physisches Uebel, welches einen andern um der Beleidigung willen zugefügt wird, ist Strafe. Also ist der Zwang, dessen Grund allein die Beleidigung ist, Strafe ». La fondazione « formale » della pena, che Jakob aveva già delineato nella *Vorrede* alla sua opera (v. *supra*, n. 2), lo conduce alla affermazione secondo cui la pena non ha in sé nessun fine « materiale »; alla pena possono accompagnarsi diversi fini, ma questi non la rendono più giusta: « Eine Strafe hat also, an sich betrachtet, gar keinen materialen Zweck; sie ist blos die rechtliche Folge in einer moralischen Ordnung. Es können zwar verschiedene Zwecke mit ihr verbunden werden, und wenn diese Zwecke zugleich auf den Nutzen der Bestraften abzielen; so wird die Strafe gütiger, aber nicht gerechter » ([74]). Come si vede, Jakob introduce di nuovo il concetto di « ordine morale », già delineato nella parte concernente la « dottrina giuridica pura », e lo riprende anche successivamente, allo stesso scopo indicato in quella sede (v. *supra*, n. 4), cioè la garanzia della proporzione fra offesa e pena: « Eine Beleidigung ist in einer sittlichen Ordnung ein Grund der Strafe, und wenn die Grösse der Beleidigung die Grösse des Strafe bestimmt, die also jener proportionirlich ist; so ist die Strafe gerecht. Denn dass mit jeder Beleidigung eine ihr angemessene Strafe verknüpft sey, kann allgemeines Gesetz seyn, da Niemandes Rechte dadurch verletzt werden, und die Idee einer sitt-

([72]) L. H. Jakob, *ibid.*, §§ 411-412, pp. 242-243.
([73]) L. H. Jakob, *ibid.*, § 413, pp. 243-244.
([74]) L. H. Jakob, *ibid.*, §§ 414-415, p. 244.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lichen Ordnung Realität erhält » (75). Un mezzo di coazione è giusto, quando esso non lede i diritti di nessuno, e quando si può volere che esso venga usato, in base a una legge universale; la pena è un mezzo coattivo giusto, quando è proporzionata all'offesa, e quindi non reca ingiustizia a nessuno, e quando chi la infligge ha un diritto ad essa: « Die Strafe ist also ein Zwangsmittel, und zwar ein gerechtes Zwangsmittel, wenn sie 1) der Beleidigung proportionirlich ist, folglich Niemanden dadurch Unrecht geschieht, und 2) in wiefern der, welcher sie zufügt, ein Recht dazu hat ». A questo proposito Jakob osserva, in una nota, che i motivi per cui si punisce non hanno rilevanza in una questione di giustizia; la brama di uccidere il proprio nemico si chiama « vendetta » (*Rache*). Ora, la vendetta non è esteriormente ingiusta, tranne quando il suo risultato è maggiore di quello permesso dalla giustizia; nel caso della pena più giusta possono spesso riscontrarsi i motivi più immorali nella persona che punisce (76).

Il principio della legittimità della punizione basato, nei termini ora indicati, su motivi giuridici, viene chiamato ancora una volta da Jacob « retribuzione »: « Jeder Beleidigte hat ein Recht, seinen Beleidiger nach rechtlichen Principien zu bestrafen, oder ihm das angethane Unrecht auf eine rechtmässige Art zu *vergelten* [corsivo mio] ». In nota Jakob ribadisce il carattere formale della pena, l'assenza di scopi materiali nel diritto alla coazione. Se la pena è un mezzo legittimo di coazione, allora l'offeso ha un diritto ad essa, possa o no per mezzo di essa raggiungere un dato scopo. L'eventuale diritto alla difesa e al risarcimento dipende ed è limitato dal diritto di punire; se l'offeso, accanto a questa *forma* (del diritto), è anche in grado di ottenere uno scopo materiale, lo può fare; ma se egli non potesse difendersi od ottenere un risarcimento del danno, se non usando maggiore forza di quella determinata dall'offesa, allora sia la difesa sia il risarcimento sarebbero illegittimi (77).

Soltanto colui che è stato offeso ha il diritto di punire l'offesa; in nota, a questo proposito, Jakob distingue fra la pena morale

(75) L. H. Jakob, *ibid.*, § 416, pp. 244-245.
(76) L. H. Jakob, *ibid.*, § 417 e n., p. 245.
(77) L. H. Jakob, *ibid.*, § 418 e n., pp. 245-247.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in generale e la pena giuridica in particolare. La prima è un male inflitto a causa di un delitto in senso morale, la seconda è una mera conseguenza delle azioni esterne anti-giuridiche; la misura della prima è data dall'immoralità interna, la seconda è determinata dall'ampiezza dell'offesa. Le pene giuridiche possono essere inflitte perciò soltanto da colui che è in grado di giudicare la gravità delle offese, cioè dall'offeso; nessuno è autorizzato a infliggere le pene morali, se non colui che ha il diritto di educare gli uomini ([78]).

Nessuno ha il diritto di infliggere al proprio offensore un male maggiore di quello che questi ha meritato; altrimenti, si dovrebbe dire che egli ha il diritto di offenderlo (per la misura eccedente), il che è assurdo. Una pena è conforme all'offesa, ed è quindi giusta, se può essere pensata possibile in un ordine morale; nell'àmbito di questo non deve essere pensato come possibile se non ciò che è determinato da motivi morali o da leggi universali, vale a dire ciò che è giusto ([79]). In un ordine morale può essere pensato possibile un male la cui rappresentazione, se si presenta all'offensore come una certa e inevitabile conseguenza della sua offesa, potrebbe costituire un sufficiente motivo per non compiere l'offesa stessa: « Ein Uebel, dessen Vorstellung, wenn es sich der Beleidiger als eine gewisse und unvermeidliche Folge seiner Beleidigung vorgestellt hätte, ein hinreichender Bestimmungsgrund für ihn gewesen seyn würde, die Beleidigung zu unterlassen, kann in einer moralischer Ordnung durch ein Gesetz als möglich gedacht werden ». Lo scopo supremo e finale in un ordine morale è l'attività libera e non ostacolata di tutti gli esseri morali in armonia; è quindi conforme a tale ordine ciò che rende possibile la libera attività degli esseri morali, senza ledere la libertà o i diritti degli altri. La conoscenza di una legge, secondo la quale a ogni offesa deve necessariamente seguire un male, e la cui rappresentazione distoglierebbe l'offensore dal compiere l'offesa, impedirà di fatto le offese; essa garantirebbe la sicurezza dei diritti, senza violare i diritti di nessuno (nemmeno dell'offensore). « Ein

---

([78]) L. H. JAKOB, *ibid.*, § 419 e n., p. 248.
([79]) L. H. JAKOB, *ibid.*, §§ 420-421, pp. 248-249.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

solches Uebel durch ein Gesetz einzuführen, wäre also der moralischen Ordnung vollkommen angemessen, folglich eine der Beleidigung angemessene, d.h. vollkommen gerechte Strafe » ([80]).

Di conseguenza, Jakob afferma che se il male inflitto a un altro a causa di una offesa, è maggiore di quanto sarebbe stato necessario per evitare l'offesa in un ordine morale, allora l'inflizione del male eccedente è essa stessa un'offesa, e perciò ingiusta: « Eine gerechte Strafe darf also nicht grösser seyn, als es nöthig ist, um durch deren Vorstellung in einer moralischen Ordnung ... die Beleidigung zu verhüten » ([81]). Al paragrafo in cui sono contenute queste parole Jakob appone due importanti note. Nella prima egli afferma che la convinzione del dovere porta con sè la credenza nella realtà di un ordine norale. Anche se un tale ordine non fosse reale, tuttavia il dovere impegna gli uomini ad agire come se lo fosse, e il destino che tocca in base ad esso a una persona è sempre giusto. Se una persona si fosse rappresentato l'ordine morale come vero e inevitabile, allora essa avrebbe evitato l'offesa anche soltanto per timore; in questo caso l'azione non avrebbe nessun valore morale interiore, ma quella persona non avrebbe nessuna colpa, e non si attirerebbe nessuna pena. L'idea di un ordine morale è dunque necessaria per giudicare tutti i rapporti morali, e la pena deve essere determinata in modo che la sua rappresentazione sia possibilmente in grado di evitare le offese, in base a una condizione: che ciascuno si rappresenti la pena quale conseguenza inevitabile della propria offesa, come se fosse introdotta da una legge naturale. Tuttavia, nel nostro mondo reale, secondo quanto mostra l'esperienza, le cose vanno in modo diverso; in questo sono compiute molte offese che non sono punite, e ogni delinquente spera sempre di rimanere impunito. Perciò le pene reali nel mondo raggiungono in scarsa misura il loro scopo, e comunemente non lo raggiungono per nulla nei confronti dei soggetti che le subiscono. Se volessimo dunque realmente giudicare la giustizia delle pene dal loro risultato, dovremmo rinunciare completamente ad esse ([82]).

([80]) L. H. JAKOB, *ibid.*, § 422, pp. 249-250.
([81]) L. H. JAKOB, *ibid.*, § 423, p. 250.
([82]) L. H. JAKOB, *ibid.*, § 423 Anmerkung 1, pp. 250-252.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nella seconda nota, Jakob procede a criticare la tesi della prevenzione delle offese quale fondamento della giustizia delle pene. Se si vuole, come in generale accade, introdurre la prevenzione delle offese nel mondo reale (nel quale non si percepisce nessun ordine morale generale), ci si involge in una serie di difficoltà irrisolubili: 1) si introduce un contrassegno materiale per la determinazione del diritto, e questo è falso; 2) si fa dipendere la giustizia della pena dal fatto che impedisce le offese, e quindi dalle sue conseguenze, il che é assurdo; 3) si avrebbe la conseguenza che nella maggior parte le pene sarebbero ingiuste, perché di fatto, come mostra l'esperienza, pochissime prevengono le offese, e molte anzi le aumentano, rendendo i delinquenti ancora più astuti; 4) il delinquente sarebbe punito non per il delitto da lui compiuto, ma per impedire i futuri delitti di altre persone (il che è per ogni rispetto ingiusto); 5) non si potrebbe dimostrare questo tipo di diritto di punire, se non in base a un contratto. Ma questo contratto avrebbe un oggetto assurdo, e non potrebbe essere valido; infatti tutti i contratti in tanto sono validi, in quanto è possibile il fine da essi perseguito. Questo tipo di contratto mira alla prevenzione di offese future; ma quando il raggiungimento di un tale fine non si può prevedere con certezza, allora ogni pena diventa ingiusta. Infatti, punire qualcuno, allorché ancora non si sa se ha meritato o no la punizione, è sempre ingiusto. Ora, in una simile prospettiva, si dovrebbe risolvere la questione, se egli abbia o no meritato la pena, non in base al suo delitto (perché appunto si respinge l'idea che questo sia un motivo sufficiente per la punizione), bensì in base alla capacità della pena di impedire future offese. Poiché però una simile capacità non si può riconoscere con certezza dall'esperienza, a meno di tagliare la testa a tutti i possibili autori di delitti futuri; allora ci si trova nel dilemma, o di non punire per nulla, o di tagliare la testa a tutti coloro i quali hanno commesso un delitto o potrebbero commetterlo, il che è assurdo. Simili difficoltà cadono, se soltanto non si perde di vista il vero principio del diritto, il quale, per giudicare se le pene sono giuste o ingiuste, impone di prendere in considerazione non le conseguenze o i possibili scopi nella realtà, ma la circostanza, se la legge universale, in base alla quale esse possono essere pensate come vere, in un sistema di esseri morali, contraddice a se

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stessa o ai diritti di una persona nella idea di un mondo morale. Se dunque non vi è una simile contraddizione, anche se la pena non distoglie il colpevole o gli altri nel mondo reale dal commettere future offese, la pena rimane non di meno giusta; essa è conforme al principio del diritto, e ciò è sufficiente per una considerazione dal punto di vista del diritto. Il diritto va giudicato non in base a ciò che accade, ma a ciò che può lecitamente accadere in un mondo morale; se gli ulteriori scopi sono morali, ci si comporta in modo più benevolo ma non più giusto: « Das Recht aber darf nicht nach dem, was geschieht, sondern nach dem, was in einer moralischen Ordnung geschehen darf, beurtheilt werden. Hat man noch andere Absichten, und kann diese neben und mit dem Rechte erreichen, so verfährt man, wenn diese Absichten moralisch sind, desto besser, vielleicht desto gütiger, aber nicht gerechter » ([83]).

Successivamente, Jakob afferma che se l'offensore potesse essere sempre certo, l'offesa sarebbe allora un motivo sicuro per infliggergli un male della stessa misura dell'offesa; in questo caso la rappresentazione di un simile male sarebbe un motivo sufficiente per trattenere l'offensore dalla commissione dell'offesa. Una pena, dunque, che arreca all'offensore un male della stessa misura di quello da lui arrecato all'offeso, è proporzionata all'offesa e pertanto giusta: « Eine Strafe also, welche dem Beleidiger, ein für ihn eben so grosses Gut nimmt, oder ein für ihn eben grosses Uebel zufügt, als er dem Beleidigten durch Beleidigung entzogen oder zugefügt hat, ist der Beleidigung proportionirlich, folglich gerecht » ([84]).

Jakob procede poi a presentare alcune regole generali per valutare questa proporzione. In primo luogo egli ricorda il principio, da lui in precedenza affermato ([85]), secondo cui gli elementi necessarî ed essenziali della natura umana hanno uguale valore

---

([83]) L. H. JAKOB, *ibid.*, § 423 Anmerkung 2, pp. 252-254.

([84]) L. H. JAKOB, *ibid.*, § 425, pp. 254-255.

([85]) L. H. JAKOB, *ibid.*, II Theil, II Abschnitt, § 215, p. 129: « Der Ingegriff der nothwendigen oder wesentlichen Bestandtheile der menschlichen Natur wird die Menschheit genannt, und die Rechte, deren Inhalt durch den Begriff der Menschheit bestimmt sind, heissen daher Rechte der Menschheit ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

oggettivo, e costituiscono l'umanità. Non si deve avere a questo riguardo considerazione per le motivazioni soggettive. Ne derivano le seguenti regole: *a*) in linea generale chi viola dolosamente in un altro i diritti dell'umanità, merita che anche in lui vengano lesi gli elementi essenziali dell'umanità; *b*) in particolare: Chi priva un altro in modo doloso e anti-giuridico della vita, deve essere punito con la perdita della vita. In tal modo egli non viene offeso, poiché poteva attendersi con certezza questa conseguenza della sua azione in un ordine morale. Chi, in modo doloso e anti-giuridico, fa cadere un altro in una condizione nella quale non può più fare uso morale della propria vita umana (ad esempio la pazzia), merita di essere punito con la perdita della vita.

In secondo luogo, si devono prendere in considerazione gli elementi innati e casuali nell'uomo, uguali a quelli di ogni altro. *a*) In linea generale: chi in modo anti-giuridico e doloso, lede gli elementi innati e casuali di un altro, merita di essere punito con la lesione degli stessi elementi in lui. *b*) In particolare: Chi, in modo anti-giuridico e doloso lede una parte del corpo di un altro, merita una lesione di uguale intensità nel proprio corpo. Chi, in modo anti-giuridico e doloso, lede le forze spirituali di un altro per mezzo del corpo, merita di subire una lesione di uguale importanza in se stesso.

In terzo luogo, le condizioni esterne necessarie della vita e della attività umana ([86]), sono da considerare uguali alla vita stessa. Ne segue che colui il quale priva un altro delle condizioni esterne necessarie della vita, merita la stessa pena di colui che aggredisce in modo antigiuridico la vita stessa, qualora sappia che si tratta di condizioni necessarie della vita.

In quarto luogo, la proprietà casuale interna può in molti casi essere considerata uguale alla proprietà casuale esterna, e viceversa. La lesione della prima può essere punita con la privazione della seconda, e viceversa. Una determinazione più precisa del valore esige però conoscenza delle caratteristiche specifiche dei beni, e poiché questa non può essere presupposta nel diritto naturale, non può nemmeno essere determinata con regole universali *a priori*.

([86]) L. H. JAKOB, *ibid.*, § 202, pp. 120-121.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In quinto luogo i beni acquisiti di una persona hanno lo stesso valore dei beni acquisiti di un'altra; chi dunque viola il bene acquisito di un altro, merita la perdita di un bene che per lui ha uguale importanza ([87]).

Jakob osserva poi che la valutazione concreta della proporzione delle pene nei casi singoli è in buona parte un compito della facoltà di giudicare (*Urteilskraft*), secondo le regole della esperienza; ciò perché la misura dei beni e dei mali è in buona parte relativa e dipende spesso dalla diversità dei soggetti dei rapporti, dei bisogni ecc. La precisa determinazione della proporzione non può essere compiuta perciò dal diritto naturale, che esprime soltanto il principio dell'equivalenza fra il tipo di offesa e il tipo di pena, ma deve essere lasciata alle leggi positive; « Dieses [il diritto naturale] kann eigentlich weiter nichts bestimmen, als: dass jede Beleidigung mit dem Verluste eines gleichen Gutes, als durch die Beleidigung verletzt ist, verdiene bestraft zu werden. Welches aber Güter von gleichen Werthe sind, muss aus andern Gründen erkannt werden, und wird am sichersten durch positive Gesetze festgesetzt » ([88]).

Nella nota a questo paragrafo Jakob osserva che il mantenimento della proprietà, della costituzione dello Stato e di altri beni, che sono in sé casuali, può spesso essere giudicato altrettanto importante delle vita. Ciò deve essere però determinato mediante contratti, in modo tale che le pene capitali per l'aggressione a o la lesione di beni di questo tipo sono possibili soltanto per mezzo di leggi positive. D'altra parte, egli aggiunge, le pene capitali di per sé non possono mai contraddire alla stretta giustizia, poiché a loro riguardo non si tratta della felicità di un'altro (l'offensore), ma del diritto. Rinunciare al diritto, può essere spesso cosa moralmente buona o equa; ma non è questione di ciò in una indagine giuridica ([89]). Nella determinazione della pena non si deve tener conto soltanto dell'oggetto dell'azione offensiva, bensì anche della forma dell'offesa; quest'ultima consiste nella parte che in essa ha avuto la libertà. I principî finora stabiliti valgono soltanto

([87]) L. H. JAKOB, *ibid.*, II Theil, III Abschnitt, § 426, pp. 255-258.
([88]) L. H. JAKOB, *ibid.*, § 427, p. 258.
([89]) L. H. JAKOB, *ibid.*, § 427, pp. 258-259.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per le offese dolose, nelle quali la rappresentazione dell'oggetto dell'azione è stata insieme il motivo libero dell'offesa. Le offese causate da negligenza possono essere punite soltanto a causa della negligenza, per cui la pena per simili azioni non può essere maggiore di quanto è necessario per costituire un motivo per eliminare la mancanza di attenzione contraria al dovere ([90]). Ogni offeso, aggiunge poi Jakob, ha il diritto di mitigare la pena nei confronti dell'offensore, anche di rinunciarvi completamente, a meno che un contratto speciale non lo vincoli altrimenti ([91]).

Infine, Jakob procede a indicare la presenza nell'uomo di un diritto a ogni scopo materiale che sia possibile per mezzo della coazione legittima. L'uomo ha il diritto di eliminare con la forza gli ostacoli che l'offensore oppone al godimento dei suoi diritti, in quanto questo possa avvenire in modo conforme al diritto, ovvero ha il diritto di impedire in modo legittimo le offese, di prevenirle, di ripristinare la situazione da esse provocata, e così via ([92]).

Ogni uomo ha dunque un diritto di difesa (*Vertheidigungsrecht*), il quale si può chiamare anche diritto alla sicurezza (*Sicherheitsrecht*), poiché mira a garantire una situazione, nella quale non si devono temere più lesioni e offese; esso comprende 1) il diritto di impedire con la forza la continuazione di una offesa già iniziata; 2) il diritto di impedire con la forza ogni offesa imminente. Il primo può essere chiamato diritto di resistenza (*Widerstehung- und Zurücktreibungsrecht*), il secondo diritto alla prevenzione (*Präventionsrecht*) ([93]).

I mezzi di coazione usati per la difesa devono essere proporzionati all'offesa, da cui ci si difende, e i modi inflitti per impedire l'offesa, non devono essere maggiori della pena giusta meritata dall'offesa ([94]). Si ha poi il diritto di risarcimento (*Entschädigungsrecht*), che comprende: 1) il diritto di riprendersi con la forza il bene che è stato sottratto (se esiste ancora); 2) il diritto di costrin-

([90]) L. H. Jakob, *ibid.*, § 429, pp. 259-260.
([91]) L. H. Jakob, *ibid.*, § 430, p. 260.
([92]) L. H. Jakob, *ibid.*, § 431, p. 260.
([93]) L. H. Jakob, *ibid.*, §§ 434-435, pp. 262-264.
([94]) L. H. Jakob, *ibid.*, § 440, p. 265.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gere l'offensore, nel caso in cui il bene non esista più, a restituirne un equivalente; 3) il diritto di costringere l'offensore a compiere atti, mediante i quali il danno viene risarcito. Il diritto di risarcimento esiste soltanto, quando l'atto che ha prodotto il danno è stato compiuto con libertà di volere ([95]). Anche il mezzo coattivo per ottenere il risarcimento non deve essere superiore alla pena meritata dall'offesa ([96]).

Jakob compie infine delle conclusioni generali sul suo discorso concernente l'uso della coazione legittima contro le offese, ovvero contro le violazioni dei diritti individuali. Il dovere dell'amore (*Liebespflicht*) esige che prima di usare la forza contro un offensore si cerchino dei mezzi benevoli (che possano sostituire la forza stessa); ma non si può dire che agisca ingiustamente colui che, immediatamente dopo l'offesa, ricorre a mezzi coattivi, invece di cercare il bene. In ogni modo, nell'uso giusto della forza nei confronti di esseri razionali si devono tenere presenti tre punti:

1) la coazione deve annunciarsi all'offensore come tale, poiché essa deve costituire per lui un motivo per ripristinare la situazione mutata dall'offesa, o per cessare dal compiere l'offesa, o per non ripeterla;

2) nessuno deve usare la coazione contro l'offensore, se non colui che vi è autorizzato;

3) non si deve ricorrere alla forza, prima che l'offesa sia certa ([97]).

Può essere ancora interessante ricordare le tre osservazioni che Jakob svolge in relazione al primo di questi punti. 1) Ogni lesione segreta dei diritti dell'offensore, di cui questi non conosce la provenienza e la giustificazione, è ingiusta e costituisce essa stessa un'offesa. Infatti se l'offensore non riconosce che il male gli viene inflitto a causa della sua offesa, questo male non è un mezzo di coazione in un ordine morale, perché non si presenta come tale. In un ordine morale possono darsi soltanto quei mezzi coattivi che, attraverso la rappresentazione della loro necessaria attuazione, possono impedire l'offesa. 2) Ogni uso legittimo della

---

([95]) L. H. JAKOB, *ibid.*, §§ 444-445, p. 268-269.
([96]) L. H. JAKOB, *ibid.*, § 447, p. 270.
([97]) L. H. JAKOB, *ibid.*, §§ 449-450, pp. 271-272.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

forza contro l'offensore deve essere caratterizzato in modo tale che l'offensore stesso possa sapere, dall'azione stessa e dai principî universali del diritto, chi e per quali motivi usa la coazione verso di lui. 3) Ogni uso della forza verso l'offensore deve essere palese, cioè deve essere annunciato a lui come una forza usata quale reazione contro il suo uso illecito della forza (*Gegengewalt*): « Man muss also das Prinzip, wornach man zwingt, allgemein ankündigen und jedermann mittheilen können » [98].

* * *

La trattazione del problema della pena da parte di Jakob in questa seconda parte, ovvero nella parte della sua *Philosophische Rechtslehre* dedicata alla « dottrina giuridica applicata », appare più elaborata e più approfondita, soprattutto per quanto attiene al fondamento e allo scopo della pena, di quella svolta in precedenza (v. *supra* n. 4); una sola eccezione riguarda il tema della libertà del volere quale fondamento dell'imputazione penale, che è stata sviluppata a fondo nella « dottrina giuridica pura », e che qui ha ricevuto soltanto un cenno (v. *sup.a*, § 429).

Il primo punto della dottrina delineata in questa sede e appena esaminata, che appare evidente e attrae l'attenzione, è la chiara deduzione compiuta da Jakob del concetto di *pena* dal concetto di *coazione*; il diritto di punire l'offensore è un diritto coattivo, è uno *Zwangsrecht* (§ 410); il male fisico a cui si attribuisce il nome di *Strafe* è uno *Zwang*, la pena è un mezzo di coazione (*Zwangsmittel*); la pena è dunque una specie del genere coazione. Tale derivazione indica chiaramente almeno in *limine* — al di là e prescindendo da particolari problemi posti da altri aspetti di questa dottrina — il carattere nettamente giuridico del concetto di pena elaborato da Jakob; quest'ultimo è fatto derivare direttamente da quella nozione di coazione, che è parte integrante del diritto. Non intendo soffermarmi ulteriormente ora su questo specifico punto; vi ritornerò sopra nella conclusione (v. *infra*, n. 6), allorché cercherò di svolgere un confronto generale fra la dottrina penale di Jakob e quella di Kant (dato che questo punto costi-

[98] L. H. Jakob, *ibid.*, § 451, pp. 272-273.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tuisce un fondamentale elemento di differenziazione fra i due autori).

In secondo luogo, appare particolarmente rilevante il richiamo — e la sua applicazione al problema penale — al principio dell'uomo come fine a se stesso, che forma il contenuto della seconda formulazione dell'imperativo categorico kantiano, e su cui Jakob fonda l'intera sua concezione del diritto naturale ([99]). Si può notare che tale principio è applicato da Jakob in due direzioni; da un lato, per fondare l'inviolabilità dei diritti individuali, l'illegittimità di un'offesa, cioè di una violazione di un diritto altrui nell'àmbito del diritto naturale, allorché afferma che l'uso indiscriminato e arbitrario della forza verso una persona significa trattare quella persona come un mero mezzo (§ 412); e dall'altro per porre chiari limiti all'uso legittimo della coazione, e quindi della pena, allorché afferma che è ingiusto l'uso della coazione non giustificato dall'offesa, e che quindi non è lecito infliggere una coazione-pena maggiore dell'offesa che ne è fondamento (§ 413). Nel primo caso si potrebbe vedere un parallelismo con una delle esemplificazioni compiute da Kant, in rapporto alla seconda formulazione dell'imperativo categorico, nella *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, allorché stabilisce una chiara equivalenza tra violazione dei diritti altrui e trattamento dell'umanità, nella persona di un altro, come un mero mezzo ([100]); nel secondo caso, vi è un parallelismo con l'applicazione che Kant fa di tale principio nella *Metaphysik der Sitten*, al problema penale, allo scopo di negare la legittimità di una concezione meramente utilitaristica della pena ([101]).

([99]) V. in proposito Mario A. CATTANEO, *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*, Milano 1981, pp. 73-76.

([100]) I. KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785), herausgegeben von K. Vorländer, « Philosophische Bibliothek », Hamburg 1965 (ristampa anastatica della 3ª ed.), II Abschnitt, p. 53: « Denn da leuchtet klar ein, dass der Übertreter der Rechte der Menschen sich der Person anderer bloss als Mittel zu bedienen gesonnen sei, ohne in Betracht zu ziehen, dass sie als vernünftige Wesen jederzeit zugleich als Zwecke, d.i. nur als solche, die von ebenderselben Handlung auch in sich den Zweck müssen enthalten können, geschätzt werden sollen ».

([101]) I. KANT *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, cit., § E, p. 158 (v. *supra*, n. 2, nota 18).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il principio della proporzione fra i delitti (le offese) e le pene appare basato, nella dottrina di Jakob, su un duplice fondamento: da un lato il richiamo ora ricordato al principio dell'uomo come fine, dall'altro l'idea dell'ordine morale (§ 416), idea cui egli aveva già accennato nella « dottrina giuridica pura » (v. *supra* n. 4). In quella sede ho notato che Jakob non aveva sviluppato molto a fondo questa idea; nella seconda parte egli la elabora in modo più ampio, ma non sufficientemente approfondito da permettere di comprenderne l'intero significato e tutte le implicazioni. Ciò che se ne ricava è che si tratta dell'idea di un'armonia ideale fra gli esseri razionali, la quale postula una perfetta equivalenza fra virtù e felicità, vizio e punizione; si comprende quindi come uno dei due motivi per cui la pena deve essere proporzionata all'offesa sia questo. Il problema che sorge a tale riguardo è se la presenza di questo motivo porti a concludere che la dottrina di Jakob fonda la pena giuridica su principî esclusivamente morali. In questo senso si è espresso un contemporaneo di Jakob, e cioè Paul Johann Anselm Feuerbach, il quale ha indicato nella dottrina penale del nostro autore una confusione fra pena in senso morale e pena in senso giuridico: « Gleichwohl haben mehrere, besonders aber Jakob und Abicht diese wesentlichen Grenzen des menschlichen und göttlichen Strafrechts, der moralischen und der rechtlichen und bürgerlichen Strafe auf die sonderbarste Weise aufgehoben, indem sie ausdrücklich die Realisierung der sittlichen Ordnung zum Zwecke der rechtlichen Strafe machen und diese durch die *sittliche Schuld* bestimmen lassen » ([102]).

Più recentemente, il Nagler ha osservato a questo riguardo: « Eine Loslösung des Vergeltungsgedankens von dieser ethischen Strömung versucht — zwei Jahre vor Kant ... — der Philosoph Ludwig Heinrich Jakob ... Er will die « durch Rechtsprinzipien bestimmte » Strafe von der moralischen Strafe sondern und kommt bereits der rechtlichen Vergeltung ganz nahe, doch gelangt er

([102]) P. J. A. FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Erfurt 1799 (ristampa anastatica Scientia Verlag, Aalen 1966), vol. I, p. 30. In nota, Feuerbach si riferisce erroneamente al § 306 della *Philosophische Rechtslehre* di Jakob, il quale tratta invece la materia del contratto apparente (*Scheinvertrag*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

schliesslich nicht über den Moralbereich hinaus, da er das Rechtsgesetz aus dem Sittengesetz gewinnt und sich daher dem moralischen Charakter des Vergeltungsgedankens nicht in Wirklichkeit zu entziehen vermag: die sittliche Weltordnung soll auch hinter der Rechtsstrafe stehen » ([103]). Secondo l'interpretazione del Nagler, dunque, Jakob si è soltanto avvicinato alla prospettiva propria della retribuzione giuridica, ma mantiene il carattere morale alla sua dottrina retributiva perché fa derivare il principio del diritto dalla legge morale e perché alla base della pena giuridica pone l'idea dell'ordine morale del mondo. Accettando una simile conclusione si verrebbe quindi a qualificare quella di Jakob come una dottrina della *retribuzione morale.*

Il carattere retributivo di tale dottrina — che ho già delineato nei caratteri risultanti dalla sua prima esposizione (v. *supra*, n. 4) — risulta già dall'esplicita attribuzione all'offensore di un diritto di retribuire, in modo legittimo, l'offesa arrecata (« ein Recht ... ihm das angethane Unrecht auf eine rechtmässige Art zu vergelten », § 418). Tuttavia non sarei propenso ad accettare la tesi di Feuerbach e del Nagler e a definire la concezione di Jakob una dottrina della retribuzione *morale.* La teoria di Jakob si fonda su due principî morali, il rispetto per l'uomo come fine e l'idea dell'ordine morale; tuttavia questi principî, lo abbiamo visto, servono a porre dei chiari limiti all'uso legittimo della coazione, e quindi alla funzione penale: tali limiti concernono il tipo e la misura della pena, che non deve essere maggiore dell'offesa su cui si fonda, che deve essere ad essa proporzionata. Ma un fondamento morale di questo tipo è a mio giudizio semplicemente la necessaria e direi doverosa radice di ogni dottrina penale che voglia essere rispettosa del valore dell'uomo. Viceversa, quella che viene chiamata in senso tecnico e pregnante dottrina della retribuzione morale dovrebbe avere i due seguenti contrassegni: l'idea che sia giusto e moralmente doveroso perseguire il male morale, le violazioni della legge e dell'ordine morale, e di conseguenza il principio che si debba « ripagare il male per male » ([104]). Entrambi questi motivi sono assenti dalla dottrina di Jakob.

([103]) J. NAGLER, *Die Strafe*, cit., p. 365.

([104]) V. in proposito H. L. A. HART, *Punishment and Responsibility*. Essays

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ma soprattutto vorrei sottolineare due elementi, che caratterizzano la dottrina retributiva di Jakob in senso *giuridico*. Al primo ho già accennato, e si tratta della diretta derivazione del concetto di pena dal concetto giuridico di coazione; la pena è in definitiva il risultato del carattere coattivo, coercibile, del diritto. In secondo luogo, abbiamo visto che Jakob distingue esplicitamente la pena giuridica dalla pena morale; e la distinzione si fonda non tanto sulla natura della pena, quanto sulla natura dell'azione punibile. La pena morale « ist ein Uebel, welches einen um seines moralischen Verbrechens willen zugefügt wird », la pena giuridica « folgt aber blos auf äussere widerrechtliche Handlungen » ([105]). La pena morale si commisura sulla immoralità interna (*innere Moralität*) (del colpevole), la pena giuridica sulla ampiezza dell'offesa (*nach der Grösse der Beleidigungen*). Ora, l'elemento forse maggiormente caratteristico della teoria della retribuzione morale è proprio quello di voler punire il delitto in senso morale, e di commisurare la pena sulla immoralità interiore. Per tale motivo, ritengo di poter definire la dottrina di Jakob una teoria della *retribuzione giuridica.*

Ma la natura di retribuzione giuridica propria della concezione di Jakob deriva soprattutto dal carattere formale proprio del diritto su cui egli insiste in tutta la sua opera ([106]). Perché il diritto ha carattere formale, la pena non ha scopi materiali, ma ha un fondamento giuridico, trova nel delitto compiuto la propria giustificazione e il proprio limite; ricordiamo che questa idea era già stata delineata da Jakob nella *Vorrede* (v. *supra*, n. 2), il che

---

in the Philosophy of Law, Oxford 1968, p. 231; Mario A. CATTANEO, *Il problema filosofico della pena*, Ferrara 1978, cap. I.

([105]) L. H. JAKOB, *Philosophische Rechtslehre*, cit., II Theil, III Abschnitt, § 419 nota, p. 248.

([106]) Con riferimento a Jakob (però citando i soli §§ 38-67, quindi la « reine Rechtslehre »), oltre che ad altri giuristi kantiani, tra cui lo stesso Feuerbach, così si esprime a questo proposito Antonio NEGRI, *Alle origini del formalismo giuridico*, cit., p. 187: « Eliminate così in materia definitiva le concezioni eteronome per cui la pena è retribuzione morale o prevenzione, essa si configura in termini strettamente formali: è retribuzione ma retribuzione giuridica, è prevenzione o correzione ma solo in quanto giuridicamente commisurata o prodotta ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

è segno della particolare evidenza e importanza che essa presentava alla sua mente. Gli eventuali scopi materiali della pena (come la difesa e il risarcimento, v. §§ 418 n. e 431 ss.) non sono esclusi del tutto ma hanno carattere subordinato e sussidiario; essi hanno, nella pena giusta quanto alla sua forma giuridica, cioè al suo specifico rapporto con il delitto-offesa, il loro limite; essi sarebbero anti-giuridici se per ottenerli si dovesse usare maggiore forza di quella consentita dalla pena legittima (e quindi dal tipo e dalla gravità dell'offesa) (§ 418 n.).

In un simile ordine di idee si inserisce perfettamente l'articolata critica, svolta da Jakob nella nota 2 del § 423, della prevenzione dei delitti intesa come giustificazione e unico fondamento della pena. Si tratta di argomentazioni che anticipano quelle elaborate da Kant nella *Rechtslehre*, e che costituiscono — come ho avuto modo di sottolineare in altra sede ([107]) — l'aspetto più valido e convincente della dottrina della retribuzione giuridica. Abbiamo visto che Jakob critica, kantianamente, l'impostazione utilitaristica di tale concezione, la quale fonda la giustificazione della pena sulle conseguenze di essa; è una concezione, in definitiva, che fa dipendere il valore della pena dai dati offerti dall'esperienza, la quale invece non può fondare principî universali. Per tale motivo, poiché l'esperienza mostra che solo poche pene operano un'effettiva prevenzione dei delitti, ne consegue che, se fosse vera tale concezione, soltanto poche pene sarebbero giuste. Di particolare rilievo è poi la critica svolta al punto 4, dove Jakob afferma che in questo caso « würde der Verbrecher nicht eigentlich um seines begangenen Verbrechens willen, sondern um seine oder gar anderer künftige Verbrechen zu verhüten, bestraft; welches in jeder Rücksicht ungerecht, und das letztere gar abscheulich ist » ([108]). È questa l'argomentazione-principe contro la teoria preventiva — soprattutto se la prevenzione è intesa come operante a livello di esecuzione della pena — la quale mostra che in tal modo il colpevole è trattato come un mezzo per un fine a lui estraneo, e la pena non è commisurata né alla gravità del suo

([107]) V. Mario A. CATTANEO, *Dignità umana e pena*, cit., pp. 270-281.

([108]) L. H. JAKOB, *Philosophische Rechtslehre*, cit., II Teil, III Abschnitt, § 423 Anmerkung 2, n. 4, p. 252.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

delitto né al grado della sua colpa ([109]). Kant sviluppa questo argomento nella *Rechtslehre*, con esplicito richiamo alla seconda formulazione dell'imperativo categorico (v. *supra*, nota 101).

A questo punto la trattazione del problema penale svolta in questa sede si collega con l'affermazione contenuta nella *Vorrede*, dove Jakob afferma che le pene sono ingiuste se, come spesso accade, per mezzo di esse si tende a ottenere uno scopo vantaggioso a costo della giustizia, come quando l'esempio (verso gli altri) e non il delitto costituisce il fondamento di un aggravamento di pena (v. *supra*, n. 2).

Un altro elemento che caratterizza la dottrina penale di Jakob come « retributiva », e che costituisce ugualmente una anticipazione di Kant, è la valutazione del modo di applicare l'idea della proporzione fra i delitti e le pene quale criterio di una commisurazione delle pene stesse; appare, a questo riguardo, sia pure non esplicitamente richiamata e affermata, come avverrà invece nel caso di Kant ([110]), l'idea della legge del taglione. Questa idea mi sembra sostanzialmente presente in una frase del paragrafo 426, dove è detto: « Wer des einen Körper widerrechtlich und vorsätzlich verletzt, verdient eine Verletzung von gleichen Empfindlichkeit an dem seinigen zu erfahren » ([111]). Osserva a questo proposito il Nagler: « Jacob ist auch insofern ein Vorläufer Kants, als er die Ebenmässigkeit von Verbrechen und Strafe auf die materielle Talion (also die Gleichförmigkeit) hinausspielt, die Einzelaüsführung allerdings vertrauensvoll der Gesetzgebung überlassend » ([112]). L'ultima frase di questo brano del Nagler indica un ulteriore elemento, che abbiamo visto presente nella conce-

---

([109]) V. in proposito Mario A. CATTANEO, *Il problema filosofico della pena*, cit., p. 53 ss.

([110]) I. KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, cit., § E, p. 159: « Welche Art aber und welcher Grad der Bestrafung ist es, welche die öffentliche Gerechtigkeit sich zum Prinzip und Richtmasse macht? Kein anderes als das Prinzip der Gleichheit ... Nur das *Wiedervergeltungsrecht* (*ius talionis*), aber wohl zu verstehen vor den Schranken des Gerichts (nicht in deinem Privaturteil), kann die Qualität und Quantität der Straffe bestimmt angeben ... ».

([111]) L. H. JAKOB, *Philosophische Rechtslehre*, cit., II Theil, III Abschnitt, § 426, p. 256.

([112]) J. NAGLER, *Die Strafe*, cit., p. 365 n.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione di Jakob, ovvero la distinzione di compiti fra diritto naturale e diritto positivo, per quanto attiene al problema della proporzione fra delitti e pene: il diritto naturale stabilisce soltanto il principio per cui l'offesa fa meritare all'offensore la perdita di un bene uguale a quello che essa ha leso nella vittima; al diritto positivo è lasciata la determinazione concreta della proporzione, ovvero di quali sono i beni di uguale valore (§ 427). In questa affermazione si sente l'eco — forse non esplicitamente presente alla mente di Jakob — di un principio già asserito da Thomasius; questi, nei *Fundamenta Juris Naturae et Gentium*, aveva dichiarato (sia pure con riferimento semplicemente al problema della determinazione della pena, e non allo specifico problema della proporzione fra i delitti e le pene): « Imo poena ex natura sua humana est et arbitraria, quia omnis poena dictatur ab homine imperante. Ius naturae dictat saltem peccantes mereri poenam » ([113]).

Rimane ancora un problema da considerare. Abbiamo visto che — nonostante che Jakob delinei chiaramente una concezione della retribuzione giuridica, fondata sul rapporto di giustizia fra delitto e pena, e critichi esplicitamente, con le argomentazioni più valide, la dottrina della prevenzione generale — tuttavia nella sua teoria appaiono presenti degli elementi di natura preventiva. Ricordiamo infatti che nel paragrafo 422 Jakob pone in stretto rapporto la possibilità di una giusta pena nell'àmbito di un ordine morale con la capacità di essa di costituire un impulso per non commettere il delitto; in quello stesso paragrafo egli dice inoltre che la conoscenza della legge, la quale connette inevitabilmente la pena al delitto, può impedire tutti i delitti: « Nun wird aber die Erkenntnis des Gesetzes, nach welchem nothwendig auf jede Beleidigung ein Uebel erfolgen müsste, dessen Vorstellung den Beleidiger von der Beleidigung abgehalten haben würde, in der That alle Beleidigungen verhindern » ([114]). Nel successivo

([113]) Ch. THOMASIUS, *Fundamenta Juris Naturae et Gentium*, Halle 1705 (ristampa anastatica della 4ª ed., Halle 1718, Scientia Verlag, Aalen 1963), libro I, cap. V, § 38, p. 153; v. anche § 53, p. 157 nota: « Nam nulla poena determinatur jure naturae ». V. Mario A. CATTANEO, *Delitto e pena nel pensiero di Christian Thomasius*, Milano 1976, pp. 69 e 79.

([114]) L. H. JAKOB, *Philosophische Rechtslehre*, cit., II Theil, III Abschnitt, § 422, p. 254.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

paragrafo Jakob collega anche la giustizia della pena — caratterizzata dal suo rapporto di proporzione con il grado dell'offesa — al suo carattere necessario per impedire le offese (§ 423). Ancora nel paragrafo 425 Jakob stabilisce uno stretto collegamento fra le tre esigenze della giustizia, della prevenzione e della proporzione: « Wenn der Beleidiger allemal gewiss seyn könnte, die Beleidigung wäre ein gewisser Grund weshalb ihm (wie nach einem Naturgesetz) gerade ein für ihn eben so grosses und wichtiges Uebel widerfahren müsste, als seine Beleidigung für den Beleidigten ist; so würde die Vorstellung von einem solchen Uebel ein hinreichender Grund seyn, ihn von der Beleidigung abzuhalten » ([115]).

Il problema è dunque di vedere se in questi brani sia presente una contraddizione. A prima vista sembra essere così: da un lato Jakob nega la prevenzione dei delitti come fondamento di giustificazione della pena, dall'altro afferma che una pena giusta ha anche la capacità di essere un motivo per la prevenzione dei delitti. In questo senso sembra essere l'interpretazione del Nagler, il quale afferma: « Zur Empfehlung der Talion dient ... ihre angebliche Abschreckungsfähigkeit. Durch deren Einführung kommt natürlich ein gewisses Schwanken in die Gedankenführung. Immerhin bleibt Jacob dabei, dass die Strafe lediglich um des Verbrechens willen zu verhängen sei (§ 423 N) » ([116]). In sostanza, per il Nagler la posizione di Jakob, pur essendo fondata sul rapporto tra la pena e il delitto, introduce una presunta capacità di intimidazione che sarebbe propria dell'idea del taglione, la quale dà al suo ragionamento un andamento un po' oscillante (*schwankend*).

A mio giudizio, tuttavia, una indagine un po' più approfondita porta a superare la contraddizione: per due motivi. In primo luogo, abbiamo visto che nella prima nota al paragrafo 423 Jakob afferma che nel mondo reale le pene ottengono assai raramente lo scopo della prevenzione delle offese, o sono pochissime quelle che lo ottengono; di conseguenza, se si volessero realmente giustificare le pene sulla base dei loro risultati, si dovrebbe sospendere

([115]) L. H. JAKOB, *ibid.*, § 425, p. 254.
([116]) J. NAGLER, *Die Strafe*, cit., p. 365 n.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di punire. Viceversa, la sua affermazione circa il rapporto fra la giustizia della pena e la sua capacità di intimidazione riguarda l'ordine morale, quindi il mondo ideale. La conclusione da trarre mi sembra la seguente: da un lato l'efficacia preventiva o intimidatrice delle pene non può essere posta quale fondamento della loro giustificazione, perché essa va valutata in base all'esperienza: e l'esperienza, in primo luogo, mostra che tale efficacia è assai rara o scarsa, e in secondo luogo non può fondare dei giudizi di carattere universale, come quelli relativi alla giustizia delle pene. Dall'altro lato, in riferimento all'ordine morale — che riguarda il mondo del dover essere — si può affermare che se la pena *è come deve essere* (cioè è giusta, in base al suo rapporto di giustificazione e di proporzione con il delitto commesso) essa ha *anche* una capacità ideale di prevenzione. La capacità di prevenzione e di intimidazione propria delle pene è in un certo senso una conseguenza della loro giustizia sul piano dell'ordine ideale (che postula un'armonia fra gli esseri razionali, e un'armonia anche fra gli eventuali delitti e le eventuali pene).

Il secondo motivo riguarda il significato intrinseco della prevenzione generale. La parola « rappresentazione » (*Vorstellung*) riferita da Jakob alla conoscenza della pena contenuta nella legge da parte dell'eventuale colpevole, che in tal modo sarebbe spinto a tralasciare il delitto, sembra ricordare la teoria della « coazione psicologica » di Feuerbach; secondo tale teoria infatti la rappresentazione della pena come male che è connesso nella legge penale quale conseguenza inevitabile della commissione del delitto, opera nell'animo del potenziale colpevole una « coazione » che lo spinge a non commettere il delitto ([117]). Feuerbach attribuisce alla legge penale una funzione di prevenzione generale. In sostanza, Jakob dice qualcosa di simile, parlando della *Vorstellung* di quell'*Uebel*

([117]) Per questa dottrina v. soprattutto P. J. A. FEUERBACH, *Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn*, Erfurt 1798, cap. VII, pp. 210-226; *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, I, Erfurt 1799 (ristampa anastatica Scientia Verlag, Aalen 1966), capp. I e II, pp. 1-149; *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen 1801, nn. 13-14, pp. 17-18. V. in proposito Mario A. CATTANEO, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Milano 1970.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

minacciato dalla legge, che spinge il colpevole a omettere l'offesa (§ 422). Sarebbe dunque qui presente un elemento utilitaristico o « relativo », che contraddice alla costruzione della pena in senso retributivistico, simile a quella provocata, secondo diversi interpreti, nella dottrina di Kant, dal riferimento allo stato di necessità; in questo caso Kant esclude la punibilità (con la morte), che altrimenti sarebbe dovuta per l'omicidio, perché la legge penale non potrebbe operare con efficacia nei confronti dell'autore del delitto (il naufrago che fa annegare un compagno di sventura per salvarsi), sul quale avrebbe sempre maggiore presa il timore di un male certo e immediato (la morte per annegamento) di quello di un male incerto e futuro (la morte in seguito a condanna penale) ([118]).

Mi sembra, tuttavia, di poter svolgere la seguente obiezione: a questo livello generale, a livello di legge penale, la funzione di prevenzione generale è qualcosa di ovvio e di scontato. È ovvio che la legge penale non si propone di punire, che essa non si prefigge quale mèta quella di comminare punizioni: essa guarda al futuro e tende a impedire la commissione dei delitti, sperando che non diventi necessario punire. Questa è sostanzialmente la posizione di Jakob, e questa è anche la posizione di Kant. Viceversa, la prevenzione generale posta quale esclusivo o primario criterio di giustificazione della pena, specialmente a livello di esecuzione per la stessa, la prevenzione generale quale criterio di commisurazione della pena, è pericolosa per la dignità dell'uomo,

---

([118]) I. KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, cit., « Anhang zur Einleitung in die Rechtslehre », II « Das Notrecht (Ius necessitatis) », p. 41: « Es kann nämlich kein *Strafgesetz* geben, welches demjenigen den Tod zuerkennte, der im Schiffbruche, mit einem anderen in gleicher Lebensgefahr schwebend, diesen von dem Brette, worauf er sich gerettet hat, wegstiesse, um sich selbst zu retten. Denn die durchs Gesetz angedrohte Strafe könnte doch nicht grösser sein als die des Verlustes des Lebens des ersteren. Nun kann ein solches Strafgesetz die beabsichtigte Wirkung gar nicht haben; denn die Bedrohung mit einem Übel, was noch *ungewiss* ist (dem Tode durch den richterlichen Ausspruch), kann die Furcht vor dem Übel, was *gewiss* ist (nämlich dem Ersaufen), nicht überwiegen. Also ist die Tat der gewalttätigen Selbsterhaltung nicht etwa als *unstraflich* (*inculpabile*), sondern nur als *unstrafbar* (*impunibile*) zu beurteilen, und diese *subjektive* Straflosigkeit wird durch eine wunderliche Verwechslung von den Rechtslehrern für eine *objektive* (Gesetzmässigkeit) gehalten ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

porta a subordinare il diritto individuale all'interesse sociale o collettivo.

È dunque perfettamente compatibile e non contraddittoria, mi pare, l'ammissione dell'idea di prevenzione generale quale funzione ovvia e scontata dalla legge penale, a livello generale, e la critica della prevenzione generale intesa quale unico fondamento della pena, che fa dipendere la sua giustizia dalla sua mera utilità sociale.

6. *Conclusione. Jakob e Kant.*

Le considerazioni svolte in precedenza, e soprattutto al termine del paragrafo 5, mi permettono di concludere indicando nella dottrina della pena di Jakob un esempio tipico di concezione penale retributiva, in linea generale, e di concezione della retribuzione giuridica, in particolare. La discussione appena svolta ha mostrato che, da un lato le indicazioni circa una capacità preventiva della pena, dall'altro la presenza di elementi di carattere morale nella costruzione del suo sistema penale, o hanno un carattere marginale, o rivestono un significato che non presenta carattere contraddittorio, ma si inquadra armonicamente nella cornice di una concezione della retribuzione giuridica.

In precedenza ho avuto modo di porre continuamente in riferimento, trattando i diversi specifici temi, la dottrina di Jakob con la teoria della pena di Kant, nella quale sono presenti da un lato motivi proprî di una concezione della retribuzione giuridica, dall'altro elementi caratteristici di una dottrina della retribuzione morale ([119]); e questo continuo confronto è stato naturale, dato il carattere kantiano dell'impostazione data da Jakob alle proprie opere filosofiche e filosofico-giuridiche. È importante e interessante svolgere ora un parallelo conclusivo fra i due pensatori in rapporto al problema penale, da un angolo visuale generale, dal punto di vista di un ragionamento globale. Due punti, a mio avviso, devono essere sottolineati a questo riguardo.

([119]) V. in proposito Mario A. CATTANEO, *Dignità umana*, cit., p. 270 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In primo luogo, si deve ricordare ancora una volta che la dottrina penale di Jakob è precedente a quella di Kant, la quale sarebbe apparsa soltanto due anni dopo, nella *Rechtslehre*, che costituisce la prima parte della *Metaphysik der Sitten* del 1797. Jakob ha quindi anticipato diversi motivi della concezione penale di Kant ([120]), e si deve riconoscere — e questo vale in generale per le opere filosofico-giuridiche di giuristi kantiani precedenti alla *Metaphysik der Sitten* — che egli lo ha fatto sulla base di alcuni motivi di fondo derivanti dalla filosofia kantiana: penso in particolare alla concezione « formale » del diritto e della pena (che porta Jakob a escludere gli scopi « materiali » quali fondamenti di giustificazione di questa, e a porli come elementi soltanto subordinati e sussidiarî).

Una tale impostazione si fonda da un lato su un motivo evidente in tutta la riflessione del criticismo kantiano, sulla specifica pregnanza e sul peculiare significato che in essa assume, a varî livelli, il concetto di forma, e trova dall'altro un chiaro riscontro nello scritto kantiano *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, che è precedente

---

([120]) Un esempio particolare di questa anticipazione riguarda il diritto di grazia sovrana, che Jakob, come Kant, ammette soltanto per i delitti contro lo Stato e il sovrano in sé, non per i delitti contro i cittadini privati. Scrive Jakob: « Zur Unterlassung der Zwangsmittel und Erlassung der Gesetzmässigen Strafe (*ius aggratiandi*) kann der Souverain nur dann berechtiget seyn, wenn der Grund davon eine Beleidigung des Staats als eines Ganzen ist. Aber wenn die Beleidigung einer Privatperson den Zwang und die Strafe bestimmt, darf der Souverain (ohne dessen Einstimmung) nicht begnadigen », *Philosophische Rechtslehre*, cit., II Theil, II Abtheilung, III Abschnitt, § 686 n. 5, p. 415. Scrive Kant: « Das *Begnadigungsrecht* (*ius aggratiandi*) für den Verbrecher, entweder der Milderung oder gänzlichen Erlassung der Strafe, ist wohl unter allen Rechten des Souverans das schlüpfrigste, um den Glanz seiner Hoheit zu beweisen und dadurch doch in hohem Grade unrecht zu tun. - In Ansehung der Verbrechen der *Untertanen* gegeneinander steht es schlechterdings ihm nicht zu, es auszuüben; denn hier ist Straflosigkeit (*impunitas criminis*) das grösste Unrecht gegen die letzteren. Also nur bei einer Läsion, die *ihm selbst* widerfährt (*crimen laese maiestatis*), kann er davon Gebrauch machen. Aber auch da nicht einmal, wenn durch Ungestraftheit dem Volke selbst in Ansehung seiner Sicherheit Gefahr erwachsen könnte. - Dieses Recht ist das einzige, was den Namen des Majestätsrecht verdient », *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, cit., II Teil, § E, n. II, pp. 165-166.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di un anno rispetto all'opera giuridica di Jakob; ricordiamo il significato che in quello scritto kantiano ha il rapporto della libertà con la felicità, assai affine a quello della forma con la materia ([121]). D'altra parte, il fatto che la dottrina penale di Jakob sia precedente a quella kantiana ne conferma il carattere e il valore autonomo, e le concordanze presenti fra i due autori confermano che il pensatore di Halle aveva assimilato ed elaborato da autentico *Selbstdenker* i principî più profondi del criticismo, applicandoli al diritto penale. In sostanza, l'esame della concezione della pena di Jakob porta un ulteriore appoggio a quanto affermato nella premessa, in contrasto con coloro i quali hanno asserito il suo carattere di scolaro pedissequo e non originale di Kant; Jakob è seguace di Kant, ma lo è in modo intelligente e indipendente, e se giunge in rapporto a certi punti agli stessi risultati di Kant, vi giunge prima di lui, e attraverso un'assimilazione autonoma dei principî del kantismo. Si potrà obiettare: se è vero che la *Metaphysik der Sitten* fu pubblicata nel 1797, tuttavia Kant pensava da molto tempo a quest'opera ([122]), e i caratteri e la struttura fondamentale di questo libro erano presenti da molto tempo alla sua mente. Ora, questo è vero, ma, in primo luogo, l'opera non era stata pubblicata, e quindi fatta conoscere al pubblico, prima del 1797, e alcuni elementi soltanto erano stati anticipati in *Über den Gemeinspruch* ecc. e in *Zum Ewigen Frieden*; in secondo luogo, se il concetto kantiano di diritto si è, nei suoi elementi essenziali, formato presto, come dimostrano i

([121]) I. KANT, *Über den Gemeinspruch*, cit., pp. 87-88: « Die *Freiheit* als Mensch, deren Prinzip für die Konstitution eines gemeinen Wesens ich in der Formel ausdrücke: Niemand kann mich zwingen, auf seine Art (wie er sich das Wohlsein anderer Menschen denkt) glücklich zu sein, sondern ein jeder darf seine Glückseligkeit auf dem Wege suchen, welcher ihm selbst gut dünkt, wenn er nur der Freiheit anderer, einem ähnlichen Zwecke nachzustreben, die mit der Freiheit von jedermann nach einem möglichen allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann (d.i. diesem Rechte des andern), nicht Abbruch tut ».

([122]) *Kants Briefe*, ausgewählt und herausgegeben von F. Ohmann, Leipzig 1911, p. 37, Brief an J. H. LAMBERT, 2 September 1770: « Ich habe mir vorgesetzt ... diesen Winter meine Untersuchungen über die reine moralische Weltweisheit, in der keine empirische Prinzipien anzutreffen sind, und gleichsam die Metaphysik der Sitten in Ordnung zu bringen und auszufertigen ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

passi ad esso attinenti presenti nella *Kritik der reinen Vernunft* ([123]), e nella *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* ([124]), ed è rimasto poi sostanzialmente inalterato nella elaborazione più matura delle opere specificamente giuridiche, come *Über den Gemeinspruch* ecc. ([125]) e la *Metaphysik der Sitten* ([126]), ciò non vale per la sua dottrina della pena; quest'ultima, nella veste acquisita nella *Metaphysik der Sitten*, si è probabilmente formata piuttosto tardi, ha subìto notevoli oscillazioni, come è dimostrato, fra l'altro, dal fatto che Kant, nella lettera di risposta a Klein e a Erhard del 1792, e perciò soltanto cinque anni prima, sosteneva delle tesi piuttosto differenti da una prospettiva retributivistica ([127]).

Il secondo punto che intendo mettere in evidenza è il fatto che non soltanto Jakob anticipa Kant, ma che, pur nella sostanziale concordanza, la sua dottrina della pena si presenta più limpida e coerente di quella del filosofo di Koenigsberg.

Nella concezione di Jakob è presente la parte migliore della filosofia kantiana della pena, ovvero la critica delle dottrine penali utilitaristiche, la fondazione della pena sul valore della giustizia e non sull'utilità sociale, l'applicazione del principio della dignità dell'uomo al diritto penale; si tratta di un punto fondamentale,

---

([123]) I. KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, cit., p. 351: « Eine Verfassung von der *grössten menschlichen Freiheit* nach Gesetzen, welche machen, *dass jedes Freiheit mit der andern ihrer zusammen bestehen kann* (nicht von der grössten Glückseligkeit, denn diese wird schon von sich selbst folgen), ist doch wenigstens eine notwendige Idee ... ».

([124]) I. KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, cit., II Abschnitt, p. 54: « Dieses Prinzip der Menschheit und jeder vernünftigen Natur überhaupt *als Zwecks an sich selbst* (welche die oberste einschränkende Bedingung der Freiheit der Handlungen eines jeden Menschen ist), ist nicht aus der Erfahrung entlehnt ... ».

([125]) I. KANT, *Über den Gemeinspruch*, cit., p. 87: « *Recht* ist die Einschränkung der Freiheit eines jeden auf die Bedingung ihrer Zusammenstimmung mit der Freiheit von jedermann, insofern diese nach einem allgemeinen Gesetze möglich ist ».

([126]) I. KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, cit., Einleitung in die Rechtslehre, § B, pp. 34-35: « Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann ».

([127]) *Kants Briefe*, cit., Brief an J. B. Erhard, 21 Dezember 1792, p. 249; v. in proposito il mio *Dignità umana*, cit., pp. 310-312.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che pone entrambe le dottrine sulla linea delle concezioni che hanno difeso il valore dell'uomo nell'àmbito penale. D'altra parte, dalla dottrina di Jakob è assente la parte più discutibile e incerta della filosofia della pena di Kant; e non mi riferisco tanto o soltanto alle esagerazioni kantiane nell'applicazione del principio del taglione quale criterio di misura della pena, quanto e soprattutto alla definizione della legge penale come imperativo categorico: tale definizione da un lato è contraddittoria rispetto ai principî fondamentali della filosofia morale kantiana, la quale esige che l'imperativo categorico elevi a impulso per l'azione doverosa il dovere stesso, mentre la legge penale pone come impulso il timore della pena; e dall'altro opera una derivazione immediata del diritto penale dalla morale, in contrasto con la distinzione fra legislazione morale e legislazione giuridica delineata da Kant nella *Einleitung in die Metaphysik der Sitten* ([128]).

Jakob, invece, deduce limpidamente il concetto di pena dalla nozione di coazione, cioè da quell'elemento che nella *Rechtslehre* kantiana è analiticamente connesso al concetto di diritto ([129]); la pena per Jakob è quindi una nozione coerentemente giuridica, proprio perché deriva non dal concetto morale di imperativo categorico, ma dal concetto giuridico di coazione. Direi, d'altra parte, che la presenza dell'idea di ordine morale turba meno la costruzione di una concezione giuridica della pena, di quanto non faccia la definizione della legge penale come imperativo categorico. A questo proposito si potrebbe osservare che nella dottrina penale Jakob è stato più kantiano di Kant; egli ha compiuto quella derivazione della pena dalla coazione, rimanendo sul piano giuridico,

---

([128]) I. KANT, *Metaphysiche Anfangsgründe der Rechtslehre*, cit., Einleitung in die Metaphysik der Sitten, § III, pp. 20-23.

([129]) I. KANT, *ibid.*, Einleitung in die Rechtslehre, § D, p. 36: « wenn ein gewisser Gebrauch der Freiheit selbst ein Hindernis der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen (d.i. unrecht) ist, so ist der Zwang, der diesem entgegengesetzt wird, als *Verhinderung* eines *Hindernisses der Freiheit* mit der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen zusammenstimmend, d.i. recht; mithin ist mit dem Rechte zugleich eine Befugnis, den, der ihm Abbruch tut, zu zwingen, nach dem Satze des Widerspruchs verknüpft ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che sarebbe stato possibile compiere anche a Kant, partendo dai principî della propria dottrina razionale del diritto [130].

In definitiva, tre aspetti essenziali dànno alla filosofia della pena di Ludwig Heinrich Jakob il carattere di coerente teoria della retribuzione giuridica; e questi aspetti sono tutti, anche se in modo diverso, *kantiani*. In primo luogo la fondazione del concetto giuridico di pena sulla nozione di coazione, che differenzia il diritto dalla morale (secondo la generale filosofia giuridica di Kant, anche se questi non l'ha applicata al diritto penale); in secondo luogo la critica e il rifiuto delle concezioni penali preventive e utilitaristiche, basati sul richiamo al principio dell'uomo come fine in se stesso; infine, la posizione della libertà del volere quale presupposto della imputazione giuridico-penale, presupposto che è indispensabile per l'edificazione di un diritto penale non soltanto giusto, ma anche semplicemente non del tutto privo di senso.

[130] V. in proposito il mio *Dignità umana*, cit., pp. 323-324 nota.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PIERANGELO SCHIERA

DAHLMANN E IL PRIMO COSTITUZIONALISMO TEDESCO

1. Il punto di partenza della mia riflessione su Dahlmann vuol essere di precisare, nei limiti del possibile, il significato del suo rapporto con la tradizione classica della politica, con particolare riferimento alla tradizione aristotelica (1). È troppo nota l'influenza svolta dall'aristotelismo nella costruzione di una teoria politica specificamente tedesca nel corso del XVII secolo, perché io debba qui riepilogare i termini della questione (2). Così come è pacifica l'individuazione della « *praticità* » come caratteristica principale della teoria-prassi politica tedesca nell'età moderna (3). Quel che mi sembra possibile proporre è che Dahlmann si inserisca pienamente in quel contesto e che il suo aristotelismo non sia dunque una latente violenza all'esigenza « pratica » che egli stesso più volte proclama, una perenne deviazione dai problemi concreti della trasformazione costituzionale in cui egli è diretta-

(1) Questo è anche il terreno su cui si muove sostanzialmente l'Introduzione di Manfred Riedel all'edizione da me usata della *Politik*: F. Chr. DAHLMANN, *Die Politik*. Einleitung von Manfred Riedel, Frankfurt Main 1968. Di seguito citato come Politik.

(2) H. DREITZEL, *Protestantischer Aristotelismus und absoluter Staat. Die « Politica » von Henning Arnisaeus (ca 1575-1636)*, Wiesbaden 1970; P. PASQUINO, *L'« utopia » praticabile: governo ed economia nel cameralismo tedesco del settecento*, in *Fondazione Giangiacomo Feltrinelli, Quaderni*, 20, 1982, 60-68; e *Polizia terrena e polizia celeste: Seckendorff e Reincking*, in *Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento*, 9 (1982).

(3) W. HENNIS, *Politik und praktische Philosophie. Eine Studie zur Rekonstruktion der politischen Wissenschaft*, Neuwied 1963; H. MAIER, *Ältere deutsche Staatslehre und westliche politische Theorie*, ora in *Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre*, München 1980², 278-296.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente impegnato. Al contrario, forse, il costante rimando alle categorie « classiche » della politica aristotelica è il paravento necessario ad una operazione di fondazione « scientifica » della politica moderna, quale ancora non si era vista, in un mondo culturale fino allora dominato, in quel campo di riflessione, dalle preoccupazioni di tipo decisamente più « tecnologico » della cameralistica e della scienza di polizia (4). In proposito, vale la pena di richiamare il fatto che Dahlmann fu, dal 1829 al 1837, professore ordinario all'Università di Göttingen per « Politik, Kameral- und Polizeiwissenschaft und deutsche Geschichte », che le sue lezioni riguardarono, in generale, « Politik, Staatswirtschaft, Finanzen, Polizey, alte und neuere Geschichte », e che, più in particolare, egli tenne nel 1830 (Wintersemester) un corso relativo a « Die gesamte Politik, auf historischen Wege erläutert, nach kurzen Dictaten, verbunden mit einem ausführlichen Vortrage der Polizey », e contemporaneamente un altro corso relativo a) Die Staatswirthschaft und Finanzwissenschaft ». Mentre nel 1835 (Wintersemester), il corso principale modifica parzialmente il suo titolo in « Die gesamte Politik auf historischem Wege erläutert verbunden mit einer kurzen Erläuterung des *positiven Europäischen Völkerrechtes* (sottolineatura originale) und einer ausführlichen Abhandlung der Polizey ... » e nel 1837 si riduce sinteticamente a « Die Politik, mit ausführlicher Erörterung der Polizey » (5). Resta da vedere se tali combinazioni devono essere intese semplicemente come « interessante combinazione di politica in senso antico e di scienza di polizia » (6), o se invece non segnalino l'urgenza del passaggio dalla tradizionale trattazione tecnico-poliziesca alla fondazione di una scienza politica di tipo più complessivo e soprattutto più generale, nella stessa linea che sarà percorsa, di lì a non molti anni, da Robert von Mohl prima e da Lorenz von Stein poi (7). Il carattere metodico e chiaramente

(4) P. SCHIERA, *Dall'arte di governo alle scienze dello Stato. Il cameralismo e l'assolutismo tedesco*, Milano 1968.

(5) Di questi rimandi sono debitore a Pasquale Pasquino che li ha ricavati dai « Göttingischen Gelehrten Anzeigen » degli anni 1830, 1835 e 1837.

(6) MAIER, 180.

(7) Su Mohl si veda in particolare E. ANGERMANN, *Robert von Mohl 1799-1875. Leben und Werk eines altliberalen Staatsgelehrten*, Neuwied 1962. Anger-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

preparatorio dei corsi universitari di Dahlmann risulta con evidenza dalla cura con cui egli collega prima la politica alla « polizia », cioè « die Lehre vom Staate, für sich, im inneren Bau und Leben betrachtet » (8), per poi passare, nel secondo corso, al collegamento della politica con il « diritto internazionale europeo positivo », che corrisponde a quel settore della dottrina dello Stato in cui quest'ultimo viene considerato « als Glied der Staatengesellschaft » (9).

Ciò conferma, a mio avviso, che la preoccupazione di Dahlmann di fondare una nuova « Politica » fu di tipo molto positivo, anche se forse fu proprio tale positività a condurlo ad abbandonare il progetto di una considerazione di tipo internazionalistico e comparatistico, com'è confermato anche dal fatto che l'ultimo corso di lezioni registrato a Göttingen per il 1837 sottolinea in maniera esplicita un nesso diretto fra politica e polizia. Quanto poi ciò dipendesse da un'acquisita consapevolezza della preponderanza degli elementi amministrativi per la vita dello Stato moderno, si potrà vedere fra poco da un esame più ravvicinato dell'opera stessa di Dahlmann: certamente però questo sembra il segno di una concezione della politica tutt'altro che vecchia e superata. Così come sembra essere il segno di un uso assai moderno e spregiudicato del classicismo aristotelico, in stretta dipendenza dalle esigenze concrete, amministrative, di governo che lo Stato si trovava dinanzi, nelle condizioni storico-costituzionali del tempo, che Dahlmann, fra l'altro, visse da protagonista. Non può essere dimenticata infatti la notazione di Oesterley (10), secondo cui « Nach den Unruhen in Göttingen 1831 und während der Vor-

---

mann è anche il redattore della voce « Dahlmann » nella *Neue Deutsche Biographie*, vol. 3, Berlin 1971.

(8) *Politik*, 42-43.

(9) *Ibidem*, 43.

(10) *Versuch einer akademischen Gelehrten-Geschichte von der Georg-Augustus-Universität zu Göttingen vom Geheimen Justizrat Pütter und nach ihm vom Professor Saalfeld, fortgesetzt vom Universitätsrathe Dr. Oesterley*, Göttingen 1838, 456. Il ruolo essenziale giocato da Dahlmann in politica mediante la sua attività pratica, sia a Kiel che a Göttingen, è sottolineato anche da A. SPRINGER, *Friedrich Christoph Dahlmann*, 2 voll., Leipzig 1870-72; si veda anche la sua voce « Dahlmann » nella *Allgemeine Deutsche Biographie*, vol. 4, Berlin 1876.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bereitungen zu dem neuen Landtage wurde er mehrmals nach Hannover gerufen um Theil an den Berathungen über die Angelegenheiten des Landes zu nehmen. Er wohnte seit November 1831 als einer der landesherrlichen Commissarien den Berathungen über den Entwurf des Staatsgrundgesetzes bei. Die Universität wählte ihn demnächst zu ihrem Deputirten bei der Ständeversammlung, welcher die Discussion des Staatsgrundgesetzes und der Ablösungsordnung vorlag, und er unterzog sich diesem Geschäfte in den Jahren 1832 und 1833 ».

2. Appare dunque opportuna una rapida analisi dell'impianto del capolavoro di Dahlmann, che com'è noto appare nella sua sola prima parte nel 1835 e resta poi incompiuto. La prima parte è esplicitamente dedicata alla trattazione « Vom Staate für sich selber ». L'impostazione metodologica è denunciata nel modo più chiaro nella *Vorrede*: « Ich habe stets den alten Anspruch für weise gehalten, man müsse die menschlichen Dinge nicht beweinen, nicht belachen, man müsse sie zu verstehen trachten ». Questo richiamo a una « verstehende Betrachtung » si rivela immediatamente operativo nella *Einleitung*, intitolata « Wie der Staat zu der Menschheit stehe »: anche qui i termini della questione sono immediatamente denunciati da Dahlmann che espone fin dall'inizio la sua concezione integrale dello Stato, che viene definito senza mezzi termini come « uranfänglich » e questa definizione è posta in diretta dipendenza dalla citazione di Aristotele: « Der Mensch ist von Natur ein Staatswesen ».

Tutto ciò si condensa nell'efficacissima ricostruzione che occupa il punto 2 della *Einleitung* così incalzante nella sua modernità anche terminologica: « Der Staat ist also keine Erfindung, weder der Not noch der Kunst, keine Aktiengesellschaft, keine Maschine ..., kein notwendiges Übel, kein mit der Zeit heilbares Gebrechen der Menschheit ... » ([11]). Sembra quasi che in questa retorica definizione a contrariis dello Stato vi sia una sorta di profetica confutazione di tutte le molteplici interpretazioni che dello Stato saranno poi date nel secolo e mezzo che ci separano da Dahlmann.

([11]) *Politik*, 37.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ma che cos'è la *Menschheit* a cui lo Stato nello stesso titolo è riferito? È nient'altro che il destino dell'uomo, nella sua interezza etica e culturale: rispetto ad esso lo Stato copre solo un piccolissimo e circoscritto settore, all'interno del quale però è possibile e necessario procedere in modo conclusivo. Campo d'azione dello Stato non è il « gut » (« dem Sittengesetz des Individuums entsprechend »), bensì il « recht » (« dem Gebot des Staates entsprechend »). La dottrina dello Stato deve conoscere quali sono le condizioni morali dell'umanità, per predisporre le istituzioni necessarie al mero perseguimento: « Darum ist die Errichtung des rechtlichen Zustandes ... freilich Sache des Staates, aber nicht letzter Zweck des Staates ». Il giuridico « Zustand » è poi quello della difesa del diritto privato (la persona e la proprietà) ad opera del diritto pubblico. Dalla concretezza della sua funzione precipua (la « Gewährleistung des Privatrechts ») lo Stato ricava la sua dimensione di storicità, tale per cui « so entbehrt eine Darstellung des Staates, welche sich der historischen Grundlagen entäussert, aller ernsten Belehrung und gehört den Phantasiespielen an ». La politica ricava i propri compiti direttamente dalla situazione spaziale e temporale a cui si riferisce.

A questo punto, si impongono in modo quasi naturale a Dahlmann alcune scelte di fondo, che fin dall'inizio si riassumono nel rapporto fra lo Stato da una parte e l'individuo o i gruppi dall'altra. È un rapporto difficile da costruire, se è vero che « der Einzelne am Ende unberechenbar gegen den Staat steht » e che, per altro verso, « Der Staat inzwischen darf keine Macht in seinem Innern gestatten, die sich gegen seine Rechtsanstalten erhebt ». La soluzione proposta è molto formale e consiste nel considerare lo Stato stesso come « Verein », più precisamente come avente il carattere « eines äusserlich unabhängigen Menschenvereins, der ... um *ein* Verein (nicht mehrere) zu sein, eine Anzahl gemeinsamer Obliegenheiten, durch eine Regierung gewahrt, enthalten muss ». Un « unabhängiger Verein » che trova la sua pace interna (« inneren Frieden ») « indem die wachsende Vielgestaltigkeit seines Gemeinwesens der Regierungseinheit nie entbehrt » ([12]).

([12]) *Ibidem*, 41.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Uno Stato siffatto è libero ed è insieme garanzia di libertà della « bürgerliche Gesellschaft », che anzi, in sostanza sembra addirittura identificarsi con esso. Non occorrono particolari cautele istituzionali (« freiheitsstützende Einrichtungen »); occorre però che le istituzioni fondamentali (« Grundeinrichtungen ») possano essere cambiate solo « nach einer bestimmten allgemeinen Regel und nur unter Zutun aller Stände oder Gliedmassen des Volks » (13). *Pluralismo, indipendenza, costituzionalismo* sono dunque caratteri essenziali di questo Stato dahlmanniano. Caratteri molto poco ideologici, volutamente non proclamati, tenuti sottotono; caratteri empirici, storici, aderenti alla reale condizione del « popolo ». Quest'ultimo non è che la fattispecie storica dell'umanità, è incarnazione storica di quest'ultima e ne segue il mutamento, « weil die Menschheit in jeden Zeitalter neue Zustände gebiert ». Per questo motivo, la sua definizione obbligata nella « Historie ». Da ciò procede l'individuazione dei due fondamentali aspetti concreti della vita dello Stato: quello della « Regierungstätigkeit », intesa come portatrice unitaria del potere statale (e questo aspetto riguarda la *Staatsverfassung*), e quello degli strumenti necessari all'esercizio della costituzione, « von der Mannigfaltigkeit der Personen und Sachen ausgehend » (e questo aspetto riguarda la *Verwaltung*). Ecco dunque ritrovati due altri motivi classici del dibattito politico tedesco ottocentesco, che costituiscono addirittura, nell'opera di Dahlmann, i titoli generali delle sue due parti. Resta solo da segnalare che la *Verwaltung* così denotata viene anche ricondotta da Dahlmann alle « Untertanentätigkeit », cosicché alla fine non è improprio chiedersi quanto disti questo suo concetto da quello, certo più consapevole, che Lorenz von Stein maturerà una generazione più tardi, della « Verwaltung als lebendige Verfassung ».

Quanto ai contenuti rispettivi della *Verfassung* e della *Verwaltung*, la prima comprende essenzialmente la problematica della forma di governo, intesa però in modo più funzionale che modellistico. Infatti, l'alternativa fra aristocrazia e monarchia viene presentata da Dahlmann come alternativa fra parlamento e governo e si trasforma perciò facilmente in un problema di com-

(13) *Ibidem*, 42.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pensazione che trova la sua collocazione esatta entro la grande cornice della rappresentanza (« Repräsentation »).

3. Tutto ciò è oggetto della « Systematik der Staatswissenschaft ». Che cosa essa sia con precisione nell'intenzione di Dahlmann, è difficile dire. È certo che alla « Politik » egli attribuisce compiti più empirici di quelli della « Philosophie ». E ciò a causa dell'esistenza di un *Mittelstand*, che ha incarnato in sé il *Wissen* del clero antico e il *Vermögen* dell'antica nobiltà. In esso risiede il punto forte dello Stato, « der ganze Körper folgt seiner Bewegung ». Ma il suo equilibrio è instabile: esso può trasformarsi facilmente « in einen bildungs- und vermögenslosen Pöbel ». Ogni governo deve perciò fare i conti con il *Mittelstand*, perché da esso dipende se il processo di sviluppo sarà improntato o no alla libertà, poco importando alla fine se quel processo si sarà compiuto principalmente lungo le vie della costituzione o lungo quelle dell'amministrazione. Queste infatti non sono affatto linee parallele, destinate a non incontrarsi mai. C'è anzi per forza un loro punto di incontro, in cui costume pubblico e privato si raccordano: dal grado di tale raccordo lo sviluppo sarà nel senso della libertà oppure no.

Se la legge costituzionale si riferisce alla totalità dello Stato e risponde all'esigenza di unità della popolazione, l'amministrazione è invece lo spazio in cui tale legge si viene applicando alla concreta, empirica, reale strutturazione della società, consistente « in einer Fülle kleinerer Gesamtheiten » costituenti « lebendige, gern selbständige Ordnungen zusammengewachsner Familien und Berufen » ([14]). Il titolo della prima sezione di quella parte della *Politik* che è destinata all'amministrazione statale è « Einleitung in den Organismus der Staatsverwaltung ». Qui non interessa valutare il posto occupato da Dahlmann nella storia dell'evoluzione del movimento organicistico o organizzativistico ([15]). Inte-

([14]) *Ibidem*, 209.

([15]) E.-W. Böckenförde, *Organ, Organismus, Organisation, politischer Körper*, in O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck (Hg), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, vol. 4, che però si riferisce pochissimo a Dahlmann.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ressa di più rilevare che la legge costituzionale è lo spirito unitario che pervade l'intero organismo e che l'amministrazione è la traduzione in pratica di quello spirito nella concreta attività delle singole parti di quell'organismo. L'amministrazione, già definita come « Untertanentätigkeit », passa dunque per una gestione pratica, concreta, di tipo organicistico, cioè pluralistico, anche se sotto il controllo unitario della « Regierung », che sorveglia dall'alto la coerente applicazione della legge costituzionale unitaria e totalizzante. Ciò che importa è cogliere il collegamento strettissimo che Dahlmann compie fra pluralismo istituzionale (i comuni, intesi però anche come « kleinere Gesamtheiten » e « lebendige, gern selbstständige Ordnungen ») e l'amministrazione attiva. E importa comprendere la rilevanza che tale insieme comporta a livello della costituzione, o meglio della legge costituzionale (che rispetto alla prima è già qualcosa di più preciso, circostanziato ed empirico).

Il perno dell'intero sistema sono le *città* e il modello con cui fare i conti è quello prussiano, che si può sintetizzare nel principio che « die Städte sollen selbstständig, aber nicht wie vor alters Staat in Staate sein ». Di conseguenza esse devono gestirsi da sole il proprio *Haushalt,* ma devono dare allo Stato « ciò che è dello Stato »: *Polizei* e *Justiz* ([16]). Con la disponibilità diretta ed esclusiva di un patrimonio proprio, le città possono perseguire i « Gemeindezwecke »: lo Stato svolge in materia solo attività di controllo.

Secondo punto di riferimento è l'*apparato esecutivo*. A proposito dei funzionari statali e della loro dipendenza dallo Stato, Dahlmann compie un'affermazione preziosa, collegando lo statuto della burocrazia con la nuova condizione del legislativo, in cui l'antica rappresentanza per ceti è stata sostituita da una rappresentanza di tipo costituzionale. L'analogia fra i due processi non consiste però solo nella comune preoccupazione garantistico-costituzionale, ma trova un punto di rannodo in un'esigenza realistica di unità del potere statale, individuato nella pienezza dell'attività di governo, come risulta dalla citazione che Dahlmann compie da Heffter: « Eine Regierung, in der gesetzgebenden Gewalt

([16]) *Politik*, 216.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

durch Stände, in der Ausführung der Gesetze durch die Selbstständigkeit ihrer eigenen Beamten beschränkt, wäre eine bare Nullität » (17).

Terza forza costituzionale agente nell'amministrazione è la *öffentliche Meinung*, che si trova là « Wo der Geist der Nation einen hoben Schwung nimmt ». Essa è « eine Macht, ununterbrochen und mehr aus der Tiefe wirkend als alle politischen Institutionen » (18). Quanto intenso sia l'intreccio fra elementi « naturali » ed elementi « istituzionali » nella concezione inevitabilmente « organicistica » di Dahlmann risulta dal fatto che il riconoscimento della forza profonda della opinione pubblica è immediata occasione per parlare, come suona il titolo del 12° capitolo, « Wom Rechte des Staates über Erziehung und Unterricht ». Che ciò riguardi direttamente il campo dell'educazione, in ogni ordine di scuola, è facilmente comprensibile. Più interessante è constatare che l'impegno dello Stato, dell'amministrazione, si estende anche alla « Fortbildung der Staatsbürger ». Qui non servono più istituti di istruzione: è la stessa legge dello Stato (Staatsgesetz) che presta direttamente l'educazione al cittadino, garantendo la giustizia (Gerechtigkeit) interna e lasciando agire la pubblica opinione « in welcher sich die Herzensangelegenheiten eines Volks erklären » (19). Ne derivano due punti-chiave del pensiero di Dahlmann. In primo luogo la centralità assoluta che occupa per lui lo *Staatsbürger*. In secondo luogo l'importanza degli strumenti necessari alla *formazione* di quest'ultimo.

La trattazione politica di Dahlmann si chiude in modo improvviso e non consente di fare ipotesi dall'interno su quello che avrebbe potuto essere il suo ulteriore sviluppo, se Dahlmann l'avesse condotta a termine. La stessa prima parte pubblicata, relativa allo Stato, s'interrompe bruscamente, lasciando il discorso del tutto aperto. Forse non è un caso che tale apertura ruoti, proprio nelle righe finali, sul tema della *bürgerliche Gesellschaft*, che appare come il bene ultimo da salvare, in termini di continuità e di progresso.

---

(17) *Ibidem*, 238.
(18) *Ibidem*, 242.
(19) *Ibidem*, 278.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

4. Dalla ricostruzione compiuta è forse possibile fissare i due assi della riflessione di Dahlmann da una parte nel nesso *Verfassung-Verwaltung*, dall'altra nel nesso *Staatsbürger-Mittelstand*. L'incrocio dei due assi consiste nello *Staatsgesetz* che simultaneamente ispira ed è ispirata dalla *öffentliche Meinung*. Nella corretta posizione di questo centro motore trova soluzione anche il problema della *libertà*. Quest'ultimo è, infine, un fatto storico, che muta col mutare delle condizioni umane. L'intero meccanismo costituzionale è perciò soggetto a dinamica storica e *storica* deve essere anche la *scienza politica* capace di comprenderlo. I grandi problemi della *rappresentanza* e del *pluralismo* vitalistico sono l'espressione — rispettivamente dal punto di vista dello Stato e da quello della società — della dinamica dei rapporti politici, in un contesto che riconduce all'*unità dell'attività statale* e quindi alle necessarie mediazioni — garantite dalla *Regierung* — nei confronti della pluralità delle forze agenti nella società.

Un elenco siffatto delle preoccupazioni scientifiche di Dahlmann presenta a prima vista notevoli affinità col quadro di riferimenti della polemica politica in Germania agli inizi del XIX secolo. In particolare, va posto l'accento sulla convergenza fra la tendenza di tipo accentrativo tardo-assolutistico e quella partecipativa, proto-costituzionalistica. In tale convergenza, il punto cruciale risiede nell'assunzione di peso sociale crescente da parte di quel *Mittelstand* che abbiamo trovato celebrato in Dahlmann e che costituisce la base sia per lo sviluppo della problematica della *rappresentanza* in senso liberal-borghese, che per la concentrazione del potere sovrano dello Stato nel senso del principio monarchico.

I due trends coincidono perfettamente con la concomitante esigenza della « Emanzipation der bürgerlichen Gesellschaft » da una parte e della « Verstärkung der staatlichen Leistungsfähigkeit » dall'altra.

L'accentuazione delle tematiche di tipo costituzionalistico non deve infatti far dimenticare che nella Germania fra XVIII e XIX secolo era ancora in via di consolidamento il processo di formazione dello Stato moderno, in termini di sovranità territoriale. L'antico condizionamento imperiale, scalfito solo dal primo e parziale riconoscimento della sovranità territoriale nella pace di Vestfa-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lia ([20]), è ancora rintracciabile alle soglie del nuovo secolo, allorché Napoleone dichiara (11 settembre 1806) che « Les princes de la Confédération du Rhin sont des souverains qui n'ont point de suzerain » ([21]). È risaputo che, nonostante le rivendicazioni dei principi territoriali minori, fu solo l'art. 57 dei Wiener Schlussakte del 15 maggio 1820 a decretare che « der deutsche Bund mit Ausnahme der freien Städte aus souverainen Fürsten ... besteht ». Col che voglio dire che il processo di modernizzazione — entro cui va letta anche la *Politik* di Dahlmann — fu per la Germania un processo obliquo, non rettilineo, risultante dalla composizione di due movimenti di solito, e altrove, contrastanti. Quello della *concentrazione* del potere da parte del principe sul suo territorio (ma più tardi da parte di un'istanza sovrana sull'intero territorio tedesco) e quello della *partecipazione* al potere di forze politiche — a loro volta contraddittorie perché risultanti o dai vecchi ceti in funzione restaurativa o dal nuovo, complicato e confuso quanto a composizione sociale, Mittelstand di stampo borghese.

5. In questi termini si traduce forse anche il problema tipicamente giusnaturalistico del rapporto fra sovranità del popolo e sovranità del re. L'idea dello *Staatskönig*, se da una parte sembra il prolungamento della filosofia politica interventistica e paternalistica di Federico il Grance, dall'altra anticipa il tema del *soziales Königtum* steiniano. Le premesse dello sviluppo costituzionale tedesco del XIX secolo sono profondamente iscritte nella fortunata storia dell'assolutismo illuminato prussiano. In quel contesto la dottrina classica degli Staatszwecke si allargò a comprendere il tema della libertà di associazione e della partecipazione dei sudditi alla vita dello Stato. Il progressivo intervento di razionalizzazione nel settore delle Zünfte ad opera degli Hohenzollern

([20]) E.-W. Böckenförde, *Der Westphalische Frieden und das Bündnisrecht der Reichsstände*, in *Der Staat*, 8, 1969, 449-478 (tr. ital. in E. Rotelli, P. Schiera, *Lo Stato moderno*, vol. II, Bologna 1973).

([21]) P. M. Erle, *Volksvertretung im Vormärz. Studien zur Zusammensetzung, Wahl und Funktion der deutschen Landtage im Spannungsfeld zwischen monarchischem Prinzip und ständischer Repräsentation*, 2 voll., Frankfurt 1979, vol. 1, 229.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

documenta ciò. Ma anche l'iniziale sollecitazione, sulla base della Staatszwecklehre, dell'attività delle associazioni va ricondotta alla letteratura di polizia. Essa si presenta infatti come nuova forma di organizzazione sociale senza rientrare ancora nel catalogo dei diritti dell'uomo (22).

Si tratta di un processo che si inserisce nella centralizzazione orizzontale, oltre che verticale, del potere, corrispondente alla fase finale della *Sozialdisziplinierung* e in quanto tale in aperta collisione con i privilegi tradizionali, a loro volta sia orizzontali che verticali esistenti nella società (23).

Protagonista principale di questo processo fu il *Beamtentum*, che accompagnò la trasformazione costituzionale dal tardo-assolutismo al proto-costituzionalismo sia con uno straordinario incremento della propria professionalità (24), che con l'acquisizione di una posizione tale nella struttura dello Stato da diventare il vero « Sachwalter der Rechtsverfassung des Staates », in forza della nuova fondamentale funzione assunta nella « Verantwortigkeit für die Rechtsmässigkeit, d.h. Gerechtigkeit der Regierungsakte » (25).

L'altro polo di quella Sozialdisziplinierung da cui uscì, alla fine, la « bürgerliche Gesellschaft » moderna fu probabilmente — guardando dal basso e non più dall'alto — l'eccezionale scuola di autoformazione (Selbstbildung) che il Mittelstand borghese potè trovare nalla *städtische Selbstverwaltung*. A parte le modificazioni intervenute con il recupero di centralizzazione nella *Städte-*

---

(22) W. HARDTWIG, *Politische Gesellschaft und Verein zwischen aufgeklärten Absolutismus und der Grundrechtserklärung der Frankfurter Paulskirche*, in G. BIRTSCH (Hg), *Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte. Beiträge zur Geschichte der Gründ- und Freiheitsrechte vom Ausgang des Mittelalters bis zur Revolution von 1848*, Göttingen 1982, 342-343.

(23) H. SOELL, *Politische Zentralisation und soziale Privilegien. Zum Verhältnis von politischer Herrschaft und sozialer Bewegung in den letzten Jahren des Ancien Regime und in der Französischen Revolution bis zum Thermidor*, in V. ENGELHARDT u.a. (Hg.), *Soziale Bewegung und politische Verfassung. Beiträge zur Geschichte der modernen Welt*, Stuttgart 1976, 113-153.

(24) W. BLEEK, *Von der Kameralausbildung zum Justizprivileg*, Berlin 1972.

(25) T. WILHELM, *Die Idee des Berufsbeamtentums*, Tübingen 1933, 57. Importante anche per il problema della stabilità del pubblico impiego.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ordnung del 1831, quella fu la via per la nascente borghesia per occupare un proprio spazio vitale in campo politico (26). Il Freiherr vom Stein, scrivendo a Eichhorn, definisce le città come « comunità politiche della borghesia » (27).

Non è questa la sede per condurre indagini approfondite in argomento, ma dal contesto complessivo sembra emergere l'ipotesi che i percorsi del Beamtentum e della Selbstverwaltung, per quanto divergenti sul piano strettamente istituzionale (in quanto espressione dei due momenti alternativi dell'accentramento burocratico e dell'auto-governo civile), fossero in realtà molto intrecciati fra loro sul piano più generale della storia costituzionale. Non si tratta solo della comune base sociale in cui i due fenomeni erano radicati, ma delle modalità concrete, storiche di reciproca interferenza. Modalità riconducibili a quell'insieme di iniziative civili concorrenti a formare la *öffentliche Meinung* a cui Dahlmann, come si è visto, attribuiva importanza centrale nella nuova costituzione. Di nuovo emerge, in tal senso, l'importanza del *Vereinwesen* e il ruolo importante giocato in esso proprio dal *Beamtentum* che, per la nuova forte posizione occupata nello Stato e per il suo conseguente influsso sulla monarchia burocratica, poteva quasi avanzare la pretesa di essere già, in sé, la società politica stessa (28) e serviva comunque, nei Vereinen politici, a rafforzare l'opinione pubblica d'opposizione (29).

---

(26) G. BODE, *Das politische Prinzip der Selbstverwaltung in der Verfassungsgeschichte des deutschen Volkes*, Diss. Breslau 1936, 40.

(27) *Ibidem*, 40 (lettera del 2 gennaio 1818). Un'interpretazione del genere non si trova solo, come ci si può aspettare, in Dahlmann, ma anche nello *Staatslexikon* di Rottek-Welcker, in particolare negli articoli « Gemeinde » e « Gesellschaft » nel sesto volume.

(28) HARDTWIG, 347.

(29) *Ibidem*, 352. Sul decreto di Federico Guglielmo IV del 18 luglio 1843, con cui egli vietò ai suoi impiegati qualsiasi partecipazione a società e associazioni borghesi, si veda R. KOSELLECK, *Preußen zwischen Reform und Revolution. Allgemeines Recht, Verwaltung und soziale Bewegung von 1791 bis 1848*, Stuttgart 1967, 414. Un'interpretazione dei « Vereine » come organizzazione fra burocrazia e società civile e quindi come una sorta di cinghia di trasmissione fra Stato e società civile si trova in Th. NIPPERDEY, *Verein als soziale Struktur in Deutschland im späten 18. und frühen 19. Jahrhundert. Eine Fallstudie zur Modernisierung I*, in *Gesellschaft, Kultur, Theorie*, 1976, 198.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Prima di giungere, in tal modo, al nodo del principio monarchico, è necessario considerare brevemente l'ultimo e sintetico aspetto della trasformazione costituzionale del periodo. Quello relativo al passaggio dalla *landständische* alla *repräsentative Verfassung*.

Il principio associativo che aveva accompagnato e sostenuto la nascita della società liberale contro quella autoritario-corporativa propria dell'assolutismo illuminato, si trasformò nel principio, attivo, grazie al quale si potevano dominare direttamente, dalla base, le difficoltà, i contrasti e le concorrenti esigenze scaturenti dalla nuova società in formazione. Un principio che potrebbe essere definito di « autosalvazione » della società stessa ([30]). In tal modo, il *Vereinrecht*, proprio mentre si storicizzava e acquistava contorni positivi, si venne progressivamente politicizzando, non limitandosi più al « Kampf gegen die unterdrückende Staatsgewalt », ma svolgendo un'azione positiva, sia a livello di « Selbstverwaltung der Bürger » che a livello più « costituzionale », di selezione della rappresentanza secondo i nuovi criteri, sempre meno tradizionali e sempre più legali, di composizione e di legittimazione della società ([31]). Questo è forse il senso pratico dell'affermazione teorica della « natura sociale » dell'uomo, che perde in tal modo l'originario contenuto classico e poi giusnaturalistico di assioma fondante — insieme all'altro del « bene comune » — della *societas civilis sive status* ([32]) e riceve invece traduzione storica, con radici precise nella tradizione alto-europea sopra tutto germanica e quindi con una funzione non più solo logico-filosofica ma empirico-progettuale, in ordine a contenuti specifici, storicamente perseguibili da soggetti ben individuati.

([30]) *Ibidem*, 188.

([31]) HARDTWIG, 353.

([32]) In generale su questo punto si veda O. BRUNNER, *Neue Wege zur Verfassung- und Sozialgeschichte*, Göttingen 1968² (tr. it. *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, Milano 1969); più in dettaglio M. RIEDEL, *Gesellschaft, bürgerliche*, in *Geschichtliche Grundbegriffe*, vol. 2, 719 ss.; sulla transizione si veda anche W. CONZE (Hg.), *Staat und Gesellschaft im deutschen Vormärz 1815-1848*, Stuttgart 1970: sull'intere problematica e su quanto segue si veda la sempre attuale puntualizzazione di E. HÖLZLE, *Dahlmann und der Staat*, in *Vierteljahrsschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte*, 17 (1924), 350-358.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È certo questo il contesto in cui il richiamo classico di Dahlmann all'uomo come « Staatswesen » si compone con la costante impostazione storico-concreta della sua riflessione politica. Sul tema della rappresentanza il contributo della *Politik* è molto alto e sta alla base — almeno pare, anche se le citazioni che più corrono sono altre — di tutto il pensiero liberale in proposito. Mi sembra infatti che sia la preoccupazione di Welcker di vedere negli antichi Stände una presenza, almeno parziale, di rappresentanza complessiva dell'intero territorio, che la distinzione di Bluntschli fra « mittelalterliche ständische Verfassung » e « Repräsentativprincip » si concilino con la ricostruzione compiuta da Dahlmann, che dedica concisamente un intero capitolo a « Das Prinzip: landständisch oder repräsentativ ». Il tema trattato in forma dicotomica, nel costante raffronto fra l'ieri e l'oggi, con la conclusione che « Gegenwärtig wäre das keine Landesrepräsentation, die nicht jeden Landesteil zur Mitwirkung beriefe; alle Geschäfte werden in *einer* vorgeschriebene Form gemeinsam abgetan; keine Willkür in der Zahl der Mitglieder; jedes Mitglied hat seine Stimme » ([33]).

Il segreto della formula mirante, attraverso la forma rappresentativa, a congiungere il potere sovrano con la partecipazione del popolo è il segreto del moderno costituzionalismo. Jellinek definiva la « zusammenstimmende Tätigkeit » di governo e parlamento come la « Idee der konstitutionellen Monarchie » ([34]). Dahlmann parla di « Mitwirkung ». Ma il concetto giuridico-politico che sta dietro, nella speciale situazione tedesca, a quella formula è il « monarchisches Prinzip », risultante in modo inoppugnabile dal già citato art. 57 dei *Wiener Schlussakte* del 15 maggio 1820: « Da der deutsche Bund, mit Ausnahme der freien Städte, aus souveränen Fürsten bestehet, so muss, dem hierdurch gegebenen Grundbegriffe zufolge, die gesammte Staatsgewalt in dem Oberhaupte des Staats vereinigt bleiben, und der Souverain kann durch eine landständische Verfassung nur in der Ausübung bestimmter Rechte an die Mitwirkung der Stände gebunden wer-

([33]) *Politik*, 130.

([34]) G. JELLINEK, *Gesetz und Verordnung*, Freiburg 1887, 283.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

den » ([35]). Sussiste ora un vincolo alla sovranità: si può parlare di una fase costituzionale nuova. Tale vincolo rinvia alla *landständische Verfassung* e riguarda la « Ausübung bestimmter Rechte ». Si tratterebbe dunque di individuare, da una parte, questi diritti, dall'altra di fissare le competenze dei ceti in base alla « landständische Verfassung ». Nell'una e nell'altra direzione si muove la speculazione politica di tutta la prima metà dell'Ottocento, in una linea che attraversa sia la trattatistica dello « Staatsrecht » ([36]) che la Cameralistica e la scienza di polizia ([37]). Basta pensare allo sbocco che essa avrà nella grande opera di Robert von Mohl ([38]).

Ma eccoci al punto di tirare le fila. Non si tratta tanto dell'interpretazione del pensiero di Dahlmann, né dell'esatta sua collocazione entro la gamma variegata delle posizioni liberali del Vormärz. È piuttosto un problema di storia costituzionale quello che ci occupa. Cioè tentare di capire le ragioni della peculiarità di svolgimento della storia « liberale » tedesca. Le sottili distinzioni fra i diversi « modelli » interpretativi della costituzione monarchico-costituzionale ([39]) servono allora più come testimonianza

---

([35]) Ph. A. G. von MEYER (Hsg.), *Staats-Acten für Geschichte und öffentliches Recht des Deutschen Bundes*, Th. 2, Frankfurt Main 1833, 163, citato da Ehrle, 234.

([36]) Su ciò si veda l'elencazione dei « Rechte des konstitutionellen Monarchen », in J. Chr. Frh. von ARETIN, *Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie. Ein Handbuch für Geschäftsmänner, studirende Jünglinge und gebildete Bürger*, vol. 1-2, 3, Altenburg 1824-28.

([37]) Si vedano le opere di studiosi dello Stato e cameralisti come: Berg, Schlözer, Rotteck, Mohl, Vincke, Reyscher, Zopfl, Struve, citate in NIPPERDEY, 447, alle note 116-127.

([38]) Si veda in questo senso, accanto alla classica opera di Angermann, MAIER, 219-233.

([39]) H. BOLDT, *Zwischen Patrimonialismus und Parlamentarismus. Zur Entwicklung vorparlamentarischer Theorien in der deutschen Staatslehre des Vormärz*, in G. RITTER (Hg.), *Gesellschaft, Parlament und Regierung*, Düsseldorf 1974, 83, distingue fra i seguenti modelli: uno dualistico-conservatore, uno liberale-moderato (orientato alla copartecipazione al potere) di tipo anglofilo come in Dahlmann, uno liberale-progressista (orientato alla soluzione dei conflitti) di tipo francofilo come in Welcker, un modello parlamentare fondato sui partiti (Zachariä) ed un modello basato sulla mescolanza di principio monarchico e principio parlamentare (Mohl).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'eccezionale fioritura di riflessione sull'argomento che non come elementi di una mappa, in quanto tale priva di senso. Quel che più conta infatti è individuare lo spessore della corrente che si muoveva in senso costituzional-costituzionalistico nella prima metà del secolo, e come tale corrente fosse aderente a un'organizzazione più o meno spontanea e consapevole della vita sociale, ad opera dei nuovi Stände, nelle e tramite le loro nuove associazioni e la nuova loro rappresentanza. Tale concretezza portò inevitabilmente a riconoscere e a sottolineare la necessità del contropolo « Stato », di cui non poteva in alcun modo essere posta in dubbio la legittima sovranità, nella persona del monarca. Il perno dell'incontro fra società e stato non poté non essere incardinato nell'attività amministrativa. Il fatto che quest'ultima avesse ricevuto da almeno due secoli in Germania un'attenzione teorica e pratica di primo rango, non può che confermare la fertilità del campo su cui si verificò l'incontro tra Stato e società. L'amministrazione poteva presentarsi come terreno neutro, storicamente giustificato e perfettamente inquadrabile nei nascenti princìpi dello Stato di diritto in cui progressivamente si andava diluendo — e trovando nuova legittimazione — il *Monarchisches Prinzip*. Il resto lo poté e lo seppe fare il *Beamtentum*, vera forza portante, sia in termini sociali che funzionali, della trasformazione costituzionale della Germania alle soglie dell'industrializzazione (40). In proposito va anche richiamato il ruolo storico-costituzionale giocato anche in Germania dal principio, di origine francese, di *organizzazione* (41). Esso rappresentò il ponte pratico, concreto, fra i due settori, in via di consolidamento autonomo anche se complementare, dello Stato e della società. Al principio di organizzazione infatti va riferito sia lo sviluppo del Beamtentum in burocrazia, sia il consolidamento del Vereinwesen da spazio di autonomia e di autoformazione di nuovi ceti rispetto allo Stato (42) in embrione del moderno sistema dei partiti, col corrispondente

(40) Si veda il lavoro, purtroppo dimenticato, di H. von BORCH, *Obrigkeit und Widerstand. Zur politischen Soziologie des Beamtentums*, Tübingen 1954.

(41) Oltre a BÖCKENFÖRDE, *Organ*, si veda anche C. CESA, *Decisione e destino: il potere principesco*, in D. HENRICH - R. P. HORSTMANN (Hg.), *Hegels Philosophie des Rechts*, Stuttgart 1982, 185.

(42) NIPPERDEY, 178.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sacrificio — caratteristico del caso tedesco come pure, con molte analogie, di quello italiano — della funzione parlamentare.

6. In questo senso vanno intese, ad esempio, le interpretazioni volte a cogliere nel Vereinwesen tedesco — oltre che, naturalmente, nell'apparato di reclutamento, formazione e selezione della burocrazia — lo strumento principale di formazione delle nuove élites: funzione che, in paesi come la Francia o l'Inghilterra, era invece svolta essenzialmente dal parlamento ([43]). Nello stesso senso va letta l'ostilità manifesta con cui era visto da parte dei centri monarchici di potere in Germania il processo di politicizzazione dei Vereine. Basti ricordare che, come reazione al Hambacher Fest, il governo del Baden, con legge del 7 giugno 1832, vietò ogni discorso in occasione di assemblee popolari e vietò contestualmente tutte le associazioni liberamente costituite ([44]). Come dimostrazione del carattere di parte, se non elitario, dei Vereine va intesa anche la straordinaria applicazione che il diritto di associazione trovò finalmente nel *Verfassungsausschuss* della Nationalversammlung a fine maggio 1848. Il paragrafo 24 recita testualmente: « Die Deutschen haben das Recht, Vereine zu gründen. Dieses Recht soll durch keine vorbeugende Massregel beschränkt werden. Die Orden der Jesuiten, Liguorianer und Redemptoristen sind für alle Zeiten aus dem Gebiete des Deutschen Reiches verbannt ». Sugli Ordini religiosi si condensa l'anatema che per tutta la prima metà del secolo aveva colpito il Vereinwesen borghese. Gli Ordini religiosi non sono Vereine, non sono liberi e sopra tutto non sono borghesi. Mai come in questo caso vale il criterio di considerare i diritti dell'uomo (e fra questi il Vereinsrecht) più come dichiarazioni di principio, come princìpi giuridici bisognosi di pratica realizzazione nella legislazione successiva che come norme giuridiche immediatamente vigenti ([45]).

([43]) O. HINTZE, *Das Verfassungsleben der heutigen Kulturstaaten*, in *Staat und Verfassung*, Göttingen 1970, 390 (tr. it. in *Stato e società*, Bologna 1980).

([44]) HARDTWIG, 348.

([45]) U. SCHEUNER, *Die Verwirklichung der bürgerlichen Gesellschaft. Zur rechtlichen Bedeutung der Grundrechte in Deutschland zwischen 1780 und 1850*, in BIRTSCH, 377.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Rispetto a questo processo la posizione di Dahlmann sembra in verità assai cauta. Egli si occupa infatti, nella *Politik*, delle « politischen Sekten », di cui dà un giudizio negativo e che vede come attivo sviluppo delle forme di aggregazione altocetuali. Tutto ciò corrisponde pienamente al suo criterio della « Mitwirkung », che sarebbe inesorabilmente violato dall'allargamento dei Vereine a centri di attività politica diretta. La prova più diretta dell'equilibrio della sua posizione in materia si ha da un documento ufficiale cui egli collaborò durante i lavori della Nationalversammlung, consistente nel Progetto costituzionale del 25 aprile 1848, che alla lettera (g) parla esplicitamente di « freies Versammlungs- und Vereinsrecht mit Vorbehalt eines Gesetzes gegen den Missbrauch » ([46]). Per giustificare la preoccupazione dell'« abuso », occorrerà riflettere sulla considerazione che i Vereine diventarono esplicitamente forma di organizzazione politica (embrioni dei moderni partiti politici) solo allorché il « Vereinmodell » fu adottato, al di fuori dell'àmbito borghese e liberale in cui era sorto e si era affermato, dai conservatori e dai socialisti ([47]).

La dottrina di Dahlmann in proposito sembra essere di tipo integrativo (una *Integrationslehre* ante litteram?), se così si può dire; con l'obbiettivo primario di fissare i punti d'incontro e di mediazione fra i due campi ormai distinti dello Stato e della società. Rappresentanza, autoamministrazione, opinione pubblica, ceti, lo stesso *Vereinwesen* hanno posto nella teoria dahlmanniana solo in quanto consentano e facilitino quella integrazione. Nonostante tutte le distinzioni che si debbono fare in proposito (sopra tutto per la polemica che sempre lo animò contro Gentz), sembra alla fine che si possa attribuire anche a Dahlmann l'interpretazione secondo cui « Die Integrationsfunktion ist demnach der entschei-

---

([46]) E. R. HUBER (Hg.), *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, Stuttgart 1978, vol. 1, 352; inoltre O. DANN, *Die Proklamation von Grundrechten in den deutschen Revolutionen von 1848-49*, in BIRTSCH, 520.

([47]) NIPPERDEY, 202; si veda anche H. STEIN, *Peuperismus und Assoziation. Soziale Tatsachen und Ideem auf dem west-europäischen Continent vom Ende des 18. bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts, unter besonderer Berücksichtigung des Rheingebietes*, Leiden 1936.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dende Anknüpfungspunkt des Repräsentativsystems » ([48]). Nulla potrebbe esprimere meglio tale concetto delle parole stesse di Dahlmann, nel suo scritto giovanile *Ein Wort über Verfassung*, cui ora occorrerà di fare brevemente ricorso in sede di conclusione ([49]). Dahlmann scrive: « Die neuere Menschheit entwickelt sich in der Zeit nach gewissen grossen Verhältnissen und Massen. Die Geschichte aber gibt nichts hiervon *umsonst*; jede ihrer grossen Gaben muss sich die Menschheit mit ihrem Schweisse und Blute abverdienen - vor allem die Entwicklung der Stände. Die Grundabteilungen des europäischen Völkerbestandes Königtum, Adel, Geistlichkeit, die verschiedenen Klassen des Bürgerstandes, der Bauernstand haben sich auseinander, durcheinander, neben- und nacheinander entfaltet. Alle diese sind dem Leben unserer europäischen Staaten wesentlich; der Mangel eines jeden dieser Stände musste eine unvollständige Staatsverfassung veranlassen und früher oder später fühlbar werden » ([50]). Sono parole che parlano da sole.

D'altra parte lo spirito d'integrazione fu forse il tratto più marcante del movimento liberale tedesco nella prima metà del XIX secolo. Senza di esso gli esperimenti dell'auto-amministrazione locale e quelli dell'auto-organizzazione associativa — così caratteristici del percorso tedesco « zwischen Reform und Revolution » — avrebbero facilmente condotto a una frantumazione insostenibile della vita politica e sociale. Al contrario, fu proprio la persistente mancanza di unità sul piano politico-territoriale e dunque la crescente gravità della « questione nazionale » a incrementare lo spirito di integrazione in quella fascia sociale in procinto di diventare classe che era il *Bürgertum* tedesco. Ad esso, che per Dahlmann era probabilmente caratterizzato, secondo il modello inglese, « durch mannigfaltige Einsichten, Gelehrsamkeit und Geschäftserfahrung », spettava in prima istanza di levare

---

([48]) K. Bosselmann, *Der Widerstand gegen die Repräsentativverfassung. Die Bemühungen um die Errichtung des Repräsentativsystems bis zu ihrer Absage durch den kk. Hofrat Friedrich von Gentz (1819)*, Diss. Berlin 1979.

([49]) Citato secondo la versione ridotta in H. Brand (Hg.), *Restauration und Frühliberalismus, 1814-1840*, vol. 3, 104-110.

([50]) *Ibidem*, 107.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la voce (*die Sprache*) per esprimere la propria « Vernunft und Eigentümlichkeit » e per realizzare la costituzione. Poiché « Jede Verfassung, auch die roheste, will Volkssprache; den besseren Teil des Volkes zur Sprache bringen, ist die Kunst der Verfassungen » (51).

Lo stesso Hambacher Fest è stato visto come la prova storica che il nazionalismo borghese della prima metà del XIX secolo non fu altro che il rovescio dottrinario del liberalismo (52). Ciò può trovare spiegazione solo se si accetta la premessa che tutti i nuovi problemi di cui la teoria-prassi liberal-borghese era impastata si saldarono nel processo di costruzione nazionale, visto appunto « als das verbindende Element politischer Sozialisation, Kultur und Integration in den neu-konstituierten Staatsgebieten » (53).

C'è da chiedersi se proprio questa oggettiva e real-politica carica integrativa della borghesia tedesca non abbia contribuito a distogliere quest'ultima dai compiti e dagli impegni politici concreti della vita statale che anche in Germania era in corso di consolidamento. Se cioè non si sia realizzata una sorta di involontario « Ersatz » del Bürgertum come classe dirigente ad opera di un Bürgertum prevalentemente preoccupato della dimensione cultural-nazionale della propria azione, tutta impostata in chiave di legittimazione piuttosto che di concreta attività politica. Perché, se così fosse, allora si spiegherebbe meglio il senso di quella specie di delega crescente e alla fine irreversibile che il Bürgertum compì a favore della burocrazia da una parte e del sistema autorappresentativo dall'altra. Delega che funzionò e produsse buoni frutti finché la spinta modernizzante della società tedesca continuò a svilupparsi prevalentemente sul piano nazional-culturale (54), ma che produsse effetti perversi allorché la logica della modernizzazione si colorò sempre più delle tinte decise dei problemi economico-sociali connessi con l'incipiente industrializzazione. Fu allora il

(51) *Ibidem*, 104.

(52) BODE, 53.

(53) O. DANN, *Der politische Strukturwandel und das Problem der Nationsbildung in Deutschland um die Wende des 18. Jahrhunderts*, 53.

(54) BORCH, 98 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tempo di Bismarck, di cui si può certo dire che realizzò l'idea politica della borghesia tedesca ([55]), ma nel senso che la surrogò fino in fondo, poggiando la sua fortuna politica proprio su quei pilastri « borghesi » (la burocrazia e i partiti) grazie ai quali il Bürgertum aveva vissuto nella prima metà del XIX secolo la sua stagione più gloriosa.

Un'interpretazione del genere, naturalmente, non toglierebbe nulla al significato autentico del movimento liberale tedesco, che in quanto « Nationalbewegung ... war also eine Modernisierungsbewegung », costituito com'era da quegli strati sociali più avanzati (« den besseren Teil des Volkes ... ») che avevano parte, in qualità di produttori o di consumatori, della « Kulturnation » e tramite essa, al di là degli angusti confini statali e al di qua dei confini di ceto o di confessione, della « neue bürgerliche Gesellschaft » ([56]). Tale interpretazione però ridimensionerebbe un po' la portata del fenomeno liberal-borghese tedesco e ne spiegherebbe l'involuzione successiva, già prima della definitiva salita al potere di Bismark.

7. Rispetto a questa vicenda, Dahlmann sembra molto lontano, e il suo liberalismo davvero primitivo. Ma forse proprio la peculiare dimensione « storica » di quest'ultimo consente di recuperare qualche elemento meno scontato della sua posizione. Per far ciò è però necessario individuare il livello proprio a cui si svolse la « verstehende Betrachtung » dahlmanniana, che non fu né il livello propriamente politico-pratico della tradizione cameralistico-statistica né quello politico-ideologico della tradizione idealistica. Il sottotitolo della *Politik* è già una spia importante di tale orientamento: « auf den Grund und das Mass der gegebenen Zustände zurückgeführt ». Sulla base di questa precisazione, Welcker esprime il dubbio che Dahlmann non sia più « liberale » ([57]). Il rimando alle « condizioni date », secondo me, serve non solo a ribadire la permanente preoccupazione pratica della riflessione di

([55]) BODE, 53.
([56]) DANN, *Der politische Strukturwandel*, 50.
([57]) BOLDT, 89.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Dahlmann, ma anche a fondare in modo compiuto il suo rapporto con la storia. Si è già visto all'inizio che senza *Historie* non si dà per lui neppure *Politik*. Si deve ora cogliere il senso pieno di questa affermazione. Purtroppo non è questa la sede per sviluppare il discorso con l'ampiezza che meriterebbe. Ciò non mi esime tuttavia dal correre il rischio di esporre, almeno come ipotesi di lavoro, l'interpretazione che a me pare più conveniente. Essa consiste nell'accentuazione della dimensione « storica » rispetto a quella « politica » in Dahlmann. Ciò non solo sulla base della motivazione esterna della preponderanza di presenza, nella *Politik*, di riferimenti quando non di excursus storici, oltre che della nota dipendenza della modellistica dahlmanniana dall'esperienza storica — ma sopra tutto storiografica — inglese; ma proprio anche sulla base di motivi più interni alla riflessione di Dahlmann, di tipo, direi quasi, metodologico. Risalta fra tutti il tema della « Entwicklung » che, presente già nel *Wort über Verfassung* diventa poi un leit-motiv nella *Politik*, ma resta evidente anche nella produzione successiva, anche di tipo politico ([58]). Riferito ai ceti, oppure riferito al « matrimonio » fra principe e popolo, il tema è di alto contenuto, sopra tutto in rapporto all'evoluzione formalizzante ma anche staticizzante che la considerazione politologica subirà sia ad opera dei giuristi che ad opera dei sociologi, nel corso del secolo. Se poi si accoppia il tema della *Entwicklung* a quello della *Verfassung* — la cui centralità abbiamo già imparato a riconoscere nella teoria di Dahlmann — la tentazione di vedere in questo ultimo un antesignano di orientamenti di studio dei fenomeni politico-sociali che matureranno solo verso la fine del XIX secolo (quando la crisi del movimento liberale apparirà in tutta la sua gravità e pensatori come Weber e Hintze si porranno più o meno consapevolmente il compito di salvare la tradizione gloriosa del *Bürgertum* tedesco, venuta meno dopo il Vormärz) cresce assai. « Verfassung ist wie jener fabelhafte Speer, der die Wunden, die er geschlagen, auch wieder heilt » scrive Dahlmann. E poco prima aveva scritto che la *Verfassung* non poteva essere garanzia suffi-

([58]) Si veda ad esempio il suo discorso alla Paulskirche del 14 dicembre 1848 in: F. Chr. DAHLMANN, *Kleine Schriften und Reden*, 1886, 447-452, citato secondo BOLDT, 81.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ciente di felicità di uno Stato, « aber sie gibt die *Wahrscheinlichkeit* des Glüches für ein Volk ... » ([59]).

Come tutti sappiamo, Dahlmann fu anche storico. A Göttgingen egli ereditò una tradizione che non poté non segnarlo. Oltre a ciò, egli fu in rapporto coi grandi storici del suo tempo, che non temettero di fare i conti con lui ([60]). Quel che resta da fare è di verificare, a partire da questi dati, quanto di « storico » (storico-costituzionale, storico-strutturale, storico-sociale) sia nascosto nella sua *Politik*, ribaltando la consueta considerazione che si limita invece, nel migliore dei casi, a sottolineare la base storica dei suoi esclusivi interessi politologici.

([59]) BRANDT, 107.

([60]) Su ciò, G. BIRTSCH, *Geschichtswissenschaft und Gesellschaft. Tendenzen der deutschen Geschichtswissenschaft seit dem 19. Jahrhundert*, Trier 1976; O. VOSSLER, *Ranke und die Politik*, in K. E. BORN (Hg.), *Historische Forschungen und Probleme. Peter Rassow zum 70. Geburstage dargebracht von Kollegen, Freunden und Schülern*, Wiesbaden 1961; R. VIERHAUS, *Ranke und die soziale Welt*, Münster 1957. Sull'importanza della scuola di Göttingen e sul suo contributo anche al uostro tema va ricordata infine l'analisi originale di G. VALERA (ed.), *Scienza dello Stato e metodo storiografico nella Scuola storica di Gottinga*, Napoli 1980, IX-CXVIII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

CARLA DE PASCALE

SOVRANITÀ E CETI IN FRIEDRICH JULIUS STAHL

I. « Der innerste Lebenstrieb des Zeitalters ist ... der Fortschritt von ständischem Partikularismus zur nationalen Einheit, vom patrimonialen Charakter der Verfassung zum staatlichen oder constitutionellen » (1): in questi termini Friedrich Julius von Stahl registrava, nella prefazione al suo saggio più famoso, dedicato al « principio monarchico », il tratto caratteristico del suo tempo e insieme le aspirazioni di una larga parte della società prussiana nel *Vormärz*.

Un saggio che riteniamo di poter assumere come punto di osservazione privilegiato, e per avviare un'indagine sullo Stahl teorico del diritto e dello stato, e per raccogliere gli elementi utili alla comprensione della sua futura attività prevalente, a capo del partito conservatore, nella Prussia degli anni immediatamente successivi alla rivoluzione del 1848. A ciò veniamo autorizzati sia dalla data di composizione dell'opera – il 1845, uno degli annichiave per la storia delle istituzioni in terra germanica, oltre che in Prussia — come pure dalla strutturazione interna dell'opera medesima che, nei suoi contenuti, non solo pone le basi per le acquisizioni successive, ma anche racchiude una sintesi efficace dei maggiori risultati ottenuti da Stahl in un quindicennio denso di lavoro e di avvenimenti.

Al saggio del '45 Stahl approdava come si approda ad un'opera della maturità, quando le scelte di fondo sono state operate, quando eventuali dissidi interiori si sono placati nell'individuazione della strada maestra (2). Nato e cresciuto nella Baviera del-

(1) F. J. STAHL, *Das monarchische Princip. Eine staatsrechtliche Abhandlung*, Heidelberg, Mohr, 1845, p. v.

(2) Per notizie biografiche su Friedrich Julius Stahl (1802-1861) si vedano,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'era napoleonica, all'Università si era dedicato agli studi di diritto, non senza avvertire le influenze che irradiavano dal centro intellettuale del paese — la Monaco riorganizzata da Montgelas, che vantava la recente istituzione dell'Accademia delle scienze e che, di lì a poco, negli stessi mesi in cui Stahl terminava gli studi giuridici, avrebbe visto la creazione dell'Università, voluta da Luigi di Baviera. Ma prima ancora dell'iscrizione all'Università, si era verificato un evento molto importante per i futuri destini del giovane Stahl: la decisione — non occorre qui indagare quanto sofferta, anche se nutriamo qualche dubbio circa l'aderenza alla realtà della esposizione dei fatti offertaci dal suo massimo biografo (3) — di abbandonare la religione ebraica, per convertirsi al cristianesimo. Una decisione sollecitata da circostanze esterne, alle quali Stahl si piegò, non diversamente da quanto sarebbe accaduto pochi anni più tardi, nel periodo degli studi universitari, quando tagliò i ponti con l'ambiente — allora a lui particolarmente caro — delle *Burschenschaften*.

Nella *Burschenschaft* di Würzburg — sorta nel 1818 e protetta dall'allora principe ereditario Luigi di Baviera — Stahl era entrato quasi subito dopo l'iscrizione all'Università, rivestendo in breve tempo una carica di prestigio. È a questi anni che alcuni studiosi (4) fanno risalire una sorta di « liberalismo » di Stahl,

---

oltre che, di recente, G. KLEINHEYER - J. SCHRÖDER, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*. Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 1983², pp. 255-258, l'*Allgemeine Deutsche Biographie* (vol. 35°, pp. 392-400, Berlin, Dunker & Humblot, 1971, rist. della 1ª ediz. 1893); la grossa monografia (definita dall'autore « biografia storica », nonché « biografia politica ») a cura di G. MASUR, *Friedrich Julius Stahl. Geschichte seines Lebens. Aufstieg und Entfaltung (1802-1840)*, Berlin, Verlag von Mittler & Sohn, 1930, purtroppo mai proseguita in un secondo e conclusivo volume; alcuni cenni anche in D. GROSSER, *Grundlagen und Struktur der Staatslehre Friedrich Julius Stahls*, Köln und Opladen, Westdeutscher Verlag, 1963; da ultimo C. WIEGAND, *Über Friedrich Julius Stahl (1801-1862). Recht, Staat, Kirche*, Paderborn-München-Wien-Zürich, F. Schöningh, 1981, pp. 11-50. Lo strumento bibliografico fondamentale è costituito dalla bibliografia ragionata ad opera di H.-J. WIEGAND, *Das Vermächtnis Friedrich Julius Stahls. Ein Beitrag zur Geschichte konservativen Rechts- Ordnungsdenkens*, Königstein/Ts., Athenäum Verlag, 1980.

(3) G. MASUR, *op. cit.*, pp. 35 ss.

(4) Oltre che G. MASUR, *op. cit.*, p. 48, si veda H. SCHMIDT, *Friedrich Julius*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giustificato anche dalla sua frequentazione di ambienti moderatamente liberali (Masur ricorda i giuristi di Würzburg, Josef Beer e Adam Seuffert), oltre che dalla generale atmosfera della cultura bavarese, ove erano stati chiamati, all'Accademia e all'Università, personalità protestanti (Jacobi, Schelling) e ove un fedele amico di Hegel e antico collaboratore di Fichte, il Niethammer, dirigeva l'amministrazione scolastica (5). Ma la ragione principale, per la quale si è potuto parlare di un liberalismo di Stahl è sicuramente l'appartenenza al movimento *burschenschaftlich* e l'adesione agli ideali di stato nazionale che in esso si esprimevano in alto grado. L'esigenza di superare il particolarismo statale e di porre le basi per edificare l'unità nazionale, è un'esigenza che Stahl ha maturato a contatto con questi ambienti e che non lo ha più abbandonato, fino alla fine della sua carriera di politico, oltre che di teorico dello stato.

Ma non è qui necessario ripercorrere la storia delle *Burschenschaften* e della loro breve stagione, fiorita principalmente in grazia della volontà di mantenere in vita gli entusiasmi patriottici delle guerre di liberazione e cancellata quasi con un sol tratto di penna dai *deliberati di Karlsbad*, per mostrare la molteplicità delle componenti che in esso convivevano e che si manifestavano in altrettanti atteggiamenti politici e orientamenti ideologici. A prestare ascolto alla sua testimonianza, è ancora Masur a ricordarci la forte influenza esercitata sullo Stahl ardente patriota da personaggi come Hermann von Rothenhan, Johann Jacob Wagner, Salomo Zachariä o il Savigny del *Vom Beruf*, e a ricordarci, infine, come nella *Burschenschaft* di Heidelberg — città nella quale si era trasferito per proseguire gli studi — Stahl si fosse posto a capo di uno dei due « partiti » nei quali essa si articolava — il partito fau-

---

Stahl und die deutsche Nationalidee, Breslau, Verlag von M. & H. Marcus, 1914, pp. 3 ss.

(5) Questo è l'aspetto della cultura bavarese che ci interessa qui; naturalmente, occorre tener conto che il cattolicesimo, in quanto confessione religiosa tradizionalmente dominante in Baviera, ha posto sempre grosse ipoteche anche sul mondo culturale e intellettuale di questa regione; e questo è vero per la Baviera precedente all'avvento di Montgelas, ma anche, per esempio, per tutta l'età della Restaurazione, caratterizzata da una forte chiusura nei confronti del « protestantesimo del Nord ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tore di un *Burschenbund* cristiano-tedesco, che già nella sua denominazione pare racchiudere in sintesi i tratti caratteristici del pensiero dello Stahl maturo.

Per motivare la peculiarità dell'atteggiamento del più tardo Stahl nei confronti della scuola storica — è noto che nella prefazione alla prima edizione del primo volume della sua *Filosofia del diritto* egli manifesterà l'intenzione di proseguire l'opera di rinnovamento iniziata da Savigny, ma con occhio attento al potente insegnamento schellinghiano (6) — è opportuno tener conto della centralità, fra le esperienze significative del periodo post-universitario, dell'influenza esercitata su Stahl da Savigny, nonché della vera e propria scoperta di Schelling, nume tutelare dell'Università di Monaco, dove anche Stahl insegnava, negli anni 1827-28. Ma il ruolo che il loro pensiero svolge nell'età della formazione del nostro autore è probabilmente più complesso e va al di là del dibattito che pur dà vita alla più grande fra le sue opere, all'opera per la quale Stahl è conosciuto nella storia del pensiero, all'opera, infine, che lo tormenterà per decenni, come mostra bene la vicenda delle sue numerose redazioni, che finiscono per essere veri e propri rifacimenti (7). È probabile, dice-

(6) A. HOLLERBACH, *Der Rechtsgedanke bei Schelling. Quellenstudien zu seiner Rechts- und Staatsphilosophie*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1957.

(7) F. J. STAHL, *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, vol. I: *Die Genesis der gegenwärtigen Rechtsphilosophie*, Heidelberg, 1830, vol. II in due sezioni, apparse rispettivamente nel 1833 e 1837, Heidelberg, con il titolo: *Christliche Rechts- und Staatslehre*; la II edizione dell'opera stahliana apparve con il titolo complessivo di: *Die Philosophie des Rechts*, vol. I: *Geschichte der Rechtsphilosophie*, Berlin, 1847 (si tratta dell'unico testo stahliano tradotto in italiano, *Storia della filosofia del diritto*, trad. it. di P. TORRE, 2 voll., Torino, Favale, 1853 (alle pp. I-XIII contiene la Prefazione alla 1ª edizione), ma passi di Stahl sono tradotti in: L. MARINO, *La filosofia della Restaurazione*, Torino, Loescher, 1978), vol. II: *Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung*, 1845 e 1846; la terza ediz. apparve con lo stesso titolo della 2ª nel 1854-56, ancora a Berlino, e invariate rimasero anche le edizioni successive. Qui si cita dalla ristampa in 3 voll., Hildesheim, Georg Olms Verlagsbuchhandlung, 1963, dal titolo *Die Philosophie des Rechts*; nel vol. II/2, pp. 372-425 si trova il saggio del '45 sul principio monarchico, che Stahl fece ristampare, invariato, nella 2ª ediz. della sua opera maggiore. Non è nello spazio di una nota che si può accennare alla travagliata storia di questa opera, anche se sarebbe opportuno meditare non tanto sui suoi contenuti (variamente pubblicizzati, al punto che la più gran parte della

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vamo, che Savigny (più, forse, però come punto di partenza) e la filosofia di Schelling, nella sua impronta durevole — e significativa anche dal punto di vista del metodo (8) — assolvano,

---

letteratura su Stahl fa perno quasi esclusivamente su di essa — e in ciò non fa eccezione neppure l'ultima monografia dedicata a Stahl, del cit. O. WIEGAND —) quanto sulle varianti, alcune assai significative, intervenute nelle diverse redazioni (se si eccettua il cit. volume di G. MASUR, nella letteratura critica vien fatto in genere riferimento alla seconda ediz.). Qui basterà accennare alla specificazione « *nach geschichtlicher Ansicht* » contenuta nel titolo del I vol. della 1ª ediz., specificazione che successivamente scompare; essa sintetizza ciò che poi verrà estesamente esposto dall'autore nella Prefazione (pp. XIV-XXX), e cioè il suo debito nei confronti della scuola storica, l'« alto merito di Savigny per aver introdotto l'idea storica » nel diritto civile e l'urgenza di estendere il ricorso a questa idea negli altri campi del diritto. Il che implica anche un giudizio parzialmente negativo nei confronti di quella che, con intenti assai più vasti e comprensivi, si autodenominava « scuola storica del diritto ». Di fronte a questa palese insufficienza si erge la grandezza del pensiero di Schelling, colui che aveva esposto « den Begriff der geschichtlichen Ansicht selbst », dal quale era cominciata una nuova èra per la filosofia (si veda, per maggior completezza, il capitolo dedicato alla scuola storica del diritto, pp. 570-590). In questo lavoro, il tentativo che facciamo è quello di uscire dal circuito che si snoda attorno a questa opera, per illuminare alcuni scritti minori; scritti poco noti ma, da un lato, ricchi di testimonianze storiche e, dall'altro, in certo senso complementari rispetto all'opera principe, capaci di gettare una luce chiarificatrice su taluni suoi punti nodali, qui ulteriormente approfonditi o semplicemente liberati — proprio perché isolati dal complesso — dalle sovrabbondanze contenute in una trattazione ' sistematica ', soprattutto se risultante, come in questo caso, da una serie di stratificazioni successive. Quanto all'aspetto formale del nostro lavoro, forse troppo spazio è fatto al tentativo di collocare Stahl e in particolare gli scritti qui presi in esame nel loro tempo; ma riteniamo che certi meccanismi della storia tedesca (ad esempio, quelli che presiedono al dibattito circa il sistema della rappresentanza) non siano sempre familiari al lettore italiano.

(8) L'impronta iniziale (tanto fortemente marcata e connotata nella sua direzione di fondo da non poter che risultare anche durevole) costituita dal pensiero di Savigny — ma poi dallo ' storicismo ' di tutto un ambiente — non ha bisogno di particolare dimostrazione (basti pensare alla persistenza e alla centralità di idee o postulati quali la interrelazione esistente fra le nozioni di « diritto », « popolo » e « coscienza nazionale »; la origine spontanea del diritto; il progresso come continuità ineludibile; la consuetudine o costume e la tradizione come fonti originarie del diritto; il passato come causa immanente del presente; la presenza, nella storia, di un governo divino. La critica ha, peraltro, registrato anche un momento di inversione nel rapporto, ossia l'eco del pensiero di Stahl riprodottasi, intorno al concetto di rapporto giuridico, nella massima opera savignyana, il

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rispetto al pensiero complessivo di Stahl, una funzione più ampia, costitutiva della sua visione del mondo, la quale manterrà immutati i suoi contenuti di fondo, per quanto arricchita dal contatto con una quantità di personaggi di rilievo, che anche noi incontreremo, nel corso della ricerca.

Non immemore delle precoci esperienze politiche consumate nei circoli universitari, il giovane filosofo del diritto intraprendeva nel contempo la via che lo avrebbe condotto alla politica attiva, dedicandosi, in una prima fase, all'attività pubblicistica. Un'attività che, per quanto svolta in modo sporadico e che non sembra abbia avuto una particolare risonanza (9), merita tuttavia di venir menzionata per due motivi: in primo luogo, i temi trattati e le soluzioni proposte lasciavano già presagire gli sviluppi

---

System des heutigen Römischen Rechts: cfr. W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1958, trad. it. a cura di P. L. LUCCHINI, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 17-72 ed in partic. pp. 50 ss.; per la bibliografia su Savigny, rimandiamo alle indicazioni contenute in M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1979). Semmai è l'asserzione riguardante il ruolo costitutivo svolto dal pensiero di Schelling che necessita di qualche conferma, anche se è lo stesso Stahl a far risalire all'influenza schellinghiana alcuni elementi portanti della sua costruzione teorica, come la critica al « razionalismo » e in particolare alla filosofia « astratta » del diritto o la visione « cristiana » del mondo che, in quanto tale, merita anche l'attributo della storicità. Seguiamo qui di buon grado i suggerimenti del volume cit. di D. GROSSER, perché riteniamo che, al di là delle suggestioni che a Stahl potevano provenire e dalla concezione savignyana della storia e dalla dottrina della religione di Lutero, la lettura stahliana dell'ultimo Schelling, e la relativa coesistenza fra il Dio personale e creatore del mondo e l'uomo che nel mondo agisce con la libertà che Dio gli ha concesso, siano del tutto in sintonia con la complessa ricerca dell'equilibrio ripetutamente tentata da Stahl anche in àmbiti diversi da quello filosofico e della quale avremo occasione di fornire più di un esempio. (Nel contempo, a ulteriore dimostrazione di quanto siano fra di loro intrecciati certi rapporti, è opportuno notare che lo stesso Savigny non fu esterno alle influenze provenienti dall'ambiente filosofico: A. MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*, Napoli, Liguori, 1976², p. 16, avverte come Savigny si sia nutrito « per via diretta o indiretta, della metafisica organicistica di Schelling », come egli sia stato « fortemente condizionato da prospettive naturalistiche »).

(9) Prima come direttore responsabile di un settimanale rimasto in vita solo pochi mesi — il « Thron- und Volksfreund » — poi come redattore del quotidiano « Inland ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

futuri della dottrina di Stahl. In secondo luogo, questi contenuti, assommati ad una considerazione relativa al periodo in cui tale attività pubblicistica cadeva (gli anni '30 e '31) e alla funzione ch'essa era destinata a svolgere (quella di contrastare, dopo gli echi provenienti dalla rivoluzione di luglio, le istanze « liberali », e di contrastarle dal podio di un giornale governativo) indicano in misura sufficiente come Stahl già condividesse appieno gli orientamenti dei quali più tardi si farà portavoce in veste di protagonista.

Detto questo, non ci pare necessario insistere sui dati biografici, ma questi pochi cenni, ai quali val forse la pena di aggiungere la chiamata, di valore e significato « politico », di Stahl come professore a Würzburg (per riempire il vuoto lasciato da alcuni professori liberali, licenziati dal governo) e la sua partecipazione, in qualità di rappresentante dell'Università di Erlangen, al *Landtag* bavarese del 1837 ([10]), dovrebbero bastare a ritrarre la fisionomia di una personalità che ha già individuato nella sua completezza la linea maestra alla quale conformare il proprio pensiero e il proprio agire futuri.

Un'attività politica ampiamente dispiegata ed una collocazione ideologica definitiva in seno al gruppo conservatore verranno, però, conquistate da Stahl solo più tardi, al momento del suo trasferimento in Prussia, avvenuto nello stesso anno — il 1840 — in cui al trono saliva Federico Guglielmo IV. Nell'*entourage* del nuovo re Stahl venne a trovarsi in una situazione invero un po' singolare: inizialmente accolto con favore (come è presumibile, proprio per il significato ch'egli aveva voluto conferire alla propria presenza

---

([10]) Tralasciando per ora il nesso, pur immediato e diretto, fra l'attività di Stahl al *Landtag* bavarese e le questioni di politica religiosa ed ecclesiastica che condizionarono tale attività (su questo nesso dovremo tornare in una fase successiva del nostro lavoro; qui diamo almeno un riferimento bibliografico: H.-J. WIEGAND, *Der Kampf der protestantischen Landeskirche Bayerns gegen die Unterdrückungsmassnahmen des Ministeriums v. Abel (1838-1846) und dessen Bedeutung für die kirchen- und staatsrechtliche Doktrin Friedrich Julius Stahls*, in *Kirchen und Liberalismus im 19. Jahrhundert*, hrsg. von M. SCHMIDT u. G. SCHWAIGER, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1976, pp. 84-125), è comunque da tener presente l'accesa difesa, condotta da Stahl in questa sede, del diritto cetuale all'approvazione e al controllo delle tasse.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sulla scena politica lungo il decennio appena concluso), da quel medesimo ambiente non gli vennero in seguito risparmiate critiche e opposizioni. In particolare nel periodo più duro per la casa regnante, nei mesi immediatamente precedenti al marzo 1848, e poi in quelli subito successivi, quando l'opposizione cominciò a riorganizzarsi, sia dando vita al giornale governativo « Neue Preußische Zeitung » (detto anche « Kreuzzeitung ») — e Stahl compariva nel novero dei redattori — sia trasformando quello che già era un circolo di fidati consiglieri del sovrano — al quale appartenevano, oltre a Stahl, personaggi come Radowitz o i fratelli Gerlach — in una sorta di « governo-ombra » (autodenominatosi *Kamarilla* o *ministère occulte*) che teneva saldamente in mano le redini della politica governativa. Più tardi, poi, i dissensi nei suoi confronti si placheranno di nuovo — o, più probabilmente, taceranno — e ciò avverrà, non senza significato, nel momento in cui la sorte vorrà che le scelte politiche di Stahl si trovino in più di una occasione a coincidere con quelle del giovane Bismark, colui che era destinato a far definitivamente tramontare le ormai superate aspettative degli ' ultraconservatori '.

II. Se ci volgiamo adesso al versante della storia costituzionale, ai fini di comprendere il quadro storico in cui si inserisce il saggio sul principio monarchico — come anche gli scritti redatti intorno agli anni '48/'49 —, appare innanzitutto opportuno tener conto dei referenti storici cui lo stesso Stahl fà cenno nella Prefazione al saggio in questione. Avvenimenti che si riferiscono all'intreccio fra il carattere del principio rappresentativo (11) all'interno dei singoli stati tedeschi e il riflesso che il tipo di soluzione prescelta può avere sui rapporti fra i singoli stati e l'organo centrale - il *Bund* (12).

---

(11) Del quale dovevano venir fissati in primo luogo la qualità e poi i limiti: una volta stabilito *quale genere* di rappresentanza dovesse vigere, sarebbe poi stato affrontato il problema della sua quantità ed estensione: come si vede, l'alternativa di fondo era già quella tra *Verfassung* e *Konstitution*.

(12) A tale questione se ne associava un'altra, quella della configurazione del *Bund*: nella prima metà del secolo, per più di trent'anni, resterà vivace il dibattito fra i sostenitori dello *Staatenbund* e del *Bundesstaat* (quest'ultimo assurgeva, a seconda dei casi, o a simbolo, in forma modernizzata, dell'antico *Reich*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il termine di riferimento più lontano nel tempo, fra quelli menzionati da Stahl, è l'editto dell'ottobre 1820 e la proposta, ivi contenuta, di una rappresentanza nazionale (13). Come è noto, la *Verfassungsreform*, nella quale avrebbe dovuto culminare la così detta età delle riforme nella Prussia di Stein e di Hardenberg, aveva proprio qui il suo nucleo centrale; e i protagonisti della rappresentanza nazionale avrebbero dovuto essere *Reichsstände*. Ecco il fulcro del problema: per quanto sopravvivessero ancora echi tenaci dell'antico 'dualismo' fra principe e ceti, il nodo vero da sciogliere era diventato quello riguardante il carattere di una cetualità che, inserita in una struttura sociale molto meno rigida che in passato, doveva anch'essa trasformarsi, perdendo antiche prerogative e assumendosi, insieme, una serie di nuovi compiti. Nel contempo, si erano ampliati i confini entro i quali veniva ammessa la rappresentanza; nel passaggio da una visione verticale della organizzazione della società ad una visione orizzontale, venivano mutando i criteri sui quali si basava il principio rappresentativo (14).

La formula rappresentanza nazionale/*Reichsstände* di certo percorre, con grande rilevanza, il pensiero di Stein (15), ma, nello

---

del quale pareva conservare alcune reminiscenze, o alla prefigurazione più prossima del moderno stato unitario): cfr. la voce « *Bund, Bündnis, Föderalismus, Bundesstaat* » — a cura di R. KOSELLECK — dei *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch sozialer Sprache in Deutschland*, hrsg. von O. BRUNNER, W. CONZE, R. KOSELLECK, Stuttgart, Ernst Klett Verlag, 1972 ss., vol. I, pp. 582-671 ed in partic. pp. 662 ss.

(13) Cfr. E. R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Stuttgart, W. Kohlhammer Verlag, 1957 ss., vol. I: *Reform und Restauration 1789 bis 1830*, pp. 290 ss.

(14) Fra i tanti, si veda P. M. EHRLE, *Volksvertretung im Vormärz. Studien zur Zusammensetzung, Wahl und Funktion der deutschen Landtage im Spannungsfeld zwischen monarchischem Prinzip und ständischer Repräsentation*, Frankfurt a M. - Bern - Cirencester - U. K., Peter D. Lang, 1979; si veda anche S. NEUMANN, *Die Stufen des preussischen Konservatismus. Ein Beitrag zum Staats- und Gesellschaftsbild Deutschlands im 19. Jahrhundert*, Berlin, Verlag Dr. E. Ebering, 1930, rist. Vaduz, 1965, pp. 43 ss. (le pp. 97-108 sono dedicate a Stahl).

(15) Ed è ovvia la interrelazione fra il concetto di *Reichsstand*, l'idea dell'unità nazionale e la proposta di una *Staatsverfassung* o *Reichsverfassung*: « Die Bildung einer Staatsverfassung halte ich für den preussischen Staat eine unerlässliche Bedingung seiner Erhaltung und Entwicklung »; « Ihm [dem preussischen Staat]

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stesso tempo, non bisogna dimenticare che egli invoca spesso il ruolo attivo dei *Provinzialstände*. E poiché non ci troviamo, qui, su un piano puramente teorico — anzi tutto al contrario —, non ci sono contraddizioni da rilevare, bensì c'è da tener presente la complessa e tormentata vicenda politica della Prussia della *Reformzeit* e gli insormontabili ostacoli contro i quali quest'ultima finì per infrangersi. Ciò non poteva che provocare oscillazioni nelle prese di posizione di chi figurava come un importante ideologo della tematica « cetuale »; e, d'altra parte, nello stesso Stein il concetto di *Stand* ha un significato composito, emancipato com'è da ogni accezione che anche solo di lontano ricordi una concezione « medioevale », se non addirittura « orientale », e insieme ancora grandemente pregiato, per i suoi alti contenuti « morali » ([16]).

La questione della qualità della rappresentanza doveva riproporsi per molto tempo ancora, non senza volutamente giocare sull'equivoco della pluralità dei significati che era ormai plausibile attribuire al termine *Stand*: nell'articolo 13 del *Deutsche*

---

fehlt geographische Einheit, Volkseinheit, denn er besteht aus Slawen, aus germanisierten Slawen, aus Sassen, aus Franken, Religionseinheit, denn 2/5 seiner Bevölkerung sind Katholiken, und diesen Mängeln kann nur durch Bildung eines Vereinigungspunkts für alle diese fremdartigen Teile abgeholfen werden, einer Nationalanstalt, wo alle zusammentreten und über die gemeinschaftlichen Angelegenheiten sich beraten » (cit. in: W. ISENBURG, *Das Staatsdenken des Freiherrn vom Stein*, Bonn, H. Bouvier Verlag, 1968, pp. 146-147).

([16]) Per la nota differenza istituita da Stein fra *Stand e Kaste* e per la posizione che alla nobiltà doveva competere nella compagine sociale, cfr. W. ISENBURG, *op. cit.*, pp. 84-85; per il concetto di rappresentanza teorizzato da Stein, si tenga presente ch'egli dichiara di volere « ... eine Repräsentation nach Ständen, nicht nach arithmetischen Zerstückelungen einer atomweise aufgelösten Nation » (*op. cit.*, p. 47); sui *Reichsstände* e la rappresentanza nazionale nel pensiero di Stein, cfr. E. R. HUBER, *op. cit.*, vol. I, pp. 290-293. Un chiarimento del significato da attribuire al termine « casta » o all'espressione « spirito di casta » lo si trova nella voce « *Adel, Aristokratie* » — a cura di W. CONZE — dei cit. *Geschichtliche Grundbegriffe*, pp. 1-48, vol. I, in una nota (la 133, pp. 30-31) relativa al pensiero di Hardenberg, che però era, su questo punto, del tutto in sintonia con quello di Stein (« Jede Stelle im Staat, ohne Ausnahme, sei nicht dieser oder jener Kaste, sondern dem Verdienst und der Geschicklichkeit und Fähigkeit aus allen Ständen offen », p. 30).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Bundesakte ([17]), che prevedeva la creazione di una « *landständische Verfassung* » in tutti gli stati del *Bund*, restava intenzionalmente indeterminato che cosa dovesse intendersi per *Landstände*, se una moderna rappresentanza popolare oppure una *Vertretung* come quella che esisteva nell'antico ordinamento cetuale. Quanto allo sviluppo interno della Prussia, la promessa, data da Federico Guglielmo III nel '15, di una nuova *Verfassung* — che per altro era destinata a rimanere solo una promessa per decenni ancora — associata all'ordinanza emanata nel maggio dello stesso anno, su sollecitazione del ministro Hardenberg, che preannunciava la concessione di una carta costituzionale ([18]), segnava il punto più alto di questo processo di emancipazione dall'ordinamento antico. A partire dai primi anni venti, anche in Prussia di documenti costituzionali scritti non si farà più parola ([19]), come pure di assemblee rappresentative dell'intera na-

([17]) Nel quale veniva sanzionata la sistemazione dei territori tedeschi stabilita dal Congresso di Vienna; cfr. E. R. HUBER, *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, Berlin, Köln, Mainz, 1966 ss., vol. I: *Deutsche Verfassungsdokumente 1803-1850*, 1978³, pp. 84-90. Per questa ed altre fonti, cfr. anche *Restauration, Liberalismus und nationale Bewegung (1815-1870). Akten, Urkunden und persönliche Quellen*, bearbeitet von W. SIEMAN, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1982. Si veda anche G. MASUR, *op. cit.*, pp. 169-172, per l'interpretazione proposta da Stahl — sul quotidiano « Inland » — di questo art. 13.

([18]) Qui l'equivoco circa gli organi rappresentativi era chiarito, ma non per questo non si percorreva la via del compromesso: la *Landesrepräsentation* veniva esplicitamente affidata ai ceti provinciali; ma il rifiuto sia dell'elezione diretta sia, a più forte ragione, di un robusto allargamento del suffragio, oltre che l'essersi attestati sull'ipotesi dei ceti provinciali, dà luogo ad una singolare forma intermedia di sistema rappresentativo: la *ständische Repräsentativverfassung*. Riportiamo qui di seguito i primi paragrafi dell'ordinanza emanata dal re di Prussia il 22 maggio 1815: « § 1. Es soll eine Repräsentation des Volks gebildet werden. § 2. Zu diesem Zweck sind: *a*) die Provinzialstände da, wo sie mit mehr oder minder Wirksamkeit noch vorhanden sind, herzustellen, und dem (*sic!*) Bedürfnisse der Zeit gemäss einzurichten; *b*) wo gegenwärtig keine Provinzialstände vorhanden, sind sie anzuordnen. § 3. Aus den Provinzialständen wird die Versammlung der Landes-Repräsentanten gewählt, die in Berlin ihren Sitz haben soll ». Al punto *c*) del par. 6 e poi al par. 7 si stabilisce che una commissione verrà preposta alla « Ausarbeitung einer Verfassungs-Urkunde », che entrerà in vigore il 1° sett. dello stesso anno (E. R. HUBER, *Dokumente*, cit., pp. 61-62).

([19]) Anzi, Federico Guglielmo IV potrà dichiarare il proprio disprezzo per quei meri « pezzi di carta » (e qui è intuitivo il collegamento con la concezione del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione ([20]). Caduta l'alternativa fra *Reichsstände* e *Provinzialstände*, che peraltro aveva avuto brevissima fortuna, già l'ipotesi di un parlamento per l'*intero* stato, per quanto costituito sulla base dei parlamenti provinciali, apparve una concessione eccessiva.

La storia dei primi anni del regno di Federico Guglielmo IV è la storia dei tentativi, progressivamente sempre più decisi, di restringere la rappresentanza. Alla richiesta, avanzata da parte dei ceti provinciali, subito dopo la sua ascesa al trono, di creare una assemblea rappresentativa, prima base per promulgare una nuova costituzione, il re aveva risposto convocando, in luogo di una dieta, delle « giunte unite »; i *Vereinigte Ausschüsse*, convocati dal re nel 1842, sono l'ultimo atto della storia rievocata da Stahl in apertura del saggio sul principio monarchico ([21]).

Di tale storia egli dava, come si è accennato, una lettura per certi aspetti particolare, legata non solo alla sua prospettiva — che era la prospettiva di un conservatore — ma soprattutto agli intenti pratici e teorici ch'egli perseguiva nel risistemare e riproporre la dottrina del « principio monarchico ». Di conseguenza, al di là di una accentuazione, cui occorrerà dedicare un approfondimento, dell'elemento statale, la sua preoccupazione principale era costituita dal ruolo assegnato ai ceti; nel susseguirsi degli eventi trascorsi egli non coglieva il progressivo decadimento dell'idea nazional-statale, mentre viceversa apprezzava quella che, in fondo, di quel decadimento era la ragione principale, e cioè il peso molto consistente che i ceti ancora mantenevano e che costituiva un forte elemento di resistenza all'ipotesi di unificazione nazionale. Era questo elemento di resistenza che Stahl non vedeva o non voleva

---

diritto che anche Stahl contribuirà a mantenere viva, alla metà del secolo) cfr. E. R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., vol. II: *Der Kampf um Einheit und Freiheit 1830 bis 1850*, 1960, p. 486. Del resto, già la vicenda del ' ritrovamento ' del testamento di Federico Guglielmo III (*ibidem*, p. 485) fu emblematica del clima che si venne ad instaurare dopo l'ascesa al trono del nuovo re.

([20]) Sul decreto (1823) di Federico Guglielmo III sulla organizzazione dei parlamenti provinciali, cfr. P. M. EHRLE, *op. cit.*, p. 205 ss. (a Stahl sono dedicate, in questo testo, le pp. 278-282). Accanto a ciò va ricordata la decisione definitiva, a favore dello *Staatenbund*, che alla fine guadagnò consensi assai più larghi dell'opzione nazionalstatale.

([21]) Si veda E. R. HUBER, *op. cit.*, vol. II, pp. 488-490.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vedere, al punto da auspicare, per il futuro, *accanto* ad un aumentato potere del sovrano, un aumentato potere dei ceti. Schematizzando, si potrebbe dire che la doglianza principale da lui espressa nei confronti della recente storia prussiana si riduceva ad un sol motivo; alla funzione puramente *consultiva* attribuita ai ceti e che a suo parere si sarebbe invece dovuta trasformare, per l'imminente futuro, in un effettivo potere decisionale, per quando controbilanciato dal potere dello *Staatsoberhaupt.*

Nel *Vormärz* ed ancor più nei mesi della rivoluzione del '48/49, la tensione fra « ständischer Partikularismus » e « nationale Einheit », fra « patrimonialer Charakter der Verfassung » e carattere « staatliches oder constitutionelles » della medesima era esplosa con particolare veemenza, dopo un periodo di apparente quiete negli anni della tarda restaurazione. Ma anche prima quella tensione aveva conosciuto fasi alterne: se nella tarda restaurazione essa appariva sopita, solo perché soffocata dai provvedimenti sempre più restrittivi concertati dalle grandi potenze, nell'età precedente essa si era mostrata invece in tutta la sua acutezza, nell'entusiasmo e nello slancio di rinnovamento di una Germania liberata dall'occupazione francese. Ma nella tradizionale dinamica principe/ceti ([22]) (ancora centrale e nell'età del tardo assolutismo, per un verso, e nell'età della restaurazione, per un altro) era intervenuta una grossa cesura. La Francia, vera protagonista di secoli di vita europea e tradizionale croce e modello, in particolare per la Germania, sia sul piano pratico che su quello della teoria, aveva creato l'istituto della monarchia costituzionale. Con questa, e con il « parlamentarismo » ch'essa inevitabilmente portava nel suo seno, la Germania doveva ormai fare i conti.

Per limitarci alla Prussia, qui quei conti vennero fatti, nell'arco di tempo tra il 1830 e il 1848, in due modi sostanzialmente diversi. Per quanto consapevole che l'assolutismo era un prodotto storico ormai superato, Federico Guglielmo III aveva fatto leva sul tradizionale elemento burocratico-militare e, tenendo ben fermo questo elemento, aveva operato le sue, per quanto limitate,

([22]) Per la quale si veda P. SCHIERA, *Dall'arte di governo alle scienze dello Stato. Il cameralismo e l'assolutismo tedesco*, Milano, Giuffrè, 1968 e *Lo Stato moderno*, a cura di E. ROTELLI e P. SCHIERA, 3 voll., Bologna, Il Mulino, 1971-74.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scelte di trasformazione. Diversamente aveva agito Federico Guglielmo IV: con sempre maggiore compiacenza era tornato a guardare al versante cetuale, nel rifiuto del parlamentarismo ([23]), ma anche dell'onnipotenza burocratica. Di qui la riproposizione di un modello di ' partecipazione ' che negava al fondo i princìpi della *Volksvertretung*, tornando all'antica accezione della nozione di « rappresentanza ». Neppure fra i teorici della resistenza altocetuale i modelli erano mutati, nonostante il ricambio generazionale; al primo e secondo romanticismo politico era succeduta la generazione dei fratelli Gerlach, ma, pur con tutte le diverse sfumature che è possibile cogliere, il patrimonio intellettuale era sempre quello accumulato a partire da Burke per finire a Haller.

III. Stahl era inserito a pieno titolo in questo ambiente; pur tuttavia, rifiutando una parte di questa eredità, ed intenzionalmente richiamandosi al « nuovo Staatswesen » di Federico Guglielmo III — laddove peraltro il nuovo senso dello stato veniva da questi dimostrato anche e soprattutto dalla sua volontà di tenere in vita lo « ständischen Wesen » ([24]) — egli mostrava l'intenzione di percorrere una via diversa, più attenta alla lezione dei tempi ([25]). La sintesi di « sovranità » (ma non di « statualità »,

([23]) Come fa osservare E. R. HUBER (*op. cit.*, vol. II, p. 592), ma come lucidamente aveva saputo vedere lo stesso Stahl, anche solo la richiesta di un parlamento nazionale faceva oscillare le basi stesse su cui poggiavano sia il sistema federativo che il principio monarchico: il parlamento « verfassungsgebend », in quanto organo nazionale unitario, avrebbe sottratto ai singoli stati quel potere (in primo luogo, appunto, verfassungsgebend) concesso loro dal sistema federativo; inoltre, se anche la monarchia fosse rimasta formalmente in piedi, il parlamento nazionale avrebbe nei fatti cancellato la sovranità monarchica.

([24]) F. J. STAHL, *Das mon. Princip*, cit., p. x. Si leggano, nel discorso pronunciato da Stahl in commemorazione di Federico Guglielmo III, le parole di celebrazione per la capacità del sovrano di dominare i due enormi eventi che percorsero l'età del suo regno, la rivoluzione e la restaurazione (*Friedrich Wilhelm der Dritte. Gedächtnissrede, gehalten am 3. August 1853 von Dr. Stahl, als derzeitigen Rektor der königl. Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin*, in: F. J. STAHL, *Siebzehn parlamentarische Reden und drei Vorträge*. Nach letzwilliger Bestimmung geordnet und herausgegeben, Verlag von W. Hertz, 1962, pp. 250-262).

([25]) Cf. P. von OERTZEN, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1974, p. 76. Avvertiamo subito che uno degli elementi costitutivi di questa maggiore attenzione era rappresentato proprio

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

come il richiamo allo « Staatswesen » su citato potrebbe indurci a pensare) e « cetualità » esprime il nucleo della nozione di « principio monarchico », nozione ricca di una tradizione illustre che Stahl faceva sua, ulteriormente complicandone, se così si può dire, il significato ([26]). Il suo senso profondo è, crediamo, quello di un rinnovato impulso verso il rafforzamento del potere centrale.

Di contro al particolarismo che nel periodo più tetro della restaurazione aveva minato (nella sostanza, anche se non negli slanci declamatori — tutti, anzi, pieni di questa parola) l'autorità centrale, veniva adesso in primo piano la tendenza a ricostituire l'unità, quando non addirittura a fondarla *ex novo*. Perché, ancora una volta, qui il problema era duplice: da un lato, si trattava

---

dalla accezione del concetto di stato come un concetto di *diritto pubblico* e che lo stesso Stahl ha ripetutamente indicato, a questo proposito, nella visione patrimoniale di Haller o nella pratica politica seguita, per esempio, da Jarcke l'opposto teorico della propria visione (cfr. *Die Philosophie des Rechts*, cit., I, pp. 560 ss., ma anche *Das mon. Princip*, cit., p. IV). Per notizie su K. E. Jarke, cfr. *Österreichisches Biographisches Lexikon 1815-1950*, Graz-Köln, H. Böhlaus Nachf., 1965, vol. III, p. 80. Su questo aspetto del pensiero di Stahl rivolse la sua attenzione anche H. von TREITSCHKE, nella sua *Deutsche Geschichte im Neunzehnten Jahrhundert*, Leipzig, F. W. Hendel Verlag, 1928, vol. V, pp. 407-409.

([26]) H. O. MEISNER, *Die Lehre vom monarchischen Prinzip*, Haalen, Scientia Verlag, 1969 (rist. dell'ediz. Breslau, 1913). Meisner ritiene che la formula del principio monarchico, in Germania, sia sorta autonomamente e si configuri in una forma nuova rispetto a quella francese (al saggio di Stahl sul principio monarchico vengono qui dedicate le pp. 298-312). Per la discussione di questa tesi, con riferimento particolare alla dottrina stahliana e alla letteratura su di essa, cfr. G. MASUR, *op. cit.*, p. 172, nonché D. GROSSER, *op. cit.*, pp. 111 ss. Più articolata e completa la storia del « principio monarchico » tracciata da P. M. EHRLE, *op. cit.*, pp. 229 ss. Anche qui viene messa in luce una differenza sostanziale fra il « principe monarchique » affermato nella *Charte Constitutionelle* del 1814 e passato poi, con alcune modifiche, nel *Rheinbunds-Akte*, e il principio monarchico quale si affermò in Germania con l'art. 57 del *Wiener Schlussakte* del 1820 (lo *Schlussakte* è riportato integralmente in E. R. HUBER, *Dokumente*, cit., pp. 91-100; l'art. 57 è considerato un completamento ed un rafforzamento di quanto già contenuto nell'art. 13 del *Deutsche Bundesakte*, cfr. E. R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., vol. I, pp. 646 ss. Sul « principio monarchico » in Stahl, *ibidem*, vol. II, pp. 319 ss.). La differenza fra la formulazione francese e quella tedesca consisterebbe proprio nella Mitwirkung degli Stände prevista da questa ultima, Mitwirkung già adombrata nel Progetto per la costituzione del Württenberg del 1816.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di rafforzare uno stato che negli ultimi trenta anni aveva spesso vacillato e, dall'altro, di creare quella sorta di stato fuori dello stato, come potrebbe venir definito lo stato germanico che Stahl, fra gli altri, intendeva contribuire ad edificare.

Naturalmente, il nemico veramente temuto era rappresentato da quella sovranità popolare della quale la Francia non era più riuscita a liberarsi, ma, nello stesso tempo, nonostante tutte le prese di posizione contro il « particolarismo », Stahl condivideva con il circolo dei conservatori l'avversione per l'assolutismo regio (nella sua forma burocratico-amministrativa); di qui la richiesta che la « ständische Gliederung » della società, lungi dall'essere abolita, venisse in certo senso potenziata ([27]). La distinzione, che in sè può apparire non immediatamente perspicua, fra sovranità del re e principio monarchico attesta come il principio monarchico avesse necessità, per trovare attuazione, di affiancare alla sovranità del re la « Mitherrschaft » degli Stände. E qui la questione si complicava, come già abbiamo intravisto, perché la Mitherrschaft non implicava un ruolo del sovrano di *primus inter pares*: nonostante i ceti apparissero come il più efficace antidoto contro l'assolutismo, il sovrano restava il primo, colui al quale, per quanto affiancato dai rappresentanti dei ceti, che avevano il diritto di esprimere le loro valutazioni, spettava la decisione.

Questa « preminenza » veniva corroborata dal principio di legittimità. È opportuno sottolineare che la nozione di « legittimità » appare, nel pensiero di Stahl, come l'elemento di fondo, fra quanti stanno a connotare il principio monarchico; la sua vera e propria *ratio*. Il fondamento della monarchia e, lo vedremo, non di quella soltanto, stava nel riconoscimento dell'autorità del monarca come un'autorità proveniente direttamente da Dio ([28]).

([27]) Sulla preminenza accordata alla nobiltà, v. F. J. STAHL, *Die Philosophie des Rechts*, cit., II/2, pp. 103-110.

([28]) « Legitimität, Obrigkeit von Gott, das ist das Fundament aller Staaten »: F. J. STAHL, *Volkssouveranität und Legitimität* (1849), in *Die Revolution und die constitutionelle Monarchie*, Berlin, Verlag von W. Hertz, 1849, pp. 14-27 ed in partic. 26; si veda anche pp. 19 ss. (Niente di più lontano, dunque, dal sovrano « servitore dello stato » del modello fridericiano, ma, d'altra parte, il sovrano descritto a Stahl è un sovrano che « deve » avere « diritto e potenza » (« Recht und Macht ») «di governare da solo » (« selbst zu regieren »): *Das mon. Princip*, cit.,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

E non si può non osservare subito che il legittimismo di Stahl non è solo alle origini della sua concezione del principio monarchico, ma è alle origini della sua generale visione del diritto e dello stato. Il discrimine di fondo, nella sua dottrina — che in questo non si distingue, nonostante tutti gli sforzi interpretativi, da quella che ha connotato tutto il filone reazionario oltre che conservatore, altocetuale, tardoromantico o come ancora lo si voglia definire — è fra l' ' umano ' e il ' divino ' ([29]): il primo è caratterizzato da una fondamentale insufficienza; il secondo è, necessariamente, perfezione. Con procedimento logico ineccepibile, Stahl faceva notare che fra i due non si dà alternativa: chi non è legittimista è, in una qualche misura, inevitabilmente « rivoluzionario », ossia sovvertitore dell'ordine divino, principalmente perché convinto che l'uomo possa, come Dio, creare. Ma l'uomo non può creare nulla, e perciò neppure le istituzioni. Di qui il rifiuto per tutto ciò che è « artificiale », che è *fatto* dall'uomo, rifiuto che si situa, si badi bene, sulla scia della tradizione non solo di tutto il pensiero più rigidamente conservatore, ma di un arco assai più ampio di dottrine, che abbracciano anche personaggi come il già citato barone von Stein ([30]).

---

p. 18). L'ediz. dalla quale si cita è la 2ª (la 1ª era datata dicembre 1848), che apparve dopo la promulgazione della costituzione prussiana del '48 (e della *Verfassung des Deutschen Reichs*, 28 marzo 1849), arricchita di due nuovi saggi, uno dei quali — quello cui ora si è fatto riferimento — era, non casualmente, dedicato alla esposizione della contrapposizione « sovranità popolare » / « legittimità ».

([29]) È, questo, un *leit-motiv* del pensiero stahliano; oltre che come criterio-guida di tanta parte della *Filosofia del diritto*, esso ricompare come principio ispiratore di un Vortrag tenuto presso l'Evangelisches Verein, intitolato *Was ist Revolution?* (Berlin, Berlag von W. Schultze, 1852, rist. come aggiunta ai *Sieb. parlam. Reden*, cit., pp. 233-249): « *Revolution ist die Gründung des ganzen öffentlichen Zustandes auf den Willen des Menschen statt auf Gottes Ordnung und Fügung* », p. 4. La radice della rivoluzione è il razionalismo e razionalismo è emancipazione dell'uomo da Dio (p. 11); di qui anche la condanna dell'assolutismo, in quanto potere di tipo « meccanico », basato esclusivamente sul dato ' umano ' (pp. 14-15). Uno schema molto simile a questo seguìto qui, compare nel saggio *Wider Bunsen*, Berlin, Verlag von W. Hertz, 1856, pp. 52-66, nonché nella Lezione XXII di *Die gegenwärtigen Parteien in Staat und Kirche. Neunundzwanzig akademische Vorlesungen* von Stahl, Verlin, Verlag von W. Hertz, 1863, pp. 297-305 (su questo scritto, si veda C. WIEGAND, *op. cit.*, pp. 139 ss.).

([30]) W. ISENBURG, *op. cit.*, p. 18.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Per Stahl, il principio di legittimità era realizzato ovunque venisse garantita la sottomissione dell'uomo ad una autorità più alta della sua, ad una autorità divina (31). Perciò, qualsiasi forma di stato, compresa quella repubblicana, compresa quella democratica, poteva avere come proprio fondamento questo principio che, in tal modo, non risultava legato in maniera esclusiva all'istituto monarchico. Ciononostante, un motivo rimaneva per preferire la monarchia, e si trattava di un motivo essenziale, costituito dalla caratteristica peculiare di quella forma di governo: la sovranità del re. Qui l'impossibilità di identificare, in Stahl, stato e sovranità (32) emerge nettissima e potrebbe venir resa con la differenza che esiste fra la *funzione* e la *persona*. Tale lettura ci pare autorizzata dai testi, nei quali la sovranità veniva celebrata come il « centro » del potere statale, articolato nei suoi molteplici organi, ciascuno dei quali svolgeva in modo autonomo le proprie funzioni, ma sempre restando direttamente collegato al centro e, soprattutto, derivando dal centro — quale potere e autorità supremi — l'autorizzazione ad assolvere quelle funzioni, nei modi prestabiliti. Di conseguenza, la sovranità non poteva che essere una, indivisibile, oltre che personale e lo stato diveniva più che mai una cornice al centro della quale stava lo « *Ansehen* » del sovrano, la cui persona vivificava quello che altrimenti sarebbe stato un mero aggregato di funzioni.

Ma se per un momento ancora torniamo a considerare alcuni tratti del principio di legittimità, collegandoli a quanto appena detto, ci verrà offerta la possibilità di fare alcuni rilievi utili a mettere in luce la complessità ed anche talune difficoltà del discorso di Stahl: « ... essa [l'idea della legittimità] ha il suo fondamento nella natura dello stato in quanto ordinamento *morale* ... sono gli scopi morali della società a rendere morale la costituzione esistente e l'autorità dello stato ... E il principio della legittimità emerge con tanto maggior splendore quanto più il principe è legato ad ordinamenti ... che non si basano solo ed esclusivamente

---

(31) Cfr. la voce « *Autorität* — a cura di H. Rabe — dei *Geschichtliche Grundbegriffe*, cit., vol. I, pp. 382-406 ed in partic. p. 396 ss.

(32) F. J. STAHL, *Volkssouveranität und Legitimität*, cit., pp. 23 ss. e soprattutto 26.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sui *casuali* paragrafi di un *doktrinären* documento costituzionale, ma ad ordinamenti di contenuto *morale*, ordinamenti che, scaturiti dai bisogni della *vita* e conservati e confermati da una *lunga consuetudine* di vita, garantiscono diritto, giustizia e libertà » (33). Ciò che merita di venir rilevato in primo luogo è il ruolo decisivo che, in questo contesto, gioca l'aggettivo « morale », l'attributo più alto cui si possa far ricorso in riferimento al mondo umano, potremmo dire il corrispettivo in terra del « divino » (34). Ebbene, tale attributo qualifica tanto la legittimità — il sovrano e il suo compito — quanto la cetualità — anch'essa con i suoi compiti — di fronte invece allo stato, per il quale, in quanto « istituzione », « cosa » pubblica e non persona, tale attributo non avrebbe senso (35). (Con « cetualità » sintetizziamo, ci pare in maniera non indebita, quella strutturazione della società delineata nel luogo qui sopra citato e indicata dai termini che abbiamo sottolineato e che ci sembrano altamente emblematici: vita, consuetudine, ordinamenti di contenuto morale — perciò diversi dagli organi dello stato e dalle loro relative funzioni —, per non dire del riferimento alle carte costituzionali, con i loro paragrafi « casuali » perché « fatti », artificialmente costruiti a tavolino, da meri intellettuali che, in quanto tali, ignorano i bisogni di una vita che è il risultato di un'intera tradizione. Non si può, infine, non aggiungere che quel *doktrinär*, da noi volutamente non tradotto, potrebbe rinviare anche alla antica polemica condotta da Stahl, in nome dell'« idea », contro il concetto, se non addirittura contenere una eco della condanna, in terra tedesca, dei « dottrinari » che in Francia si erano fatti teorici della monarchia costituzionale).

Ma se l'elemento « morale » è proprio quello che caratterizza ed anzi giustifica il ruolo degli *Stände* nella società, nel rapporto stato-monarca le cose non sono così chiare; e questo perché, fin dalle prime pagine del saggio sul principio monarchico, nello sta-

---

(33) *Ibidem*, p. 20.

(34) Basti ricordare che una delle critiche più severe mosse da Stahl alla scuola storica del diritto fu proprio quella di non aver visto in che misura la coscienza nazionale sia dominata appunto da quella superiore potenza che è l'*ethos* (F. J. STAHL, *Die Philosophie des Rechts*, cit., I, p. 588).

(35) Cfr. anche F. J. STAHL, *Die Philosophie des Rechts*, cit., II/2, pp. 140 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bilire una sorta di divisione del lavoro fra ceti e monarca, Stahl aveva delegato ai primi il compito di esercitare con la massima pienezza la loro « moralische Wirkung » e al secondo quello di stabilire — di « decidere » — la legge ([36]). L'ufficio di supremo creatore e supremo responsabile del *Rechtsstaat* appariva in stridente contrasto con ogni connotazione di carattere morale ([37]). Perché allora, ad un certo punto, il ruolo della sovranità, già così ricco di attribuzioni, si carica di questo significato ulteriore? Non crediamo

---

([36]) Già si è detto della « decisione » che spetta, in ultima analisi, al sovrano e del ruolo di quest'ultimo quale « centro » del potere statale (si veda anche *Volkssouveranität und Legitimität*, cit., pp. 24-25); nello stesso spirito Stahl fa osservare come il principio monarchico si caratterizzi soprattutto per la volontà (*Wille*) che il sovrano, effettivo « Schwerpunkt der Verfassung » innanzi a tutto e a tutti esprime (*Das mon. Princip*, cit., pp. 12 e 39). Non solo, costui — che deve restare « il più alto giudice dei contrasti circa l'applicazione della costituzione » — appare come l'unico vero garante degli interessi dell'intero; in questa medesima direzione va anche l'osservazione circa la maggiore garanzia offerta, per la tutela dei diritti del popolo, da un « forte » potere monarchico (piuttosto che da un forte potere dei ceti, che può diventare clientela, ovvero potere esercitato in modo settoriale da un partito o da singoli uomini, *ibidem*, p. 37).

([37]) Sulla significatività del concetto di *Rechtsstaat* in Stahl e sulle influenze esercitate dalla dottrina di quest'ultimo anche sul pensiero nazional-liberale ha di recente richiamato l'attenzione M. STOLLEIS, *Verwaltungslehre und Verwaltungswissenschaft 1806-1866*, in *Deutsche Verwaltungsgeschichte* (hrsg. von K. G. A. YESERICH - H. POHL - G.-C. von UNRUH), vol. II: *Vom Reichtsdeputationshauptschuss bis zur Auflösung des Deutschen Bundes*, Stuttgart, 1984, pp. 56-94, indicando nel centro di gravità della costituzione (rappresentato dal potere regio) il nucleo dell'assolutismo costituzionale; un assolutismo moderato proprio perché la forma statuale ch'esso si dava era quella del *Rechtsstaat* ed essa finiva per costituire « die Wendung — verificatasi appunto con Stahl — zum formalen Rechtsstaatsbegriff ». Naturalmente, Stolleis ha ben presente la differenza di fondo che separa il concetto stahliano di stato di diritto da quello condiviso, per es., da Mohl; muovendoci sulla sua scorta, anche noi ci chiediamo come conciliare il concetto di stato di diritto con quello di sovranità per grazia di Dio e così anche, vorremmo aggiungere, l'aspirazione all'unità nazionale con il conferimento ai ceti di una posizione privilegiata. Stolleis accenna anche alla forte impressione che il concetto stahliano di « Rechtsstaat » esercitò sui contemporanei; ampi riferimenti alle immediate ripercussioni di questo concetto, anche al di fuori dell'ambiente tedesco, si possono leggere in P. BENEDUCE, *Questione del « metodo » e critica dello « Stato indifferente » nella cultura giuridica italiana di fine ottocento*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », vol. XIII, I/1983, pp. 57-84.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

si possa rispondere a questo interrogativo semplicemente distinguendo fra due saggi, comparsi a breve distanza l'uno dall'altro. È vero che in mezzo c'era stata la rivoluzione, ed era diventato più che mai urgente contrapporre alla parola d'ordine della sovranità popolare quella della « legittimità »; ciò aveva evidentemente comportato una accentuazione, all'interno della problematica stahliana, di quest'ultimo principio. Ma la nozione dell'autorità come di una autorità derivata da quella divina era da sempre un punto cardinale nel pensiero del nostro autore, era un modo di orientamento stabilito da tempo, come ben risulta fin dalla prima esposizione della *Filosofia del diritto* nonché dalla produzione saggistica contemporanea (38). Occorre dunque cercare altrove la risposta, e noi riteniamo ch'essa si situi in quella che non vorremmo chiamare contraddizione, ma piuttosto il punto di tensione massima fra la teorizzazione dello stato di diritto e la rinuncia a schierarsi totalmente a favore del nuovo tipo di stato che pure Stahl fu tra i primi a teorizzare.

Il sovrano, da « Träger » del Rechtsstaat, il cui potere stava « soltanto nella legge e nel diritto », tornava a riacquistare, grazie al principio di legittimità, la maestà e solennità delle antiche monarchie; ma nel contempo si sottraeva all'obbligo di dover condividere il potere, come ai tempi dell'antico impero, con i potentati nobiliari. E ciò grazie ad una più moderna strutturazione dei ceti, i quali, prima trasformati in ceti rappresentativi dello stato nella sua interezza, e poi potenziati nelle loro nuove funzioni, facevan mostra della nuova volontà di fornire garanzie alle moderne istanze di partecipazione — impedendo però fin dai suoi inizi qualsiasi apertura verso un sistema « parlamentare ». Questo crediamo sia il significato di fondo della dottrina stahliana del principio monarchico; ed è perciò che evitiamo di parlare semplicemente di ' contraddizioni ', presenti all'interno del pensiero di questo autore, pur avendo dovuto rilevare la compresenza dei due piani — quello cetuale e quello statale — e pur essendo noi stessi incorsi nella ' contraddizione ' di sottolineare come essenziale prima l'uno e poi l'altro dei due piani. Non di contraddizioni si tratta, ma della complicata ricerca di un punto di equilibrio non tanto

(38) Per un resoconto di essa, si veda ancora G. MASUR, *op. cit.*, p. 151 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fra vecchio e nuovo, quanto fra il nuovo, che è presente e va accettato, e quegli istituti antichi che possono venir ancora utilizzati in modo assennato, al fine di sottrarsi alle più dure asprezze di quel nuovo ormai ineludibile.

IV. In questo programma trovava la sua collocazione più propria la trasformata posizione dei ceti auspicata da Stahl. Se, coerentemente con il progetto enunciato fin dalla prefazione al saggio sul principio monarchico, il compito del tempo era quello di tramutare la « pura e semplice » monarchia in una monarchia costituzionale, i ceti avrebbero dovuto a loro volta diventare *Reichsstände*, ovvero porsi nella nuova condizione di poter rappresentare non più gli interessi singoli, non più la particolarità di strati o settori isolati della società, bensì la totalità degli appartenenti ad uno stato, la « generalità dei cittadini ». Come Stein aveva combattuto la frammentazione e la separazione tipiche di una società dominata da « caste », così Stahl condannava il sistema che scaturiva dall'intreccio di interessi particolari rappresentati dalle « ständischen Curien » ([39]). A sua volta, il governo avrebbe dovuto tener conto di questa trasformata posizione dei ceti, consultandoli regolarmente, e in più concedendo loro il diritto di approvazione.

Ogni lettore avvertito è in grado di cogliere la grossa questione che sta dietro la proposta di Stahl: la funzione consultiva dei ceti era un dato ormai acquisito nel più recente passato della storia delle istituzioni in Prussia, ma il dibattito era ancora aperto circa i modi di queste consultazioni dei rappresentanti dei ceti da parte del governo; ogni volta che veniva convocata una assemblea rappresentativa, allargata o ristretta che essa fosse, tornava all'ordine del giorno il problema sia della *regolarità* che della *frequenza* di tali convocazioni; e si badi che questo problema si sarebbe riproposto sostanzialmente negli stessi termini anche dopo la parentesi costituita dai parlamenti nazionali.

La soluzione prevista da Stahl si può sintetizzare così: consultazione regolare, ma non perciò eccessivamente frequente (sulla base del già enunciato principio per cui il re deve poter governare « da solo »), ma, nel contempo, necessità di concedere ai ceti quel

([39]) F. J. STAHL, *Das mon. Princip*, cit., p. v.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Zustimmungsrecht che, solo, avrebbe permesso loro di conquistare anche sul piano giuridico l'autorità ch'essi possedevano in così alto grado a livello « morale ». Non è sbagliato asserire che una delle finalità perseguite dal saggio sul principio monarchico consisteva in questo intento di promozione giuridica del ruolo sociale dei ceti, la quale promozione corrispondeva al trovato equilibrio fra « assolutismo » e « parlamentarismo ». Per far sì che nello stato nel suo complesso si potesse accedere ad una maggiore rappresentatività, senza cader nelle braccia del « costituzionalismo occidentale », diventava indispensabile offrire ai ceti la consapevolezza di « contare » e, per tal fine, di « decidere », ferma restando la posizione assolutamente preminente del sovrano. Segno del punto di equilibrio di cui si è detto era la formula della indisgiungibilità del principio rappresentativo e di quello cetuale ([40]), associata al punto focale del programma contenuto in questo scritto, quello dell'urgenza di dar vita alla « intima necessità e conformità alla legge » dello stato come istituzione ([41]) (ove questa *Gesetzmässigkeit* appare come l'altro lato — la faccia « liberale » — della medaglia della legittimità).

Ma quanto complesso fosse conservare quell'equilibrio, dopo averlo faticosamente individuato, ce lo dimostra anche il ricorso, fatto da Stahl in questo saggio, all'esempio inglese ([42]). Come è noto, tale ricorso costituisce un *topos* della letteratura conservatrice: da Burke in poi il modello del parlamentarismo inglese era

---

([40]) Stabilendo che la rappresentanza cetuale, con le debite correzioni rispetto al passato, era l'unica forma di rappresentanza possibile, risultava fin dall'inizio evitato lo scoglio del parlamentarismo.

([41]) F. J. STAHL, *Das mon. Princip*, cit., p. 36.

([42]) Cfr. la dissertazione di F. KLENK, *Die Beurteilung der englischen Verfassung in Deutschland von Hegel bis Stahl*, Tübingen, Buchdruckerei Lang, 1930, soprattutto le pp. 86 ss. Stahl appare, in questo contesto, ripetitore di Hegel, colui che per primo si era reso conto della illusorietà, nel sistema inglese, del potere del re. Ma vien da chiedersi se Hegel, a sua volta, non percorresse vie già in parte note, se a suo tempo Federico II, riferendosi all'Inghilterra, aveva dichiarato: « là le parlement est l'arbitre du peuple et du roi, et le roi a tout le pouvoir de faire du bien, mais il n'en a point pour faire le mal » (*L'Antimachiavelli di Federico il Grande nel testo riveduto da Voltaire con i capitoli originali del « Principe » intercalati ai capitoli della confutazione*, a cura di V. BEONIO-BROCCHIERI, Torino, Vincenzo Bona, 1956, p. 91).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

servito per combattere quello che con sommo disprezzo era definito il « sistema occidentale » — segnatamente quello francese; per esaltare il ruolo della tradizione — con riferimento particolare al campo del diritto, dove la « consuetudine » toglieva spazio alla legge scritta; per celebrare, infine, una struttura sociale intimamente pervasa dalla superiorità, universalmente riconosciuta, della aristocrazia, per non parlare degli indiscussi destini di una monarchia millenaria. Non occorre aggiungere che il modello inglese implicava ben altre peculiarità, intorno alle quali la letteratura suddetta evitava con la massima cura di pronunciarsi. Ma Stahl, lo si è già osservato, non era Burke e lungo tutto l'arco dei suoi scritti, con intensità più o meno forte, tese a ribadirlo. Per limitarsi agli scritti presi in considerazione qui, basterà ricordare la Prefazione al saggio del '45, dove esplicitamente si negava validità al programma enunciato dai sostenitori di dottrine altocetuali, tesi a privilegiare il primo dei due aspetti che caratterizzavano il principio monarchico (una « ständische Verfassung unter monarchischen Prinzip »), programma definito senza mezzi termini ormai fuori del tempo. Oppure basterà tener conto di uno dei saggi che compongono la silloge pubblicata con il titolo *Die Revolution und die constitutionelle Monarchie,* nel quale l'iniziale consenso con Burke circa il giudizio generale su quella figura storica che è la rivoluzione non era sufficiente a velare la diversa valutazione del presente ([43]). Valutazione che, del resto, si riproponeva in termini analoghi — per quanto riguarda la critica al pensiero conservatore ancor vivo dopo il marzo del '48 — proprio in quel saggio in cui più fortemente che altrove si avvertiva l'eco dei tempi, *Die deutsche Reichsverfassung nach den Beschlüssen der drei königlichen Regierungen* ([44]); il che è, evidentemente, non privo di significato.

E infatti il ricorso al modello inglese, se da una parte si muoveva sulla scìa delle teorizzazioni del movimento conservatore, esaltando anche qui ciò che là era stato esaltato, inseguiva, dal-

([43]) Che l'interlocutore privilegiato sia il pensatore inglese, lo indica già il titolo del saggio in questione, *Betrachtungen über die Revolution,* in *Die Revolution,* cit., pp. 1-13, calco del titolo del notissimo scritto di Burke.

([44]) Berlin, Verlag von W. Hertz, 1849, p. 107.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'altra parte, un risultato del tutto diverso, opposto anzi: con mossa semplice ma efficace — dichiarando cioè l'esempio inglese altamente pregevole dal lato della *teoria*, ma erroneo e inservibile sul piano *pratico* — esso di fatto veniva utilizzato per illuminare, *e contrario*, quali dovevano essere i cardini del principio monarchico, accentuando al massimo l'aspetto della statualità, negletto viceversa dal pensiero conservatore a favore delle prerogative attribuite ai ceti ([45]).

Dopo aver preliminarmente posto le basi per mostrare quali fossero le vie più consone per realizzare il tipo di stato da lui auspicato (uno stato di diritto — dominato da una legge « unica », « indivisibile » e « pubblica » — e insieme uno stato unitario ([46])), e cioè la via legislativa, grazie alla quale si doveva giungere ad una legislazione generale e unitaria e la via finanziaria, in grado, anche qui, di dar luogo ad una amministrazione unitaria delle finanze pubbliche, Stahl illustrava i quattro caratteri distintivi del principio monarchico. Essi possono venir in parte qualificati come indicazioni operative per il futuro, mentre, per altro rispetto, rispecchiavano alcune modificazioni in atto nella realtà prussiana; a ben vedere, comunque, essi erano facilmente riconducibili a queste due grandi vie già tracciate. Per quanto riguarda la prima, il principio monarchico richiedeva — a parere del nostro autore — che solo legislatore fosse il re, a differenza dell'uso inglese, che delegava al parlamento non solo la petizione, ma anche l'iniziativa della legge, dopo aver, per giunta, esteso smisuratamente il concetto stesso di legge ([47]). Ciò aveva comportato, in

([45]) Accenniamo subito a due luoghi nei quali lo schema del discorso è tanto chiaro da farli diventare esemplificativi di questa posizione stahliana: il primo riguarda il diritto al reclamo (*das Recht der Beschwerde*) concesso, nelle costituzioni degli stati della Germania del Sud, ai ceti e sconosciuto, invece, in Inghilterra, a dimostrazione dell'assenza di autorità regia in questo paese (tale diritto ha senso, chiarisce Stahl, là dove il sovrano è l'istanza più alta); il secondo riguarda il significato attribuito da Stahl all'espressione in uso tra gli inglesi: « il re non può commettere ingiustizia »; essa, lungi dall'esprimere un « tiefmonarchischer Grundsatz », significa piuttosto che il sovrano non può compiere alcunché, dunque neppure ingiustizie (*Das mon. Princip*, cit., pp. 19 e 9-10).

([46]) Tralasciamo adesso questo aspetto, al quale verrà dedicato il paragrafo conclusivo di questo lavoro.

([47]) Il termine « legge » comprendeva, nel suo significato estensivo, anche le

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Inghilterra, un indebolimento del diritto di veto da parte del re, come pure una fortissima ingerenza del parlamento in tutta l'attività di *Polizei*, sottraendo così al monarca — per trasferirle al parlamento — sia l'effettiva sovranità, che proprio il diritto di veto doveva garantire ([48]), sia l'intera funzione amministrativa, di tradizionale competenza del sovrano.

Strettamente collegata a questa era un'altra caratteristica del principio monarchico, quella che rendeva i ministri responsabili solo di fronte al sovrano. Come l'affidare al sovrano l'intera sfera

---

« ordinanze », mentre viceversa Stahl vede la necessità di una rigida separazione fra gesetzgebende Gewalt e Regierungsgewalt, tra àmbito della legge e àmbito delle Massregeln, ove le ultime attengono alla sfera della prudenza (mentre le prime alla sfera della giustizia), sono di competenza della Regierungsgewalt e, in ultima analisi, del sovrano che ne è a capo. Molto opportunamente gli interpreti hanno più volte insistito su questa separazione che si sostituisce alla concezione classica della separazione dei poteri e accentua così fortemente l'aspetto della sovranità (« Wir suchen sie [la soluzione del corretto rapporto fra sovrano e ceti] in der richtigen Beschränkung von Regierungsgewalt und ständischer Berechtigung, dass die Regierung den Gang des Ganzen allein bestimme, die Stände nur die bestimmte Frage mit entscheiden, jene vom Boden der bestehenden Rechtsordnung aus völlig frei handle, diese die bestehende Rechtsordnung zu behaupten Fug haben, dass die Bahnen der gouvernamentalen Bewegung (polizeiliche Anordnung, Staatshaushaltsfeststellung) und die Bahnen der Unterthanenbewegung (Eigenthum, Erwerbverhältnisse, Freiheit gegen Strafgewalt, Steuern, Erhaltung der Verfassung) wohl ausgeschieden, jene der Regierung vorbehalten, diese den Ständen eigenräumt seien », *Das mon. Princip*, cit., p. 30). Per tutti, si veda E. BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus*, Berlin, Dunker & Humblot, 1958, pp. 169-179 (un capitolo illuminante anche in riguardo ad altri aspetti della dottrina stahliana, definita una « metafisica razionale », i cui antecedenti significativi sono da ricercarsi in Aristotele e Tommaso. Interessanti anche le osservazioni circa il tipo di « stato di diritto », ancora assai arcaico, teorizzato da Stahl; cfr. nota 8, pp. 170-171).

([48]) Al diritto di veto e alla qualità di questo diritto — se esso dovesse essere « assoluto », come voleva Stahl, o solo « sospensivo », come era fra l'altro previsto dalla costituzione presentata dall'assemblea nazionale — Stahl dedicò un saggio (*Das suspensive Veto*, in *Die Revolution*, cit., pp. 67-75) che sostanzialmente vedeva nel veto sospensivo la negazione della *Macht* e della *Würde* del sovrano, il quale diventava egli suddito del parlamento, « Diener » di quella rappresentanza popolare di cui avrebbe viceversa dovuto restare il *Gegengewicht* (cfr. anche l'articolo *Was ist ein constitutioneller König?*, in *Die Revolution*, cit., pp. 73-113 e la tirata contro B. Constant, alle pp. 91-92).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della legislazione e della amministrazione, pur con il vincolo del diritto di approvazione da parte degli *Stände*, significava operare una scelta in totale favore dell'accentramento del potere nelle mani del re, così un significato analogo rivestiva il tutelare in una qualche misura l'autonomia dei ministri, per esempio restringendo i casi in cui essi potevano venir perseguiti penalmente. Anche qui era il sovrano a stabilire, per così dire, il grado di colpevolezza dei ministri, instaurando una sorta di filo diretto tra se stesso e, appunto, i ministri, dal quale il parlamento come espressione della volontà dei ceti rimaneva escluso. E questo punto ci pare oltremodo significativo se solo teniamo presente che, in generale nei suoi scritti, al *Beamtenstand* Stahl non ha mai dedicato particolare attenzione (c'è un luogo, nel saggio sul principio monarchico, nel quale ci si limita a prendere atto dell'esistenza di questo strato sociale, definendolo « un buon sussidio » del potere monarchico *accanto* a quello costituito dai ceti ([49]); ma in esso è comple-

([49]) F. J. STAHL, *Das mon. Princip*, cit., p. 39. Sul ruolo del *Beamtenstand* nella storia prussiana, cfr. R. KOSELLECK, *Preussen zwischen Reform und Revolution*, Stuttgart, Klett, 1981[3] e H. von BORCH, *Obrigkeit und Widerstand. Zur politischen Soziologie des Beamtentums*, Tübingen, 1954. Questa esclusione in Stahl è, per un verso, assai significativa, ma, per l'altro, solo parzialmente rispondente alle esigenze della sua dottrina. Crediamo che essa debba venir ricollegata a quel ponte che direttamente unisce, nella concezione di Stahl, re e popolo, senza altre mediazioni (*Die deutsche Reichsverfassung*, cit., p. 9; *Die Philosophie des Rechts*, cit., II/2, pp. 161 ss.): sembra di leggere lo Hegel di *Die Verfassung Deutschlands*, ove gli elementi costitutivi dello stato sono « un popolo » e « un potere statale » e dove il « System der Repräsentation » « non appartiene all'essenza dello stato » — cfr. C. CESA, *Entscheidung und Schicksal: die fürstliche Gewalt*, in *Hegels Philosophie des Rechts. Die Theorie der Rechtsformen und ihre Logik*, hrsg. von D. HENRICH u. R.-P. HORSTMANN, Stuttgart, Klett-Cotta, 1982, pp. 185-205 —. Cesa chiarisce come tale « sistema della rappresentanza » sia alcunché di completamente diverso dal sistema francese, precisando che lo Hegel dello scritto sulla costituzione della Germania è animato dalla « tensione a conciliare il potere decisionale di una monarchia assoluta con l'autonomia dei corpi territoriali » (p. 188). Qualcosa di molto simile si può affermare anche per Stahl, ma, in questo caso, due sono le difficoltà che l'interprete deve superare: la prima concerne il rapporto — non altrettanto chiaro che in Hegel — fra struttura della rappresentanza e essenza dello stato; la seconda, ancora maggiore, riguarda proprio quel ruolo del Beamtenstand che non si sa bene dove collocare, non trovando esso uno spazio autonomo né all'interno del rapporto fra re e popolo (come « Inbegriff der Menschen »: cfr. *Das mon. Princip*, cit., p. VIII; *Die Frage der zwei Kammern*, in *Die Revo-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tamente spenta l'eco dei dibattiti del tardo Settecento e dell'inizio del nuovo secolo, ove si discuteva se il ceto dei funzionari dovesse essere considerato uno *Stand* a tutti gli effetti o solo un *Nebenstand*).

Tornando al più ampio problema della « responsabilità dei ministri », emergeva qui di nuovo con chiarezza quella direzione verso il rafforzamento della sovranità del re già ravvisata prima e che si sarebbe mostrata con pari evidenza nell'enunciazione delle rimanenti caratteristiche del principio monarchico. Di contro al « governo parlamentare » tipico del sistema inglese ([50]), nel quale non c'era atto derivante dalla volontà del sovrano che non venisse sottoposto al vaglio dei ministri, dipendenti dal parlamento, il principio monarchico prevedeva tale responsabilità esclusivamente legata alla garanzia di controllare la « conformità » alla *Verfassung* delle norme della *Verfassung* medesima; il che semplicemente significava un controllo circa la conformità di quelle alla volontà del sovrano e non, invece, alla volontà degli *Stände*, mentre i ministri diventavano meri esecutori della volonta regia ([51]). Avendo presente questo, è adesso possibile cogliere appieno il senso della nozione di sovrano come *Schwerpunkt* della costituzione, come « più alto giudice » in caso di conflitto sulla sua applicazione ([52]): era la pienezza dei poteri quella che dava senso alle

---

lution, cit., pp. 34-49 ed in partic. 38 e 43), ma neppure all'interno della distinzione fra Regierungsgewalt e Gesetzesgewalt. L'unica conclusione che le poche parole dell'autore a questo proposito consentono, è quella di una sorta di ' terzo potere' — accanto a quello del monarca e a quello dei ceti — del quale Stahl non ha avvertito la necessità di determinare i contorni, ma dal peso infinitamente inferiore a quello degli altri due.

([50]) Nel quale « il re regna ma non governa », come Stahl ha a più riprese osservato (sulla questione della responsabilità dei ministri e della loro imputabilità, e poi sul problema della tassazione, cfr. anche *Was ist ein const. König?*, cit., pp. 84-86, ove trova fra l'altro espressione l'alto scandalo dell'autore per una situazione-tipo del governo parlamentare: la compilazione — da parte del ministro — del Thronrede: così accadeva in Inghilterra e così era accaduto in Francia, quando il discorso di Luigi Filippo era stato redatto dal primo ministro Périer; non a caso, poco oltre il re viene paragonato ad un'azienda). Cfr. anche F. J. STAHL, *Die gegenwärtigen Parteien*, cit., pp. 71-81 e 119 ss.

([51]) Cfr. F. J. STAHL, *Was ist ein const. König?*, cit., pp. 99-100.

([52]) Su questo punto, interessanti osservazioni di H. BOLDT, *Deutsche Staatslehre im Vormärz*, Herausgegeben von der Kommission für Geschichte des Par-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

attribuzioni regie. E allora si capisce meglio anche il motivo del rifiuto, non solo di una carta costituzionale, di un documento legislativo scritto, ma anche, in una certa misura, della *Octroyrung* di una costituzione. Perché anche quest'ultimo atto, pur dovuto alla benevolenza del sovrano, pur manifestandosi come un'espressione della sua volontà e decisione, essendo un atto per così dire estemporaneo, intaccava tale pienezza di poteri. In questi termini potrebbe venir spiegata la ripetuta precisazione sul fatto che il sovrano, più che « concedere » una costituzione, dovrebbe farla « ausgehen » da sè ([53]), espressione che immediatamente ci riconduce alla concezione stahliana del diritto come opera che cresce su se stessa, nel corso del tempo, e progressivamente si completa ([54]): attraverso una serie di atti successivi, la pienezza del potere regio avrebbe avuto modo di dispiegarsi compiutamente, nel mentre veniva anche evitata ogni trasformazione brusca, ogni mutamento repentino, ogni eventualità di vuoti di potere non tempestivamente riempiti.

Gli ultimi due tratti caratteristici del principio monarchico erano costituiti, il primo, dal potere militare, di pertinenza an-

---

lamentarismus und der politischen Parteien in Bonn-Bad Godesberg, Düsseldorf, Droste Verlag, 1975, pp. 195-215; sottolineata l'originalità di quella che egli definisce qui « die Reklamation der Konfliktsentscheidung durch den Fürsten aufgrund des monarchischen Prinzips », Boldt interpreta questo « extremsten promonarchischen Bekenntnis » come il risultato di una dottrina a carattere altamente « difensivo »: la « Rechtsstellung [della dottrina di Stahl] war nicht als Plattform für ein von ständischer Obstruktion unabhängiges Reformkönigtum konzipiert, sondern als ein letztes Refugium zur Wahrung des überkommenen politischen Besitzstandes gegen die Reformwünsche und Machtansprüche der Vo ksrepräsentation -ein « System der Todesangst » der Altkonservativismus, so hat es Treitschke bezeichnet » (p. 213).

([53]) F. J. STAHL, *Die Revolution*, cit., p. VI della Prefazione (« ... wir sagen ausgehend, nicht oktroyrt ... ») e *Das mon. Princip*, cit., p. 32.

([54]) Si tenga presente la definizione di carta costituzionale in F. J. STAHL, *Was ist die Revolution?*, cit., p. 5: « ... die Vernichtung der ganzen, naturwüchsigen, geschichtlichen Verfassung des Landes, wie sie durch Jahrhunderte sich gebildet durch Herkommen und einzelne Gesetze, um eine neue zu machen in Einem Akte, in Einer Urkunde, so dass kein Recht mehr gilt, als das in dieser Urkunde steht, und weil es in ihr steht ». Cfr. anche *Die Philosophie des Rechts*, cit., II/1, pp. 233 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ch'esso del sovrano ([55]) — e che rientrava nella prima grande via indicata da Stahl per realizzare uno stato modernamente efficace e libero dai vincoli cetuali — e, il secondo, dall'amministrazione unitaria della finanza pubblica. In questo contesto, particolarmente pregiata era l'istituzione del *bilancio preventivo*, in primo luogo perché atta a conferire proprio quell'unitarietà di cui si avvertiva il bisogno, e poi perché induceva in modo automatico una trasformazione del tradizionale diritto dei ceti a rifiutare l'approvazione di imposizioni fiscali ([56]). Pur mantenendo ai ceti tale diritto, diventava di fatto impossibile ch'esso venisse esercitato da costoro, come invece in Inghilterra, su ogni singola disposizione in materia di tassazione: il diritto di rifiuto da parte dei ceti non poteva che riguardare l'intera finanza pubblica, considerata ormai come un « tutto indivisibile », che era peraltro di competenza del sovrano stabilire.

Come in termini chiari avrebbe più tardi precisato, l'idea di Stahl era che il godimento di tale diritto da parte del parlamento fosse finalizzato ad un miglior funzionamento dell'amministrazione finanziaria dello stato, e non indirizzato verso « fremdartige Zwecke » ([57]). Questi scopi estranei o, se si vuole, ostili avrebbero potuto venir facilmente perseguiti all'interno di un parlamento ove la composizione delle due camere non si fosse adeguata a precisi criteri; ma l'approfondimento circa il ruolo e il funzionamento del sistema bicamerale appartiene già ad un momento successivo della nostra indagine, al quale tra poco ci dedicheremo ([58]).

([55]) Mentre in Inghilterra il diritto di convocare l'esercito spettava al parlamento, mediante una iniziativa di legge che si rinnovava annualmente.

([56]) In *Das mon. Princip*, cit., p. 4 « das Recht der *unbedingten Steuerverweigerung* » viene connotato come una « altmittelalterliche, privatrechtliche, willkürliche Befugnis ... »; cfr. anche in *Sieb. parlam. Reden*, cit., la *Rede über das Steuerverweigerungsrecht in der 1. preussischen Kammer am 16. Oktober 1849*.

([57]) F. J. STAHL, *Was ist ein const. König?*, cit., pp. 102 s.

([58]) Per quanto riguarda una valutazione complessiva su questa parte, tutta sostanzialmente finalizzata a stabilire l'assoluta preminenza politica del monarca, cfr. il cit volume di H. BOLDT; il quale, nell'illustrare i tratti distintivi che caratterizzano il principio monarchico, fa giustamente rilevare la grande acutezza di Stahl per aver saputo cogliere e porre al centro della discussione proprio quei punti del sistema costituzionale la cui regolamentazione è di importanza decisiva per stabilire i rapporti di forza fra monarca e ceti. (Per contrasto, citeremo un

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

V. Una riflessione su quella silloge di articoli e saggi raccolti sotto il già citato titolo *Die Revolution und die constitutionelle Monarchie*, apparsa alla fine del 1848 e ripubblicata in seconda edizione nel giugno 1849 con significative aggiunte ([59]), ha come punto di riferimento iniziale il drammatico confronto sostenuto da Stahl, sia sul piano teorico che nella sua attività parlamentare,

---

altro interprete: W. SELLNOW, *Gesellschaft-Staat-Recht zur Kritik der bürgerlichen Ideologien über die Entstehung von Gesellschaft, Staat und Recht (von der bürgerlichen Aufklärung bis zum deutschen Positivismus des 19. Jahrhunderts)*, Berlin, Rütten & Loening, 1963, pp. 173-179, che, nelle poche pagine dedicate a mettere in luce il ' conservatorismo ' stahliano, non è riuscito a trovare, nel pensiero di questo autore, un solo motivo degno di interesse o capace di suscitare una qualche riflessione critica).

([59]) Il rapido riaggiornamento si mostrava quanto mai necessario, se si considerano gli avvenimenti di questo intensissimo periodo della storia prusssiana. Nel dicembre del 1848 si era già consumato quello che è stato definito un vero e proprio colpo di stato da parte del re, il quale era riuscito prima a far trasferire l'assemblea nazionale a Berlino e poi a decretarne il definitivo scioglimento. Ma ciò che era accaduto contestualmente allo scioglimento dell'assemblea — la pubblicazione della *Verfassungsurkunde für den preussischen Staat* (5 dic. 1848) — era non meno rilevante dal punto di vista della storia costituzionale. Infatti, la costituzione concessa dal re, non senza dover superare le forti resistenze provenienti dal seno stesso della *Kamarilla*, se da una parte riaffermava la sovranità del monarca come insuperabile fonte e origine di ogni trasformazione costituzionale, dall'altra mostrava anche — nei suoi contenuti — quanto profondamente avessero inciso gli eventi rivoluzionari del recente passato. Non è qui possibile inoltrarsi nel dibattito storiografico sorto attorno alle valutazioni da dare a quei contenuti (per tutti si veda E. R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., vol. II, pp. 729-732 e 763-765 (il testo della costituzione è pubbl. nei *Dokumente*, cit., pp. 484-493) e F. HARTUNG, *Deutsche Verfassungsgeschichte vom 15. Jahrhundert bis zur Gegenwart*, Stuttgart, K. F. Koehler Verlag, 1969[9], pp. 252-257), ma la semplice successione dei fatti basta ad illuminare entrambi gli aspetti: la costituzione prussiana si muoveva sulla falsariga del progetto di costituzione preparato dalla commissione presieduta da Waldeck, la quale aveva a sua volta corretto in senso liberaldemocratico il progetto di costituzione precedentemente presentato alla assemblea nazionale dal ministero Camphausen. Numerosissime erano le modifiche apportate dalla costituzione octroyrt alla Carta Waldeck e, il giorno stesso della sua promulgazione, erano state convocate dal re le camere per dar subito inizio ai lavori di revisione. La raccolta stahliana di articoli, precedentemente apparsi sulla « *Kreuzzeitung* », che costituisce il testo su citato, era in stampa, per la 1ª ediz., nei giorni in cui il re decretava il trasferimento dell'assemblea prussiana a Berlino.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non tanto con i 'rivoluzionari' quanto piuttosto con quell'area 'liberale' spinta da Federico Guglielmo IV verso una progressiva radicalizzazione, e che aveva per buona parte in mano la gestione della cosa pubblica prussiana. Questo comportava la necessità e l'urgenza, da una parte, di chiamare a raccolta « le forze sane » del paese e quindi anche di determinare quali forze, in quel momento, dovessero e potessero essere considerate tali, e, d'altra parte, di ripensare e meglio circoscrivere quell'ampio significato dell'espressione « monarchia costituzionale », che definitivamente diventava la forma istituzionale vigente e che, proprio perciò, doveva assumere certi contenuti, auspicati, e non altri, temuti, ma pur sempre plausibili all'interno di quella vasta gamma di significati che in essa si celava.

Per quanto riguarda la prima questione, essa veniva articolandosi su due piani complementari, uno politico e uno teorico. Da un punto di vista politico, voler riunire le forze sane significava, alla fine del '48, dichiarare che, nonostante la rivoluzione e i conflitti armati, il governo, o per meglio dire il re, aveva ancora saldamente in mano la situazione, pur avendo dovuto cedere su questioni di non piccola portata ([60]). Preso atto delle concessioni

([60]) Al di là del momento insurrezionale, ciò che veramente contava, degli avvenimenti passati, era la trasformazione costituzionale che ne era seguita: come bene osservava Stahl, erano « die grossen Staatsakte des März und April » quelli che avevano rovesciato le basi dell'antico ordinamento, distruggendo fin dalle fondamenta l'antica autorità del re ed innalzando al suo posto, la nuova autorità del popolo (*Betrachtungen über die Revolution*, cit., pp. 9-10, nonché *Volkssouveranität und Legitimität*, cit., p. 15, ove si ricorda che l'assemblea nazionale si era esplicitamente attribuita la *Nationalsouveranität*, cancellando, con questo solo atto, il principio monarchico e insieme l'antico potere del *Bund*, sostituito da un nuovo potere centrale). Poi, fra il dicembre '48 e il giugno '49 era accaduto altro ancora: prima di tutto, la nuova legge elettorale, che entrava in vigore in Prussia il giorno successivo alla promulgazione della costituzione, e che prevedeva un suffragio indiretto e basato sul censo (un alto censo era richiesto per l'elezione della Prima Camera; la « Selbstständigkeit » economica per l'elezione della Seconda Camera); tale legge sarebbe stata modificata in senso ulteriormente restrittivo con il *Dreiklassenwahlrecht*, introdotto il 30 maggio (v. la pubblicazione di queste fonti in E. R. HUBER, *Dokumente*, cit., pp. 494-500). Gli articoli e saggi stahliani di cui ci occupiamo qui sono pieni degli echi di questo dibattito (Stahl stesso verrà eletto nella prima Camera, nel gennaio '49), così come di quello riguardante l'alternativa tra veto assoluto e veto sospensivo. Se il progetto Camphausen di costituzione conteneva l'ipotesi del veto sospen-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che il re aveva dovuto fare, non restava che il tentativo di limitare il più possibile i danni da ciò derivanti e, in una certa misura, anche assumere un atteggiamento meno rigido che in passato, ma senza derogare più del necessario dai princìpi già una volta stabiliti. Nel caso di Stahl, egli si trovava ad asserire che non era ormai più possibile essere puramente *ständisch*, nell'atteggiamento politico; ma in fondo questo egli lo sosteneva da tempo ([61]) e adesso non faceva che trovare confermata questa sua antica convinzione. Erano piuttosto gli altri, i liberali, a dover rivedere il loro atteggiamento, atteggiamento, si potrebbe aggiungere, da sempre aspramente criticato dallo stesso Stahl, che adesso vedeva rafforzata la sua vecchia e peraltro non originale idea per cui i liberali sarebbero finiti fra le braccia della rivoluzione, se non avessero corretto in modo radicale i loro comportamenti politici ([62]).

---

sivo, il re era riuscito ad imporre il principio del veto assoluto; ma il problema si era riproposto poco più tardi in termini simili per la Reichsverfassung (e qui avevano prevalso i sostenitori del veto sospensivo), così come, in questa occasione, si era riaperto il dibattito sui meccanismi di elezione del parlamento del *Reich* (cfr. E. R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., vol. II, pp. 767 ss.).

([61]) « ... das alte Ständewesen nach seinem allgemeinen Charakter und Grundgedanken, wie es hier [nella dottrina di Haller e dei suoi seguaci] geltend gemacht wird, ist für neuere Reichsverfassungen unwiederstellbar ». (F. J. STAHL, *Das mon. Princip*, cit., p. VIII); si veda anche il saggio *Das Banner der Conservativen*, in *Die Revolution*, cit., pp. 28-33, tutto dedicato alla critica dei conservatori alla Haller. Questo atteggiamento di Stahl è stato messo in evidenza da F. MEINECKE, *Weltbürgertum und Nationalstaat*, München, Oldenbourg, 1907, trad. it. di A. OBERDORFER, *Cosmopolitismo e Stato nazionale*, 2 voll. Firenze, La Nuova Italia, 1975, vol. I, pp. 212-262, che lo ha assunto anche come motivo di fondo per spiegare le differenze fra le rispettive concezioni di Stahl e del circolo di Federico Guglielmo IV.

([62]) In particolare gli strali di Stahl erano diretti contro quel settore del liberalismo che si riconosceva nel partito « konstitutionell », fautore della divisione dei poteri — soprattutto della separazione fra esecutivo e legislativo — e di quel « governo parlamentare » che impersonava la contrapposizione più netta ai requisiti essenziali del principio monarchico. Questo partito — che aveva nel *Mittelstand* il proprio referente politico — per quanto si dichiarasse rispettoso nei confronti della monarchia, era in realtà al servizio della rivoluzione. E d'altra parte, pur con tutti i necessari *distinguo* — che Stahl non ometteva —, c'era un'ascendenza comune che in qualche modo legava i « partiti della rivoluzione » con gli attuali sostenitori della monarchia costituzionale; ed era questa ascendenza che a Stahl interessava innanzi tutto sottolineare, per segnare la differenza costitutiva fra la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Di fronte alla rivoluzione, della quale Stahl non avrebbe potuto dare valutazione più negativa — « eine Revolution ohne Grund, ohne Zweck, ohne Princip und ohne Vertreter dieses Princips ... » (63) —; di fronte alla messa in discussione non di un sistema di governo, ma dell'« ordine sociale » stesso; di fronte al sovvertimento non solo della situazione sociale e politica esistente, ma « dei più alti princìpi morali e politici », « delle leggi eterne dell'umano ordinamento »; di fronte, dunque, alla « Entsittlichung des gesellschaftlichen Verbandes » (64) non restava che riproporre la cogente alternativa fra l'umano e il divino e indicare, come soluzione definitiva, la costruzione dello « stato cristiano ». Questo è il secondo piano, il piano della teoria, sul quale veniva muovendosi Stahl, nello spazio di questi saggi. Piano della teoria, abbiamo detto, e non piano della teoria politica; c'è un motivo per questa distinzione, ed esso si situa in quello scarto, che non è eliminabile nel pensiero di Stahl, fra quello che potremmo chiamare l'orizzonte dei puri concetti e la pratica politica — che non si identifica necessariamente con l'applicazione di questi concetti, ma che al massimo può stare con quella in un rapporto causale abbastanza elastico e lontano. Molti critici si sono cimentati su questa « contraddizione » presente nel pensiero di Stahl, alcuni facendola risalire alla contemporanea influenza, sul suo pensiero, della concezione luterana della « onnipotenza » divina (nella quale concezione il mondo umano appare semplicemente annientato) e del concetto schellinghiano di personalità » (tutto

---

concezione corrente di « monarchia costituzionale » e la sua propria concezione. Per il resto, l'« oggetto » delle dottrine della rivoluzione (costituito dai diritti dell'uomo, o del popolo) era diverso da quello del costituzionalismo teorizzato per primo da Montesquieu, costituito dalla « tecnica » della *Staatsverfassung* (il costituzionalismo veniva definito da Stahl anche come una « meccanica dello stato »). Ovviamente, la dottrina « astratta » del diritto naturale, quella che aveva agito come « der wissenschaftliche Unterbau » delle successive pratiche politiche, era quella che maggiormente meritava la critica stahliana, di sicuro in ciò particolarmente influenzato dalle lezioni udite in gioventù da Savigny (cfr. G. MARINI, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1966 e poi F. J. STAHL, *Die Philosophie des Rechts*, cit., I, pp. 330-349 e 350-365, e *Die gegenwärtigen Parteien*, cit., pp. 114-117; 71 ss.; 24 ss.; 14 ss.).

(63) F. J. STAHL, *Die Revolution*, cit., p. 5.

(64) *Ibidem*, pp. 8 e 2.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

proiettato, invece, ad operare entro un orizzonte terreno ([65])); altri, per motivarla, hanno fatto ricorso alla complessità che è sottesa nel rapporto fra la filosofia del diritto stahliana e la concezione della scuola storica del diritto, mostrando come Stahl avvertisse la necessità di stabilire, all'interno di una dottrina che si basasse sul fondamento sicuro della conoscenza storica, una *Rechtsidee* universalmente valida, una norma eterna, come quella a suo tempo fissata dal giusnaturalismo (per quanto essa dovesse, naturalmente, essere in grado di contrapporsi a quei contenuti tradizionalmente propri delle teorie del diritto naturale ([66])). Infine, c'è stato chi ha addirittura parlato di « conflitto psicologico », distinguendo fra la pura necessità politica, talvolta abbracciata, machiavellianamente, da Stahl, e la parte invece « giuridica » della teoria da questi elaborata, e altre volte seguìta nella pratica politica ([67]).

Senza voler porre in discussione gli elementi e le suggestioni che ci provengono dalla letteratura ora citata e che in molti luoghi sono sorretti da una documentazione appropriata, per nostra parte riteniamo che occorra anche tener presente un aspetto assai semplice, persino elementare, che però concorre a chiarire il problema. È certo, cioè, che in Stahl si affacciano degli elementi teorici, nell'àmbito della sua teoria politica, che sono significativi per la direzione che stiamo seguendo adesso, e che debbano perciò essere tenuti in gran conto; per quello che ci riguarda, vorremmo sottolineare con particolare forza la distinzione, che percorre tutto il primo volume della *Filosofia del diritto*, fra concetto e idea (che ci riporta in una zona di dibattito molto nota: tutto il pensiero che poi assumerà atteggiamenti conservatori, a partire dal primo romanticismo politico, insiste sulla contrapposizione fra la meccanicità propria di quella operazione dell'intelletto che è la formulazione dei concetti e l'idea, qui non tanto come prodotto di ragione, quanto come sorgente originaria di pensiero ma soprattutto di vita, come soffio vivificatore ([68])). Così

([65]) D. GROSSER, *op. cit.*, pp. 22-23.

([66]) G. MASUR, *op. cit.*, pp 101 ss. e 111 ss.

([67]) H. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 15.

([68]) Già sopra abbiamo fatto un rapido cenno a Hegel; qui, poi, il problema del rapporto Stahl-Hegel mostra la necessità di un approfondimento ben mag-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

come vorremmo sottolineare un'altra distinzione, quella fra « sittliches Reich » e « göttliches Reich » ([69]), ove la duplicità dei piani, il piano umano-morale e il piano divino, non emerge, questa volta, come un segno della loro opposizione, bensì della loro compossibilità; se non è dato sulla terra edificare il regno divino, il regno morale, al quale invece l'uomo può aspirare, reca pur sempre con sè tracce consistenti di quello ([70]). Sintetizzando, potremmo allora dire: è certo che in Stahl una concezione fortemente caratterizzata dal senso tragico della scissione convive con una più serena visione della conciliazione possibile; ma tale compresenza è dovuta, anche, ad una circostanza meramente fattuale e che pur gioca un ruolo decisivo, ovvero al tentativo, effettivamente messo in atto da Stahl, di trasferire su un piano operativo la dottrina. Tanto per fare un esempio, pensatori del tardo romanticismo politico quali Federico Schelegel o Adam Müller non potevano imbattersi in « contraddizioni » di tal fatta, perché non vennero neppure sfiorati dal problema di tradurre in un modello politico concreto il *Reichs-Legitimismus* da essi teorizzato. Di qui lo scarto fra filosofia e filosofia politica in Stahl; come lo stato non era che un apparato puramente meccanico e meccanicamente operante attorno a quel centro animatore, a quella fonte di vita costituita dalla sovranità, la quale però, proprio per potersi estrinsecare, aveva bisogno di tale apparato, e aveva bisogno ch'esso fosse al massimo grado efficiente, così lo stato cristiano, il regno morale che portava impressa su di sè l'impronta

---

giore rispetto a quanto si possa ricavare dalle scarne parole della cit. Prefazione alla 1ª ediz. del I vol. della *Filosofia del diritto* (dove Stahl esplicitamente avvertiva di essersi mosso su una linea di netta contrapposizione rispetto al pensiero hegeliano), perché la scissione concetto/idea è di matrice propriamente hegeliana. D'altra parte, però, in Stahl l'idea compare in primo luogo come fonte di vita ed è quindi in immediata connessione con il divino e la sua manifestazione; questa connessione resta salda in entrambe le due possibili accezioni di « idea », in quella in senso platonico come anche nell'idea « storica » alla Schelling (cfr. *Die Philosophie des Rechts*, cit., I, pp. 275 ss.).

([69]) Si leggano le primissime pagine di F. J. STHAL, *Die Philosophie des Rechts*, cit. II/2. Cfr. anche II/2, pp. 131 ss. e 176 ss. sullo stato (regno morale) che è, contemporaneamente, anche una « *göttliche Institution* ».

([70]) Sul concetto di « regno morale », cfr. alcune interessanti osservazioni in D. GROSSER, *op. cit.*, pp. 54-61.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del divino, nello scendere dalle altezze dell'empireo platonico o del sovrannaturale cristiano, prendeva corpo e forma nell'istituto della monarchia costituzionale.

Un tempo (prima delle rivoluzioni), lo stato cristiano (71) poggiava sulle solide basi della « coscienza religiosa » e aveva il suo punto di forza nel dominante « sano senso politico » che in quella coscienza o consapevolezza trovava un fondamento sicuro (72); ma una volta che questo senso politico era andato perduto — perché era svanito il senso del divino, la religiosità — diventava inutile impostare il problema in termini di alchimia politica — stabilire quanto potere conferire ai ceti, ribadire il principio della sovranità del re, ridiscutere una legge elettorale insana — e diventava invece un'esigenza assoluta il ripristinare la coscienza religiosa (73). L'interprete è però costretto ad un passaggio ulteriore, perché, dichiarata l'inutilità del ricorso a quelli che ormai apparivano meri espedienti di una misera realtà, restava pur sempre aperto il problema di trovare il modo del ritorno della coscienza religiosa; in altri termini, restava aperto il problema di dar corpo a questa coscienza religiosa, di tramutarla in strumento politico capace di rendere operativa la trasformazione auspicata. E nell'armamentario teorico di Stahl c'era un concetto che rendeva meno difficile questo passaggio: il concetto di legittimità. Ci pare insomma che un'altra delle innumerevoli sfaccettature del complesso ruolo svolto nel pensiero di Stahl dal principio di legittimità possa essere individuata in questa sorta di mediazione che opera in questo contesto. È un momento di mediazione non esplicitato dall'autore, che anzi affrontava in modo separato le due questioni, quasi a voler scindere quell'aspetto

(71) Sul concetto di « stato cristiano » presente in Stahl, ma adottato anche da tutto il circolo di personaggi che stava attorno al re, cfr. H.-J. SCHOEPS, *Der Christliche Staat im Zeitalter der Restauration*, in *Staat und Kirche im Wandel der Jahrhunderte*, hrsg. von W. P. FUCHS, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, W. Kohlhammer, 1966, pp. 146-165. L'autore osserva che questo concetto, assai più che da Stahl, è stato in realtà sviluppato da Federico Guglielmo IV.

(72) F. J. STAHL, *Die Bildung der zweiten Kammer*, in *Die Revolution*, cit., pp. 50-66.

(73) *Ibidem*, p. 65, nonché *Was ist Revolution?*, cit., p. 17 (« Nur das Christenthum vermag die Revolution zu schliessen »).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pratico e teorico che sopra abbiamo cercato di ricomporre; ma nel contempo è un momento di mediazione indispensabile, che dà significato e spessore all'opzione, assolutamente centrale nella sua teoria politica, a favore dell'istituto della monarchia costituzionale, e che, insieme, chiarisce come quest'ultima fosse essenzialmente un mezzo, un puro strumento, per una riorganizzazione della società e dello stato che aveva come fine esclusivo la « restaurazione » della sovranità; meglio, della « legittimità ».

L'autorità e il potere, espressi dalla figura del sovrano, in essa rievocati in quanto manifestazione visibile dell'autorità e del potere divini, dovevano dunque tornare ad essere riconosciuti e accettati (dai sudditi) per quello che erano, e non venir semplicemente tollerati, come ineliminabile contraltare di quel bisogno di « umana libertà » che ormai costituiva l'unica molla dell'agire umano. La monarchia doveva tornare a collocarsi sulla vetta delle aspirazioni del popolo, non per un mero calcolo di opportunità politica, ma per la chiara coscienza del vincolo (« *Gebundenheit* ») che univa il popolo al re, come gli uomini a Dio ([74]). Questa consapevolezza « morale » del vincolo che lega il popolo alla *Obrigkeit* era stata completamente offuscata dal principio della sovranità popolare ([75]), principio contenuto nella dottrina rivoluzionaria di Robespierre ma anche, in egual modo, nella visione che Luigi Filippo aveva della « monarchia costituzionale », per non parlare di tutte le dottrine intermedie. Come si è accennato, non era tanto il radicalismo estremo, quanto il costituzionalismo francese il bersaglio polemico degli scritti di Stahl, rispetto al quale non solo i passati decreti della *Nationalversammlung* ma anche i più recenti « Staatsakte » parevano pericolosamente attuali.

A voler riannodare quel vincolo, della cui scomparsa restavano ancora tracce evidenti, occorreva far leva su due elementi essenziali che, da un lato, si ponevano in contrapposizione assoluta con la maggior parte dei programmi politici stilati o enunciati in quei mesi ([76]), mentre dall'altro ripresentavano, in una

([74]) F. J. STAHL, *Was ist ein const. König?*, cit., p. 106.
([75]) F. J. STAHL, *Volkssouveranität und Legitimität*, cit., pp. 17 ss.
([76]) Cfr. le precedenti note n. 59 e 60.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nuova sintesi, quella bipolarità che avrebbe dovuto dar vita ad una rinnovata forma di « monarchia costituzionale »: il diritto di veto da parte del sovrano e il sistema bicamerale (77). Con un diritto di veto *assoluto* — e non puramente sospensivo, come era stato da più parti richiesto nel recentissimo passato — avrebbe trovato salda garanzia il principio della sovranità, non vincolata che a se stessa nel momento supremo della decisione; con la formazione delle camere, sarebbe stato salvaguardato il principio rappresentativo. E, coerentemente con quel sistema intermedio di rappresentanza teorizzato da Stahl (78), per cui la *Vertretung*, rifiutatasi di compiere l'atto ultimo e decisivo — quello che l'avrebbe trasformata in *Repräsentation* — rifiutava nel contempo di restare una mera rappresentanza *landständisch* e ambiva a diventare la *repräsentative Vertretung* di tutta una nazione, il sistema bicamerale assumeva, in primo luogo, la forma di un argine insuperabile contro il suffragio universale, ma, in seconda istanza, anche quella di un tentativo — timido e modesto quanto si vuole — di dar corpo a quella riorganizzazione degli Stände circa la quale Stahl non aveva saputo dare indicazioni concrete — al di là dell'auspicio dell'unificazione nazionale. Ma cosa poteva voler dire, in concreto, dare una forma ' statale ' alla cetualità? L'unica indicazione fornita da Stahl è quella di un trapasso, per i ceti, dal *beraten* al *mitentscheiden*; ma questo ha ancora assai poco a che fare con un loro inserimento in un « nuovo Staatswesen ». In realtà, la sola risposta credibile sarebbe stata quella — come certo egli ben capiva — di una loro strutturazione meno rigidamente verticale, quella, in una parola, dell'' abbattimento ', totale o parziale, delle ' barriere cetuali ', di cui nell'ormai lontana *Reformzeit* già si discuteva.

(77) Naturalmente, facciamo ricorso a questo termine solo per motivi di comodità, ma ben tenendo presente la differenza che intercorre fra un sistema che prevede una camera alta e una camera bassa, fra loro regolate da determinati rapporti, e il « bicameralismo » propriamente detto. Nel *Dizionario di politica* (diretto da N. BOBBIO e N. MATTEUCCI, Torino, UTET, 1976) quest'ultimo viene definito: il « principio informatore del sistema che affida lo svolgimento di particolari funzioni alla confluenza della volontà di due assemblee » (voce « Bicameralismo », a cura di N. OLIVETTI, pp. 95-99 ed in partic. 96).

(78) Per il quale si veda anche il capitolo *Ständische und Repräsentativ-Verfassung*, in F. J. STAHL, *Die Philosophie des Rechts*, cit., II/2, pp. 365-372.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Anche qui le incertezze terminologiche rispecchiano non contraddizioni teoriche, ma la estrema difficoltà di progredire — e quindi far concessioni — senza perdere il controllo della situazione; ovvero, considerato il mutato momento storico, di tener saldo il controllo, avendo dovuto progredire. E poi le difficoltà di tradurre una così complessa operazione nel linguaggio della teoria politica. Come già era accaduto per quel mostro a due teste che era il sistema rappresentativo-territoriale; come già era accaduto per quella « monarchia costituzionale », in taluni luoghi definita anche — per tenere fermo il principio — « ständische Monarchie » (79); come già era accaduto per l'autoritratto che, sul finire della sua carriera politica, Stahl aveva presentato ai suoi uditori all'Università — per cui egli si collocava fra gli « *Anhänger der ständisch konstitutionellen Monarchie* », ossia fra gli « *institutionellen Legitimisten* » (perché la sua concezione della legittimità riconosceva, accanto all'autorità divina, anche il fatto che « die Verhältnisse *blos persönlicher Gewalt* sich fortbilden zu *Einrichtungen* und *Institutionen* von innerer Gesetzmässigkeit ... » (80)), il medesimo accadeva adesso con l'espressione « *Berufsclassen* ».

Accertato che il suffragio universale era il vero bersaglio contro il quale erano puntate le armi di Stahl, stabilito che il sistema delle due camere (con tutta la diversità della composizione sociale rispettiva, e soprattutto con l'esplicita attribuzione di compiti diversi, coerenti con tale diversa composizione) era considerato uno degli strumenti per ricostruire un « organismo sociale » che era andato in frantumi (81), non si può non rilevare l'introduzione di un elemento per così dire ' dinamico ' nella tanto compatta e statica costruzione stahliana della società. Essa avveniva grazie alla mediazione di un concetto che abbiamo già incontrato e che compariva adesso arricchito di un nuovo e decisivo aspetto: il concetto di « popolo ». Da « Inbegriff der Menschen » esso non solo era diventato (dietro palese influenza della rivoluzione) « Inbegriff freier voll- und gleich-berechtigter Persönlichkeiten », ma soprattutto: « so sehr » un tale Inbegriff, « als eine einheitliche

(79) F. J. STAHL, *Das mon. Princip*, cit., p. 32.
(80) F. J. STAHL, *Die gegenwärtigen Parteien*, cit., p. 328.
(81) F. J. STAHL, *Die Frage der zwei Kammern*, cit., pp. 35-36.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Gliederung mannichfacher Interessen, Berufsstellungen, Classen und mannichfacher Verbände, örtlicher und gewerblicher Gemeinden » ([82]).

A non temere di appesantire il discorso con l'analisi filologica, si potrebbe anche notare come nell'altro saggio contenuto nella silloge *Die Revolution* — il già citato *Die Bildung der zweiten Kammer*, aggiunto alla seconda edizione — pur muovendo ancora Stahl dall'esigenza di veder adeguatamente rappresentate le diverse Berufsclassen, l'orizzonte delle proposte era di nuovo andato restringendosi: si era tornati a parlare, come nel '45, dei due tradizionali fondamenti della rappresentanza — la campagna e la città — che dal loro interno una volta esprimevano, e potevano adesso tornare ad esprimere, *ceti politici* (a differenza delle odierne Berufsstellungen e Berufsbeschäftigungen che, lungi dall'essere ceti politici, membra di quell'organismo costituito dalla *Landesvertretung*, non erano che parti della *Gemeindevertretung* ([83])). Per finire, si tornava a proporre che le Berufsclassen si costituissero in Innungen: il suffragio universale, ormai pericolosamente ritenuto dai più un *Grundrecht*, e dunque potenziale veicolo per l'introduzione del comunismo, non permetteva di proseguire con esperimenti gravidi di pericoli.

VI. Lo scoppio della rivoluzione aveva bruscamente interrotto i primi passi compiuti, in ambiente governativo, verso una riforma dall'alto del *Bund*, preludio di una da più parti auspicata unificazione nazionale della Germania. Gli studiosi sono unanimi nel ritenere questo di gran lunga l'aspetto più significativo dell'attività di Federico Guglielmo IV e il centro dei suoi interessi più vivi. In ciò si trovò sicuramente in piena sintonia con Stahl. Lo scoppio della rivoluzione di marzo aveva vanificato l'ultimo tentativo in ordine di tempo — che risaliva a pochi giorni prima o addirittura a poche ore — di proseguire sulla via scelta della 'riforma dall'alto'; un tentativo dettato dall'urgere degli eventi,

([82]) *Ibidem*, p. 43.

([83]) F. J. STAHL, *Die Bildung der zweiten Kammer*, cit., p. 60. Qui ci limitiamo solo a segnalare la assoluta centralità, nel pensiero di Stahl, della differenza fra *Land* e *Gemeinde*. Sulla distinzione fra *ceti politici* e *ceti sociali*, cfr. *Die Philosophie des Rechts*, cit., II/2, pp. 42 ss. e 322.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

con il quale i governi di Austria e Prussia congiuntamente dichiaravano di voler « ... den wohlbegründeten nationalen Bedürfnissen zu entsprechen ... (84). Poi, per alcuni mesi, le ' riforme ' saranno tentate solo ' dal basso ': dalla assemblea tenuta a Heidelberg — da rappresentanti liberali e democratici degli stati della Germania del Sud — al preparlamento di Francoforte, fino alla prima assemblea nazionale riunita nella Paulskirche (85).

La sconfitta della rivoluzione — che aveva significato, sul piano interno, il ritorno all'ordine costituito, pur con tutte le difficoltà del momento e i compromessi del caso — apparentemente ebbe un analogo significato anche sul piano dei rapporti intertedeschi: la *Reichsverfassung* del marzo 1849 ebbe appena il tempo di venir promulgata, e subito dopo fallì, mentre per la « *Reichsgründung* » sarebbero dovuti passare ancora quasi vent'anni. Ma questo, forse, è il lato solo esteriore della vicenda, perché, in realtà, il movimento verso l'unificazione nazionale che in qualche modo si era avviato sarebbe proseguito negli anni successivi. Certo, la via che doveva condurre alla Reichsgründung — e della quale Stahl è considerato una delle pietre miliari (86) — fu assai più lunga e tortuosa di quella che aveva condotto, per esempio in Prussia, alla revisione della costituzione del dicembre '48 e alla promulgazione di una costituzione ancora fondata sul principio della autorità del sovrano « per grazia divina » (e non va dimenticato che la *Verfassungsurkunde für den Preussischen Staat*, entrata in vigore il 2 febbraio 1850, vi resterà fino al novembre 1918 (87)). Ma quest'ultima, più veloce via era stata, appunto, la via che aveva semplicemente condotto a quella che si può definire la seconda Restaurazione in Prussia.

---

(84) Cfr. il *Verfassungseid* del re (6 febbr. 1850), in E. R. HUBER, *Dokumente*, cit., pp. 515 ss.

(85) Si veda, fra gli altri, W. SIEMANN, *Die Frankfurter Nationalversammlung 1848-49 zwischen demokratischen Liberalismus und konservativer Reform*, Bern-Frankfurt a. M., Lang, 1976.

(86) Nella prima parte del cit. studio di H. SCHMIDT (pp. 19-60) è possibile leggere un interessante resoconto degli interventi stahliani sulla questione dell'unificazione nazionale, condotti, a partire dal giugno 1848, sulla « *Kreuzzeitung* ».

(87) Riportata in E. R. HUBER, *Dokumente*, cit., pp. 501-514; alle pp. 375-396 è riportata la *Reichsverfassung*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Gli innumerevoli problemi della riunificazione, che molto bene venivano rispecchiati dal saggio sopra ricordato di Stahl *Die deutsche Reichsverfassung*, erano quelli derivanti dalla complicata mappa della geografia degli stati tedeschi, la quale, se era andata esteriormente semplificandosi nel corso di un cammino secolare che dall'antico *Reich* era passato attraverso lo *Staatenbund* per giungere fino al più recente *Bundesstaat*, nell'Ottocento era ancora l'esemplificazione evidente della complessità delle relazioni intertedesche; ad essa si aggiungeva la situazione interna dei singoli stati, soprattutto dei grandi e medi, i quali si erano per lo più attestati nella loro relativa stabilità interna e quindi frapponevano di continuo resistenze agli sforzi, — pur essi, d'altro canto, continuamente intrapresi — verso una più o meno stretta riunificazione.

Il saggio di Stahl non solo rifletteva queste contrapposte tensioni, ma a sua volta era percorso da una serie di esigenze, talvolta contrastanti, ch'egli non sempre riusciva ad armonizzare, e che traevano la loro origine, in parte dalla difficile conciliazione fra interesse nazional-tedesco e interesse prussiano ([88]) e, in altra parte, dall'ancor più complesso tentativo di tradurre su un piano più ampio — che talvolta finiva per assomigliare parecchio ad un piano internazionale — progetti, proposte e risultanze di analisi a suo tempo concepiti e condotti sul terreno della politica prussiana. In effetti, non soltanto i princìpi teorici di fondo, ma anche la loro pratica applicazione ripetevano schemi ormai a noi noti, anche se con le complicazioni che dicevano. Uno dei punti più altamente esemplificativi di questo è la relazione che si veniva ad instaurare tra i concetti di « nazione » e di « nazionalità » — che l'autore dichiarava essere « esistenze e ordinamenti posti da Dio non meno che la monarchia » e ai quali avrebbe perciò dovuto competere una sorta di diritto di priorità — e il « Beruf » della nazione tedesca, destinata ad unirsi sotto « un tutto più alto » (evidentemente un organismo sovranazionale), costituito da « Stammstaaten » indipendenti ([89]). Con ciò era già posta una forte ipoteca sull'istanza della unificazione nazionale; ed in effetti l'opzione stahliana finirà per essere quella a favore di un Bundesstaat.

([88]) F. J. STAHL, *Die deutsche Reichsverfassung*, cit., pp. 47 e 49-50.

([89]) *Ibidem*, p. 10.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Poiché il principio da salvaguardare comunque era il principio monarchico (i sovrani dei singoli stati, sovrani per grazia di Dio, erano, in teoria, tutti parimenti abilitati a personificare la « legittimità »), lo sforzo di Stahl — nello scritto *Die deutsche Reichsverfassung* — andava nella direzione di eliminare quegli elementi di centralizzazione presenti sia nella Reichsverfassung elaborata dalla assemblea nazionale di Francoforte, sia nel progetto di costituzione della Germania presentato dai governi di Prussia, Sassonia e Hannover. Fortemente critico nei confronti della prima, più conciliante nei confronti del secondo (almeno apparentemente, perché, in buona sostanza, egli vedeva in entrambe le proposte una negazione del principio monarchico), la sua opera di revisione mirava a demolire quello che egli riteneva il principio ispiratore di entrambi: la rappresentanza unitaria del popolo tedesco. La lotta contro la rappresentanza unitaria, nonché contro la garanzia dei diritti fondamentali (*Grundrechte*) ([90]), a quella strettamente collegata, costituiva la motivazione reale che presiedeva all'atteggiamento politico assunto da Stahl in questa circostanza; e il rifiuto netto di esse comportava il rifiuto dell'ipotesi dello stato unitario (il Bundesstaat che sarebbe diventato un « einfacher Staat »).

All'ipotesi dello stato unitario Stahl opponeva, come propria proposta teorica, un Bundesstaat con al vertice un *Kaiser* (questa denominazione, per il Reichsoberhaupt, è assai significativa e si inserisce in quella differenziazione, più volte adombrata da Stahl, fra *Bundesstaat* e *Reich*, che tradisce una non negata predilezione per quest'ultima forma di organizzazione statuale), nel quale ad una *Reichsregierung* unitaria venisse ad affiancarsi una *Fürstenhaus* — quale garante della irrinunciabilità del principio di legittimità — e una *Repräsentantenhaus*, composta dai rappresentanti delle attuali Camere tedesche ([91]), come l'esatto contrario di quella *Volkshaus* — rappresentativa di tutta la popolazione tedesca — prevista non solo, a suo tempo, dai rivoluzionari della Paulskirche ma anche dai governi dei tre regni promotori di una nuova costituzione della Germania, incapaci ormai di opporsi alla marea montante della sovranità popolare.

([90]) *Ibidem*, pp. 59 ss.

([91]) *Ibidem*, pp. 26 ss. e 42 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

LUIGI CAPOGROSSI COLOGNESI

EDUARD MEYER E LE TEORIE SULL'ORIGINE DELLO STATO

Nella prima edizione della sua monumentale *Geschichte des Alterthums*, all'inizio del secondo volume, nel tracciare le linee evolutive delle primitive comunità italiche, Eduard Meyer insiste con forza sugli specifici caratteri delle forme di aggregazione sociale che avevano preceduto, in Italia, il sistema delle città-stato. Da una parte dunque, presso i Sabellici, una durevole organizzazione per villaggi avrebbe permesso di conservare più a lungo l'originaria « Stammverfassung ». Per questi infatti la stirpe avrebbe costituito una « geschlossene Einheit », sovrapposta ai villaggi, o meglio, ai vari distretti rurali (*pagi*) che univano più villaggi [1]. Al contrario, nell'Italia occidentale e presso gli Umbri, la comunità di stirpe si sarebbe dissolta più rapidamente con lo sviluppo della *polis*. « La comunità cittadina è sovrana, l'antica comunità di stirpe ha perso il suo significato politico e resta al massimo come confederazione di stati autonomi », conclude quindi Meyer [2], proponendo così, sin da allora uno schema cui resterà sostanzialmente fedele nella sua successiva riflessione. Anzi proprio questo verrà da lui ulteriormente ribadito con una serie di affermazioni destinate a suscitare notevole eco soprattutto fra gli storici del diritto romano.

Su questi punti Meyer, non diversamente che per la storia dell'aristocrazia gentilizia (da lui collegata anch'essa alla formazione cittadina), tendeva a ricondurre la vicenda di Roma all'interno di uno schema interpretativo proposto in termini ben più generali.

---

[1] Cfr. Ed. MEYER, *Geschichte des Alterthums*, II, Stuttgart 1893, 519 s.
[2] MEYER, *op. cit.*, 520.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Questo risulta abbastanza evidente se ci si rivolge alle pagine che, nel 1884, Eduard Meyer aveva posto come introduzione del suo primo volume della *Geschichte des Alterthums* e dedicate agli « Elemente der Anthropologie ». Ivi infatti egli, sin da allora, aveva proposto alcune idee di fondo sulla storia delle società primitive alle quali, come vedremo, si sarebbe conservato fedele anche nei decenni successivi.

L'uomo, scriveva dunque Meyer, non l'astratto « Urmensch » (e forse qui egli aveva in mente le teorizzazioni di certi filoni filosofici, in primo luogo dei giusnaturalisti, come si può supporre in base alla polemica che egli sviluppa in questo contesto), ma quello che esiste concretamente nell'etnologia e nella storia non esiste isolatamente. Egli infatti è per sua essenza un ' animale politico ' e la sua esistenza può essere concepita solo « in einem grösseren staatlichen Verband, d.h. in einem auf Interessengemeinschaft beruhenden festbegründeten Verhältniss zu anderen ». Riprendendo una vecchia affermazione di Aristotele, Meyer concludeva quindi che un essere per sua natura « staatlose » sarebbe stato o superiore o inferiore all'uomo: si sarebbe trattato « o di un dio o di un animale » (3).

Il passaggio più interessante è però probabilmente quello immediatamente successivo alle affermazioni ora ricordate. « L'usuale concezione che antepone logicamente e storicamente la famiglia allo Stato è falsa », concludeva infatti Meyer con grande decisione, poiché un'ipotesi del genere avrebbe presupposto l'esistenza non già di una comunità solo fisica, ma di una « istituzione etica » (4).

Lo Stato, la presenza di una comunità e di un legame sociale più ampi sono essi stessi i presupposti per l'esistenza di famiglie concepite come « un elemento di una più grande comunità » (5). Per questo stesso motivo, egli ribadiva che, « jede theorie über

(3) Ed. MEYER, *Geschichte des Alterthums*, I, Stuttgart, 1884, 2.

(4) MEYER, *Geschichte*, I, 2: « Denn sie (scil. l'anteposizione logica e storica della famiglia allo Stato) fasst die Familie ja nicht als physische Gemeinschaft von Mann, Weib und Kind, sondern als eine ethische Institution; aus der patriarchalischen Familie, in der das Haupt über Söhne und Enkel und über die Schaaren der Knechte gebietet, lässt sie durch den Zusammentritt meherer zu einem Ganzen den Staat hervorgehen ».

(5) MEYER, *Gesch.*, I, 2 s.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

den Ursprung staatlicher Verhältnisse ... ist falsch, da wir einen Menschen ohne Staat nicht denken können », sia pure riferendosi allo Stato nei termini abbastanza ampi da lui adottati in questa introduzione (6).

In tal modo, in poche pagine iniziali, Meyer delineava nella loro generalità i processi di formazione e di sviluppo delle società primitive, partendo appunto dal ruolo primordiale dello Stato come fondamento dell'esistenza stessa dell'uomo nella sua forma associativa: l'unica possibile per la sua specie. Si trattava, in verità, di generalizzazioni abbastanza indimostrate e che tuttavia servivano a confermare il netto assunto statalistico per cui ogni forma sociale era sussunta all'interno del concetto di Stato. Dove, appunto, non solo la possibilità di difesa dell'individuo dalle aggressioni esterne e di una convivenza ordinata, ma anche il suo rapporto con le condizioni elementari della produzione era fondato sull'esistenza dell'ordinamento statale (7). Così come ad esso veniva ricondotta ogni forma di insediamento e di consociazione, dalle strutture gentilizie alle comunità di villaggio e di distretti territoriali (8).

Diventa dunque ben comprensibile il rapporto che sussiste fra le premesse ora ricordate, esposte da Meyer nell' '84, e l'interpretazione proposta un decennio più tardi nel secondo volume, in ordine alla più antica storia delle popolazioni italiche. La « Stammverfassung » dalla cui dissoluzione sarebbero sorte nuove e più evolute forme statali rappresenta infatti proprio quel presupposto di tipo statale che, secondo Meyer, avrebbe permesso l'esistenza di altre forme sociali, dalle strutture familiari e gentilizie agli insediamenti rurali per *pagi*. Come accennavo, proprio nella storia romana arcaica il grande maestro tedesco vedeva il concreto realizzarsi degli schemi di carattere generale enunciati all'inizio della sua opera.

2. Diversi anni più tardi, nel pubblicare la seconda edizione dei suoi primi volumi della *Geschichte des Alterthums*, Ed. Meyer

(6) MEYER, *Gesch.*, I, 3.
(7) MEYER, *Gesch.*, I, 5 s.
(8) MEYER, *Gesch.*, I, 7.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ritornava più ampiamente sui problemi che aveva rapidamente affrontati nell'ormai lontano '84. Un intero tomo è ora dedicato a quegli « Elementi di antropologia », che, nella prima edizione, erano stati invece affrontati in una introduzione di relativamente poche pagine. E una parte non marginale in esso è costituita da un testo che era stato pubblicato nello stesso anno della comparsa del volume, in forma autonoma, nei *Sitzungsberichte* dell'Accademia Prussiana delle scienze e dedicato per l'appunto al problema dell'« origine dello stato » in relazione « zu den Geschlechtsverbänden und zum Volksthum » (9).

Si tratta, come risulta da questo stesso titolo ora citato, di una problematica tutta assata sul problema del rapporto fra le società e le etnie ' primitive ' e le origini e lo sviluppo dello Stato. A tale proposito Meyer non esita a riprendere e sviluppare assai più ampiamente la sua vecchia idea di una priorità dello Stato rispetto alle altre funzioni sociali. Idea che, come si è visto, aveva trovato una specifica applicazione nel campo della storia antica con la tesi che vedeva nell'originaria « Stammverband » il coagulo e il fondamento della società primitiva e dei vari rapporti familiari, gentilizi ad essa inerenti.

L'importanza di questa specifica trattazione che Meyer dedica nel '907 a tali problemi mi sembra sia percepibile solo seguendo la serrata polemica nei riguardi di tutto un complesso di idee e di interpretazioni circa la natura e l'evoluzione delle società primitive che, negli anni precedenti, si erano venute sviluppando nell'ambito delle scienze sociali.

Scrive molto bene Canfora, a tale proposito, che il libro di Meyer aveva « — polemicamente — alle spalle per un verso la contrastata ' ricezione ' in Germania dell'*Ancient Society* di Morgan (nonché la sua ' volgarizzazione ' engelsiana in *Der Ursprung der Familie* ecc.) e per l'altro gli studi di Bachofen sulla ' ginecocrazia ' delle società primitive (*Mutterrecht*) ». Le sue ricerche appaiono dunque « una reazione ai risultati dell'antropologia e della sociologia (bollate da Meyer come prodotti del « pensiero libe-

(9) Cfr. Ed. MEYER, *Über die Anfänge des Staats und sein Verhältnisse zu den Geschlechtsverbänden und zum Volksthüm*, in *Sitzungsb. d. königl. Preuss. Akad. d. Wiss.*, XXVII, 1907, 508-538.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rale ») e mirano a riaffermare una tesi per così dire ' estremistica ', quella cioè del *carattere originario* dello Stato come entità coeterna all'uomo, anzi ' più antica dell'uomo ', mai preceduta da forme meno evolute di associazione ». Secondo Canfora dunque alla base di « questa impostazione convergevano scelte politico-ideologiche (statolatria, rifiuto di ogni concezione democratica e anche liberale dello Stato) e ' scientifiche ' (rifiuto di discipline quali l'antropologia, la sociologia, il comparativismo storico-religioso, che minacciavano la separatezza esemplare del mondo classico con operazioni dissacranti quale ad esempio la comparazione fra la tribù greca e la tribù irochese). Nello stesso senso si collocano del resto, per lo storico barese, « le polemiche di Meyer contro Erwin Rohde (e, indirettamente, contro Fustel), così come — analogamente — ... il discredito che la scienza ' ufficiale ' tedesca ha cercato di riversare su Bachofen e sulle sue ipotesi geniali facendo leva su singoli errori opportunamente enfatizzati » [10].

Si tratta qui di approfondire i motivi che hanno portato Meyer a questa aperta polemica e gli strumenti ivi impiegati. Il nodo centrale dal quale dobbiamo partire è quello già chiaramente indicato da Luciano Canfora: la volontà di Meyer di ridare alla categoria dello Stato una posizione assolutamente centrale e prioritaria rispetto a quella di società.

Proprio per questo era inevitabile un confronto serrato con quelle altre tradizioni scientifiche, ormai assurte a un certo rilievo nel panorama culturale europeo agli inizi del secolo, che privilegiavano, al contrario, quest'ultima categoria, facendo invece dello Stato una realtà storicamente relativa, risultato di un processo di sviluppo della società umana e non il punto di partenza di questa. Contro le impostazioni e gli orientamenti delle scienze sociali e, in particolare, della moderna antropologia Meyer apre dunque il fuoco, individuando nel ' moderno liberalismo ', il supporto erroneo di tali dottrine. In esso infatti, egli sostiene, è dominante la « aspirazione a limitare la forza dello Stato nella pratica, e la sua importanza dal punto di vista teorico, accentuando al con-

---

[10] Cfr. L. CANFORA, *Intellettuali in Germania fra reazione e rivoluzione*, Bari, 1979, 80 s.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

trario, da una parte i diritti dell'individuo a muoversi liberamente dall'altra l'importanza dei gruppi e delle associazioni intermedie » ([11]).

Al contrario, nella teorizzazione di Meyer, lo Stato viene radicalmente sottratto all'evoluzione storica, ponendosi esso piuttosto come un presupposto della stessa storia della società umana ([12]). In tal modo lo studioso tedesco si contrapponeva radicalmente alle varie interpretazioni dei processi evolutivi delle società primitive, cercando di negare alla radice la problematica della moderna antropologia ([13]). Pur offrendo un quadro molto articolato al suo interno, il punto costante di riferimento di questa nuova disciplina era dato dal sistema dei rapporti familiari e matrimoniali delle società primitive.

Dalla complessa nebulosa di idee e di ipotesi che ricomprendiamo sotto l'etichetta di ' teorie patriarcali ' e che aveva avuto in Maine e in Fustel i teorizzatori più suggestivi e autorevoli, all'idea di un primordiale sistema matriarcale avanzata per primo da Bachofen sino alle ipotesi ancora più complesse di forme più ' primitive ' di unione sessuale e di consorteria sociale come

---

([11]) Cfr. Ed. MEYER, *Geschichte des Alterthums*, I. 1, 5ª ed., Stuttgart u. Berlin, 1925, 16 (= tr. fr., *Histoire de l'Antiquité*, I, Paris, 1912, 15).

([12]) In sostanza, per Meyer, non è lo Stato che si sviluppa all'interno della società umana, ma è questa che esiste prendendo forma da quello. Una significativa conferma di un'interpretazione del genere la possiamo cogliere nella teoria di Meyer secondo cui le regole matrimoniali sono esterne ai gruppi sociali di tipo familiare o gentilizio e imposte da uno Stato che, per ciò stesso, ad essi preesiste: cfr. *Geschichte*, I. 1, 34 (= tr. fr. 35 s.).

([13]) Egli in effetti riconosce come vi siano state fasi storiche in cui l'ordinamento statale sembra perdere forza ed efficacia. Così, ad es., è indubbio che nel Medio Evo europeo lo Stato unitario e la sua organizzazione si vengono affermando gradualmente, partendo da livelli estremamente modesti. Conclude dunque MEYER, *op. cit.*, 13 (13), che sarebbe stato sufficiente un piccolo passo verso epoche per cui non esiste una diretta documentazione per spingersi a ipotizzare « dass der Staat ursprünglich überhaupt nicht existiert » e che piuttosto i « gruppi minori e più piccoli siano stati le forme prestatali dell'organizzazione sociale, gli atomi dalla cui agglomerazione, in un'epoca relativamente più tarda della storia umana, è derivato lo Stato ». Proprio contro tale atteggiamento, che egli coglie alla base delle moderne scienze sociali e antropologiche, si viene svolgendo il complesso delle sue argomentazioni.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quelle avanzate da McLennan e, soprattuto da L. H. Morgan (14), per tutte queste così variegate posizioni, possiamo dire infatti che lo Stato si ponesse come il risultato di un processo evolutivo della società primitiva e delle sue forme fondate su legami di sangue e su sistemi matrimoniali.

3. L'importanza del dibattito intorno a tali prospettive e problemi è troppo nota perché io debba indugiare su tali aspetti. Mi limiterò dunque a ricordare come proprio attraverso di esso la moderna antropologia è venuta organizzando e verificando le sue basi teoriche. È vero però che, proprio quando Meyer si accingeva a scrivere le pagine qui considerate, il complesso di risultati e di ipotesi che in tema di organizzazioni sociali primitive la antropologia evoluzionista aveva creduto di realizzare mostrava ormai crescenti incertezze e debolezze.

In questo senso il tentativo dello storico tedesco non era sfasato rispetto alle linee di tendenza che venivano allora emergendo all'interno stesso delle nuove discipline, né era privo di efficacia, volto ad una apparentemente più consapevole storicizzazione dei processi esaminati, capace di tenere in maggior conto il loro carattere relativo.

Ché di quest'ultimo aspetto in realtà si trattava, quando M. veniva escludendo la possibilità che per le società umane si potesse individuare una forma originaria di organizzazione familiare e matrimoniale, rappresentando poi tutte le altre forme conosciute trasformazioni e sviluppi da questa prima realtà.

---

(14) In verità lo stesso Bachofen non si era limitato ad elaborare le ipotesi sul matriarcato cui indubbiamente è legata la sua fama. Anch'egli infatti, non diversamente in ciò dagli stessi McLennan e Morgan (e la vicinanza con quest'ultimo autore fu infatti non solo avvertita dallo stesso Bachofen, ma fu per lui un elemento di incoraggiamento nella sua 'solitudine' accademica) si era spinto a immaginare uno stadio del tutto primitivo di 'eterismo', in cui la forza bruta avrebbe prevalso e, con essa, la volontà degli uomini su quella delle donne e il loro soggiacere in modo indiscriminato alle brame di essi. Quello che Bachofen chiama il 'principio famminile' prevale solo in un secondo momento e, con esso, il matrimonio sull'unione indiscriminata. Su tutto ciò v. ora da ultimo l'agile ma bel libretto a cura di E. CANTARELLA, J. J. BACHOFEN, *Introduzione al diritto materno*, Roma, 1983, 18 s.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Lo storico tedesco aveva infatti ben compreso che nulla vi era di più efficace, onde contestare la interpretazione evoluzionista della natura delle società primitive e della formazione degli ordinamenti statuali, che insistere fortemente sulla inesistenza di una forma originaria e necessaria di ordinamento familiare e di sistemi matrimoniali da cui far discendere tutti gli altri come successive e altrettanto necessarie trasformazioni (15). Negando così legittimità ad un ordine di idee fondato sull'assunto di regolari e generalizzabili processi di sviluppo, Meyer cercava dunque di dimostrare il carattere relativo dei fenomeni sociali primitivi (famiglia, sistemi matrimoniali ben distinti dalle mere ' unioni sessuali '), incapaci quindi di porsi come tappe necessarie dell'evoluzione di tutte le società primitive.

Proprio attraverso l'analisi del significato di queste varie forme matrimoniali e di rapporti sessuali, Meyer sostiene infatti che le istituzioni più diverse possono incontrarsi presso i vari popoli primitivi e che, soprattutto, non è identificabile alcuna legge che ne regoli il passaggio dall'una all'altra. È quindi un errore, a suo giudizio, ritenere che, in questo campo, le linee evolutive siano costanti e che le varie tribù umane siano progredite nello stesso modo. Al contrario, l'evoluzione di ognuna di queste si è svolta diversamente, in base a circostanze particolari che hanno fatto prevalere l'una istituzione presso una data tribù e un'altra istituzione presso un'altra tribù (16).

Se è, nel complesso, verso le diverse ipotesi dell'antropologia evoluzionistica che Meyer viene svolgendo una critica ravvicinata, è indubbio tuttavia che questa si acuisce soprattutto nei riguardi delle ' teorie patriarcali '. Contro tale impostazione, le cui radici risalgono allo stesso Aristotele, del resto esplicitamente citato da Meyer, lo sforzo di costui appare accanirsi in modo particolare. Ed è cosa abbastanza comprensibile se si tien conto delle sue premesse ideologiche e di come, rispetto ad esse, apparisse addirittura speculare un complesso di idee che, con le parole dello stesso Meyer, sosteneva che « la sovranità del padre [fosse] un'istituzione naturale » e che la *patria potestas* costituisse la « radice di ogni

(15) Cfr. MEYER, *op. cit.*, 21 ss.; 27 ss. (21 ss.; 28 ss.).
(16) MEYER, *op. cit.*, 26 s. (= 26 s.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

istituzione politica e dello stato stesso » (17). Sostitutiva di quello Stato che per Meyer, al contrario, era il punto di partenza e il presupposto fondamentale di ogni altro aggregato sociale.

Contro l'ipotesi di una sequenza fondata — accenno per linee estremamente generali — sulla successione della *gens* alla famiglia e poi della tribù sino alla città-stato, Meyer viene dunque sollevando un complesso di obiezioni volte anzitutto a escludere il carattere « naturale » di tale sistema. Egli infatti, in queste sue pagine, tende a sottolineare come nessuno dei vari tipi di famiglie e delle istituzioni sociali ivi considerate possa concepirsi come il risultato necessario « di un sentimento innato dell'uomo » (18). Anche per la famiglia patriarcale Meyer si impegna quindi a dimostrarne la non ' naturalità ', ricordando da una parte esempi che la storia offre in senso opposto: di violenza contro i vecchi sino alla loro uccisione (19). Che un sistema patriarcale come quello praticato dai Romani fosse lungi dall'apparire ' naturale ', lo proverebbe altresì a parere di Meyer la singolarità di una pratica che costringeva « un uomo adulto, nella pienezza delle forze e avendo a sua volta proprietà e famiglia a dipendere interamente da un vecchio » e dal suo capriccio (20).

In questa sua analisi si offrono al lettore molti spunti interessanti e, nel complesso, la ricchezza ma anche la complessità delle testimonianze relative ai popoli primitivi, sia antichi che moderni, appaiono sfruttate dall'a. con abilità. Vi sono anche punti indubbiamente convincenti, come quando, ad es., Meyer insiste sulla pericolosità di una prospettiva fondata sulle scale di valori contemporanei. Così, egli scrive, « è un errore totale, anche se sovente commesso, quello di interpretare la forma più grossolana ai nostri occhi come quella più antica, quella che un tempo avrebbe dominato da sola e che sarebbe stata in seguito sostituita con forme

---

(17) Cfr. MEYER, *op. cit.*, 31 (= 32): la *patria potestas*, scrive dunque Meyer in questo contesto, sarebbe dunque « etwas Selbstverständliches ».

(18) MEYER, *op. cit.*, 30 (= 31).

(19) Cfr. MEYER, *op. cit.*, 31 ss. (= 32 ss.). Anche in questo caso gli esempi richiamati dall'a. sono tutti tratti dall'antichità e fondati su testimonianze di autori classici o dell'Antico Testamento.

(20) Cfr. MEYER, *op. cit.*, 31 (= 32).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

più progredite: l'evoluzione opposta è ugualmente possibile » (21). Qui non si tratta tanto di riprendere le vecchie interpretazioni ' degenerazioniste ' delle società primitive, ma, più limitatamente, di ribadire ancora una volta il carattere relativo delle forme patriarcali. Se queste, che hanno dominato presso gli indoeuropei, possono infatti considerarsi le più evolute, è ugualmente possibile immaginare che vi siano stati passaggi opposti, da esse a forme più rozze.

4. Sottratte dunque le istituzioni familiari e i rapporti matrimoniali dei popoli primitivi al dominio di leggi generali dell'evoluzione sociale, diveniva possibile per Meyer dare di esse un'interpretazione antitetica a quella proposta nell'ambito delle scienze sociali ottocentesche. Per il nostro autore infatti le varie forme matrimoniali e familiari esisterebbero solo in quanto sarebbero « il diritto vivente e la forza coattiva della collettività, cioè lo Stato, assicura loro un'obbedienza senza rifiuto » (22). Sarebbe quindi la presenza e il vigore di un ordinamento statale e delle sue norme a permettere e sancire l'esistenza di ogni altra aggregazione sociale, dalla famiglia alle forme gentilizie.

Ora, un'affermazione del genere poteva restare mera indicazione di principio, tale da impegnare lo storico a cercare di volta in volta quale tipo di organismo sociale primitivo avesse potuto assolvere alle funzioni dello stato, oppure tradursi in una generalizzazione necessariamente schematica e aprioristica, esposta pertanto alle stesse critiche che Meyer aveva rivolto ai suoi avversari. A me sembra che sia questa seconda strada ad essere battuta, senza esitazioni, dal grande storico tedesco.

La polemica antievoluzionista non si concludeva così, in tale autore, con una più consapevole forma di relativismo culturale, per cui peraltro esisteva più di una premessa nelle sue stesse enuncia-

---

(21) Cfr. MEYER, *op. cit.*, 27 (= 28).

(22) MEYER, *op. cit.*, 34 (= 35). « Mit anderem Worte — prosegue quindi l'a. — jede derartige Ordnung setzt das Bestehen des wie auch immer organisierten staatlichen Verbandes voraus, der um vitaler Bedürfnisse willen eine bestimmte Regelung des Verkehrs des Geschlechter und der rechtlichen Stellung der Kinder erzwingt ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zioni volte a criticare la teorie antropologiche ottocentesche. Al contrario, partito da una sistematica negazione del carattere 'naturale' dei vari organismi e sistemi familiari e matrimoniali, egli a sua volta finiva poi col proporre in alternativa uno schema evolutivo delle società primitive non meno rigido di quelli da lui stesso criticati.

In verità si può dire che il complesso della ricostruzione di Meyer appare non meno delle tendenze scientifiche da lui così fortemente avversate, intriso di quel *mood* evoluzionista e naturalistico così diffuso nella cultura europea verso la fine del secolo. In ciò lo storico tedesco non si distingueva affatto dai suoi avversari se non, addirittura, per la presenza di accenti ancora più scoperti e di forzature ancora più evidenti. Tutto ciò mi sembra si possa cogliere abbastanza bene se si considera come, quella stessa qualificazione come 'naturale', che egli aveva escluso a proposito dei vari organismi sociali minori, riappare, sia pure in modo relativamente implicito, proprio in un punto centrale di tutta la ricostruzione da lui proposta. Essa infatti veniva a connotare, per Meyer, la stessa categoria di Stato assunta come punto di partenza della storia umana.

Non è facile cogliere sino in fondo le varie sfaccettature del pensiero di Meyer in proposito. Ci si può chiedere, ad es., sino a che punto la citazione così singolare ma abbastanza centrale che egli fa di uno « Stato dei cani » avesse un significato tecnico e non il semplice valore di un paradosso volto a sottolineare una più generale linea di tendenza enunciata in forme più acute [23].

---

[23] MEYER, *op. cit.*, 7, (= 5), parte dall'osservazione che l'uomo, come tutti gli animali gregari, vive necessariamente in gruppi organizzati. Ciascun gruppo del genere, che dunque ha origini tutte naturali, derivando da una tendenza innata nelle varie specie, assolverebbe alla funzione essenziale di garantire l'esistenza dei suoi membri. Ora la dinamica dei rapporti fra individuo e gruppo di appartenenza, per il nostro a., sembra proporsi in termini generali, « per tutti i gruppi animali: l'individuo, l'ape o la formica ad es. non sono concepibili che come elementi di una più ampia unità, ai cui scopi sono funzionali i loro comportamenti ». E, prosegue quindi Meyer, sino a dove si spinga presso gli animali « die Ausbildung organischer Gruppen » egli lo poté constatare ben trent'anni prima, a Costantinopoli, osservando i cani di strada. Essi infatti si erano organizzati per quartieri fra loro nettamente separati, dove non permettevano l'accesso di alcun cane estraneo. Ogni sera i cani di ciascun quartiere si riunivano in una piazza

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il problema non è peregrino — e già di per sé esso ci aiuta a cogliere quanto lontano lo storico si spingesse su questa via della 'naturalità' — se si considerano altri e più ampi aspetti della sua analisi, laddove si ribadisce l'idea della società politica, anche dal punto di vista storico, « come la forma primaria della comunità umana ». Qui infatti riemerge l'idea che tale « forma primaria » in null'altro sarebbe consistita che nel « raggruppamento sociale corrispondente al gregge animale, e di origine ancora più antica del genere umano stesso la cui evoluzione sarebbe stata possibile solo in esso e attraverso di esso » ([24]).

Questa interpretazione del pensiero di Meyer, mi sembra confermata da un ulteriore passaggio di non minore significato. Nell'affrontare infatti un'altra 'summa quaestio' relativa alle società primitive, quella cioè dell'origine della proprietà, troviamo di nuovo in Meyer un preciso richiamo al mondo animale, dove appunto andrebbero rintracciate le origini dell'istituto. Una forma embrionale di proprietà, non radicalmente separabile dalla sua successiva evoluzione nella storia umana è infatti già presente nell'animale « che difende contro ogni intrusione il suo nutrimento, o la sua cuccia, il suo nido, la sua tana così come la sua femmina e i suoi nati », rivendicando tutto ciò « come un possesso che gli appartiene in proprio, almeno per un certo tempo » ([25]).

5. Contro dunque la 'naturalità' della famiglia originaria e contro l'idea di una generale evoluzione dei vari sistemi di rapporti familiari e matrimoniali regolata da leggi precise di sviluppo e secondo passaggi obbligati, si propone da parte di Meyer una altrettanto radicale affermazione del carattere naturale e originario di un'altra realtà sociale: lo Stato. Il richiamo al mondo animale, sotto questo profilo, non è marginale ma segna, almeno a mio giudizio, un punto fermo nella prospettiva dello storico tedesco. At-

---

deserta, per circa una mezz'ora, con un vivace abbaiare. E, conclude dunque Meyer, « kann man also geradezu von räumlich umgrenzten Hundestaaten reden ». Lo stesso vale, per la vita dell'uomo, alle origini, come del resto è ben comprensibile se si tien conto dei risultati della biologia evoluzionistica secondo cui l'uomo stesso deriva dagli animali superiori.

([24]) Cfr. MEYER, *op. cit.*, II (= 10).

([25]) MEYER, *op. cit.*, 45 s. (= 47).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

traverso di esso infatti è il carattere della primitiva organizzazione sociale dell'umanità che viene definito.

Così come i cani e gli altri animali superiori vivono in gruppi più o meno estesi, ugualmente l'umanità primitiva si trova sin dall'inizio organizzata nella stessa forma e attraverso di questa si rende possibile il suo faticoso sviluppo. In tal modo, ancora più che non le scienze sociali ottocentesche (26), Meyer assumeva un punto di partenza decisamente anticontrattualista (già presente, del resto, nella prima edizione della sua opera, del 1884). La storia dell'umanità era infatti concepibile solo come storia di gruppi e mai del singolo individuo, essendo l'uomo un essere sociale che non può che vivere in società e la sua storia è la storia di questa (27).

Appare però chiaro, nel momento in cui questa socialità viene dal nostro autore ricondotta ad una linea praticamente ininterrotta con il mondo animale, come sia possibile parlare a tale proposito di un naturalismo ancora più accentuato che nei filoni scientifici da lui combattuti. Del resto ciò è percepibile sin dalle pagine introduttive del libro qui esaminato. In esse infatti l'esplicito richiamo all'interpretazione darwinista dell'origine dell'uomo serve a introdurre una specifica angolazione prospettica delle questioni storiografiche affrontate in questa parte della sua opera.

Si tratta in sostanza di ricollocare «l'uomo nella più vasta unità degli essere organizzati», cogliendo quindi «nella sua evoluzione le stesse condizioni che regolano questi ultimi: una continua differenziazione e un continuo adattamento» (28).

Sotto questo profilo dunque l'orda primitiva costituisce addirittura il ponte che permette di ricondurre la storia dell'uomo all'interno di una più vasta storia del mondo naturale. Un'operazione del genere presenta il duplice vantaggio di penetrare negli stadi veramente iniziali della storia umana e dall'altra di offrire il supporto per una generalizzazione non meno vasta, ma, almeno

---

(26) Cfr. su questo punto, per un altro importante filone ottocentesco, il mio articolo su *Sir Henry S. Maine e l'Ancient Law*, in *Quaderni Fiorentini*, 10 (1981), 85; 102.

(27) Cfr. in tal senso MEYER, *op. cit.*, 36 (= 37).

(28) Cfr. MEYER, *op. cit.*, 4 (= 2).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

all'apparenza, più solidamente fondata su dati 'scientifici', di quelle effettuate a proposito dell'evoluzione delle società primitive dalle dottrine ottocentesche investite dalla critica di Meyer.

In verità sin dagli ultimi decenni dell'ottocento erano ormai in crisi le grandi speranze che gli scienziati sociali avevano riposto nella giovane scienza della 'filologia comparata' per giungere alla conoscenza delle origini stesse, se non dell'uomo, almeno di quell'originario popolo da cui avrebbero avuto origine tutte le famiglie indoeuropee. Sulla mitica 'Ursprache' erano stati scritti fiumi di inchiostro sin dalle prime grandi scoperte dell'unità indoeuropea e delle leggi della linguistica, ma, già all'epoca della prima edizione della *Geschichte* di Meyer non ci si poteva fare grandi illusioni in proposito.

E di ciò lo storico tedesco prende atto all'inizio del suo volume ricordando per l'appunto le ipotesi di Max Müller e di Schleicher verso la seconda metà dell'ottocento e prendendo da esse radicalmente le distanze.

Questo punto è per noi particolarmente importante perché in esso si evidenzia uno dei presupposti non sempre esplicitati nel corso del secolo precedente e che tuttavia avevano dato alla linguistica una posizione tutta particolare fra le scienze dell'uomo, di modello più avanzato e, diciamo così, più 'scientifico' ([29]). L'idea, scrive infatti Meyer a tale proposito, che la linguistica fosse « una scienza naturale si fondava da una parte su una valutazione ingenuamente esagerata delle scienze naturali e dei loro metodi, dall'altra su un modo del tutto unilaterale di analizzare la trasformazione meccanica dei suoni che sembrava in effetti realizzarsi, da un punto di vista del tutto esterno, come un processo chimico » ([30]).

Non mi sembra tuttavia che l'abbandono di questi orizzonti inducesse Meyer a una più radicale rinuncia a quel tipo di problemi che le precedenti generazioni si erano venute ponendo a

---

([29]) Su ciò mi permetto di rinviare nuovamente ad alcuni accenni contenuti nel mio *Sir Henry Maine* cit., 138 ss. e agli altri contributi ivi citati, in particolare le ottime indagini di J. W. Burrow.

([30]) MEYER, *op. cit.*, 5 (= 3 s.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

proposito delle origini dell'uomo, conoscibili attraverso il suo linguaggio. Come abbiamo visto egli infatti evitava di liquidare, in nome di un più cauto relativismo culturale, le costruzioni che soprattutto da parte della giovane antropologia si erano venute facendo in ordine a tali problemi, fondandosi su altri tipi di documentazione. Al contrario, utilizzando gli spunti che potevano essere offerti dall'evoluzionismo biologico, Meyer finiva col contrapporre agli apriorismi della sociologia e dell'antropologia evoluzioniste schemi non meno rigidi e generalizzanti.

Tali, almeno a mio giudizio, debbono considerarsi quelli su cui si fonda l'enunciazione di una generale preesistenza di gruppi sociali più ampi, aventi una precisa connotazione di carattere statuale, rispetto alle molteplici forme familiari e matrimoniali primitive. La critica di Meyer finisce dunque col valere solo per quanto concerne il suo rifiuto di una legge generale di sviluppo e per la identificazione di una serie di stadi evolutivi delle varie società. Ma anche questo atteggiamento, se ben si considera, appare ispirato all'esigenza di far discendere ogni possibile forma sociale dall'esistenza a priori dello Stato e delle sue manifestazioni primordiali. Esistenza che, come abbiamo visto, assume in Meyer precisamente quelle connotazioni ' naturali ' (31) che, invece, soprattutto da parte di alcuni seguaci delle teorie ' patriarcali ' erano state riconosciute alla famiglia umana.

Il che, io credo, non è l'ultimo dei motivi del particolare accanimento mostrato dal grande storico tedesco nei riguardi di queste ultime teorie qui ricordate.

6. In verità io credo che più d'uno sia il motivo che ha indotto Meyer, nella critica alle varie ipotesi della sociologia e del-

(31) Significativo in particolare il passaggio dove MEYER, *op. cit.*, 33 s. (= 34 s.), sostiene che non è l'organizzazione della vita sessuale e la costituzione della famiglia nella sua accezione più ampia a potersi considerare come il fondamento di ogni comunità umana. Al contrario quelle non sono altro che « Ordnungen » autoritativi che « innerhalb eines schon bestehenden sozialen Verbandes des Geschlechtsleben und die Stellung der Kinder einer festen Regelung unterwerfen ». Non ci si trova insomma di fronte a un prodotto spontaneo e ' naturale ', ma di fronte a realtà che derivano dal costume e, dietro di esso, dalla forza coattiva esterna dello Stato.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'antropologia evoluzioniste, ad approfondire particolarmente la polemica con le teorie patriarcali ora citate. Giocava anzitutto l'idea già presente in Meyer nel suo volume dell' '84 e più ampiamente esposta nel successivo volume del '95 di una originaria « Stammverfassung » intesa come il presupposto e non il risultato della vita associata e delle sue istituzioni: come la forma originaria di stato insomma. Cosa di più contrastante con l'idea tutta evoluzionista di una graduale crescita da strutture più piccole e semplici e strutture più grandi e complesse (dalla famiglia alla città-stato) che non l'idea di una frantumazione di entità più ampie e più tenui in strutture più forti ma più circoscritte (dallo stato stirpe alla città-stato)?

E tuttavia io non mi limiterei a vedere in ciò le ragioni ultime del particolare interessamento di Meyer alle teorie patriarcali. Addirittura mi sembra che la sua stessa insistenza sulla ipotesi dell'originario stato-stirpe vada considerata come l'effetto di preoccupazioni teoriche crescenti (la rivalutazione e la ' destoricizzazione ' dello Stato) nell'ambito della sua riflessione storiografica.

Si deve infatti considerare che, fra i vari tipi di evoluzione sociale immaginati dagli antropologi evoluzionisti, gli schemi patriarcali erano quelli che, forse più di tutti, finivano con l'insidiare quella autonomia della categoria dello Stato che così fortemente Meyer voleva difendere. Secondo molti importanti sostenitori di tale ipotesi le differenze esistenti fra i vari stadi di sviluppo della società umana sarebbero date essenzialmente dalla crescità quantitativa e dalla specificazione di caratteri originariamente informi e confusi, ma, comunque, già presenti.

Sotto questo profilo dunque già la famiglia primordiale, retta dal ' sovrano ' potere del *pater familias* avrebbe assolto a funzioni politiche e avrebbe anticipato ruoli e compiti dello stato cittadino. La preesistenza di funzioni politico-statali sin dalle primordiali strutture familiari, accennata già chiaramente da Maine e teorizzata poi da Bonfante (32), in qualche modo riproponeva il problema dell'esistenza di organismi statali sin dall'inizio della

(32) Cfr. su questo punto il mio articolo già citato in nota 21 e l'altra mia nota su Le *' Res mancipi e nec mancipi ' di Pietro Bonfante: 1888-89*, in *IVRA*, 31 (1980), 101 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

storia umana. E tuttavia la soluzione immaginata nel quadro delle teorie patriarcali finiva col dissolvere l'assolutezza di questo concetto facendo dello Stato, per l'età delle origini, una realtà solo embrionale e priva di autonomia rispetto ad altre valenze, destinata a svilupparsi e definirsi nel corso di un graduale processo di crescita.

Una rappresentazione così tipicamente evoluzionista rinsaldava dunque per le origini quel nesso società-stato contro cui si era per l'appunto sviluppata la critica di Meyer e, insieme, ne proponeva una sostanziale relativizzazione.

Ma il motivo centrale dell'importanza assunta dalla polemica di Meyer mi sembra consistere ancora in un altro aspetto da lui stesso indicato. Egli infatti, dopo aver teorizzato l'assolutezza e l'originarietà dell'ordinamento statale, riconosce che la sua interpretazione sembra contraddetta dal fatto « che, presso molti popoli, *e precisamente presso quei popoli che hanno avuto una grande importanza storica, come gli Ebrei, i Greci, i Germani,* per l'epoca in cui cominciamo a conoscere con qualche precisione la loro storia, noi troviamo le istituzioni statali solo debolmente sviluppate, mentre altri gruppi, più piccoli, hanno una forte vitalità e appaiono come gli elementi veramente basilari della organizzazione sociale ». E sarebbero questi per l'appunto i gruppi « che si fondano dell'idea di una parentela consanguinea e sull'origine comune », quali le phylai, le fratrie, i clans, le gentes (38).

Per chi, come Meyer, aveva al centro dei suoi interessi la storia del mondo classico, con una prospettiva che si allargava all'area mediterranea e alla storia ebraica, le caratteristiche dei popoli su cui si era fondata la teoria patriarcale diventano determinanti. Esse costituiscono il nodo reale rispetto a cui deve misurarsi l'opposta ipotesi storiografica avanzata da Meyer.

Ma che Meyer dovesse anzitutto e soprattutto misurarsi con questo complesso di idee fondate appunto sulla storia dei popoli cui si rivolgeva in modo quasi esclusivo la sua riflessione di storico, trova conferma in un altro dato che, del resto, a quello ora considerato strettamente si ricollega. Non si deve infatti dimenticare che il problema dell'origine dello Stato, del come esso

(38) Cfr. MEYER, *op. cit.*, 12 s. (= 11 s.). Il corsivo nel testo è mio.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fosse venuto evolvendosi nell'ambito della società civile, fosse stato da sempre argomento centrale all'interno di una tradizione di studi storico-giuridici e politologici di spessore plurisecolare. Sia nell'un campo che nell'altro i modelli e le realtà cui si era fatto riferimento attenevano costantemente all'antichità classica, al mondo greco-romano. In particolare fra i giuristi la vecchia idea aristotelica di un filo costante che andava dalla famiglia alla città-stato riappariva entro una riflessione le cui radici risalgono al nostro Medioevo.

Ben prima della generazione dei Maine e dei Fustel, e di quella dei Bonfante, gli schemi patriarcali, ribaditi fra l'altro dal ruolo tutto particolare del *pater familias* romano e dei patriarchi dell'Antico Testamento nel modo in cui si era venuta ricostruendo l'immagine della società umana ai suoi albori, avevano dominato la nostra cultura giuridica. Ed è con questa che Meyer deve fare i conti in primo luogo, soprattutto all'interno di una tradizione, come quella tedesca, dove essa aveva conosciuto, nel corso del XIX secolo, così grande fioritura e tanto singolare prestigio (34).

Né rileva gran che il fatto che, in linea teorica, anche quei romanisti che si avventuravano sul terreno delle origini cittadine in realtà avevano a che fare con una società che aveva già alle spalle una lunga precedente evoluzione di gruppi umani e di insediamenti sociali (e questo vale anche per la *polis* greca). Un vizio che spesso è stato notato nell'approccio di questi storici è una certa qual confusione fra il problema delle origini cittadine appunto e quello delle origini stesse della società umana. Quasi che dietro Roma o la città greca non sussistessero millenni di storia.

Ora proprio questa ambiguità metodologica, dal nostro punto di vista, ci aiuta a cogliere quanto direttamente la storiografia romanistica finisse col coinvolgere intere generazioni di studiosi nel problema generale dell'origine dello Stato e della natura degli

---

(34) Si consideri, fra l'altro, come quella tradizione 'liberale' moderna contro cui Meyer esplicitamente polemizza, in Germania fosse particolarmente legata ai filoni protestanti. E proprio rispetto ad essi i modelli e la 'cultura' veterotestamentaria appaiono particolarmente importanti, con il conseguente rilievo dei modelli patriarcali.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

organismi 'precivici' (famiglia, *gens* ecc.). Il fatto che in modo costante, come s'è detto, all'interno di questa specifica tradizione scientifica finisse col riproporsi l'ipotesi patriarcale e il conseguente riconoscimento delle strutture sociali fondate su legami veri o presunti di sangue come strutture politiche anteriori alla *civitas*, non poteva non apparire direttamente antitetico alle idee sostenute da Meyer. Con tale impostazione il nostro autore doveva misurarsi, indotto quindi a porre gli schemi patriarcali che ne costituivano il supporto, al centro della sua revisione critica.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Letture

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Italo Birocchi, *Per la storia della proprietà perfetta in Sardegna. Provvedimenti normativi, orientamenti di governo e ruolo delle forze sociali dal 1839 al 1851*, Università di Cagliari, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, serie I, vol. 25, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 528.

Càpita spesso che un'indagine storica muti per strada il suo oggetto: nata per chiarire un punto che pareva oscuro o bisognoso d'altra e miglior luce, essa si volge poi un po' più indietro nel tempo, quando cammin facendo ci si persuade che solo scavando ancora si riuscirà a mettere al sole le radici d'una vicenda più lunga e complicata di quanto a primo acchito non sembrasse.

È successo così all'Autore di questo libro denso e dotto; il quale, curioso dapprima ' di cercar dentro e dintorno ' la legge subalpina del 15 aprile 1851 n. 1192 sul catasto di Sardegna, s'è accorto poi che questa legge fu solamente il punto conclusivo d'una storia che bisognava studiar per disteso se se ne voleva intendere a dovere l'epilogo. Avviato così (e per ottime ragioni) il *regressus*, l'A. ha avuto il giudizio di non spingerlo fino *in infinitum*, fermandosi poco più che un decennio prima della legge sul catasto, al 1839 quando una Carta reale di Carlo Alberto aveva cercato di mettere ' ordine ', secondo una logica tipica di *favor dominii* e seguendo un programma di ' modernizzazione ' del tessuto agrario dell'isola, negli assetti terrieri ch'eran rimasti per secoli ancorati alle concessioni feudali e agli sfruttamenti collettivi. Segnati così i termini cronologici estremi della sua indagine, l'A. ha potuto disegnare con coerenza un quadro ricco di particolari. Nell'*Introduzione* (pp. 5-60), descritta la « *situazione della proprietà all'aprirsi della dominazione sabauda* » in Sardegna (pp. 5-11), si analizza il riformismo tutto ' settecentesco ' del Bogino coi suoi ' supporti ' teorici di marca fisiocratica — il Gemelli aveva pubblicato il suo *Rifiorimento della Sardegna* nel 1776 — e l'esaltazione della ' proprietà libera ' come strumento di trasformazione profonda delle antiche strutture agrarie dell'Isola (pp. 11-22). Una tappa significativa di questo disegno riformatore fu il c.d. ' editto delle chiudende ' del 1820, che concesse ai proprietarî di recingere le loro terre: uno strumento che, offrendo pari tutela a ' situazioni reali ' tra loro assai diverse (pp. 29-35), ed incontrando nell'applicazione difficoltà non piccole, fu tuttavia efficace — anche per le disinvolte applicazioni estensive che la burocrazia ne fece — per espandere nel fatto la proprietà ' perfetta ' (pp. 36-41). Questi fermenti, pur in parte attenuati dalle certo non ' progressiste '

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Leggi civili e criminali di Carlo Felice — testimoni attardate d'un'esperienza giuridica sorda per secoli alle istanze di proprietà che ora emergevano come frutto ' riformista ' del maturo Settecento (pp. 41-43) —, questi fermenti contrassegnarono la pur ' tentennante ' politica agraria di Carlo Alberto (pp. 43-48) che vedeva lo sviluppo della proprietà individuale come strumento insostituibile dell'auspicato ' progresso economico ' (pp. 45-60). Nacque così e si realizzò il disegno di superare il vecchio assetto feudale, non già con lo strumento radicale dell'avocazione sovrana dei beneficî ma, assai più sfumatamente, mediante il riscatto pattizio ed oneroso dei beneficî stessi.

Esaurite le notazioni introduttive, il B. passa a studiare « *La Carta Reale del 26 febbraio del 1839* » (pp. 60-120); un intervento normativo che mirava a trasformare l'agricoltura isolana rinnovandone in profondità gli assetti giuridici. Questa riforma si moveva lungo due direttrici fondamentali. Per un verso la Carta — con sintomatica ambiguità di linguaggio (p. 81) — estese al massimo le situazioni tutelabili come appropriazione individuale dei fondi rustici. Affiorava in questo vocabolario volutamente vago la distinzione fra proprietà ' perfetta ' ed ' imperfetta ', che pur avendo forse ascendenze non ignobili, evitava di misurarsi coi troppo travolgenti termini di calco ' francese ' (come aveva pur fatto il Codice civile dello stesso Carlo Alberto, recependo all'art. 439 la sostanza del fin troppo celebre art. 544 del *Code civil*). L'utilizzazione di questa bipartizione consentiva però di consolidare per quanto possibile la proprietà ' perfetta ', ad essa conguagliando il conguagliabile nella sottostante categoria della proprietà ' imperfetta ' dove trovavano una collocazione unitaria bastevolmente coerente le molte e multiformi ' situazioni reali ' che una lunga e frastagliata esperienza giuridica era venuta elaborando. La seconda direttrice, lungo la quale moveva la Carta albertina per realizzare il suo progetto di ammodernamento delle strutture agrarie della Sardegna, era anch'essa nel senso « *di consolidare la proprietà dando impulso al dominio perfetto* » (p. 83) mediante la divisione dei terreni comunali e la vendita di quelli demaniali (la cui massa s'era grandemente incrementata per via del riscatto delle terre già infeudate). Il disegno iniziale era certamente coerente, anche se non fu realizzato con illuministico rigore: l'insieme degli strumenti restava tuttavia orientato al superamento, non solo dei regimi feudali, ma anche d'ogni forma di appropriazione e d'uso collettivi, in una prospettiva di politica agraria che mirava ad esaltare l'individuo, protagonista — libero insieme e tutelato — d'un radicale rinnovamento dell'economia dell'Isola secondo gli schemi d'un'agronomia intensiva e i canoni d'un ortodosso capitalismo. Le pagine limpide ed informatissime che il B. dedica alla ricostruzione di questo progetto normativo (pp. 83-114) appagano il lettore più esigente, al quale non mancherà nemmeno il puntuale riscontro di certe intuizioni offerto dalla lettura d'una non disinteressata ma

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

assai istruttiva interpretazione prospettata ' a caldo ' dall'opuscolo d'un solerte funzionario dove risuonano fedeli e non deformati gl'indirizzi e i criterî operativi del governo piemontese (pp. 114-120).

Seguono tre lunghi capitoli, che costituiscono (almeno per quantità: di pagine, che sarebbe il meno, ma anche di ricerche, delle quali queste pagine sono il frutto) la parte maggiore del libro. Nel primo di questi capitoli si esaminano « *la procedura e le prime esperienze delle divisioni delle terre* » (pp. 121-169); nel secondo si studiano « *le vicende e i risultati della divisione delle terre* » (pp. 171-221); nel terzo si analizzano « *la vendita e le concessioni enfiteutiche dei terreni demaniali* » (pp. 223-325).

Le prime esperienze di divisione, e prim'ancora l'avvio dell'opera di ricognizione delle singole proprietà, se da un lato presentavano innegabili difficoltà oggettive, misero a nudo anche le profonde resistenze ad un disegno riformatore che, pur temperato dalle notissime e quasi caratteriali oscillazioni del sovrano e dei suoi ministri ed ufficiali, andava ad incidere assai profondamente in un tessuto d'esperienza (giuridica ed economica; diciamo pure, e più comprensivamente: culturale) consolidato da secoli. Si scontravano, in questi inizî di riforma, esigenze fra loro confliggenti e prospettive non certo omogenee: desiderio di appropriazione da una parte, e volontà di mantenere le antiche situazioni dall'altra; disegno di razionalizzare al massimo gli strumenti conoscitivi (*lato sensu*: catastali) ed amministrativi per un verso, e per un altro rassegnazione a far solamente l'immediato possibile rinviando magari *sine die* la realizzazione del più e del meglio: uno scontro ch'era reso ancor più incerto negli esiti dalla reale carenza di quei mezzi legislativi e tecnici che sarebbero stati indispensabili ad un intervento ispirato ai lucidi criterî d'un'autentica discontinuità riformatrice. Il B. esamina i tentativi di razionalizzazione normativa: quello operato dal dispaccio ministeriale del 28 gennaio 1843, per esempio, che cercava di risolvere ' a stralcio ' i problemi della divisione delle terre comunali attraverso la individuazione di criterî presuntivi medî circa il numero degli assegnatarî e le quantità di terre disponibili per la divisione. Queste regole rappresentarono una non piccola novità, quanta poteva correrne fra le vecchie assegnazioni annuali di terre comunali e la nuova attribuzione definitiva a titolo di proprietà ' perfetta '. Proprio questa novità creò gli attriti più robusti e le resistenze più vivaci: gli esempi di Ittiri Villacidro e Serramanna — che il B. ha studiato diffusamente — ne offrono la prova più convincente. Nacque da queste resistenze e da questi attriti una presso che invincibile « *stagnazione delle operazioni di divisione* » prese sotto il tiro incrociato degli interessi colpiti e delle ' naturali ' resistenze d'una civiltà da secoli avvezza ad uno sfruttamento della terra che non passava attraverso lo strumento dell'appropriazione individuale. A questa ' stagnazione ' il Governo reagì con una circolare del 29 marzo 1845 nella quale, con

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sorprendente lucidità, non solo si confermò l'intenzione di promuovere al massimo la diffusione della proprietà ' perfetta ' sulle terre fino ad allora demaniali e comunali, ma si individuarono senza mezzi termini i « *nemici dell'agricoltura* » (di quella ' nuova ', si capisce, conforme ai canoni ' moderni ' che il governo voleva ad ogni costo importar nell'Isola) nei pastori, nei proprietarî di bestiame e in quei difensori della proprietà comune che non potevano non opporsi a « *quella fede quasi illuministica nello sviluppo dell'agricoltura che animava i circoli dirigenti piemontesi* ».

Il secondo di quei capitoli di cui stiamo ragionando studia « *le vicende e i risultati della divisione delle terre* ' (pp. 171-221). La ricerca è rigorosa e condotta senza risparmio di fatiche sulle fonti archivistiche, sicché il quadro che ne risulta è d'una nitidezza quasi fiamminga. Saggiata l'attendibilità delle sue fonti, il B. segna un periodizzamento, all'interno degli anni 1840-1851 da lui studiati, secondo il quale al quinquennio 1840-45 ancora sostanzialmente legato « *alle antiche forme di divisione* » seguirono gli anni 1845-47 che videro « *una forte concentrazione delle quotizzazioni* » destinate a diminuire poi nettamente « *a partire dal 1848* » per un complesso di ragioni « *collegato soprattutto allo spostamento del centro di attività governativa determinato dai problemi della guerra, dai compiti sempre più complessi che si delineavano per la monarchia sabauda e dallo stesso mutamento istituzionale avvenuto con la cosiddetta fusione* ». Analizzando poi partitamente « *andamento e risultati delle divisioni* », il B. rileva alcuni dati assai interessanti: che circa un sesto delle famiglie che costituivano l'intera popolazione sarda ricevette un'assegnazione di terreno; che la superficie assegnata, pur all'apparenza esigua rispetto alla massa complessiva dei terreni comunali, è pur sempre significativa, se non si dimenticano i dati strutturali dell'agricoltura e soprattutto della pastorizia isolane, che imponevano determinati ed imprescindibili rapporti quantitativi tra terreni a pascolo e terreni coltivati, e se si rammentano le diverse estensioni delle singole proprietà comunali fra loro ovviamente non conguagliabili. Ancora è da rilevare che le assegnazioni si ridussero anche per via della larghezza con cui vennero riconosciute come fatti costituenti valido titolo di appropriazione in proprietà ' perfetta ' situazioni assai varie di possesso e di detenzione non tutte provviste d'un pari coefficiente di ' intensità ': il dato è meritevole di sottolineatura, sia perché spiega la riduzione delle terre da ripartire e dei soggetti concorrenti alle assegnazioni, sia soprattutto perché si colloca nella stessa logica di politica economica e del diritto su cui son da collocare divisione ed assegnazione. Un altro elemento ' numerico ' su cui giustamente il B. richiama l'attenzione dei suoi lettori, è quello delle diverse categorie di appartenenza degli assegnatarî: i quali furono per il 44,03% nullatenenti, per il 46,86% piccoli possidenti e solo per il 9,11% grandi proprietarî. Si rivela così una nettissima linea di politica economica e sociale, ten-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dente a favorire il formarsi ed il consolidarsi « *di quella piccola borghesia coltivatrice destinata a costituire a lungo l'ossatura produttiva dell'agricoltura isolana* ». Altro aspetto significativo della riforma fu quello della determinazione dei criterî di appartenenza degli aspiranti assegnatarî alle diverse categorie dei nullatenenti, dei piccoli o dei grandi proprietarî. Soprattutto la prima pose problemi non piccoli, ed è interessante constatare che agl'inizî ' nullatenente ' fu ritenuto, non il salariato (ch'era nel fatto realmente tale), ma chi fosse già per conto suo provvisto dell'indispensabile strumentario per coltivare il fondo che gli sarebbe stato assegnato, questa apparendo l'unica via per riformare davvero. La realtà dell'Isola impose qualche non piccolo ripiegamento dal primo progetto (e il B. lo documenta e lo interpreta puntualmente); ma il senso — per dir così — ' generale ' del primo proposito resta degno di attenzione e di memoria. Alla fine il problema vero fu, una volta di più, quello di ' mediare ' fra rigore progettuale e realtà concreta per ottenere (e lo si ottenne) quel che si poteva in termini di affermazione per lo meno ' tendenziale ' di nuovi assetti fondiarî. Altri problemi furono: se sottoporre a tributo le terre assegnate; se sottrarle alle antiche servitù di pascolo (e qui la soluzione che si trovò può apparire nella sostanza elusiva e contraddittoria); come vincere la non cervellotica ritrosia di molti assegnatarî a « *trovarsi con un pezzo di terra inizialmente del tutto improduttivo, muniti solo di braccia e zappa* »; se imporre in modo assoluto, e come poi far rispettare, il divieto di alienazione del fondo assegnato con la prevista sanzione della decadenza dall'assegnazione in caso di alienazione infradecennale. Ultimo tema studiato, ed anche questo con gran dovizia di riscontri documentali, è quello delle opposizioni ai disegni riformatori. Le quali provennero, sia dai grandi proprietarî di bestiame — ovviamente danneggiati dal sorgere d'una piccola proprietà agricola a spezzare parcellizzandola la grande estensione dei terreni a pascolo — sia dai pastori, anch'essi (ma più miopemente) contrarî alle imminenti novità: l'alleanza fra queste due forze ripeteva un modello consueto di reazione al nuovo. Non ridiremo qui, neppur per sintesi, il molto che il B. scrive e che il lettore potrà apprezzare per conto suo (pp. 197-221).

Il più lungo capitolo di tutto il libro è quello in cui si studiano « *le vendite e le concessioni enfiteutiche dei terreni demaniali* » (pp. 223-325). Il problema era per più d'un verso grave, e la soluzione si prospettava come decisiva « *per imprimere una svolta di segno capitalistico nelle campagne* »: le terre demaniali, specie dopo il riscatto di quelle già infeudate, rappresentavano una massa più che ragguardevole, e « *l'apprezzamento dell'opportunità che si veniva a creare per imprimere una svolta ai problemi economici della Sardegna era diffuso fra gli organi più sensibili dell'amministrazione* ».

In primo luogo fu da risolvere il problema di come compensare i feudatarî che avevano subìto il riscatto delle terre già concesse in bene-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ficio; e la soluzione fu nel senso di non adeguarsi alle vecchie logiche e di affermare come preminente l'interesse dello Stato. Fin dagli Anni Trenta il disegno di politica economica che sorreggeva tutti questi provvedimenti — e la ' scelta per la proprietà ' che ne rappresentava in certo modo il profilo comune e razionalizzante — mirava in fondo, come ben osserva il B., alla « *ricerca di un più razionale sfruttamento della terra* » secondo i canoni emergenti del capitalismo. E proprio per realizzare questo disegno, politico insieme ed economico, si pensò in modo organico al trasferimento a privati dei terreni demaniali, sia attraverso l'alienazione della proprietà, sia a mezzo di concessioni enfiteutiche in perpetuo: un regolamento del 1839 stabilì il principio della alienazione preferibilmente ai privati e subordinatamente ai ' pubblici stabilimenti ' salvo il diritto dei Comuni a disporre del terreno necessario per le assegnazioni in proprietà ai rispettivi comunisti. Si realizzava, così, un sistema completo e coerente per estendere al massimo le proprietà individuali: da un lato ognuno che avesse avuto gli strumenti minimi e la capacità di coltivare poteva — anche se altrimenti nullatenente — concorrere alle assegnazioni comunali; e, d'altronde, chi fosse stato in grado di investire capitali anche ingenti per costituire aziende più cospicue poteva chiedere ed ottenere in proprietà o in enfiteusi perpetua terreni demaniali. Accanto a questo complesso di strumenti di privatizzazione e riqualificazione in senso ' moderno ' dell'agricoltura sarda si provvide anche, con un regolamento del 1841, a riorganizzare l'amministrazione dei terreni agricoli appartenenti al demanio. Lo scopo, specie delle alienazioni, era quello di migliorare dal punto di vista delle tecniche agronomiche lo sfruttamento d'un patrimonio terriero che appariva gravemente sotto-utilizzato; ma non vi era estraneo nemmeno un progetto di politica del diritto mirante ad esaltare la proprietà privata secondo schemi e valori di dichiarato stampo liberale: anzi, i due scopi, quello agricolo ed economico e l'altro più squisitamente politico e giuridico, affondavano le radici in un unico terreno ricco di umori culturali illuministico-' rivoluzionarî ' di origine chiaramente transalpina. Questa radicale unità di progetto non escludeva di per sè possibili dibattiti sulle strategie di realizzazione; e ve ne furono, infatti, negli stessi organi governativi: fra chi avrebbe preferito disporre dei beni demaniali per concessioni a favore di quegli ecclesiastici ch'erano stati depauperati dall'abolizione delle decime e chi invece proponeva di recingerli adeguandone i canoni di affitto; ma, alla fine queste soluzioni si palesarono per più d'un verso impraticabili e si approdò — sia pur con un dibattito ricco a tratti di fermenti originali — ad una generalizzata prassi di alienazioni in proprietà ' perfetta '. Il B., pur senza addentrarsi nel còmpito — per lui inutilmente immane — di studiarle tutte una per una, mette in luce i « *caratteri generali* » che queste alienazioni ebbero: la sostanziale ' oggettività ' nella determinazione del prezzo dei terreni (salve eccezioni altrimenti giustificabili),

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'incentivazione all'acquisto mediante accorgimenti di natura tributaria, la severità nel valutare le capacità tecniche e finanziarie degli acquirenti in ordine alle opere di trasformazione fondiaria, la sostanziale disponibilità dell'Amministrazione a non frapporre soverchie difficoltà non-economiche (p. es. d'ordine personale, se i potenziali acquirenti fossero stati degli acattolici) alla stipulazione dei contratti di trasferimento. Per quanto attiene alla provenienza sociale degli acquirenti delle terre demaniali, l'analisi —pur attentissima — del B. non reca sorprese al lettore: acquirenti furono in primo luogo capitalisti forestieri desiderosi di investire le loro disponibilità finanziarie in imprese di trasformazione dell'agricoltura isolana che si speravano singolarmente lucrose; ma furono anche sardi, sia ex feudatarî (che miravano a ricostituirsi in proprietà 'perfetta' patrimonî da sostituire a quelli feudali allora allora riscattati) che borghesi desiderosi di provvedersi un più ragguardevole *status* economico e, per ciò stesso, sociale.

L'esame, poi, delle vicende di alcuni particolari acquisti di terre demaniali — lo 'stabilimento Vittorio Emanuele' con la sua lunga, travagliata, animosa agli inizî, ed alla fine infausta, storia; l'azienda acquistata dal piemontese conte Carlo Baudi di Vesme; i terreni dei torinesi fratelli Maffei — offrono ulteriori e puntuali argomenti per constatare, a conclusione dell'analisi, «*il fallimento del programma di vendite delle terre demaniali*» sia per la pochezza quantitativa dei terreni oggetto di trasferimento, sia per la tenace opposizione che singoli e comunità fecero alle innovazioni, sia — soprattutto — per la profonda incompatibilità del modello agronomico intensivo e di quello giuridico (ma, prima che giuridico, economico) della proprietà 'perfetta' rispetto all'antico tessuto dell'agricoltura e della pastorizia di Sardegna su cui si pretendeva di trapiantare quei modelli 'per decreto reale'.

Dopo aver studiato tanto diffusamente i fatti — e, visti i risultati dell'indagine, si sarebbe quasi tentati di aggiungere: i 'non-fatti' — della trasformazione strutturale dell'agricoltura sarda durante il regno di Carlo Alberto, il B. torna ad esaminare, di questa complessa vicenda, i profili più squisitamente giuridici in un capitolo dedicato alla «*affermazione della proprietà perfetta*» (pp. 329-391). L'analisi prende le mosse dallo studio dell'«*ambiente dei giuristi in Sardegna durante il regno di Carlo Alberto*» per fermarsi poi ai «*diversi approcci al diritto di proprietà*». La cesura territoriale ha il valore che ha, se vero è che «*sarebbe vano cercare una elaborazione originale sulla proprietà tra la produzione dei giuristi sardi*», soprattutto per la arretratezza in cui versavano le due Università dell'Isola. In realtà, anche spigolando puntigliosamente nelle pagine d'un Domenico Fois d'un Giovanni Borgna o di ancor più modesti giuristi pratici, altro non si può raggranellare che echi quasi inerti, o di lunghe e ormai spremute tradizioni risalenti al grande filone del diritto comune, o di più recenti (ma ormai

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

già consolidate) affermazioni 'rivoluzionarie' in tema di proprietà «*che doveva essere l i b e r a, perché fosse lecito al padrone disporne a piacimento, i n t e r a, perché il vero dominio escludeva ogni diritto altrui, s i c u r a, sia dalle molestie di terzi sia dall'arbitrio dei magistrati*» (p. 338). A voler ricostruire il cammino percorso dal «*diritto di proprietà tra l'antica legislazione e la nuova normativa dei primi decenni dell'800*», si coglie il superamento di una situazione ancorata, per un verso ad elaborazioni e sistemazioni risalenti ai grandi teorici tardo-medievali in tema di dominio diviso e di poteri del Principe, e per un altro verso alla presenza protagonista delle proprietà collettive. Questo superamento cominciò al tempo del riscatto dei feudi e fu segnato dal mutare dell'ottica ricostruttiva dei giuristi, che si spostò dai poteri dei feudatarî e dai diritti delle comunità alla proprietà privata come momento dominante e chiave di volta del sistema. Forse ha ragione il B. quando afferma che «*in queste posizioni non vi era soluzione di continuità rispetto alla dottrina precedente*» (p. 343), ma resta il fatto che questo mutare di prospettive seguì — ed il *post hoc* è illuminante — quella «*operazione di recupero*» che s'era compiuta col *code* napoleonico ed aveva consentito di «*affermare come protagonista un soggetto che prima era soltanto sullo sfondo: la proprietà individuale*» (p. 343).

Dal c.d. 'editto delle chiudende' del 1820 — che rappresentò un primo significativo mutamento di prospettiva — attraverso la prassi amministrativa degli anni '30 ed alcuni interventi legislativi — miranti a consolidare il rapporto esclusivo del proprietario col proprio fondo e a migliorare le tecniche di sfruttamento intensivo —, la linea di politica del diritto appare sufficientemente nitida, pur se non mancano elementi di ambiguità ed apparenti contraddizioni.

La carta reale del 26 febbraio 1839 fu un'occasione per ottenere «*il consolidamento della proprietà a favore del coltivatore*» (pp. 356-374): non già perché quella legge scegliesse nettamente le «*ragioni della proprietà*», ma perché essa consentì nei fatti — con le sue formule sfumate, e più ancora per come fu interpretata ed applicata — «*la trasformazione dell'utilista in proprietario*». Il B. osserva che in fondo «*si trattava di dare rilievo preponderante alla figura di chi esercitava i poteri più pregnanti e, dal punto di vista del progresso economico, più importanti nel rapporto tra uomo e terra*» (p. 361). È verissimo, e può essere interessante notare quanto su questa specifica vicenda della Sardegna ottocentesca abbiano pesato i modelli ideologici d'un Rousseau e gli schemi dogmatici d'un Pothier; ma gioverà anche ricordare — rammentando magari certe figure contrattuali del tardo Medioevo, come la *locatio ad longum tempus* — gioverà ricordare quanto antica e radicata fosse l'esigenza di tutelare esaltandole le figure diverse (e in certo modo alternative) rispetto al *dominus*. E sarà interessante vedere — come il B. mostra con attenta cura — quanto diversi ed ingegnosi fossero

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gli strumenti di cui ci si valse per dare un titolo plausibile alle singole consolidazioni di proprietà ' perfetta ' in testa ai possessori. Ugualmente giovarono a questa consolidazione della proprietà a favore di possessori temporanei le regie patenti del novembre del '41 sulla coltivazione dei c.d. « *generi secondari* » (sulle culture da rinnovo, cioè): nel dichiarato intento di favorire sistemi agronomici più moderni, queste norme consentirono a chi avesse per un anno seminato a grano una porzione di ' paberile ' di continuare poi a possedere il terreno per le culture da rinnovo, realizzando così la proprietà ' imperfetta ' che era poi titolo per acquisire quella ' perfetta ' (pp. 374 ss.). Alla fine di questa ricostruzione così puntuale è possibile valutare in modo coerente le testimonianze lasciateci dai protagonisti di tutta la vicenda. È bensì vero che « *anche se talvolta affiorava il concetto di proprietà come diritto inviolabile, proiezione della persona, il dominio era inteso come il diritto che racchiude la somma delle utilità che si possono ritrarre dalla terra* » (p. 389); e un osservatore attento come Giuseppe Musio poteva perciò affermare « *che il dominio fosse dato dalla somma dei diritti caratteristici* », sicché « *l'abolizione del feudalesimo aveva reso possibile che il frazionamento dei vari poteri, prima spettanti al vassallo e al feudatario, si componesse nella proprietà propriamente detta* ». Né si discostava da quest'ottica il Villamarina, ritenendo che ben a ragionare il Governo alienava le terre da poco riscattate ad un prezzo maggiore di quello del riscatto dal momento « *che il riscatto concerneva il semplice dominio utile mentre ora la vendita riguardava la proprietà perfetta, cioè un'entità che risultava dalla somma del dominio utile e del dominio eminente* ». Il B., di fronte a queste testimonianze così puntuali, nota che « *la concezione della proprietà era figlia delle vicende attraverso le quali era avvenuto il superamento delle proprietà medievali* ». È il minimo che si possa dire; né sarebbe fuor di luogo aggiungere che tutta intera la vicenda che vide emergere al centro della ' nuova ' agricoltura sarda la c.d. ' proprietà perfetta ' fu capitolo estremo, ma non dai precedenti dissonante, d'una storia lunga di secoli nella quale l'osservatore attento può cogliere molti più sentieri di continuità che balzi di discontinuità ' rivoluzionaria ' (sia pure d'importazione) sol che dalle parole — sonore, magari, ma non sempre calzanti — egli sappia volger lo sguardo alle ' cose '.

A questo punto l'itinerario ricostruttivo del B. giunge là dove l'A. aveva dapprima pensato di segnare il punto di partenza del suo lavoro: al « *dibattito del '48 e la legge del 15 aprile 1851* » (pp. 393-429). Dopo aver tratteggiato « *il carattere degli avvenimenti del '47-'48* » (pp. 393-401) — che fu di riforma politica e costituzionale con la ' fusione perfetta ' della Sardegna nello Stato subalpino, non solo, ma anche di più incisiva prosecuzione del processo di rinnovamento sociale ed economico — si esamina più da vicino « *il dibattito del '48 in tema di proprietà* » (pp. 401-406). Questo dibattito partiva dalla « *pressoché una-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nime denuncia dei gravami cui sottostava la proprietà privata », che erano ad un tempo pesi tributarî (di cui si esigeva l'alleggerimento) e limiti di esercizio (costituiti, ad esempio, dagli ' ademprivi ' e dalle servitù di pascolo comune) e se ne domandava l'annullamento definitivo.

Il problema degli assetti giuridici della proprietà fu reso più attuale ed acuto dall'estensione alla Sardegna del Codice civile albertino e dalla conseguente contemporanea abrogazione delle *Leggi civili e criminali* di Carlo Felice (pp. 406-415). L'operazione non fu di semplice ' recezione ' d'un sistema normativo in un contesto nuovo, giacché non tutte le soluzioni accolte nel codice (quelle in tema di enfiteusi equiparata alla locazione, per esempio) potevano attagliarsi alla particolare situazione che in Sardegna s'era venuta creando in conseguenza delle ultime riforme albertine, sicché non pochi furono i problemi ermeneutici e gli aggiustamenti sistematici fra norme di diversa origine a cui si dovette cercare (e si trovò) una soluzione adeguata. Ma s'imponeva un intervento del legislatore, non solo per rimuovere le incongruenze sistematiche o le incertezze normative, ma anche ed anzitutto per dare definitiva coerenza e compimento ad un disegno riformatore che da sempre aveva oscillato fra lucidità strategiche ed esitazioni tattiche. L'occasione fu offerta da un non piccolo problema di politica tributaria, sicché « *la soppressione della comunanza dei pascoli, che nel decennio appena scaduto era vista come la conclusione di un processo abbastanza lungo, venne posta all'ordine del giorno allorché ci si accinse a discutere il riordinamento della contribuzione prediale* ». Mentre il Governo aveva proposto una soluzione temporanea che non guardava molto al di là del problema squisitamente tributario e cercava solo di realizzare il minimo indispensabile di razionalizzazione dell'accertamento attraverso l'adozione d'un catasto provvisorio, gli interessati pretesero che s'incidesse più a fondo; e la spuntarono: il progetto governativo fu rivisto già in Commissione col consolidamento decennale del catasto e con una serie di norme che miravano tutte a rendere entro breve termine ' perfetta ' ogni proprietà. Nel dibattito parlamentare che seguì, e che il B. puntualmente ricostruisce (pp. 415-429), « *le critiche si appuntavano sul modo di affrontare i problemi dell'isola; un consenso generale regnava sull'obiettivo di consolidare la proprietà e tutti si pronunciarono per l'abolizione della servitù di pascolo: le divergenze nascevano sui modi e sui tempi per arrivare a questo fine* ». Non che mancasse chi, come il deputato nuorese Giorgio Asproni, « *sottolineava l'assurdità della pretesa di far valere la proprietà perfetta di fronte alle turbe dei pastori* », ma non emerse una linea di opposizione coerente ed organica al progetto, sicché ebbe « *buon gioco la linea governativa forte di motivazioni ed obiettivi chiari* ». La servitù di pascolo vide segnata la propria fine; e, anche se le motivazioni che nell'aula parlamentare furono addotte dimostrano la scarsa consapevolezza di chi la decretò, l'operazione fu ugualmente compiuta. Un fatto resta, e il B. giusta-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente lo sottolinea: che, fondate o no che fossero le convinzioni storiche e giuridiche che furono espresse, la Camera volle abolire la servitù di pascolo semplicemente esercitando il suo potere legislativo ed avvertendo di questa servitù solo la misura di peso e di limite al libero esercizio del diritto di proprietà. Quale che fosse il suo fondamento storico, la servitù di pascolo veniva meno perché emarginata, se non proprio dalla storia, certo da una ideologia, da quella che è stata efficacemente chiamata ' teologia della proprietà ', e i temperamenti con cui l'abolizione venne in vario modo attenuata nulla tolgono al suo reale significato. Le norme relative agli accertamenti catastali, che la legge del '51 pur conteneva, non ne rappresentavano che un dato strumentale rispetto al nucleo centrale costituito dalla prevista graduale abolizione della servitù di pascolo: onde esce confermata la bontà della scelta metodica del B., di retrodatare il ' punto d'attacco ' della sua indagine in modo da restituire alla legge del '51 il suo reale significato in un contesto storico coerente.

Arrivano, così, le *Conclusioni* (pp. 431-448), che il B. precisa intorno alle seguenti affermazioni.

Primo: la legge del '51 « *rappresenta il momento finale del processo di affermazione della proprietà in Sardegna* » (p. 431), comprensibile storicamente solo nella trasparenza di tutta la storia degl'interventi legislativi e di governo dal 1771 in poi; ond'è che la data del '48, tradizionalmente indicata come spartiacque storicamente significativo, perde in questa prospettiva nuova e più estesa quasi tutto il suo apparente significato. Senza voler ' mitizzare ' il significato della legge del '51, essa « *rimane un punto di riferimento fondamentale perché rappresenta il momento di trapasso col quale si chiude una fase e se ne apre un'altra* » (p. 432).

Secondo: « *non si può parlare del catasto, dei modi di privatizzazione della terra e della riforma fiscale come elementi negativi contro i quali la borghesia sarda non lottò a sufficienza; al contrario, si trattava di espressioni di una politica attraverso cui veniva costruita la nuova collocazione nazionale delle forze egemoni isolane* » (p. 433). Saremmo, insomma, di fronte non ad un caso di ' recezione ', ma ad un episodio di ' naturale ' sviluppo della esperienza giuridica sarda nel momento in cui — vincendo la sua antica ' insularità ' — questa esperienza si trovava a confluire in un contesto statuale più vasto e più ' moderno '.

Terzo: la riforma dell'agricoltura sarda, pur avendo mirato ad un profondo mutamento strutturale, rimase un'opera incompiuta, in quanto « *l'attacco alle preesistenti forme di produzione si fermò a metà, colpendo soprattutto il settore pastorale senza indicare una alternativa efficace* » (p. 442). La verità — secondo il B. — è che « *il superamento*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dello sfruttamento comunitario della terra fu condotto principalmente sul piano giuridico, mentre non si intervenne se non debolmente su molti degli aspetti che ostacolavano la proprietà privata: il persistere di un'economia di sussistenza, di cui era un chiaro indice la prevalenza delle colture cerealicole, lo scarso smercio dei prodotti e la bassa velocità di circolazione del denaro: in genere, il livello arretrato delle forze produttive » (p. 442). Il limite delle riforme albertine, insomma, sarebbe da ricercare, non nella affermazione d'un assoluto diritto di proprietà e nel corrispondente sacrificio di altre posizioni soggettive da secoli consolidate, ma nell'incapacità del legislatore (e, più in generale, dello Stato) sabaudo di portare ad effetto nel concreto il suo progetto riformatore.

Quarto: le ribellioni contro la riforma, che pure ci furono e violente, non possono certo esser ritenute espressione d'un'istanza di ulteriore progresso e di superamento degli assetti voluti da una borghesia pensosa solo di affermare la propria egemonia e fatalmente intrisa di ideologia capitalistica. In realtà — afferma il B. — « *la nostalgia del passato coloriva queste agitazioni* » (p. 444). Non per questo, però, il giudizio su questi episodî di resistenza ' nostalgica ' deve per forza esser negativo, giacché è pur vero che « *la pressione dei lavoratori delle campagne ha avuto un'importanza storica che va al di là della direzione politica contingentemente assunta, perché mantenne quell'atmosfera di incertezza e di ostilità intorno alla grande proprietà che fu la base indispensabile per ogni futuro programma di rinascita* » (p. 444).

Quinto (ma non certo ultimo): la lotta per la proprietà — che lo Stato sabaudo ingaggiò con tanta determinazione teorica e con tante incertezze e contraddizioni pratiche nella Sardegna del primo Ottocento — fu alla fine un'occasione malamente perduta. « *Il fatto* — afferma il B. — *é che la p r o p r i e t à privata, che di per sè rappresentava un elemento di p r o g r e s s o , perdeva una parte di quella valenza innovatrice che sarebbe stata assicurata, anziché dall'introduzione forzosa del modello-proprietà, dall'estendersi di forme di appropriazione privata in linee e momenti corrispondenti ai fermenti vitali presenti nella struttura economica e col sostegno di interventi adeguati alle esigenze di sviluppo produttivo* » (p. 446).

Ciò consente al B. di arrivare a questa conclusione estrema. « *Negli anni immediatamente successivi al riscatto dei feudi, la diffusione della proprietà privata e il parallelo affermarsi del potere assoluto del proprietario erano sostenuti da intenti riformatori, ma furono intesi come una riforma in sè compiuta e non come elementi di una riforma che avrebbe dovuto interessare le campagne più in profondità* » (pp. 447-448).

Sono conclusioni in se stesse coerentissime e perfettamente conseguenti all'impianto metodico e di contenuto che il B. ha dato al suo lavoro, sicché il lettore ne prende atto come d'un epilogo del tutto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

atteso. Questo non significa, ovviamente, che quel lettore non possa per suo conto ripensare in modo un po' diverso tutta la materia; che non si chieda — per esempio — se l'analisi tanto accurata e minuta dei singoli fatti connessi alle riforme non abbia finito col lasciare un po' nell'ombra la ricostruzione dell'itinerario *sub specie juris*; o che possa domandarsi (non senza qualche ragione) quale sia stata l'originalità propria della vicenda sarda, non tanto al confronto dell'universo statuale piemontese, quanto in rapporto alle grandi correnti culturali che movevano la storia della esperienza giuridica europea nell'età delle codificazioni. Ed infine il lettore può anche domandarsi se certi 'occhiali' non proprio 'del giurista', inforcando i quali il B. ha tratto le sue estreme conclusioni, abbiano la colorazione giusta per apprezzare in modo conveniente il senso di tutta la vicenda: se — cioè — sia proprio vero che la proprietà di stampo liberale e napoleonico rappresenti « *di per sè un elemento di progresso* » rispetto a quell'« *altro modo di possedere* » che, in Sardegna come altrove, era rappresentato dalle servitù di pascolo e dalle proprietà collettive, e se si debba preventivamente (stavamo per scrivere: p r e g i u d i z i a l m e n t e) segnare un itinerario fisso di progresso che, partendo dalla proprietà 'medievale' e passando attraverso quella 'borghese', giunge da ultimo ad approdi realmente ed irreversibilmente 'diversi'. Se questo non fosse, se l'« *altro modo di possedere* » potesse anche essere ritenuto una reale alternativa ai modelli illuministici di 'proprietà perfetta' e non già un relitto condannato senz'appello dalla storia, se — perciò — fosse, non dirò impossibile, ma alcun poco arrischiato, segnar sulla carta prima che sul terreno le strade del progresso; se questo fosse, le conclusioni del B. andrebbero forse rilette con qualche leggerissima impercettibile variante. Ma il lavoro resta importante e meritevole di plauso: non solo per la sua imponenza — non abbiamo parlato delle preziosissime appendici (pp. 453-528) che arricchiscono il volume —, ma per l'intelligenza la finezza e il vigore ricostruttivo che sorreggono ogni pagina e che lasciano ammirato il lettore più esigente.

UMBERTO SANTARELLI

Bartolomé CLAVERO, *El código y el fuero. De la Cuestión regional en la España contemporánea*, Madrid, Siglo XXI de España editores, S.A., 1982.

I.

Donde hay mitos, no hay Historia. Y aunque la proposición no puede invertirse sin más, lo cierto es que una Historia escrita con rigor y con valentía es el mejor antídoto contra muchos mitos utilizados al servicio de intereses políticos cuyo peligro mayor tal vez consista en

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que no aparecen nunca formulados en términos claros, sino ocultos y protegidos por invocaciones irracionales a un pasado presuntamente legitimador de ambigüedades presentes y de propósitos no inmediatos. Porque no es casual, ni en latitudes hispánicas ni en el pasado reciente de otros crispados nacionalismos extra hispánicos, pero también europeos, el hecho de que sean precisamente quienes alimentan mitos nacionalistas los que invoquen la tradición o la fidelidad a la Raza o a la Nacion (escritas en tales contextos con mayúsculas tan impertinentes como antiestéticas) o más ambiguamente a la historia, como fuentes de legitimación contrapuestas y preferibles a una legitimación racional y democrática. Por ello la elaboración con rigor científico de investigaciones monográficas sobre temas que hasta hoy no han salido apenas del campo de esa mitología políticamente interesada constituye motivo digno de alegría y de alabanza, tanto desde el punto de vista del cultivo de la Historia, como desde la perspectiva ideológica de quienes optamos por la legitimidad jurídica democrática frente a la supuesta legimimidad histórica. El libro que comento reune estas características y en relación con él las anteriores consideraciones no son digresiones inoportunas, sino precisiones necesarias para valorarlo.

« Una historiografía jurídica todavía encerrada en un espléndido aislamiento técnico y erudito es causa — y no la última — de carencias evidentes en el debate doctrinal jurídico que se desarrolla en nuestro país: un debate en el cual la dimensión política del Derecho ... aparece privada de precedentes, de fundamento histórico » (1). Estas palabras, escritas por Raffaele Ajello pensando en Italia, son perfectamente aplicables « a nuestro país » por quienes con tal locución nos referimos a España. La coincidencia, tampoco casual ni consoladora, nos llama la atención sobre un hecho de raíz ideológica y cobertura metodológica, a saber, que el cultivo de la Historia del Derecho aislando metodologicamente la realidad jurídica de sus raíces políticas, ideológicas y socioeconómicas ha servido siempre (fueran o no conscientes de ello quienes así trabajaban) para justificar en el presente un inmanentismo jurídico utilizable por posturas políticas conservadoras que defendían la fidelidad a un pasado jurídico previamente desligado de sus factores de dinamicidad, de cambio. Esto se percibe por vía de ejemplo con toda claridad en relación con lo que en España son las trincheras del foralismo: desde ellas, unas veces con lenguaje y emoción mitificadoras, otras con apariciencias de lo que el propio Ajello calificaría peyorativamente como « metodo storico-giuridico formalistico », se ha defendido durante siglo y pico con éxito la conservación de unos ordenamientos jurídicos parciales en un doble sentido (por su base territorial y por la insuficiencia de su contenido), o de aisladas instituciones

(1) Raffaele AJELLO, *Arcana juris. Diritto e politica nel settecento italiano*, Napoli, Jovene editore, 1976, pág. 4.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de raíz « foral ». El libro de Bartolomé Clavero estudia este problema, es decir, analiza el hecho y busca sus causas. Lo hace no por medio de una monografía sistemática y con intención de exhaustividad, sino a través de cinco estudios publicados antes en diversas revistas profesionales. El tema, pues, no se agota; pero los estudios parciales tienen unidad de método, de propósito y de preocupaciones, de modo que constituyen un libro dotado de homogeneidad, en el cual el carácter ensayístico de alguno de sus capítulos (antes trabajos independientes) le permite adentrarse en problemas propios del actual Derecho constitucional español, invasión no caprichosa ni ajena a las « competencias académicas » de un historiador del Derecho, pues consiste en reflexionar sobre cómo acoge la Constitución española de 1978 en su articulado la historia jurídica y en particular los Derechos forales.

II.

Conviene dejar constancia en breve resumen del contenido de los cinco estudios.

En el primero (« Los Fueros en la España contemporánea: de la reacción antiliberal al federalismo vergonzante ») estudia cómo la persistencia de los Derechos forales dentro del sistema constitucional pasó a lograrse, después de la pretendida confrontación entre Constitución y Fueros propuesta por el carlismo, merced a una adopción de la tesis de la compatibilidad por los sectores moderados del liberalismo. Analiza los textos constitucionales con relación a los Derechos forales y cómo se conforma lo que denomina « el engendro del Estado centralista y foral », para referirse luego muy brevemente a la Constitución republicana de 1931 y a la actual de 1978, en relación con la cual llama la atención sobre los diversos preceptos alusivos a los Derechos forales. Acerca de este último punto volveré más adelante.

Estos mismos temas constituyen el contenido de los trabajos segundo (« Historia jurídica y código político: los Derechos forales y la Constitución ») y quinto (« Presencia política de la historia: nacionalidades y autonomías en la Constitución »), si bien en ellos concede mayor desarrollo al problema concerniente a la Constitución de 1978, así como al de la inserción de los Derechos civiles forales en el Código civil.

Los estudios tercero y cuarto tienen una mayor autonomía aun sin salir de la temática común ya descrita. Quizá el mejor de todo el libro sea el titulado « Revolución científica y servidumbre histórica: en los orígenes de la cuestión foral ». En él arranca de la unificación de pesas y medidas en la España de la Ilustración borbónica, para pasar al terreno de la unidad de Derecho simbolizada por el Código como instrumento y como método y a la cual se oponían la diversidad de fueros « en su sentido de desigualdades y distinciones de carácter

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tanto territorial como social» (p. 47). Un código que venía impuesto por una previa cuestión de método, del método racionalista, sistemático y universal propio de la ciencia moderna que tenía en la matemática o/y en la geometría su modelo. Ahora bien, en la España de la Ilustración faltó la mediación de una ciencia jurídica que llevara a cabo una tarea de «verdadera integración del derecho de todos estos territorios (*los de «Derecho foral»*) bajo unos principios adecuados al efecto» (pág. 62 y passim hasta pág. 80). El fracaso de esa orientación jurídica, el llamado «institucionalismo» contribuyó a que, faltos de integración doctrinal, los Derechos forales (unos de contenido político-administrativo, fiscal o militar, otros compuestos por institudiones de Derecho civil «sensu stricto») se presentaran intactos a la hora de la Codificación, esto es, de los códigos políticos o civiles. Al llegar aquí, ya más cerca del contenido de los trabajos antes resumidos, Clavero vuelve a insistir, ahora con mayor detenimiento, en el proceso histórico de contraposición inicial y convivencia posterior entre Constitución (o código político) y Fuero. La mitología foralista, el carlismo anticonstitucional, el fracaso — de nuevo — de una «doctrina o jurisprudencia nacional» integradora (pág. 71), la derrota del federalismo republicano y la inserción pacifica de la cuestión civil foral dentro del Código de 1889 conducen a un final anómalo: «pudo seguir presente, por encima de la revolución, el fuero» (pág. 80).

Por qué ésto fue así? Cómo explicar que a través de «la revolución iusliberal» el Fuero subsista con el Cógico? El último trabajo a comentar constituye una respuesta a esos interrogantes generales, bien que acotada a una cuestión particular, la de los censos agrarios. Clavero comienza por analizar las distintas clases de censos antes de la revolución liberal centrando su atención en los «foros» gallegos y en las «rabassas» catalanas como formas de censo enfiteutico. Ya en la época liberal Clavero sostiene la tesis de que «la revolución española no parece alcanzar el capítulo de los censos» (pág. 101). La subsistencia y la redimibilidad de los censos y en concreto de los agrarios ya mencionados atravesó por diversas vicisitudes, de las cuales la más interesante, y ya significativamente tardía, es la representada durante la I Republica por la ley de redención general de censos de 20 de agosto de 1873, que no suprime, pero sí declara «redimibles todas las pensiones y rentas que afectan a la propiedad inmueble», entre ellas expresamente los foros y las rabassas. Redención que se regula como una facultad del censatario, y no, como cinicamente pretendían algunos, del censualista. «Ya no hay división ni subordinación de dominios en la ley de 20 de agosto de 1873; desde su comienzo, sólo existe un único concepto de propiedad inmueble y, desde su comienzo, esta propiedad se le reconoce pacificamente al censatario: la propiedad, con toda su panoplia de defensa jurídica e ideológica propia del sistema iusliberal» (pág. 127). Pero la caída de la República arra-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stró la de esta ley incluso antes de que la República desapareciese formalmente. Un Decreto de 20 de febrero de 1874 dejó « en suspenso » la ley de 20.VIII.1873, es decir, una decisión del ejecutivo hizo ineficaz una ley de las Cortes. Claro es que — se dijo — la suspensión era provisional, pero en España este género de decisiones solían ser de duración indefinida, y así ocurrió con la ley y su suspensión, aceptada por lo demás sin escrúpulos formales por el Tribunal Supremo. Tras el intento fracasado de la Ley de 1873 pronto se llega al Código civil de 1888-1889, aún hoy vigente, que « consagra la institución (*de los censos*), la legitima plenamente como un contrato entre otros dentro del nuevo sistema » (pág. 133) y la regula de modo inequivocamente favorable a los censualistas. Así las cosas, los censos agrarios son meras supervivencias feudales? Sí, se responde Clavero, siempre que « con ello entendamos institución que históricamente aparece y se desarrolla en un sistema de carácter señorial » (pág. 140). No, añade y matiza, si con ello se quiere aludir a la presencia « anacrónica » de una « reliquia » de viejos tiempos. La tesis de Clavero consiste en que los censos agrarios, tras la revolución liberal, no son lo mismo que antes de ella, pues en su transcurso y finalmente en el Código experimentan una transformación que permite adecuarlos, « integrados y adoptados », « al efectivo desarrollo de unos intereses del sistema que — y aquí una ligera diferencia — no se identifican ciertamente con los del campesinado » (pág. 145). En función de esos intereses se conservan en el Código unas instituciones feudades por su origen y forales por su vigencia territorialmente parcial. Anticipándome a futuras matizaciones respecto a otros puntos de su libro, me apresuro a mostrar mi total coincidencia con Clavero respecto a su interpretación de por qué se conserva y transforma el censo enfiteutico (aunque no entro en su análisis final respecto a los conceptos marxianos de renta agraria). Por citar textos ajenos y previos a la tradición marxista, recordemos que ya Hobbes escribió que « los hombres poderosos rompen a discreción la telaraña de leyes de su país » (2), repitiendo un tópico culto que ya aparece en el « Regiment de la cosa pública » (1383) del franciscano Eiximenis, cuando dice que los poderosos « fan de la llei tela d'aranya, que no pot retenir res que sia fort, mas reté mosquits e coses sens força » (3). Los débiles, quienes no tienen fuerza, no rompen esa tela de araña, pero si los poderosos sí que son capaces de romper o de incumplir las leyes, también lo son para transformarlas y para conservar, en nombre de algún mito tal vez, de las viejas instituciones aquello que, adaptado, les interesa no como reliquia ni como símbolo inocente, sino como mecanismo jurídico beneficioso.

---

(2) Leviatan 2ª, XXVII.

(3) Francesc EIXIMENIS, *Regiment de la cosa publica*, Barcelona, ed. Barcino, 1927, capítulo XI.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

III.

Para mejor individualizarlas y para facilitar la concisión de mi comentario voy a formular por separado algunas observaciones críticas a aspectos parciales del libro de Clavero.

a) En el lugar antes citado Clavero, insistiendo en lo que ya expuso en otro trabajo (4), manifiesta el fracaso de la doctrina o género institucionista (5) en España para integrar en una unidad científica racional las diferencias jurídicas subsistentes entre los diferentes reinos hispánicos, sin haber sabido « prácticamente plantearla sino como extensión del orden castellano » (pág. 63). Comparto plenamente la inteligente observación de Clavero y no me constituyo en modo alguno como defensor de los juristas (Asso, de Manuel, Salas, Dou) cuyas deficiencias pone de manifiesto. Sólo quisiera añadir una puntualización para complicar algo más las cosas, es decir, para acercarnos más a su realidad siempre compleja. Pienso que la insuficiencia de ese institucionismo se debió en España tanto a la mediocridad de sus cultivadores y al escaso arraigo del racionalismo o método matemático « more geometrico ») en nuestros juristas, como a la diversidad real y a la profundidad de las diferancias entre los elementos a integrar científicamente por los juristas. O dicho de otra manera: el problema en España era — y es — atinente a la constitución política y no hubiera podido resolverse solo ni primariamente por vía jurídico doctrinal.

b) A propósito de los Derechos forales civiles, Clavero en la nota 64 de la página 121 de su libro me reprocha con amabilidad (6) y con razón el haber dedicado por mi parte escasa atención en un « escualido apartado » de mi « Manual de Historia del Derecho español » (7) a la cuestión *civil* foral. Es verdad. Por motivos (seguramente desarcetados) desglosé el estudio de la unidad o diversidad del ordenamiento en sus aspectos públicos (esto es, los correspondientes al problema vasco y navarro) y el de los Derechos civiles forales que, estudiados dentro del tema de la codificación civil pueden resultar, a pesar mío pero no sin culpa mía, degradados y desligados de aquellos otros más gene-

---

(4) *La disputa del método en las postrimerías de una sociedad, 1798-1808, AHDE*, XLVIII (1978), 307-334, en concreto, págs. 309-319.

(5) Sobre ella cfr. Johannes-Michael SCHOLZ, *Penser les institutes hispano-romaines*, « Quaderni fiorentini », 8 (1979), 157-178. Mariano PESET, *Derecho romano y Derecho real en las Universidades del siglo XVIII, AHDE*, XLV (1975), 273-339; K. LUIG, *Institutionenlehrbücher des nationalen Recht im 17. und 18. Jahrhundert, Ius Commune*, 3, 1970, 64-97.

(6) Informo al incrédulo lector de que Bartolomé Clavero y quien esto escribe, a pesar de ser colegas, somos amigos.

(7) Editorial Tecnos, 3ª ed. 1983. Cfr. « Quaderni fiorentini », 10 (1981), págs. 361-382.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rales. Quiero observar sin embargo que Clavero, quien dedica su atención en estos trabajos a la cuestión civil foral, no la vincula suficientemente, salvo en apuntes aislados, al problema más directamente político de la cuestión foral vasco-navarra. Con esta observación no pretendo incurrir en una ingenua devolución de la pelota crítica, sino llamar la atención sobre la carencia y la necesidad de una investigación que abarque las dos vertientes del mismo problema. Tras los trabajos de Clavero, en los que con tanta claridad se subrayan las implicaciones políticas de la cuestión civil foral, estamos más cerca de ese tratamiento unitario, porque al menos percibimos con mayor nitidez su necesidad.

c) También está en lo cierto Clavero al censurar tácitamente el hecho de que quienes hemos estudiado la desamortización en España en sus líneas generales no hayamos prestado atención a la desamortización de los censos (cfr. por ejemplo sus notas 39 y 45 en páginas 108 y 111). Sepa sin embargo el lector interesado en el tema (porque a Clavero le consta ya, aunque la publicación de su libro es anterior al hecho que refiero) que ahora mismo están a punto de publicarse diversos estudios sobre la desamortización y la redención de censos durante el proceso desamortizador que fueron presentados a las « Jornadas sobre desamortización y Hacienda Pública » que celebramos en la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo de Santander en agosto de 1982. Menciono el hecho porque aunque, como ya he dicho más arriba, comparto la tesis de Clavero respecto a por qué y cómo fueron adoptados y conservados los censos enfiteuticos, creo que su trabajo sobre los censos require algunos otros estudios complementarios. Es necesario, por una parte, esclarecer mejor la historia de los distintos censos antes de la Revolución, cuestión sobre la que ha trabajado Alicia Fiestas; y lo es también, por otro lado, que sepamos cuàndo, cómo, cuántos y qué tipos de censos agrarios fueron de hecho redimidos y en favor de quién a lo largo del proceso desamortizador. Sólo así, cuando sepamos responder a estas preguntas podremos valorar la importancia del proceso de transformación-conservación que Clavero describe.

IV.

He dejado para el final la exposición de mis opiniones a propósito del problema suscitado por Clavero de la presencia de la historia en la Constitución española de 1978. Las ofrezco no como críticas o discrepancias a las ideas de Clavero, que en este punto más que desarrolladas por extenso están poco más que incoadas y con las que en lo sustancial coincido, sino como reflexión personal no improvisada, aunque aquí sintetizada, sobre unos problemas que siempre me han preocupado y en los que ahora me ocupo. Voy a exponer estas reflexiones por separado y casi como meros enunciados sin apenas desa-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rrollo, y ello tanto porque son respuestas a otras tantas observaciones o insinuaciones de Clavero, como porque no intento en absoluto formular una tratamiento completo del problema.

a) Las referencias explícitas de la Constitución española de 1978 (en adelante, CE) a la historia son ciertamente numerosas y son no solo las citadas por Clavero en su página 38 (esto es art. 149.1.8, disposición adicional primera y disposición derogatoria segunda), sino también otras como las contenidas en el art. 143.1 o en al 147.2.a. Todas ellas tienen como presupuestos lógicos y jurídico-políticos determinados preceptos de la Constitución y de modo singular los que afirman la existencia de España como sujeto constituyente (art. 1.1), como « Nación española » (art. 2 y Preámbulo); el que establece que « la soberanía nacional reside en el pueblo español » (artículo 1.2) y no, obviamente en ninguno de sus componentes o partes por separado; y el mismo artículo 2 en cuanto que, junto a la nación española, en cuya unidad se fundamenta la Constitución, se « reconoce y garanziaa el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas ». Enmarcadas en esta constelación de preceptos, ni la autonomía puede nunca entenderse como soberanía (cfr. en este sentido, Sentencia 4/1981 del Tribunal Constitucional en su fundamento jurídico tercero), ni existe en nuestro sistema constitucional otra legitimidad que la derivada de la Constitución, ni, por tanto, las referencias a la historia encierran nada parecido a una legitimidad histórica.

b) En este Estado complejo que la Constitución configura, no solo se equilibran los principios de unidad y de autonomía, sino el muy importante de solidaridad, sobre todo en su enunciación del artículo 138.2, que garantiza que « las diferencias entre los Estatutos de las distintas Comunidades Autónomas no podrán implicar en ningún caso, privilegios económicos o sociales ». Al generalizar la capacidad para constituirse en Comunidades Autónomas y no limitarse al reconocimiento en este sentido del precedente histórico de Cataluña, País Vasco y Galicia en la II República, el constituyente quiso evitar que las diferencias basadas en la historia (o eventualmente en los mitos) no se convirtieran en trato privilegiado a favor de nadie y en perjuicio de nadie. Al recogerse, no obstante, diferencias en algunos aspectos e identidades en otros entre unas y otras Comunidades (cfr. en este sentido Sentencia del T.C. de 5 agosto de 1983 sobre el proyecto de la llamada L.O.A.P.A.), el principio de solidaridad del art. 138.2 trata de evitar privilegios, del mismo modo que otros aspectos constitucionales como el art. 139 y el art. 149.1.1 garantizan la igualdad de derechos de los españoles.

c) Queda roto con la C.E. lo que con acierto y donaire denomina Clavero « el engendro del Estado centralista y foral » (pag. 10) ya desmontado por la Constitución de 1931 (de tanto influjo en la italiana

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de 1947, por cierto), pero ahora con mayor rigor, generalidad e imaginación. Que el Estado no es ahora centralista no requiere mayor demonstración. Que no es « foral » aunque aluda a los fueros se sostiene con los siguientes razonamientos: *a*) lo ya expuesto respecto a la legimidad y a la imposible subsistencia — o existancia « ex novo » — de privilegios; *b*) la « conservación, modificación y desarrollo » de los Derechos civiles forales allí donde existan, ha de entenderse siempre en cuanto éstos, es decir, cada uno de sus preceptos sea compatibles con la Constitución, pues nunca la legitimidad histórica invocable en favor de tal o cual norma o institución foral podrá prevalecer frente a una norma constitucional con la cual fuera incompatible (sobre ello y sobre el juego posible de la disposición derogatoria tercera de la C.E. cfr. la Sentencia del T.C. de 1 de junio de 1981 en la cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 252 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña, especialmente en el último de sus fundamentos jurídicos); *c*) tal idea se reafirma merced a la disposición adicional primera, pues si es cierto que en ella se dice que la Constitución « ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales », también lo es que « la actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía », los cuales, por lo demás son la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma, sí, pero « dentro de los términos de la presente Constitución » (artículo 147.1 CE).

d) La derogación contenida en la Disposición segunda de las de esta naturaleza ha de interpretarse, entre otras coordenadas ya aludidas, de acuerdo con el artículo 2.2 del vigente Código civil, según el cual « por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado ».

e) La locución los « derechos históricos de los territorios forales » no puede significar, como quizà alguien pudiera pretender, ningún tipo de « derecho subjetivo » de tal o cual parte del pueblo español, previo a la Constitución e incompatible con sus preceptos ya apuntados aquí, sino que con tal expresión, acaso no muy feliz por ambigua, el constituyente se refiere a normas objetivas vigentes en tal o cual territorio y que, en cuanto no se opongan a la Constitución, quedan amparadas por ella como punto de partida de su régimen autonómico. Ni su contenido actual ni su actualización o desarrollo caben al margen de o en contra de la Constitución. La interpretación sistemática de todos estos preceptos y en especial del párrafo segundo de la Disposición derogatoria segunda implica precisamente la subordinación de la legitimidad histórica a la legitimidad constitucional y democrática. O dicho de otro modo: de la historia, o el mito, a la razón.

Que más allá de esta líneas subsisten problemas de interpretación constitucional es notorio. Algunos de ellos han sido puestos de manifiesto por Clavero. Otros han dado lugar ya a Sentencias del Tribunal

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Constitucional. Más de uno provocará en un futuro más o menos inmediato nuevas resoluciones de dicho órgano constitucional. Con todo, con sus indecisiones y con sus relativas ambigüedades, la Constitución ha implantado en orden al problema de la unidad o la diversidad del ordenamiento soluciones nuevas y, en lo fundamental, claras. En el ordenamiento jurídico español caben ordenamientos parciales y diversos entre sì, como en un sistema pueden integrarse subsistemas. Bien entendido que la complejidad del ordenamiento no puede romper su unidad en lo concerniente a unos fundamentos constitucionales que son raíz, límite y marco comunes a todos los ordenamientos autonómicos. Si en el constitucionalismo español del siglo XIX (sin más excepción que el nunca promulgado Proyecto constitucional de la República federal de 1873) la « unidad constitucional de la Monarquía » fue un principio difícilmente compatible con diferencias « forales », y precisamente por la mala solución del problema origen de privilegios en favor de determinados territorios, dandose así la paradójica coexistencia de que trata Clavero entre Códigos, Fueros y — añado yo — privilegios, la fórmula constitucional actual asume la diversidad como un hecho real e histórico que ella, la Constitución, reconoce y legitima (artículo 2), y que ella misma generaliza (artículo 143.1) más alla de lo que podríamos denominar precedentes históricos. Todo ello, entiendo yo, para que la diversidad jurídica no pueda nunca ser equivalente a parciales ordenamientos privilegiados que en la historia se dieron, pero que una legitimidad democrática no podría admitir.

V.

Un libro vale no solo por lo que dice sino también por lo que sugiere. La lectura del de Bartolomé Clavero provoca reflexiones, suscita cuestiones dormidas y anima a realizar investigaciones histórico-jurídicas que ayuden, explicando nuestra historia, a entender nuestro Derecho y nuestra sociedad actuales. No es un libro muerto al nacer, sino un libro vivo y vivificador, que demuestra, entre otras cosas, el vigor y el rigor quela Historia del Derecho alcanza hoy en España cuando la cultivan hombres como él, de sólida formación intelectual y limpia trayectoria universitaria.

FRANCISCO TOMAS Y VALIENTE

Mario CONDORELLI, *La cultura giuridica in Sicilia dall'Illuminismo all'Unità*, Catania, Bonanno, 1982 (*Studi risorgimentali*, 14), pp. VIII-131 s.p.

Le finalità che M. Condorelli si prefiggeva di raggiungere attraverso il suo agile volume sono da lui stesso esposte nella ' premessa ': « tracciare un rapido ed essenziale profilo della cultura giuridica sici-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

liana dalla metà del settecento all'unità d'Italia, profilo storico ... da collocare, come la tessera di un mosaico, nel più vasto quadro dell'opera cui appartiene ... »: il saggio infatti è destinato alla Storia della Sicilia pubblicata sotto la direzione di Rosario Romeo. Non si ingannava tuttavia l'A. individuando nel suo articolo una autonomia che ne garentiva l'interesse anche al di fuori dell'originario e insieme futuro contesto: ed è un interesse che, a prescindere dalle qualità dell'articolo stesso, viene alimentato dalla scarsa informazione che si ha generalmente riguardo quel periodo, del quale sono conosciuti solo pochi protagonisti. Mentre infatti i giuristi siciliani dell'età aragonese sono stati recentemente studiati da Andrea Romano, e quelli del tardo diritto comune furono, sia pur modestamente, illustrati nelle antiche opere (solo in questi giorni è stato pubblicato un volume di Vittorio Sciuti Russi che si è loro accostato con moderna metodologia), e mentre ancora i problemi e le tendenze della storiografia giuridica siciliana tra tardo ottocento e primo novecento hanno trovato in Manlio Bellomo un attento espositore, mancano, come lo stesso Condorelli ha notato, studi organici ed approfonditi sul settecento giuridico siciliano. L'autore, impegnato sul piano della storia del diritto pubblico e di quella del diritto privato, ha giustamente considerato insieme i due fenomeni: e diciamo 'giustamente' in quanto, in Sicilia più che altrove, la persistenza di strutture feudali, o che del linguaggio feudale si servivano come supporto, contribuì a rendere meno distinti, sul piano degli studi, *ius publicum* e *ius privatum*. L'A. ha pertanto soffermato la sua attenzione sulla cultura giuridica e sulla società siciliana agli inizi dell'illuminismo, proseguendo ad illustrare il riformismo borbonico e le suggestioni politiche che provenivano dall'Inghilterra, per arrivare — attraverso la codificazione del 1819 — al riordinamento delle Facoltà di giurisprudenza e alle prospettive che, dopo il 1848, si aprono verso una cultura giuridica 'italiana'. Su questo sfondo vengono collocati i singoli giuristi di cui sono ricordate le opere anche meno note: ne viene una bibliografia ragionata alla quale — anche se essa non appare esaustiva — certamente dovrà far ricorso chi si accosterà a quel momento della storia isolana. Il volume contiene un'appendice dedicata a due giuristi, Giovan Battista Caruso e Stefano Di Chiara, il primo dei quali vissuto tra l'ultimo '600 e il primo '700. Opera utile dunque, quella di M. Condorelli, e opera breve: una brevità tuttavia che non è certo povertà, come l'ampio corredo di note dimostra. Il giudizio negativo che sulla cultura giuridica siciliana della fine del XVIII secolo dava il De Cosmi pare condiviso dall'A. che ha il merito di aver dato buon risalto a figure, come quella di Rosario Gregorio, realmente significative senza cadere, per amore del proprio oggetto di studio, in encomi di lucianesca maniera. Un libro, in definitiva, del quale si deve essere grati al Condorelli.

ENRICO MAZZARESE FARDELLA

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Gustavo CORNI, *Stato assoluto e società agraria in Prussia nell'età di Federico II*, Bologna, Società editrice Il Mulino, 1982, 470 pp. (= Annali dell'Istituto storico-italo-germanico, Monografia 4).

So exakt wie nur möglich gibt der Titel den Inhalt des Buchs wieder: die Stellung von Landwirtschaft, Großgrundbesitz und insbesondere der adligen Grundbesitzer im preußischen Staat des 18. Jahrhunderts, ein Thema, das in den bahnbrechenden, auch für Corni vorbildlichen Untersuchungen von H. Rosenberg und O. Büsch relativ am Rande geblieben ist. Speziell wird danach gefragt, wie die Etablierung des absolutistischen Staats zu einem « Kompromiß » zwischen Souverän und Adel führte, der nicht als eine säuberliche Arbeitsteilung zwischen politischer und wirtschaftlicher Sphäre verstanden wird, sondern als ein beständiger Konflikt, in dem die beiden Protagonisten ihre jeweiligen Interessen durchzusetzen suchten, die überdies an vielen Punkten mit denjenigen der Bauern und bürgerlichen Landpächter kollidierten. Grundlage der Untersuchung bildet eine umfassende Auswertung des riesigen Schrifttums zu dem Thema. Ältere und neuere Kontroversen der einschlägigen Forschung werden an vielen Stellen sorgfältig rekapituliert, so daß das Buch streckenweise die Funktion eines kritischen Literaturberichts erfüllt. Hinzu tritt eine systematische Auswertung der umfangreichen, gedruckt vorliegenden Quellen, welche nicht nur für die Erhellung von Spezialproblemen, sondern auch grundsätzlicher Sachverhalte wichtig sind. Entgegen dem wortlaut des Titels schließt die Darstellung auch die Regierungszeit Friedrich Wilhelms I. ein und greift gelegentlich noch weiter zurück, aber das Hauptaugenmerk und die zentralen Thesen betreffen, wie gleich zu sehen sein wird, die Politik Friedrichs II. Die weitgehende geographische Beschränkung auf den ostelbischen Raum ist durch das Thema gewissermaßen vorgegeben.

Einem Einleitungskapitel, das einen historiographischen Abriß der Kontroversen über die Entstehung der « zweiten Leibeigenschaft » enthält, folgt der erste Hauptteil über die staatliche Domänenpolitik seit dem ausgehenden 17. Jahrhundert. Für Friedrich Wilhelm I. wird einfach konstatiert, daß rein fiskalische Gesichtspunkte seiner ganzen diesbezüglichen Politik zugrunde gelegen hätten; dagegen werden die entsprechenden Maßnahmen seine Sohns einzeln einer rigorosen Kritik unterzogen: dessen « Bauernschutz »-Politik erschöpfe sich in einer Mischung aus (meist rein verbalem) humanitärem Mitgefühl und « freddo calcolo politico »; auch dessen fester Standpunkt in der Frage des Bauernlegens wird letztlich negativ beurteilt: der auf merkantilistisch-populationistische Beweggründe zurückgeführte Versuch, ein möglichst zahlreiches Bauerntum zu erhalten, habe die wirtschaftlichen Entwicklungsmöglichkeiten der großen Grundbesitzer eingeengt, ohne den Bauern eine reale Chance zur Konsolidierung ihrer Stellung

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zu geben. Dagegen werden die halbherzigen und unzulänglichen Maßnahmen, die Erbpacht auf Kosten der Generalpacht auszudehnen, genau umgekehrt erklärt: Rücksichten auf das wirtschaftliche Gedeihen der Domänengüter hätten die Oberhand über die populationistischen Ziele behalten. Als weitere Belege für die These, daß Friedrichs wirtschafts- und gesellschaftspolitische Zielsetzungen rückwärts gewandt bzw. an der Erhaltung des Status quo orientiert gewesen seien, dienen die abschließenden Darlegungen von Teil I. Seiner Kolonisation wird zwar in bevölkerungspolitischer Hinsicht ein « risultato considerevole » bescheinigt, der allerdings den Kolonisten selbst zum Nachteil gereicht habe (zu geringe Abmessung der Güter etc.). Auch die Maßnahmen, den landbaulichen Fortschritt zu befördern, seien überall dort auf ihre Grenze gestoßen, wo sie die gegebene Sozialstruktur tangiert hätten. Bezeichnenderweise habe die erste landwirtschaftliche Gesellschaft in Preußen erst nach Friedrichs Tod gegründet werden können. Auf die zentrale These des zweiten Teils (« Der Staat und der Adel ») verweist bereits das Fazit, das aus der friederizianischen Getreidehandelspolitik gezogen wird: Diese habe zwar durch ihre Beschneidung adliger Privilegien auch gegen diesen Stand gerichtete Züge aufgewiesen, aber in erster Linie der Verfolgung staatspolitischer Ziele gedient, nämlich gesellschaftliche Unruhe zu verhindern und die vorrangigen Bedürfnisse des Heers zu befriedigen; damit aber und indem sie den einheimischen Produzenten den expandierenden inneren Markt reservierte, habe sie langfristig « la posizione egemonica della classe dominante nobiliare » gefestigt.

Auch dem zweiten Teil ist eine Einleitung vorangestellt, die die wichtigsten historiographischen Interpretationen des Verhältnisses von preußischer Monarchie und Adel rekapituliert. Eindeutig wird dem funktionalistisch-strukturalistischen Erklärungsmodell Rosenbergs der Vorzug gegeben, jedoch die Einschränkung gemacht, daß dieser die Rolle des Staats für die Entwicklung der Bürokratie zu gering veranschlagt habe. Ähnlich wird an anderer Stelle gegen Büsch eingewandt, daß die Militärpolitik des absolutistischen Staats ein Element mit eigener Dynamik gebildet habe, dem eine vorrangige Aufmerksamkeit zu schenken sei. Mit anderen Worten sei der Wille des Monarchen als ein maßgeblicher Faktor des historischen Geschehens gebührend zu berücksichtigen. Auf Friedrich II. bezogen heißt das, dessen fundamentalen Konservatismus ernst zu nehmen, der darin bestanden habe, den gesellschaftlichen Status quo zu fixieren. Dessen Garant bildete der Adel: « Da questo presupposto gerarchico-funzionale derivava la necessità primaria per lo stato di mantenere alla nobiltà un adeguato spazio economico ». Dieser Grundthese entsprechend werden nahezu sämtliche den Adel betreffenden Maßnahmen Friedrichs in den Bereichen der Landwirtschafts-, Bauern-, Steuer-, Kreditpolitik usw. als adelsfreundliche interpretiert. In welcher Weise der Monarch gerade

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dadurch das von ihm anvisierte Herrschaftssystem unterminierte, zeigen die Schlußbetrachtungen über seine Kreditpolitik: mit der Einrichtung der « Landschaften » habe er « a tutti i costi il ceto basilare del suo sistema politico » verteidigen wollen, dadurch aber die Bildung eines ländlichen Mittelstandes aufgehalten, den Zufluß städtischen und bürgerlichen Kapitals in den gewerblichen und kommerziellen Sektor gebremst, « un'artificiosa sopravvalutazione dell'importanza economica del settore agricolo » bewirkt und somit die Krise des gutsherrschaftlichen Systems und des absolutistischen Staats, der auf jenem beruhte, beschleunigt. Der Darstellung der inneren Widersprüche und strukturellen Schwächen des « friederizianischen Systems » ist das abschließende Kapitel gewidmet; dieses mündet in die Feststellung ein , daß der dem Bauernstand gewidmete Titel des Allgemeinen Landrechts ein obsoleter und vergeblicher Versuch gewesen sei, den Immobilismus der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Verhältnisse für die Zukunft rechtlich zu sanktionieren.

Unabhängig davon, wie man zu Cornis « pessimistischer » Interpretation im ganzen oder in Details steht, hat das Buch große, unbestreitbare Verdienste: es stellt den kühnen Versuch dar, eine fast uferlose Literatur kritisch zu sichten und neue Antworten auf alte bzw. umstrittene Fragen zu geben. Eine entsagungsvolle Aufgabe, die ihm alle Leser zu danken wissen werden, hat der Autor damit auf sich genommen, daß er sich, oft unter Rückgriff auf die Quellen, um die Klärung zahlreicher, in der Forschung umstrittener Einzelprobleme bemüht und damit wichtige Anregungen für künftige Forschungen gegeben hat.

VOLKER HUNECKE

Guido FASSÒ, *Scritti di filosofia del diritto,* a cura di Enrico Pattaro, Carla Faralli, Giampaolo Zucchini. Pubblicazioni del Seminario Giuridico dell'Università di Bologna, LXXXV, Milano, Giuffrè, 1982, 3 voll., pp. LXXX + 1552.

L'iniziativa di raccogliere gli scritti di filosofia del diritto di Guido Fassò è altamente opportuna e meritoria. Gli studiosi ne debbono essere grati ai curatori: Enrico Pattaro (che al Maestro è succeduto sulla cattedra bolognese), Carla Faralli, Giampaolo Zucchini. Con questi tre ricchi volumi diviene facilmente accessibile una produzione, altrimenti sparsa in riviste e in atti occasionali, che sta a testimoniare il cammino limpido e coerente di una tra le personalità intellettualmente più vive ed oneste della nostra cultura del secondo dopoguerra, purtroppo strappata anzi tempo agli studi. I curatori avvertono che dell'opera di Guido Fassò (1915-1974) rimangono escluse da questa pur ampia raccolta: *a*) le opere pubblicate quali volumi separati; *b*) arti-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

coli occasionali che sono parsi non riconducibili alla « filosofia del diritto »; *c*) scritti di letteratura e di critica cinematografica, risalenti agli anni giovanili (p. XIII). Si può convenire sull'opportunità di preservare la purezza e omogeneità scientifica della raccolta, escludendo gli scritti delle due ultime categorie menzionate; giudicheranno i curatori, o altri studiosi interessati, se non sia opportuna la pubblicazione separata degli scritti minori ora esclusi, per dare un'immagine completa della cultura e dell'evoluzione di Fassò, ovvero di uno studioso che, alieno quant'altri mai da digressioni e dilettantismi, mostrava però in ogni pagina la vastità e classicità delle proprie conoscenze. Evidente è invece la necessità di escludere le opere apparse quali volumi separati. Tra esse sono opere a tutti note, che hanno saldamente stabilito il prestigio scientifico di Fassò: basti ricordare gli studi vichiani e groziani (da *I « quattro auttori » del Vico. Saggio sulla genesi della « Scienza nuova »*, del 1949, alla cura e traduzione dei *Prolegomeni al diritto della guerra e della pace* di Grozio, dello stesso anno, a *Vico e Grozio*, del 1971) e la fondamentale *Storia della filosofia del diritto* (in tre volumi: 1966, 1968, 1970). Sono anche da ricordare: *La democrazia in Grecia*, del 1959; *Il diritto naturale*, del 1964; *La legge della ragione*, dello stesso anno; *Società, legge e ragione*, apparso nell'anno della morte (ma i due ultimi volumi raccolgono e rifondono scritti precedenti, che si trovano in questa stessa raccolta). Ricordiamo per ultimi, non per caso, i due scritti in cui è documentata la fisionomia teoretica di Fassò, il quale, se fu grande storico del pensiero, ebbe anche un'impronta filosofica originalissima, e una chiarezza ideale che diede senso unitario ai molti interventi su problemi teoretici, oggi raccolti nei presenti volumi. Ci riferiamo alle opere *La storia come esperienza giuridica*, del 1953, e *Cristianesimo e società*, del 1956.

Oltre agli scritti di Fassò, la raccolta contiene: una *Nota dei curatori*, che spiega i criteri seguiti (pp. XIII-XV); un'ampia *Introduzione* di Enrico Pattaro, dal titolo *Sull'assoluto. Contributo allo studio del pensiero di Guido Fassò* (pp. XIX-LXXX); una *Bibliografia degli scritti filosofico-giuridici di Guido Fassò*, a cura di Giampaolo Zucchini (pp. 1465-1473); uno studio di Carla Faralli dal titolo *I momenti della riflessione critica su Guido Fassò* (pp. 1477-1517). Di modo che questi volumi offrono una base per chiunque si accosti criticamente all'opera e al pensiero di Fassò: lo *status quaestionis* è chiaramente delineato. È ancora da dire che gli scritti di Fassò sono ripartiti in tre categorie: *a*) saggi e articoli, *b*) voci di enciclopedia, *c*) recensioni. Se i « saggi e articoli » occupano la maggior parte dei volumi, notevole è però anche la mole delle « voci di enciclopedia » (pp. 1205-1377): un genere letterario che Fassò coltivò con assiduità, e che era particolarmente congeniale alla sua mente storica, e alla chiarezza concettuale alla quale egli era sempre solito congiungere rigorosamente la ricostruzione storica: poche pagine sono in grado, in queste voci, di dare le linee maestre di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un tema, o dell'opera di un autore (esemplari ci sembrano, tra le voci su temi teoretici, *Democrazia*, del 1960, e *Giusnaturalismo*, apparso postumo nel 1976; tra le voci su temi storici, quelle sui due autori di Fassò per eccellenza, *Groot*, del 1967, e *Vico*, apparso postumo nel 1975). Non molte sono invece le recensioni (28, di contro a 49 voci di enciclopedia) in chi pure fu studioso di larghissime letture. Se si tolgono le recensioni legate agli esordi scientifici e ai loro temi, rimangono pochi interventi; tra questi dobbiamo ricordare, per l'interesse oggettivo e per la luce che portano sulla personalità di Fassò, le recensioni dedicate ad autori coi quali egli fu in singolare vicinanza spirituale: come le recensioni a volumi di Bobbio su temi filosofico-giuridici, o al volume di Piovani, *Giusnaturalismo ed etica moderna* (del 1961; la recensione è dell'anno seguente). Peraltro, per valutare la presenza attiva, insieme critica e costruttiva, di Fassò nella cultura italiana, si deve pensare alle molte discussioni che egli costantemente e con passione sollevava su temi storici e teoretici: più della recensione, lo attraeva la discussione ampia che ruotasse intorno a un problema a lui congeniale. Si pensi alle osservazioni che egli svolse su due libri di Sergio Cotta, ancora uno studioso col quale egli fu in profondo dialogo: i libri di questo su San Tommaso e su Sant'Agostino (degli anni 1955 e 1960) sollecitarono la meditazione di Fassò in due articoli: *San Tommaso giurista laico?* (del 1958) e *Sant'Agostino e il giusnaturalismo cristiano* (del 1964). Inoltre, tutta l'attività di Fassò fu segnata dalla polemica, spesso anche dura o sarcastica, che egli rivolgeva ad autori grandi e piccoli, lontani e vicini. Polemizzava su temi filologici ed eruditi, riprendendo e correggendo; polemizzava su problemi teoretici, dove non trovasse chiarezza di pensiero, egli che era scrittore limpido e rifuggiva da qualsiasi ambiguità o da compiacenti silenzi. Talvolta colpisce, ancor oggi, la durezza della polemica; ed egli ne era certo consapevole, e scrisse una volta queste parole, che valgono a spiegare un tratto della sua personalità: nella sua connaturata avversione ai « radicatissimi luoghi comuni » (nella ricerca scientifica come nei modi del pensare politico), egli replicava sempre con vigore, e talora con troppo vigore, e metteva in luce « componenti » opposte a quelle comunemente accettate. Scriveva: « Forse, nel cercare di metterle in luce, ho calcato troppo sulla loro importanza? Se questo è avvenuto, è stato (per ricorrere ancora una volta a Grozio e prendere a prestito da lui l'immagine di cui si serve a proposito di Erasmo) con l'intenzione con cui si piegano in senso opposto gli oggetti incurvatisi, per cercare di farli tornare nella posizione giusta » (p. 830). In quell'occasione, egli parlava delle convinzioni diffuse sulle « componenti » originarie dell'etica laica, di solito vista derivare dal protestantesimo e dai suoi moti preparatorî; mentre egli vedeva « componenti » più ampie, e « radici » che egli individuava « per gran parte proprio nel tomismo » (p. 809). Egli era quindi in uno dei campi prediletti della sua indagine; ma quell'intenzione lì dichia-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rata e illustrata, con l'immagine degli « oggetti incurvatisi », vale a farci comprendere la intransigente vena polemica, strumento per riportare alla « posizione giusta », che nel suo caso era la posizione della verità scientifica e del rigore metodologico. Di quella vena polemica, gran parte degli scritti qui pubblicati sono testimonianza, talora vivacissima. C'era in Fassò tutta la serietà intellettuale di chi conosce la fatica della paziente ricerca quotidiana. Non solo la storia del pensiero propriamente detta, con le sue regole filologiche; anche la filosofia aveva i suoi canoni e le sue conoscenze tecniche. Nel corso di una polemica del 1956, su uno dei temi che più gli stettero a cuore, quello del rapporto fra cristianesimo e società, egli scrisse, sulla dignità della filosofia, parole di sapore hegeliano, che hanno la loro permanente e ritornante validità. Allora, ammoniva disinvolti « giuristi cristiani » a starsene nei propri confini (di giuristi; il cristianesimo era altra cosa), e scriveva: « È strano, ma mentre tutti fanno a gara a dire che la filosofia è cosa astrusa, non v'è nessuno che non si senta legittimato a discuterne senza alcuna preparazione: ciò che non si sognerebbe di fare riguardo a qualsiasi altro argomento scientifico o tecnico » (p. 287). Perché egli, che era in senso proprio e fino in fondo « filosofo del diritto », ebbe chiara la dimensione « filosofica » della propria ricerca, e non intese mai che la propria controversa disciplina fosse riducibile a riflessione o generalizzazione di giuristi dotati di vocazione, temperamento, sia pure cultura.

Opportunamente, gli scritti di Fassò sono riprodotti in ordine cronologico (all'interno delle tre categorie citate sopra: saggi e articoli; voci di enciclopedia; recensioni). Se si tengono presenti anche i lavori pubblicati come volumi a parte, e sopra ricordati, ne viene la possibilità di giungere ad una periodizzazione. Pattaro, nel suo studio introduttivo, suggerisce la quadripartizione seguente: 1) il periodo 1947-51, « dedicato alla storia della filosofia, in particolare a Vico »; 2) il periodo 1951-58 (che comprende *La storia come esperienza giuridica* e *Cristianesimo e società*), « caratterizzato precipuamente dalla tematica, che potrebbe dargli il nome, ' Assoluto e storia ' »; 3) il periodo 1958-68 (culminante nei volumi primo e secondo della *Storia della filosofia del diritto*), che « potrebbe intitolarsi a ' Il diritto naturale ' »; 4) il periodo 1969-74 (nel quale si conclude la grande opera storiografica), che « potrebbe di converso intitolarsi a ' Il diritto positivo ' » (pp. XX-XXI). Così Pattaro, e con buone ragioni. Ma egli stesso ricorda che il Maestro « riconobbe valida in uno dei suoi ultimi scritti la distinzione-periodizzazione suggerita da Luigi Lombardi Vallauri » (p. XXI), il quale vedeva nella sua opera come un « dittico » affermante — così riferiva Fassò consentendo — « da un lato (...) la sopragiuridicità dell'eticità intesa come esperienza religiosa, e dall'altro (...) la funzione essenziale della ragione giuridica nel mondo » (p. XXI, da *Società, legge e ragione*, pp. 8-9; Lombardi Vallauri aveva formulato quel suggerimento

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in *Amicizia, carità, diritto*, Milano 1969, p. 238). Tenendo presenti i punti di vista espressi dai due studiosi, saremmo propensi a vedere una tripartizione, che è insieme una partizione temporale e tematica, una periodizzazione e una distinzione di interessi scientifici; dove i periodi si collegano l'un l'altro per affinità e per approfondimenti interni. Il primo periodo è certamente da collocare tra il 1947 e il 1951; è il periodo che vede nascere gli studi su Vico e su Grozio, e che è segnato dalla presenza di motivi neoidealistici e dall'emergere dell'originale storicismo di Fassò. Il secondo periodo, dal 1951 al 1958, è quello che vede apparire il « dittico » di cui parla Lombardi Vallauri, quel dittico a cui Pattaro dà il nome di « Assoluto e storia ». In questi anni è enunciata la filosofia di Fassò; gli anni successivi approfondiranno e talora ritoccheranno, ma i pilastri sono già posti saldamente. Dove la periodizzazione di Pattaro sembra meno giustificata, perché forse c'è soltanto accentuazione all'interno di un'unità, è nella cesura che pone tra il 1968 e il 1969. Sembra di poter dire che tutta l'attività successiva al 1958, ovvero dal 1959 al 1974 (e che muove, come Pattaro ricorda, dall'articolo *San Tommaso giurista laico?*), è dedicata alla meditazione integrale, per estensione diacronica e sincronica, del problema della ragione giuridica nel mondo storico-sociale: è ripercorso tutto il pensiero occidentale; si ha la progressiva accettazione di un diritto di ragione, il quale ha una sua autonomia di fronte al diritto tradotto in leggi. Anche la riflessione politica di Fassò, intensa in quegli anni, e più, certamente, dopo gli sconvolgimenti del 1968, rientra in quella visione di una ragione che opera nella storia con i suoi equilibri e meccanismi.

Gli scritti raccolti in questi volumi consentono di ritrovare gli aspetti salienti della meditazione di Fassò, di ripercorrerla nelle singole tappe del suo maturarsi, di seguire, come in una fuga a più voci, l'accedere di nuovi motivi a quelli di datazione più antica. In questo senso, come s'è già detto all'inizio, grande è l'utilità di questa raccolta per chi studi l'opera di Fassò; non solo, ma per chi si dedichi a ricostruire la vita intellettuale e morale, la cultura politica di quegli anni. In questa occasione, a chi scrive interessa porre in luce alcuni essenziali aspetti teoretici di quella riflessione. Ma ciò non intende certo sminuire il rilievo che si deve riconoscere a Fassò storico delle idee. Lo studioso di Vico e di Grozio, del diritto naturale classico, cristiano e moderno, è tale che ogni suo contributo è degno di attento studio vuoi per l'oggetto trattato, vuoi per ricostruire in modo più adeguato l'evoluzione dello stile di ricerca storiografica del suo autore, vuoi infine per gli apporti d'ordine teoretico che esso fornisce. In quest'ultimo senso, quello che qui interessa maggiormente, molti studi storici apportano argomenti per la visione della storia e della sua organizzazione giuridico-politica. Ma per fermarsi al solo rilievo storiografico, si deve ricordare che in questi volumi tornano studi su molti temi tipici e prediletti dell'attività di Fassò. Si vedano i vari ritorni su Vico: quello del 1947, *Il Vico*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nel pensiero del suo primo traduttore francese (dedicato al rapporto Vico-Michelet); al quale si ricollega, ventun anni dopo, *Un presunto discepolo del Vico. Giulio Michelet*; e inoltre vari interventi critici sulla *Scienza Nuova* e su temi vichiani, a cominciare dal saggio del 1948, *Genesi storica e genesi logica della filosofia della « Scienza nuova »*, per finire con lo scritto postumo *Il problema del diritto e l'origine storica della « Scienza Nuova » di G. Vico*. Si vedano anche gli scritti vari su Grozio: *Ugo Grozio tra medioevo ed età moderna*, del 1950, e il saggio, assai significativo per l'evoluzione personale di Fassò, *Ragione e storia nella dottrina di Grozio*, del 1950. Accanto a tali studi dovrebbero esserne menzionati molti altri, a cominciare da quello del 1961 su *Sociologia e diritto nella filosofia civile del Romagnosi*, fino ai molti studi su temi storici, sulla laicità immanente in pensatori cristiani, o sull'evoluzione del pensiero giuridico in senso più stretto, come nel saggio postumo, scritto per la *Storia delle idee politiche, economiche e sociali* diretta da Luigi Firpo, dal titolo *La scienza e la filosofia del diritto*: ricostruzione storica ammirevole nella sua lucida sinteticità, frutto maturo di una mente storica che aveva già prodotto le sue opere maggiori. Né si devono dimenticare i ritornanti interessi per il mondo greco, e per la forma democratica che in esso si realizzò: valga l'esempio dello studio del 1959 *La democrazia nell'antica Grecia e la riforma agraria*. Si può dire che non manchi, in questa raccolta, nessuno dei grandi temi storiografici di Fassò: Vico e Grozio, il pensiero cristiano, l'affermarsi della ragione giuridica, la grecità. Chi voglia ricostruire l'itinerario scientifico di Fassò storico delle idee, avrà ora a disposizione un materiale imponente, qui riunito dalle varie sedi in cui egli usava pubblicare i suoi saggi e articoli, e che erano quasi sempre riviste giuridiche: singolare e significativa predilezione in un autore che non ridusse mai la filosofia del diritto a teoria generale del diritto, ne volle preservata la filosoficità, ma volle anche mostrare come non si potesse prescindere dalla conoscenza dei problemi scientifici del diritto.

In questo senso si può esser certi che Fassò ebbe profonda e genuina dimestichezza con i problemi dei giuristi. Anche lo stile del suo pensiero e il suo stesso modo di esprimersi, serio e sobrio, tutto attento alle prove e ai nessi concettuali, risentiva beneficamente della formazione giuridica e degli interessi giuridici, anche se questi non furono peculiari ad un ramo specifico del diritto, ma si rivolsero piuttosto alla teoria generale, e semmai ai modi procedurali del divenire del diritto — si pensi all'interesse per il problema del giudice — come a quelli in cui meglio si scorge l'originalità della ragione giuridica nel suo affermarsi. Si può anche dire che la cultura giuridica di Fassò influì sull'originale forma del suo storicismo, al quale, fino agli ultimi anni, egli non venne mai meno. Gli scritti appartenenti al primo periodo mostrano Fassò che, movendo dall'interno della prospettiva neoidealistica, ne esce con una propria visione della realtà come storia, e della storia come

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

struttura in sé organizzata, razionale, scandita in istituzioni. Lo storicismo assoluto di Croce (un autore che, pure, Fassò ha ben conosciuto) è estraneo a questa forma di storicismo, tutto fatto di cose e di nessi reali. Vico e Grozio sono stati i fondamenti filosofici di questa visione della storia. Pattaro pone bene in luce come l'avversione di Fassò a un razionalismo astratto divenga visione storicistica « nei primi studi vichiani » (pp. XXIX-XXX); riferisce quanto Fassò stesso scriveva, sull'« esser vichiani » per il fatto di avere una « visione della storia come concreta razionalità ». Pattaro prosegue illustrando il passaggio di Fassò dagli studi vichiani, condotti in quell'atmosfera speculativa (non necessariamente o integralmente condivisa), alla personale visione storicistica del diritto. Qui influirono le nuove correnti che si affacciavano in Italia. « Le suggestioni del neoempirismo che si affacciava nella nostra cultura tra la fine degli anni Quaranta e i primi anni Cinquanta trovarono un'accoglienza non ostile in un Fassò convinto che, ' nella filosofia del diritto, molto spesso l'empirismo non è lontano dallo storicismo '. La specifica tematica giuridico-filosofica (...) lo faceva incontrare con le correnti sociologiche ed istituzionalistiche, ma nel contempo lo induceva, per superarne l'' oggettivismo naturalistico ', ad adottare un'impostazione filosofica di fondo *lato sensu* kantiana » (così Pattaro, *ibidem*, p. XXIV). In queste parole è detto l'essenziale sulla visione filosofica di Fassò. Il quale descriveva egli stesso, nel 1951, come vedeva la « crisi dell'idealismo », provocata da varie correnti di pensiero, che egli enumerava: il marxismo, l'esistenzialismo, lo spiritualismo cristiano, il neopositivismo. Empirismo e storicismo, egli li aveva accostati nelle parole prima citate, tratte dall'*Introduzione* ai *Prolegomeni* di Grozio (nella edizione 1961², p. 7) e nuovamente li aveva accostati, parlando dell'opera di Alessandro Levi, quando riteneva utile muovere, sia pur con misura e senso delle sfumature, dalla constatazione delle affinità tra « storicismo idealistico e sociologismo positivistico » (in questa raccolta, p. 216). In quello stesso scritto su Levi, Fassò avvertiva un'analogia tra due generazioni in crisi, quella di Levi, che usciva dal positivismo, la sua, che usciva dall'idealismo: due generazioni accomunate da « una posizione che conduce ad apprezzare, non già i beati possessori della verità, ma coloro che sono andati faticosamente fabbricandosene una, senza cieche fedeltà a dogmi e senza chiudere gli occhi davanti alla storia in cammino » (*ibidem*, p. 225). Quello scritto su Levi era del 1954, e vedeva, come altri scritti, lo sgretolarsi dell'idealismo per l'irruzione di nuove tendenze di pensiero, più legate all'osservazione diretta dell'esperienza. Rientrano in questo quadro anche le polemiche che Fassò condusse in quegli anni contro le facili riesumazioni del diritto naturale, talora troppo coerenti, e inconsapevoli nella loro professione di un diritto astorico, talora troppo incoerenti e disinvolte nella loro combinazione di diritto naturale e storia. Lo storicismo era così diffuso in quegli anni, e senza

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

effettiva consapevolezza critica, che si ebbero anche coloro che Fassò chiamò i « giusnatural-storicisti » (p. 521). Lo storicismo di quegli anni, e specialmente all'interno della cultura filosofico-giuridica (una cultura, in quel periodo, assai vivace, in ricambio con altri àmbiti filosofici e culturali), fu uno storicismo di origine, più che filosofica, empiristica, o addirittura empirica: fu lo storicismo di chi era cresciuto nell'indagine delle teorie giuridiche sociologiche e istituzionalistiche, e aveva meditato sul diritto e sui modi del suo farsi. Il diritto come « sistema storicamente progrediente », avrebbe detto Savigny; e in modi affini avevano pensato Santi Romano, Gurvitch, Capograssi, per fare soltanto pochissimi ma influenti nomi (per la valutazione dell'influenza di Capograssi, si può qui vedere la recensione di Fassò alla *Interpretazione di Capograssi*, pubblicata da Carnelutti nel 1956). Anche lo storicismo di Fassò si modellò in aspetti affini, pur nella indubbia sua penetrazione filosofica. Ma quello storicismo, se aveva le sue basi in Vico e in Grozio, si approfondì e dispiegò nella visione istituzionalistica del diritto. Tra gli autori di Fassò non è Hegel (né in sé né nelle scuole che a lui si richiamarono), e non sono gli autori del moderno storicismo individualistico, da Dilthey in poi, che tanta influenza avrebbero avuto su Pietro Piovani, pure affine a Fassò per più interessi ed aspetti. Si può dire allora che lo storicismo professato da Fassò fu di impronta giuridica. Ebbe tratti affini allo storicismo post-crociano da molti condiviso in quegli anni; ma non derivava tanto da precise correnti filosofiche, quanto dai giuristi non strettamente positivisti: la scuola storica del diritto in Germania; ma molto di più le correnti istituzionalistiche; e infine la tradizione di *common-law*, da Fassò ammirata come esemplare organizzazione giuridica e politica e presidio del valore liberale della dignità dell'individuo. La storia era, secondo il titolo dell'opera del 1953, esperienza giuridica; e non era questo un pensiero da poco, ma anzi una robusta e meditata posizione storicistica, perché il diritto, come struttura razionalizzatrice e regolatrice della convivenza, mostrava la ragione immanente alla storia, che era anche l'unica ragione accessibile all'uomo. Avverso al razionalismo omnicomprendente — fosse la metafisica metastorica della tradizione o la metafisica della storia come totalità (idealismo, materialismo storico) —, Fassò credette in una razionalità che guida la convivenza, che nasce dall'interazione di individui e di gruppi, che è garanzia di libertà per gli individui. I valori ultimi, invece, non sono accessibili agli uomini per via razionale; la ragione non può che fermarsi a questo mondo terreno, e studiarlo nelle strutture che in esso si formano e variano. Era una visione, se vogliamo parlar filosoficamente, neokantiana, nel senso di tanto neokantismo diffuso nella filosofia del diritto e nelle scienze sociali. Conoscibile razionalmente il mondo dei fenomeni come mondo storico; non-conoscibile, ma soltanto sperimentabile emozionalmente, il mondo del valore. Cadeva la fondazione pratica della morale; restava la inconoscibilità

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dei valori ultimi. In questo senso, Radbruch o Max Weber non pensavano diversamente.

Quel che ebbe Fassò, a differenza di questi autori (ma non del neokantismo in genere), fu l'interesse per quel sopramondo che egli affermava non-conoscibile, e che vedeva tradotto, nella forma più pura, nel cristianesimo. È questo l'altro versante della filosofia di Fassò, che si tradusse nel 1956 in *Cristianesimo e società*, opera tra le più alte della nostra cultura recente. È forse interessante notare quel che scriveva Fassò, recensendo nel 1962 il libro di Piovani sul giusnaturalismo. Piovani faceva sua la proposizione « la personalità stessa è l'assoluto », che d'altronde traeva da Kierkegaard, e la svolgeva nel senso di un individualismo visto come unico coerente sbocco dell'etica moderna. Scriveva Fassò: « E qui si potrebbe, naturalmente, discutere a lungo (...); e del resto anche chi, come me, davanti alle affermazioni di una presenza, che non sia totalmente mistica, dell'assoluto nell'individuo, rimanga perplesso, e non veda come un ipersoggettivismo quale quello professato dal Piovani possa sfuggire al relativismo, non può non apprezzarne il profondo significato morale: assai più alto in ogni caso di quello delle etiche oggettivistiche, che, coprendosi della retorica dei valori eterni, conducono all'alienazione dell'uomo, e lo privano di ciò che costituisce la sua umana essenza morale » (p. 1436). Tre affermazioni sono da rilevare in questo passo: *a*) v'è il rifiuto della « retorica dei valori eterni », giudicata alienante e tale da privare l'uomo della sua essenza morale, che è, evidentemente, collegata alla ricerca e all'irrequietezza; *b*) l'ipersoggettivismo (ma tanto varrebbe dire soggettivismo) non può sfuggire al relativismo, sentito da Fassò come pericolo; *c*) Fassò si dichiara « perplesso » « davanti alle affermazioni di una presenza (...) dell'assoluto nell'individuo », ma con l'eccezione che si tratti di una presenza « totalmente mistica ». Rifiutate un'etica oggettivistica e un'etica soggettivistica, che cosa rimane nella visione morale di Fassò? Rimangono: la razionalità formale del diritto come ragione vivente nella storia e l'esperienza mistica come unica via di accesso all'assoluto. Questi due piani sono privi di relazione; ma essi appaiono tali da produrre queste conseguenze: *a*) è salvata l'irrequietezza che è condizione della morale; *b*) è evitato il pericolo del relativismo; *c*) è consentito l'accesso all'assoluto.

Il mondo dei valori assoluti è accessibile soltanto all'esperienza mistico-religiosa. La carità, intesa in senso teologico, ovvero come virtù teologale, è proprio questa capacità di inserirsi nella vita divina. La simpatia di Fassò va agli spiriti capaci di questa immedesimazione: da San Paolo a Kierkegaard, va a coloro che hanno ben chiara la distinzione tra mondo della terra, della legge, della ragione, e mondo divino, della carità. Quella linea del cristianesimo aveva contrapposto il mondo, regno del peccato e della legge, al regno della carità, dell'immedesimazione in Dio (quel mondo che non conosce diritto). Tra

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cristianesimo e *società* v'era quindi un contrasto ineliminabile, come tra generi diversi e inconciliabili, come tra santità e peccato, come tra l'assolutezza dei valori e il mondo degli uomini comuni. Il libro in cui queste tesi erano argomentate fu quello che sollevò le maggiori polemiche. Sul piano più propriamente filosofico, Luigi Bagolini fu il critico più attento — come Pattaro ricorda (pp. LXV-LXVI) — e sottopose a lucida analisi quella divisione netta tra la realtà e il valore, per affermarne l'insostenibilità: gli appariva inconseguente negare la conoscibilità razionale del valore e allo stesso tempo parlarne. Ma si può dire — prosegue Pattaro — che Fassò « intenzionalmente rinvia tutti i ' Valori ' che si pretende siano di questo mondo nel cielo indefinito e indefinibile dell'assoluto » (p. LXVI). Fassò conobbe e trattò il mondo imperfetto e relativo; non dimenticò — era la strada della mistica — il mondo perfetto e assoluto del quale ci hanno dato testimonianza grandi spiriti, e che noi stessi avvertiamo nel nostro desiderio di perfezione. Ma quella divisione così recisamente affermata provocò le polemiche più accese al di fuori del campo propriamente filosofico, e se fu discussa e rispettata da teologi e da uomini di fede e di chiesa (questa raccolta ne reca più tracce: dai giudizi del padre Salvatore Lener fino a quelli espressi nel colloquio di Strasburgo del novembre 1959, dedicato proprio al tema tipico di Fassò: *La révélation chrétienne et le droit*), fu trattata invece con non altrettanta serietà e consapevolezza da giuristi, e da coloro che, professandosi « giuristi cristiani », o « giuristi cattolici », si fondavano proprio sulla tesi opposta a quella sostenuta da Fassò nel suo libro. Erano due tesi teologiche a confronto, dov'era conoscenza dei problemi; ma Fassò aveva buon gioco a spiegare ai suoi interolcutori giuristi che la carità e la giustizia di cui parla il Vangelo riguardano il rapporto con Dio, rispetto al quale tutto il resto vien dato per soprappiù, e non il rapporto con gli uomini, che è soltanto una conseguenza del vivere in Dio. Se carità e mondo sono in un tale contrasto, non si può parlare, senza cadere in contraddizione, di diritto cristiano, di giuristi cristiani, di politica cristiana, di cristianesimo sociale. Ripetutamente Fassò polemizzava con i « giuristi cristiani », innanzi a tutti con Carnelutti; e ricordava che carità non è filantropia, e che la giustizia, nel Vangelo, « sta (...) a indicare una situazione d'ordine esclusivamente religioso, l'elezione, la perfezione, la santità », e non è la virtù sociale pur teorizzata da teologi e filosofi morali cristiani, e che San Tommaso definisce *iustitia metaphorice dicta* (p. 244). Rispondendo nel 1956 a Carnelutti (è lo stesso scritto nel quale deplorava, con parole prima ricordate, che tutti si sentissero autorizzati a parlar di filosofia), Fassò precisava: « Ciò di cui (...) non posso ringraziare l'illustre Maestro è d'aver pensato che a me non garberebbe d'aggiungere al mio titolo di filosofo del diritto l'aggettivo ' cristiano ': il che mi fa ritenere che anche a me, anzi soprattutto a me egli si rivolga, quando, nell'intitolare il suo scritto garbatamente parodiando l'intitolazione del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mio, parla di pericoli per i 'filosofi non cristiani'. Non vedo in verità perché quell'aggettivo non dovrebbe garbarmi, né che cosa abbia potuto far sospettare ciò al pur benigno lettore: forse perché ho criticato qualche 'giurista cattolico' (...) il quale mostrava di non conoscere con troppa esattezza alcuni termini usati nei testi cristiani? » (pp. 285-286). Nel 1960, quei concetti venivano organicamente presentati, dal punto di vista storico e teorico, nello scritto *Giustizia, carità e filantropia*, e furono anche inseriti negli scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo, grande giurista storico e grande spirito religioso, uno degli spiriti più congeniali a Fassò, se non forse il più congeniale. La separazione di cristianesimo e società era pure destinata a scontrarsi con l'opinione dominante nel mondo religioso, e di coloro che, richiamandosi al cristianesimo, intendevano tradurlo nella società. Fassò dissentiva « in maniera totale » dalle idee di Felice Balbo (*Ritorna il supposto cristianesimo sociale*, era il titolo di una nota polemica del 1958), come pure, naturalmente, dalle idee di chi nutrisse progetti politici meno radicali. Ribadiva che « il cristianesimo è una religione, e che la religione ha per oggetto Dio e soltanto Dio », e « che la *novità*, e quindi l'essenziale significato del cristianesimo rispetto alla filosofia ed alla morale greca ed alla morale ebraica sta tutta in questa sua proiezione totale verso Dio, che consuma e supera ogni interesse umano e mondano e perciò anche sociale » (p. 357). Non negava certo un ideale di vita cristiano; negava che il cristianesimo potesse tradursi in dettami politici. Facciamo cristiani noi stessi, diceva; ma guardiamoci dall'« immischiare Dio nei problemi di Cesare » (p. 359). E concludeva quelle pagine ammirando la scelta religiosa di Dossetti, che così commentava: « Questo sì è il vero ideale cristiano; ed è bello vedere che c'è chi, riconosciutolo, ha — o riceve — la forza di realizzarlo. I superficiali interpreteranno tutto ciò come una rinuncia, come l'accettazione dolorosa di una sconfitta. Io penso che sia una grande vittoria, la sola vera vittoria cristiana (...) » (p. 362). Questa visione del problema andava risolutamente, e con insofferenza dichiarata, contro la sintesi politico-religiosa di Maritain, che tanto ha influenzato nel nostro tempo il cristianesimo sociale (si vedano in proposito i vari cenni di Fassò, e in particolare quelli a p. 382, a p. 597, a p. 667). E andava contro le soluzioni e conciliazioni dello « spiritualismo cattolico » (del quale spesso si trova menzione in queste pagine), nel quale ultimo Fassò svelava « una grave contraddizione (...) nello sforzo di assumere una posizione che sia ad un tempo religiosa e razionalistica, trascendentistica e storicistica, salvando in pari tempo, e connettendoli e conciliandoli, il valore (trascendente) e la storia, la moralità e la giuridicità, la città di Dio e quella città terrena, che è pur sempre, per chi senta davvero religiosamente, la città del demonio e del peccato: soddisfacendo ecletticamente due istanze pienamente legittime e valide, certo, ma irriducibili fra di loro (...) » (p. 1401; parole del 1954).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Tutto un periodo della vita di Fassò — quello che sopra si è detto il secondo — gravita intorno a questi pensieri; ma è il periodo in ogni senso centrale della vita di Fassò. Quel che valeva per il problema religioso valeva per l'àmbito filosofico generale. Di qui anche l'avversione di Fassò alle facili combinazioni di diritto naturale e storia, e ai teorici di un diritto naturale razionalmente deducibile e perciò anche applicabile (si vedano le ripetute e dure critiche a Leo Strauss, e particolarmente lo scritto del 1958 *Diritto naturale e storicismo*, appunto in polemica con questo). L'assoluto non è conoscibile; conoscibile è soltanto il mondo della storia, e ad essa, come a mondo pervaso da strutture e istituzioni che si formano, volge lo sguardo lo studioso del fenomeno giuridico. La storia, aveva scritto Fassò nell'opera del 1953, è esperienza giuridica; e su quella visione egli avrebbe fondato negli anni le sue riflessioni, le sue ricerche storiche, i suoi interventi sui problemi politici e culturali. Di lì nascevano la sua concezione del diritto e la sua concezione della vita associata. La storia del pensiero giuridico occidentale conduceva a una visione razionalistica, che poteva ben dirsi « laica e liberale ». Questi due attributi sono usati da Pattaro (a p. XXXIV), e si può esser d'accordo con quella definizione; naturalmente non dimenticando tutto quel che s'è detto finora sulla complessità e ricchezza del pensiero di Fassò: nel senso, in ogni modo, nel quale se ne potrebbe parlare per Jemolo, ma anche per studiosi prima menzionati, e a lui in quel tempo vicini per affinità di sentire su molti temi, come Bobbio, Piovani, Cotta. In questo senso può dirsi che dopo il 1958 la meditazione di Fassò sia tutta rivolta alla investigazione storiografica e teoretica di quella visione razionalistica, laica e liberale della storia. Il diritto diviene, allora, la ragione conoscibile agli uomini, la ragione che salva la convivenza degli individui. L'assoluto può essere attinto da invididui eccezionali o in momenti eccezionali, è un dono concesso e non una strada consentita alla ragione; ma il mondo della storia ha una sua dimensione razionale proprio nel diritto, che assicura istituzioni in grado di garantire gli individui nel loro vivere in comune. Se *Cristianesimo e società* insegna che non si può mescolare Dio a Cesare, le opere successive al 1958, insistendo sull'indagine del mondo storico-giuridico, già avviata nell'opera del 1953, insegnano che neppure si può, né si deve, trasformare Cesare in Dio, e vedere nella storia valori e significati immanenti. Questa etica e questa visione politica si chiariscono e arricchiscono via via nella ricerca di Fassò. Il problema si intreccia con quello del rispetto della legge, e quindi con la valutazione del positivismo giuridico. Già nel 1960, Fassò si domandava, e concludeva senza risposte perentorie: « Dobbiamo insegnare l'obbedienza assoluta alla legge? ». Era il problema del fondamento della convivenza e del fondamento dell'obbligatorietà della legge. Diventava anche il problema se fosse razionalmente deducibile la democrazia. Fassò negava, e con chiarezza in uno scritto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del 1961, che fra diritto naturale e democrazia ci fosse nesso necessario, contraddicendo in tal modo diffuse concezioni. Conveniva invece su di un fondamento morale della forma democratica (che per la cristallina mente di Fassò volle sempre dire forma democratico-liberale) della convivenza. Era un diritto che poteva magari esser detto naturale, ma ricordando la storicità della natura umana: « il diritto naturale sul quale la libertà e la democrazia possono fondarsi non può essere un astratto dogma esterno alla storia dell'uomo: esso non può consistere che nell'idea di giustizia che l'uomo ritrova nella propria coscienza morale, il cui valore è sì certamente assoluto, ma il cui contenuto può essere soltanto quello che lo sviluppo storico di questa coscienza comporta » (p. 576). La limpida relazione su *Stato di diritto e stato di giustizia*, del 1963, rivendicava il valore dello stato liberale di diritto, che non ha fra i suoi scopi — Fassò concludeva con i versi di Hölderlin — di far dello stato il paradiso dell'uomo, col risultato di farne un inferno. Si richiamava all'esperienza costituzionale inglese, che avrebbe ribadita come modello di sviluppo giuridico, civile e politico nella prolusione bolognese dell'anno successivo, *La legge della ragione*. In quell'occasione, contemporanea al libro dallo stesso titolo, Fassò affermava che « non possiamo, oggi, rifiutare il giusnaturalismo, quando il giusnaturalismo si propone come appello alla legge della ragione » (p. 747). Era un modo di affermare, più che un diritto naturale, il diritto di giudicare le circostanze storiche al lume della ragione; al modo seguìto dai giuristi inglesi di *common law*. Le leggi, il diritto positivo, avevano il loro valore, e si doveva loro obbedienza, ma la ragione giuridica non si limita a sistemare i loro dettami, in un modo che sarebbe anch'esso astratto, pur se in modo opposto a quello tenuto dal giusnaturalismo meta-storico (« ma se continuiamo a rifiutare » — obiettava Fassò a Scarpelli nel 1967 — « come abbiamo sempre rifiutato, l'idea di un diritto naturale extrastorico, immutabile ed eterno, dobbiamo per questo abbracciare il culto di un diritto positivo altrettanto extrastorico e astratto? »: p. 789). Stava avvenendo in Fassò un passaggio dal rifiuto dell'espressione « diritto naturale », ove non fosse coerentemente inserita in una metafisica soprastorica, ad un'accettazione della medesima espressione in un senso più lato, come diritto di una natura dell'uomo che è ragione operante nella storia. In questo senso si poteva anche affermare un diritto naturale, che giudicasse razionalmente, in modo storico, fatti, istituzioni, leggi, ma senza sistemazioni assolute. Era il sistema pragmatico, empirico, storico, anche antiilluministico, seguìto dalla civiltà giuridica anglosassone, la quale, non a caso, era anche quella che aveva dato il più duraturo esempio di stato democratico-liberale. Su questa base, scientifica e politico-morale, si sarebbe espresso Fassò negli ultimi anni della sua vita, durante i sussulti del 1968 e degli anni seguenti, durante quegli avvenimenti e quelle teorizzazioni che tanto avrebbero influito sulla

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nostra ultima storia, e che da lui furono giudicati senza le incertezze, le ambiguità, i silenzi, le fragili adesioni, di cui molti si resero responsabili.

In verità, tutta la formazione culturale, oltreché l'intransigenza morale, garantiva Fassò di fronte alla crisi di quegli anni. Era stato sempre convinto che il diritto è il momento razionalizzatore nella storia, e che è esso stesso fenomeno storico. Il riferimento all'esperienza anglosassone gli permetteva di criticare con misura il positivismo giuridico legalistico (si veda *Il positivismo giuridico « contestato »*, del 1969); ma lo faceva anche accorto, sul piano politico, del valore irrinunciabile dello stato democratico-liberale, coi suoi valori di tutela della libertà individuale attraverso metri comuni a tutti gli individui e attraverso misure inevitabilmente repressive. Contro la riduzione del diritto a politica, egli non cedette alle nuove idee che si diffondevano tra giuristi e magistrati, e che pretendevano di richiamarsi a una « democrazia sostanziale » (p. 924); seppe sùbito additare le fonti teoriche di quelle idee, e le rintracciò in Carl Schmitt, nelle « parole, certo, di un insigne giurista; il giurista più insigne del Terzo Reich » (p. 925). Poté parlare, per quelle correnti, di « nazismo giuridico », e dovendo scegliere tra *positivismo* e *nazismo giuridico* (pp. 921-932), egli potè richiamarsi tranquillamente ai suoi autori, e a quella « ragione artificiale (...) di cui aveva parlato fin dal Seicento Edward Coke » (p. 931). Si trattava, come egli intitolava un saggio nel 1972, di vedere in modo razionale e insieme storico il rapporto tra giudice e legge (si veda *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, pp. 987-1050, ampia indagine teorica e storica del problema). Vedeva i pericoli insiti nel rifiuto del principio di legalità; rifiutava, nel 1971, che si potesse parlare del diritto di resistenza nella società democratico-liberale, e vedeva nella « contestazione » di quegli anni non il riferimento a una ragione diversa per stabilire un ordine più giusto, ma la negazione di qualsiasi ordine, di qualsiasi istituzione repressiva, della stessa ragione, in nome di un atteggiamento che definiva « anarchico » e « religioso » (pp. 1055-1056); ripeteva che diritto è necessariamente repressione, e che si trattava soltanto di fare in modo che quella repressione fosse frutto della ragione (si veda, del 1973, *Società, diritto e repressione*, pp. 1067-1087). Da questi stessi principî e preoccupazioni era ispirato l'ampio saggio postumo già menzionato su *La scienza e la filosofia del diritto*, viste nel loro sviluppo storico. Questa indagine, come d'altronde tutta la *Storia della filosofia del diritto*, ribadiva la visione del diritto come Fassò era venuto maturandola negli anni della sua coerente meditazione. In queste occasioni, di fronte ai problemi più gravi dei tempi, Fassò poteva richiamarsi a quanto aveva pensato, sul rapporto fra cristianesimo e storia, nel suo periodo teoretico. « Nella società — che non è società, e neppure comunità, ma *comunione* — dei santi, come si è liberi dal diritto, così lo si è dalla ragione (...). Siccome invece

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

purtroppo non siamo guidati dallo Spirito, siamo, come ci ricordava San Paolo, sotto la legge; e l'unica cosa che possiam fare per non sentirne troppo la ' repressione ' è cercare che essa sia conforme alla ragione (...)» (pp. 1086-1087). Ma sarebbe riduttivo vedere l'ultimo periodo della riflessione di Fassò nella luce di queste polemiche contro idee effimere; anche se si doveva ricordarle per rendere onore alla coerenza e alla rettitudine dello studioso. In realtà, alla base di quelle polemiche era la meditazione di tutta una vita, nella quale era sempre stato operante l'amore per la distinzione: distinzione tra Dio e Cesare, tra esperienza religiosa ed esperienza giuridica, tra assoluto e storia.

GIULIANO MARINI

Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte herausgegeben von Helmut COING, III Band, *das 19. Jahrhundert*, 2 Teilbände, München, 1982, pp. XXVI+XXVIII-2838.

La grande opera di questo *Handbuch* prosegue: né si può certo dire che il passo ne sia lento o stracco: è di tal mole l'impresa e a tante mani scritta, che non si sarebbe potuta pretendere una maggior prestezza (coniugata, si capisce, col rigore metodico e la completezza minuziosa che qui si ritrovano e di cui nessuno saprebbe far di meno). Del disegno generale dell'opera e dei suoi pregî d'insieme è inutile discorrere ancora: tutti li conoscono, ed anche noi abbiamo avuto modo di lodarli quanto meritano (*Q.F.*, 3/4, 692-707 e 7, 474-479).

Questi due tomi di cui ora si parla, contigui tra loro nel piano generale dell'opera, sono il primo e il secondo del terzo volume, che nel suo insieme è dedicato al XIX secolo e sarà alla fine di ben sette tomi (il terzo parlerà delle legislazioni speciali di diritto privato, il quarto della scienza giuridica, il quinto della prassi giudiziaria e dei processi d'uniformazione legislativa, il sesto dei paesi nord-europei, ed il settimo — infine — di quelli d'Europa sud-orientale).

Il disegno è, come quello degli altri volumi già pubblicati, nitidissimo. Il primo tomo s'inaugura con una parte introduttiva divisa in due sezioni, una (del Coing) dedicata ad illustrare i « lineamenti generali della legislazione di diritto privato nell'Ottocento » (pp. 3-13) e l'altra del Grimm dove si descrivono « i fondamenti costituzionali della legislazione di diritto privato » (pp. 7-17). Si apre poi con, la seconda parte, l'esposizione analitica, nazione per nazione, dei dati relativi a codificazione e legislazione di diritto privato ' generale ': dell'Italia ha scritto il Ranieri (pp. 177-396), lo Scholz della Spagna (pp. 397-686) e del Portogallo (pp. 687-861), della Francia (pp. 863-1068), del Belgio, (pp. 1069-1165), del Lussemburgo (pp. 1167-1189) e de' Paesi Bassi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(pp. 1191-1401) il Holthöfer; e poi, seguitando nel secondo tomo, della Germania si sono occupati la Dölemeyer (pp. 1403-1625) e il Buchholz (pp. 1626-1773), dell'Austria ancora la Dölemeyer (pp. 1775-1799) col Kundert (pp. 1800-1832), il quale poi ha scritto anche del Liechtenstein (pp. 1827-1832) e della Svizzera (pp. 1833-1858; 2030-2070) insieme al Halthöfer (pp. 1859-1924) e alla Dölemeyer (pp. 1925-2029), e ancora lo stesso Kundert (pp. 2071-2076; 2090-2098) con la Dölemeyer (pp. 2076-2090) hanno curato le pagine sulle terre baltiche, mentre della Polonia ha scritto il Pauli (pp. 2099-2140), lo Zlinszky dell'Ungheria (2141-2213), dell'Inghilterra il Cornish (pp. 2217-2279) e il Reich della Russia (pp. 2281-2328). La terza parte, infine, è dedicata alla legislazione processuale (del processo civile, si capisce): vi hanno collaborato il Ranieri per l'Italia (pp. 2331-2401), per la Spagna (pp. 2403-2442) e il Portogallo (2443-2488) lo Scholz, il Dahlmanns per la Francia (pp. 2489-2580), il Belgio (pp. 2581-2601), i Paesi Bassi (pp. 2603-2613), la Germania (pp. 2615-2697), l'Austria (pp. 2699-2753) e la Svizzera (pp. 2755-2803), per la Polonia il Pauli (pp. 2805-2817) e per l'Ungieria lo Zlinszky (pp. 2819-2838).

L'impianto di tutto il discorso ha una premessa fondante esplicitamente dichiarata fin dalla Prefazione: che l'Ottocento sia stato, anche nella provincia del diritto privato, il « secolo del legislativo », per il maggior spazio assunto dalla normazione, e — soprattutto — per le variazioni innovative che nel procedimento di formazione della legge introdussero i nuovi (anche se non tutti ' rivoluzionarî ') sistemi costituzionali. Questa crescita della legge, che ha contraddistinto l'esperienza giuridica del XIX secolo, impone allo storico una maggior fatica e lo costringe a più lunghe esposizioni: com'è in questo *Handbuch*, le cui misure sono alla fine state — per questa parte ottocentesca — assai maggiori del previsto (« *es hat sich infolgedessen als notwendig erwiesen, der Gesetzgebung mehrere Teibände zu widmen* »).

Questa storia, contrassegnata in modo così caratterizzante dalla prevalenza del momento legislativo, ebbe un protagonista la cui presenza paradigmatica ne segnò in modo indelebile la vicenda: fu il *Code civil des Français*, nato agli albori del secolo come frutto maturo d'un processo che certamente aveva avuto altrove le sue radici. E proprio in omaggio a questo radicamento nel Secolo dei Lumi gli Autori dello *Handbuch* hanno scelto di raccontare la storia civilistica della Francia ottocentesca « *seit dem Code civil* », preferendo trattare di quest'ultimo nella parte (non ancora pubblicata) in cui si ragiona (o, diciam meglio, si ragionerà) di « *aufklärische Sozialkritik und Kodifikationsbewegung* ». Questo rigoroso rispetto per il profilo genetico del monumento legislativo napoleonico — che ha valso per il *Code civil*, ma non per il pur quasi coevo *Code de procédure civile*, della cui formazione e del contenuto si ragiona in questo volume (pp. 2533 ss.) — ha certamente salvaguardato quant'era possibile le ragioni della cronologia, lasciando

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nel lettore la (provvisoria) curiosità di scorgere nella sua interezza un panorama che la diacronia può segmentare, non infrangere. Si tratta però d'una curiosità destinata ad essere transitoria, d'un provvisorio restar fuor di scena del protagonista, fino a quando — completata l'opera — il filo della storia si ricomporrà da cima a fondo sotto gli occhi del lettore e le scelte espositive avranno ritrovato la loro modesta misura di semplici strumenti di armonia architettonica.

D'altronde, che le ragioni invincibili della cronologia e i tagli che sempre la materia impone conservino ogni volta un che d'estrinseco e d'arbitrario, è puntualmente confermato anche in quest'occasione. Anche nel secolo contrassegnato dall'ipertrofia della normazione e dominato dal paradigma del codice (uno a segnarne gl'inizî, quello francese; uno a sigillarne l'epilogo, il BGB), ed in un contesto culturale sostanzialmente omogeneo come quello europeo, non mancano zone che conservano la franchigia d'una loro antica 'insularità': l'Inghilterra e la Russia, per esempio (come avverte anche una giudiziosa nota redazionale premessa alle pagine che le riguardano), ma anche la Polonia (la cui compattezza istituzionale non fu sempre pari alla sua realtà etnica e culturale).

Né si può pretendere un'infallibile nettezza di confini cronologici, quasi che sotto la penna dello storico un secolo potesse o addirittura dovesse cominciare e finire all'inizio e al termine dei suoi due anni estremi. Degl'inizî (del travaglio codificatorio francese, si vuol dire) abbiamo già parlato; e più d'una volta, per ragioni sacrosante, la narrazione sconfina nel nostro secolo per rispettare quanto e come si deve i canoni imprescindibili della continuità e della omogeneità sostanziale.

Resta, alla fine della lettura, aperto un problema non piccolo, che sembra all'apparenza specifico ma in realtà si ripropone in termini largamente analoghi ad ogni latitudine cronologica: esiste un Ottocento come categoria storiografica di cui ci si possa giovare per ricostruire entro i suoi limiti un segmento significativo della storia del diritto privato europeo? Parrebbe di dover rispondere di no, se per un verso si deve assegnare al secolo precedente il paradigma codificatorio civilistico di Napoleone e per un altro si è costretti ad inseguire nel successivo gli esiti ultimi di vicende che giustamente ci si rifiuta di vivisezionare. Gli è che, a dispetto di tutte le doverose sfumature e di ogni necessario temperamento, resta la dura esigenza di segnare in modo certo e riconoscibile le tappe della ricerca prima e dell'esposizione dei suoi risultati poi: senza però dar soverchio valore alle pietre miliari, si capisce; e cercando di non restare impigliati nelle maglie di schemi che sono, sì, necessarî, ma non devono diventare mai assoluti né paralizzanti.

UMBERTO SANTARELLI

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Wolfgang PLEISTER, *Persönlichkeit, Wille und Freiheit im Werke Jherings* (Münchener Universitätsschriften Juristische Fakultät, Abhandlungen zur Rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, Band 51), Ebelsbach, 1982, 437 S.

I.

Ziele, Wege und Ergebnisse der Untersuchung Pleisters, einer bei Sten Gagnér in München geschriebenen Dissertation, sind zunächst zu skizzieren.

Die Einleitung will genau gelesen sein. Die überkommenen Themen der Jhering-Interpretation werden aufgenommen, zugeschärft und erweitert. Das Material, das Pleister als Grundlage seiner Arbeit sichtbar werden läßt, verlangt große Leser-Konzentration. Verf. will sich mit der Einordnung Jherings als « Positivist » nicht begnügen; er will den Inhalt des Positivismus' Jherings schärfer bestimmen als bisher. Die Positivismus-Diskussion des 19. Jahrhunderts muß daher breiter dokumentiert werden als das im allgemeinen im Zusammenhang mit Jhering geschieht. Hume und Comte werden als Maßstäbe für die Jhering-Beurteilung angekündigt (S. 10 f.). Überhaupt, es geht um « eine vollständige Bestandsaufnahme des Ideenguts, das — mehr oder weniger wahrscheinlich — auf Jhering eingewirkt hat. ... » (S. 11). Damit eröffnet sich Pleister die Möglichkeit und damit legt sich Pleister die Verpflichtung auf, nach vielen anderen als positivistischen Geistesrichtungen, die auf Jhering eingewirkt haben können, zu forschen (S. 11 ff.). Nicht-positivistische Geistesrichtungen können aber nach den Unterscheidungen, die die Wissenschaftsgeschichte des 19. und 20. Jahrhunderts weitgehend hinnimmt, nur « idealistisch » sein. Die Suche nach « Jherings idealistischem Erbe » in beiden üblicherweise unterschiedenen Abschnitten des wissenschaftlichen Arbeitens ist das « Programm der Dissertation » (S. 12, 13 ff.). Persönlichkeit, Wille und Freiheit faßt Pleister als Erkennungszeichen des deutschen Idealismus auf; Indizien dafür, daß Jhering diesen Begriffen viel Aufmerksamkeit gewidmet hat, sind schnell zur Hand (S. 13). Titel und Ziel der Arbeit sind damit erklärt. Die Einleitung muß noch festlegen, was unter Idealismus im Laufe der Untersuchung zu verstehen sein wird; tastende Versuche, die eine zu enge Eingrenzung vermeiden wollen, fassen als « Idealismus » jene Literatur auf, die von « Kant und der deutschen Klassik: Goethe » zusammengehalten wird (S. 13 f.).

Beides zusammen, die scharfe Kennzeichnung des Positivismus' und die Betonung des idealistischen Einflusses bei Jhering wollen eine « allgemeine Problematik » verfolgen. « Es geht um die nähere Bestimmung des Jheringschen Begriffs, Ideals oder Bildes vom Menschen und um die Ermittlung, ob und inwieweit dieses Veränderungen

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

unterlag » (S. 17). Die Bestimmung ergibt: In der « Geist-Periode » setzt Jhering die Persönlichkeit des Menschen der ungestörten Willensbetätigung in einem politischen System der Freiheit gleich; die Frage, ob dieses dem Idealismus zugeschriebene Persönlichkeitsbild auch in der « Zweck-Periode » beibehalten worden ist, läßt sich nach Pleisters Auffassung nicht mit einem ganz klaren Ja oder Nein beantworten (S. 17). Damit entstehen für die Jhering-Interpretation teilweise andere Fragen als gewohnt. Was in der gewöhnlichen Formulierung als das Ersetzen der begriffsjuristischen durch eine soziologische Methode interpretiert werden muß, ist von Pleister als das Ersetzen eines weitgehend idealistischen durch ein idealistischen Zügen kaum mehr verpflichtetes Menschenbild aufzufassen und auszulegen. Damit werden Literaturrichtungen wichtig, die bei Jhering-Untersuchungen bisher eher am Rande eine Rolle gespielt haben; bekannte Literatur muß neu interpretiert werden. Parallel zu Jherings Entwicklung muß Verf. ein Stück Philosophie-Geschichte (beginnend mit Kant) und ein Stück des allgemeinen kulturellen Klimas (das des « bürgerlichen Realismus » im 19. Jahrhundert vorstellen.

Dieses « Programm » wird in zwei großen, gleichgewichtigen Teilen eingelöst: « die Persönlichkeit von Gottes Gnaden » (Teil I, S. 31-218) und « der Egoist, der durch Erfahrung klug und gesittet wird » (Teil II, S. 220-402). Die Abschnitte entsprechen wohl der üblichen Einteilung in eine begriffsjuristische und eine zweckorientierte Periode bei Jhering, aber man sieht mit Deutlichkeit, welche Änderung im Inhalt der Jhering-Auffassung der Verf. anstrebt.

Die « Persönlichkeit von Gottes Gnaden » wird in vier breit dokumentierten Kapiteln beschrieben: das Verhältnis zu Kant; die Jugendaufsätze in der Literarischen Zeitung 1834-1849; die Einflüsse Hegels, Puchtas und Stahls auf Jherings Meinung über Persönlichkeit, Wille und Freiheit; und die Zusammenhänge zwischen der früheren und der späteren Persönlichkeitsauffassung Jherings. Die Ergebnisse, die sich aus weit in Einzelheiten getriebenen Textanalysen und aus der Nachprüfung der Auffassungen in der Jhering-Literatur einstellen, sind: Jhering hatte eine ziemlich genau angebbare Vorstellung von der Persönlichkeit, dem Willen und der Freiheit des Menschen. Diese Vorstellung stammte aber nicht aus einer einzigen Quelle. So intensiv die Hinweise auf Kant und Hegel sein mögen, ein Kantianer oder Hegelianer war Jhering bei der Betrachtung des Menschen sicher nicht. Fichte kommt vor, ist aber kein « idealistischer » Gewährsmann. Die Versatzstücke von Jherings « Idealismus » stammen von Puchta und Stahl; « das irrational-voluntaristische Element » kommt von Puchta, « das personale Element » von Stahl; « die vitalistische Dimension des Willens » entsteht aus Jherings eigener Betrachtung und Reflexion (S. 189). Das ist eine merkwürdige, « spontane », « willkürliche », wenig professionelle Versammlung (S. 191 ff.); aber: « Es ist Jherings an-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

schaulich-assoziativer Begabung ... gelungen, die verschiedenen Bestandteile zu einer relativ homogen wirkenden Einheit zu verschmelzen. Dies vor allem deswegen, weil sein Persönlichkeitsbegriff im Dienste einer politischen Überzeugung, einem ethisch fundierten Liberalismus, steht » (S. 189). Das 4. Kapitel des I. Teils plädiert dafür, die Fortführung und nur teilweise Umformulierung « idealistischer » Absätze nach den Geist-Büchern genau zu betrachten, also eine Art fortwirkender Zwischenperiode zwischen dem frühen und dem späten Jhering zu bilden.

Teil II = 5. Kapitel beschreibt die Zerstörung der individualistisch-freiheitlichen Person-Konzeption in den Spätwerken Jherings (S. 221 ff.). Pleister will aber auch in diesem Abschnitt « Jhering in seinen philosophischen Erkenntnisbemühungen ernst ... nehmen und die ... wichtigsten Gewährsleute ... ermitteln, auf welche er sich bei seinen Untersuchungen gestützt hat » (S. 224). Die Untersuchung bleibt an den Begriffen « Persönlichkeit, Wille, Freiheit » orientiert, ergibt aber einen ganz anderen Inhalt dieser Begriffe, eine andere Schwerpunktbildung im Verhältnis dieser Begriffe, ein anderes Menschenbild und damit einen anderen Staat und ein anderes Recht. Gerafft zeigt sich: der Wille ist durchgängig determiniert; Persönlichkeit und Freiheit im « idealistischen » Sinne werden aufgehoben. Pleisters Text wirkt freilich zu undifferenziert, wenn man ihn so weit rafft. Jhering wird sehr genau, manchmal subtil, stets ungewöhnlich materialreich auf die philosophische und gesellschaftswissenschaftliche Literatur der Zeit (und deren aktuelle Interpretation) bezogen. Die Betonung der Unterschiede zwischen der Philosophie des 1. und der Philosophie des 2. Bandes des « Zwecks im Recht » ist eindrucksvoll. Die Verbindungen von Schopenhauer und Hegel zu Jhering werden neu dokumentiert (S. 228 f., 260 ff., 295 ff.). Die Themen « Jhering-Bentham » und « Jhering-Nietzsche » werden sorgsam fortgeführt (358 ff.). Die Überlegungen zum Verhältnis zwischen Jhering und Stirner und zwischen Jhering und Knapp werden von einer neuen Textgrundlage her angestellt, begriffliche Verwandtschaften zwischen Jhering und Max Wundt genau herausgehoben. So ergibt sich schließlich Jherings Bild vom Menschen im Recht als « Egoisten, der durch Erfahrung klug und gesittet wird ». Die Klugheit und Sittlichkeit, die gemeint sind, haben nun eindeutig « realistische » Züge, bleiben aber undeutlich genug, um « idealistische » Erinnerungen anregen zu können.

2.

Pleisters Buch lädt zu intensiver Diskussion ein. Zwei Hauptthemen greife ich auf. Welchem Typ rechtswissenschaftlicher Literatur ist die Untersuchung zuzuordnen? Was ergibt sich zusammengefaßt über Jhering?

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a) Über rechtswissenschaftliche Literaturtypen wird wenig gearbeitet. Lehrbuch - Kommentar - Handbuch - Monographie - Abhandlung/Aufsatz - Urteilsanmerkung, damit scheint alles schön und zweckmäßig geordnet und für die verschiedenen juristischen Arbeitsabsichten abrufbar zu sein. Pleisters Buch wäre unter « Monographien, Unterabteilung Dissertationen » zu registrieren. Doch erführe man mit dieser Zuordnung wenig, was die geringe Informationskraft der Literaturtypisierung unterstreicht. Pleister legt eine Dissertation vor, die ihren Gegenstand beherrscht; im Unterschied zu mancher anderen gelehrten Monographie, die ihren Gegenstand beherrscht, wird die Beherrschung aber nicht zur selbstsicheren, fast gönnerhaften Beurteilung, sondern zum kaum beendbaren Nachdenken über den Gegenstand genutzt. Der Mangel an Routine im Verarbeiten eines sehr großen Materials wirkt anregend. Das Festlegen irgendeines wissenschaftstheoretischen Ansatzes ist vermieden. Bewunderung für Jhering und Vorbehalte gegen Jhering sind noch sichtbar. Das alles ergibt ein forschendes, ein teilnehmend forschendes Buch, mit respekterheischendem handwerklichem Aufwand, aber ohne wissenschaftliche Überheblichkeit geschrieben.

Der Text übergeht kaum eine Äußerung Jherings und kaum eine Äußerung über Jhering, sammelt und ordnet, um eine eigene Linie zeichnen zu können. Die Arbeitsweise der üblichen, auch der guten Dissertation läßt Verf. weit hinter sich, der Arbeitsweise der routinierten juristischen Monographie weicht er aus. An die Stelle der Routine tritt Genauigkeit, fast Zähigkeit beim Verfolgen der in der Einleitung formulierten Fragen. Dieser Buchtyp ist im aktuellen Universitätsbetrieb selten.

b) Was ergibt sich Neues « in der Sache Jhering »?

Pleister faßt seine Ergebnisse nicht zusammen. Man findet hilfreiche Zwischensummen, aber kein Fazit (was der Aufnahme des Buches hinderlich sein kann). Der Rezensenten-Versuch, ein solches Fazit zu formulieren, ist zugleich Diskussion mit dem Verfasser.

Pleister belegt, daß die Themen nach dem Muster « Jhering und Kant, Hegel, Bentham etc. « nach Zahl und Inhalt nicht ausgeschöpft waren. Seine Vergleiche von Kant- und Hegeltexten mit Jhering-Arbeiten werden, wie andere « Einfluß »-Untersuchungen, nicht leicht einzuholen oder zu übertreffen sein. Wichtiger noch ist, daß das Zusammennehmen, das Zusammensehen einer außerordentlich großen Zahl von möglichen Einflüssen auf Jherings Forschungsverfahren und -ergebnisse den Untersuchungsgegenstand, gemessen am bisherigen Stand, verändert. Nicht mehr hochspezialisierte, aber einlinige « Einfluß »-Überlegungen werden niedergeschrieben, auch nicht weiträumige Interpretationen aus aktuellem Interesse oder Anlaß; sondern es soll entstehen, es entsteht auch das Publikations- und Leseklima, in dem der so reizbare Kopf Jhering sich entwickelt. Die literarisch-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

wissenschaftliche Atmosphäre des 19. Jahrhunderts und ihre Wirkung auf Jhering als Beispiel wird spürbar. Diese Wirkung läßt das Bild einer besonders intelligenten, individuellen Ausprägung des Zeitgeistes entstehen. Und dieser Zeitgeist, die juristische Kultur, der esprit des loix des 19. Jahrhunderts scheint mir der eigentliche Gegenstand des Buches zu sein. Vielleicht fehlt eine Zusammenfassung, weil man heute unsicher ist, wie man sich zu diesem Zeitgeist einstellen kann. Pleisters schwankende Urteile über den philosophierenden Leser Jhering sind ein Indiz für diese Unsicherheit.

Genauer zu fassen ist dieser eigentliche Gegenstand des Buches an den Hauptantworten auf die Frage nach den « idealistischen » Anteilen in Jherings Lehren. Man findet ein « kaum entwirrbares Gedankenkonglomerat » (S. 23) bei Jhering. Dieses Konglomerat muß zerlegt werden eben mit Hilfe der Frage nach dem « Idealismus » Jherings; erst damit wird es für eine wissenschaftliche Untersuchung handlich und würdig. Mit diesem Verfahren zeigt sich, daß Jhering zunächst stark « idealistisch » beeinflußt oder geprägt war, daß dieser « Idealismus » immer schwächer wird und schließlich kaum noch festzustellen ist. Dieses Fragen (und die Antworten) werden möglich, weil Pleister konzentrierter als üblich nicht einfach Autoren oder wissenschaftliche Schulrichtungen ins Verhältnis zu Jhering setzt, sondern bei einem Juristen, also z.B. bei Jhering, die juristisch-handwerkliche, die methodologisch-juristenphilosophische und die rechtsphilosophische Ausstattung auseinanderzuhalten versucht (wobei Rechtsphilosophie als Philosophie der Gerechtigkeit etwa im Sinne Kants genommen ist). Der Unterscheidung liegt offensichtlich die Annahme zugrunde, daß juristisch-handwerkliches Verhalten immer eine bestimmte methodologisch-juristenphilosophische und auch immer eine rechtsphilosophische Ausstattung voraussetzt. Jhering muß es sich also gefallen lassen, für alle Perioden seines wissenschaftlichen Arbeitens als Rechtsphilosoph beurteilt zu werden. Das Gesamturteil (Jhering war ein Idealist, der dem Idealismus immer mehr abschwor) sagt wohl viel mehr als die Formulierung eines solchen Satzes auf den ersten Blick klar werden läßt. Mit den Unterscheidungen gefaßt, die Pleisters Buch zugrundeliegen, zeigt sich nämlich, daß mit dem Nachlassen « idealistischer » Einflüsse das Nachlassen rechtsphilosophischer Einflüsse überhaupt einhergeht. Die Ausstattung des Juristen wird im Laufe des 19. Jahrhunderts gleichsam um die Rechtsphilosophie reduziert; und es bleibt nur die handwerkliche und die methodologisch-juristenphilosophische Ausstattung übrig, die freilich nun, wegen des Fehlens einer Rechtsphilosophie, offen wird. Pleisters Buch zeigt an einem hervorgehobenen Beispiel das Entstehen des modernen Juristen nach dem Ende des Idealismus, d.h. nach dem Ende der rational-metaphysischen Epoche der Jurisprudenz. Der nicht mehr idealistische Jurist ist der nicht mehr neutrale, der das Tagesgesche-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

hen beherrschen wollende, der politische Jurist; dieser Jurist kann freilich handwerklich und methodologisch-juristenphilosophisch höchst raffiniert ausgestattet sein. Pleister zeigt das am Beispiel Jhering; Pleister bildet einen Juristen ab, der die offene Zweckmäßigkeit des Rechts, die Politisierung des Rechts auf erzbürgerliche Weise, durch einen bildungsgesättigten Realismus akzeptiert. Dies könnte eine Zusammenfassung des Jhering-Buches von Pleister sein: Der Zweck im entidealisierten Recht, das ist die politisch kurzsichtige Eröffnung der intelligenten Suche nach einem Zweck für das Recht.

WOLFGANG NAUCKE

Il pluralismo e il diritto del lavoro. Studi su Otto Kahn-Freund, a cura di G. G. Balandi e S. Sciarra, introduzione di G. Giugni, Roma, Ed. Lavoro, 1982, pp. 260.

Nel dicembre 1980 i curatori di questo volume, adusi a sciacquare i panni nel Tamigi, organizzarono, presso l'Università di Siena, un incontro tra alcuni giuristi inglesi e i giuslavoristi italiani sul pensiero di Otto Kahn-Freund, ad un anno dalla Sua morte. Trascinato, in ragione dell'età, alla presidenza di una seduta, venni altresì costretto a pronunciare alcune parole. Così, letteralmente premettendo che parlavo da idiota, feci alcune considerazioni di contorno; in particolare manifestai lo stupore d'aver sentito attribuire al grande giurista anglotedesco la « scoperta » che nell'ordinamento britannico, fino a poco tempo fa, il contratto collettivo di lavoro era giuridicamente sconosciuto, valendo esso, nella realtà sociale sindacalmente dominata, come *gentlemen's agreement*, operante in quanto permanentemente voluto dalle parti contrapposte, senza alcun formale vincolo giuridico.

Il libro non è la raccolta degli atti di quell'incontro alquanto informale, nel quale molti parlarono improvvisando a ruota libera, ma la prosecuzione di quel dibattito, con contributi originali di studiosi dei due Paesi; i saggi degli inglesi sono destinati, inoltre, a confluire in altro volume che credo ormai edito in Gran Bretagna. È un libro importante, utilizzabile come occasione ineguagliabile di meditazione nella situazione critica della nostra esperienza sindacale e del nostro giussindacalismo, che si trascina da qualche anno; specialmente dopo che tutti i nodi sono venuti al pettine con il fondamentale accordo Scotti del 22 gennaio 1983 e nella prospettiva, di cui si discute, verso esiti neocorporativistici o no, su temi ed alternative di principio, secondo quanto risulta da una pubblicistica insistente e cospicua di varia ispirazione (v., ad es., CESSARI, *Pluralismo neocorporativismo neocontrattualismo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1983, I, 167).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

A parte la sintetica ed incisiva introduzione di Gino Giugni, il libro può idealmente e grosso modo scomporsi in due parti: la prima, dedicata al pensiero di K. F. *in sé*; la seconda, nella quale si discute e dell'influenza che quel giurista ha avuto sui nostri giussindacalisti nel passato e delle lezioni che da quel Maestro possono ricavarsi nel difficile momento presente.

Nella prima parte debbono collocarsi i saggi dei colleghi inglesi: « K. F. e il diritto del lavoro in Gran Bretagna dal dopoguerra a oggi » di Lord Wedderburn of Charlton; « Ideologia e metodo negli scritti di diritto del lavoro di O. K. F. » di Roy Lewis; « O. K. F.: gli scritti del periodo tedesco » di John Clark. Segue lo splendido saggio di Gaetano Vardaro su « O. K. F. e l'emigrazione dei giuslavoristi weimariani ». V'è, poi, il contributo di Mario Grandi (O. K. F.: « un ' pluralista ' atipico? ») nonché quello, che mi pare il più apprezzabile in termini di storia « dall'interno », di Luigi Mariucci su « Le molte ' lezioni ' di K. F. ». Mirella Baglioni si interroga sulla « Validità attuale del modello liberal-pluralistico ». Marcello Pedrazzoli con « Riflessioni in margine alla definizione ' static ' e ' dynamic collective bargaining ' di O. K. F. » propone interessanti interrogativi sui rapporti tra individuale e collettivo nelle due esperienze nelle quali successivamente operò K. F. nella sua vita, con finissime notazioni: « Proprio la degenerazione autoritaria è, del resto, in agguato nell'uno come nell'altro caso o, ancora, combinandosi. E infatti, pensando a quel massimo di negazione del sistema volontario avutosi col fascismo, se sostituiamo *shop* con categoria e aggiungiamo il sindacato unico nella corporazione ente pubblico, che altro è la rappresentanza necessaria se non una coatta *union clause* statuale, cui affidare enfaticamente l'uniformità delle condizioni fissate sul piano collettivo? » (pp. 227-228). La parte, invece, « italiana » consta di quattro saggi: « Alcune considerazioni su K. F., pluralismo e dottrine italiane di diritto sindacale » di Garofalo; « O. K. F. e il pluralismo degli italiani » di M. V. Ballestrero; « Modelli comparatistici nell'esperienza gius-sindacalista italiana » di Tiziano Treu; « Su ideologia e metodo nella dottrina del diritto sindacale » di Edoardo Ghera.

Per quanto attiene alla ricostruzione, qui proposta, del pensiero del giurista commemorato, debbo ancora una volta dichiararmi nella impossibilità di poter esprimere un giudizio meditato ed informato. Ed è per questo che solo dopo molte esitazioni ho accettato l'invito dell'amico Paolo Grossi a questa recensione. Per quanto abbia di volta in volta letto quanto di K. F., in misura notevole, si è stampato in Italia, non ho una conoscenza completa dello scrittore; soprattutto non ho adeguate conoscenze degli ambienti diversi nei quali Egli successivamente operò.

Ma, ancora una volta, resto stupito dell'attribuzione che Gli è fatta, nel documentato saggio di Lord Wedderburn, in ordine alla « scoperta » della natura giuridicamente non vincolante del contratto collettivo,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nell'epoca aurea dell'esperienza unionistica inglese. Riprendo tra mano la mia dissertazione di laurea del 1952 sul sindacalismo operaio, con la quale mi erudii sulle sistemazioni di diritto sindacale in alcuni Paesi e sulla problematica dei nostri artt. 39 e 40 Cost. e rileggo il capitolo dedicato alla situazione inglese. Vedo citato nella bibliografia l'articolo di K. F., *Caratteristiche fondamentali del diritto del lavoro in Gran Bretagna*, in *Dir. lav.*, 1951, I, 83. A pag. 70 è data per pacifica la tesi del contratto collettivo non giuridicamente, ma socialmente vincolante, in quanto stipulato « *in honour* ». Scorrendo ancora quella dissertazione, ritrovo altri dati di un certo interesse per ricostruire, forse più adeguatamente, la tendenza politica di quell'ordinamento sulle questioni del lavoro. Una legge provvisoria del 1912 dispose nel senso dell'obbligatorietà delle tariffe determinate, per l'industria mineraria, da commissioni intersindacali rappresentative; per la stessa industria una legge del 1932 decretò per un anno l'efficacia obbligatoria del contratto collettivo; egualmente si fece con il « Cotton Manufacturing Industry Temporary Provision Act » del 1934 per la specifica industria. Trovo anche che, per i settori di più difficile sindacalizzazione, vennero costituiti, al fine di determinare condizioni minime obbligatorie di lavoro, speciali uffici intersindacali (*Trade Boards*); in particolare, tanto si dispose per l'agricoltura col « Corn Production Act » del 1917 e con l'« Agricultural Wages Act » del 1924. Naturalmente questo avveniva per situazioni marginali, ritenute degne di particolare intervento legislativo. Ma sono circostanze forse rilevanti per ricostruire il senso più esatto del programmatico astensionismo legale, sempre in quel periodo aureo. Non, come si legge costantemente in questi saggi o come il lettore può essere indotto a capire, per una pregiudiziale astratta di principio, ma in ben diverso ordine d'idee; giustificandosi l'intervento autoritativo sol quando di fatto la soluzione sindacale non funzionasse adeguatamente per garantire eque condizioni. Con un « disinteresse », così, del tutto peculiare. È bene ricordare che, nell'immediato dopoguerra, quando — come qui risulta — K. F. cominciò a sistemare teoreticamente la peculiare situazione inglese, eravamo per altro verso in una situazione temporaneamente particolare, di sospensione del sistema già acquisito. Nella grave situazione del dopoguerra il governo laburista mantenne, fino all'« Industrial Disputes Order » del 1° agosto 1951, l'arbitrato obbligatorio già istituito nel 1940.

Per altro verso è vero, come ancora Lord Wedderburn ricorda nel suo saggio (n. 8), che in Gran Bretagna non c'è (non essendovi costituzione in quel paese liberalissimo a sovranità parlamentare) alcuna garanzia, in senso costituzionalmente proprio nell'accezione continentale, della libertà sindacale e del diritto di sciopero. Cosicché si spiega come in questi giorni (v. *La Repubblica*, mercoledì 10 agosto 1983, p. 8) alcune frange conservatrici di quel Paese propongano tranquillamente di sciogliere i sindacati. Non c'è una superlegge vincolante, ma

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di volta in volta il parlamento liberamente provvede secondo valutazione politica nel pubblico interesse ritenuto. Ma è altrettanto vero che, almeno finora, per una serie di interventi legislativi specifici *ad hoc* e specialmente col sistema, pure specifico, delle successive « immunità », i tradizionali capisaldi del sindacalismo sono stati salvaguardati. Non a caso (v. Wedderburn, n. 13) nel 1964 K. F. reagì a talune pronunce restrittive della magistratura in termini di attacco frontale al « diritto » di sciopero; con un'impostazione sostanzialmente corretta, se la ricostruzione formale del giurista deve soprattutto badare a quanto è in concreto acquisito in quella esperienza. Analogamente, prima del 1970, si sarebbe incorsi certamente in errore descrivendo la situazione italiana in chiave di ordinamento regionale, sol perché le regioni erano allora (a parte quelle a regime speciale) formalmente scritte nella Carta.

Certamente il giurista profugo da Weimar sistemò teoricamente, negli anni '50, in schemi formali ineccepibili quella singolare situazione, individuando i princìpi del sistema, e, soprattutto, quelli basilari della contrattazione collettiva. Lo scoprì a sé stesso e lo scoperse agli inglesi ignari del loro essere, aprendo gli occhi, come dice Wedderburn, ad un'intera generazione di giuristi (n. 12); soprattutto in occasione di una famosa causa del 1949, nella quale il principio del valore non legale del contratto collettivo risultò ad un tribunale dai Suoi scritti « ... fatto straordinario a quel tempo, per un giudice inglese, specie trattandosi delle idee di un professore universitario ». In sostanza la proposizione di una questione di diritto sindacale nelle aule di giustizia fu cosa tanto inusitata, che ci fu bisogno del contributo dell'immigrato per chiarire le idee.

Ma, ed è questo il punto, K. F. giunse a questa «scoperta » con molta fatica, evidentemente forzando le categorie cui era abituato da buon giurista germanico. Che i contratti collettivi valessero solo socialmente come *gentlemen's agreements*, K. F. lo disse con qualche esitazione nel 1949 e solo con fermezza nel 1954 (Wedderburn, n. 11), cioè ventun anni dopo il Suo approdo alla più ospitale terra britannica. All'inizio riteneva che il contratto collettivo fosse giuridicamente vincolante (v. Lewis, p. 39). Come dice Vardaro (p. 89), « Visto attraverso gli occhiali del giurista tedesco, un sistema giuslavorista com'era quello inglese degli anni Trenta non poteva non sembrargli incompiuto. Pressoché assoluta mancanza di disciplina legislativa del rapporto di lavoro e qualificazione del contratto collettivo come *gentlemen's agreement* (in quanto tale *legally unenforceable*) dovevano apparire ad un socialdemocratico trapiantato come segnali di una sorta di barbarismo giuridico ». Fin quando K. F. tentò di trapiantare in Inghilterra le categorie tedesche, fu privo di incisività (ancora Vardaro, *K. F. e il diritto del lavoro nella cultura weimariana*, in *Dem. e dir.*, 1983, p. 61 in introduzione ai *Ricordi autobiografici* del Maestro, *ivi*, p. 71 e di cui *infra*). A questo punto sarebbe desiderabile (al fine di chiarire appieno gli svi-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

luppi di quella personalità di studioso nei diversi ambienti in cui operò e per sciogliere gli interrogativi che derivano anche da questa lettura di saggi spezzati) che qualche giovane volonteroso si cimentasse in un'organica ricerca monografica.

Naturalmente in questi saggi sono insistenti le valutazioni (in chiave di ideologie giuridiche) delle due esperienze, quella weimariana e quella del pluralismo britannico, attraverso le quali K. F. trascorse; ma con affermazioni che mi paiono talora assai dubbie. Così Vardaro parla (pag. 81) di tragedia del diritto del lavoro tedesco; assume che K. F. capì, sulla base dell'esperienza inglese, i limiti del giuslavorismo germanico (pag. 91), fino a giungere alla conclusione che quest'ultimo era solo uno dei possibili diritti del lavoro (pag. 88): come se sia credibile che un giurista di quel livello abbia mai potuto pensare, ovunque si sia trovato ad operare, all'universalità di una determinata soluzione nazionale. Giugni, nell'introduzione, ricorda che K. F. meditando su quella tragedia nello scorcio di Weimar, si era interrogato in ordine alla compatibilità del conflitto di classe con lo stato, trovando poi nel pluralismo o nella democrazia conflittuale britannica la risposta, nel senso della possibile coesistenza delle classi in conflitto, nella relativa stabilità della struttura statuale, senza cadere in soluzioni collaborazionistiche (pag. 11). Dal che si potrebbe arguire, rovesciando il discorso che così corre tra le linee, che il diritto del lavoro tedesco avrebbe ben potuto essere «soggettivamente» (cioè per migliore ingegneria costituzionale) diverso; che, quanto meno, avrebbe potuto aversene una lettura assai diversa da quella che storicamente si ebbe; quasi facendosi capire che in tal modo sarebbe stato possibile fermare Hitler.

Evidentemente, queste prospettazioni possibili non hanno alcuna base. Il diritto del lavoro tedesco fu inevitabilmente quello possibile, in quel dato momento, in quella comunità nazionale. Avrebbe certo potuto esserci una giurisprudenza diversa da quella che in concreto si ebbe, con valutazioni diverse del conflitto collettivo, senza quell'adeguamento all'ideologia fascista che K. F. ritenne di identificare nei suoi famosi saggi. Ma, ancora una volta, la vicenda fu questa; ed è estremamente dubbio che vi potessero essere possibilità di bloccare l'ondata nazional-autoritaria, a parte il fatto che la storia non si scrive mai coi « se ».

Per rendersi conto di questo, c'è un documento di prima mano, proveniente da K. F. e che è più eloquente di qualsivoglia teorizzazione generale sulla modellistica astratta: i *Ricordi autobiografici* citati. In questa intervista K. F. dichiara: « noi eravamo tutti ciechi » perché tutte le premesse del nazismo esistevano già nel 1919, nel bruciore della sconfitta di novembre. Aggiunge che i giuristi del lavoro di orientamento sinzheimariano avevano vissuto in un « paradiso di matti », non essendo informati dei fatti che erano attorno a loro e dei reali rapporti di forza. Dichiara, inoltre, con molta onestà intellettuale, che il paragone ch'Egli

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fece allora col fascismo era esasperato e che non avrebbe riscritto quelle pagine, avendo commesso il grosso errore di sopravalutare la consapevolezza politica dei giudici, i quali probabilmente nulla sapevano della Carta del Lavoro. La democrazia tedesca avrebbe potuto forse salvarsi, salvaguardando anche la libertà sindacale, solo se il complesso delle forze democratiche avesse avuto consapevolezza del pericolo, specie in ragione del precedente italiano e se, soprattutto, i due grandi partiti operai non si fossero dilaniati in una competizione suicida all'insegna della teorica comunista del socialfascismo. Qui, veramente, senza alcuna giustificazione soggettivistica, proprio in ragione del precedente mussoliniano. Se i vecchi cucchi del liberalismo italiano potevano addurre qualche scusante alla loro illusione di normalizzare, parlamentarizzandolo, il fascismo, proprio perché nell'Italia antesignana dei primi anni '20 nessuno aveva ancora visto nel mondo la possibile soluzione del regime autoritario organizzatore delle masse, i tedeschi, dieci anni più tardi, questa realtà potevano constatarla viva e vegeta. L'autocritica venne dopo, a giuochi ormai fatti, con la svolta unitaria antifascista del 1935 patrocinata da Stalin e Togliatti.

In difetto di una mobilitazione democratica, tesa a salvaguardare la soluzione compromissoria del 1919 (poi riscoperta col riconosciuto valore delle libertà cosiddette « formali »), il nazismo era nelle cose, cioè nell'intimo della coscienza della nazione tedesca. Tanto che, dopo l'infausto 30 gennaio 1933, nel giro di pochi mesi le potenti organizzazioni del proletariato vennero distrutte e le masse marciarono sostanzialmente compatte nel fronte del lavoro. Come la storia complessivamente insegna, quello sociale non è in effetto l'unico conflitto attorno al quale ed in ragione del quale può organizzarsi e svolgersi l'eterna dialettica che è nell'umanità. Vi è anche, altrettanto autentico, il conflitto delle etnie, delle compagini nazionali-popolari in quanto tali, nella lotta feroce all'appropriazione dei beni della terra. Un conflitto che, al pari e forse più dell'altro, è tanta parte dell'esperienza contemporanea, nei vari fascismi attuali del terzo mondo e, in particolare, all'interno del mondo comunista, qui come bancarotta dell'ideale internazionalistico. A quarant'anni dalla conquista rossa, infatti, le democrazie popolari dell'Est restano almeno formalmente in piedi come stati sovrani e non sono state aggregate al colosso, come altrettante repubbliche di quella che ancor si chiama non Russia, ma Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche (come sarebbe naturalmente avvenuto, senza alcun scandalo, nel 1919).

Nei saggi di questo libro vi è troppo « sovrastrutturalismo giuridico »; come se la storia generale, la storia vera delle diverse comunità nazionali potesse identificarsi e risolversi nella storia particolare del ceto dei giuristi, con le loro teorizzazioni e la loro innocua modellistica; come se i giuristi potessero veramente, con questi loro giochetti intel-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lettuali, imprimere una sorte diversa alla vicenda umana. C'è troppa esaltazione del ruolo autonomo del diritto.

Ma K. F. era certamente buon giurista in senso autentico per non cadere, come ha detto in un'occasione, in questa trappola; anche se, atomisticamente confrontando le diverse situazioni, potè giustificatamente concludere che gli inglesi avevano trovato, con il loro pluralismo così bene sintetizzato da Giugni, una soluzione più praticabile. Ma, ancora una volta (e almeno per implicito) non per scelta soggettivistica tracciata astrattamente a tavolino, ma in condizioni storicamente date, che erano quelle della Gran Bretagna, nel contesto globale della collocazione e della storia di questo paese. Lì c'era un « diritto del lavoro » che poteva concedersi il lusso di non soffrire drammaticamente delle alternative che erano state fatali altrove.

Il miglior partito è quello di seguire pazientemente K. F. nelle elaborazioni critiche che di volta in volta propose nelle due grandi e diverse esperienze; nonché, soprattutto, sul piano dell'utilità complessiva a fini di meditazione offerta da questo volume, nelle diverse stagioni dell'evoluzione britannica. Lord Wedderburn egregiamente distingue nella sua relazione il periodo classico aureo dal 1954 al 1968, il periodo di riforma del sistema (1968-71), quello dell'evoluzione della legislazione (1971-74), quello più recente dal 1974 al 1979. Si rileva, qui e in diversi altri saggi, quanto il giurista abbia seguìto (come studioso ed anche con responsabilità in prima persona sul piano della politica legislativa) la sofferta e contraddittoria vicenda della crisi del tradizionale tradeunionismo, giusta le trasformazioni strutturali nell'economia e nella composizione della forza lavoro, traendone l'indeclinabile imperativo dell'adeguamento e della riforma. Anche K. F. fu (com'è destino naturale di ogni giurista, come scienziato della normativa esistente e di quella possibile) *servente*, nelle situazioni concrete in cui si trovò ad operare, dei problemi che emergono nella società, delle possibili linee di politica del diritto. E, come avviene in ogni uomo che pensa, non in neutro agnosticismo programmatico in mero ossequio ai fatti e alle opinioni correnti, ma con sue inevitabili propensioni ideali. K. F. le ha sempre avute nettissime, pur nella consapevolezza di doversi adeguare alle spinte del reale, nella profonda convinzione dell'ineliminabilità del conflitto sociale di fondo e della dialettica che, beneficamente, è nel sociale e con la quale occorre fare i conti; in totale comprensibile allergia alle prospettive cogestionarie, aprioristicamente collaborazionistiche, di neocorporativismo ed anche di democrazia industriale; con la difesa, quindi, in linea di principio del pluralismo e della libertà sindacale autentica. Nel contempo, condizionò la possibilità di salvaguardare i princìpi ad un auspicato processo di autorinnovamento responsabile del sindacalismo, capace di mettere ordine nelle sue istituzioni e nelle sue politiche, nonché sul piano dello scambio politico. I problemi che esplodono nella crisi sono reali e tutto di-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pende dalla possibilità di farvi autonomamente fronte, pena l'inevitabile passaggio della mano ad altri e ad altre soluzioni. K. F. non è un dommatico, ma un grande intellettuale critico.

Nell'apprezzabile saggio di Mario Grandi su questo « pluralista atipico » (del quale fedelmente si registrano i ripensamenti, le perplessità, i presagi della più recente riflessione) è però dubbia la difesa a spada tratta del pluralismo, contro i critici di sinistra spesso d'ispirazione marxista. Vi è l'assunto che il pluralismo non è ideologia, ma semplicemente schema esplicativo, cioè conoscitivo, dell'insolubile conflitto d'interessi che è nell'impresa. Ma le alternative ideologiche possono superare, ove sia dato loro di storicamente inverarsi, tutti gli schemi conoscitivi. Il conflitto di base degli interessi, potenzialmente insito nell'esistenza medesima del rapporto di lavoro, non è storicamente universalizzabile in termini concreti di effettive esperienze. L'ineliminabilità del conflitto è un dato storicamente acquisito in una certa stagione della storia, in certe plaghe ed in certi contesti; grosso modo nel capitalismo liberale e nell'area occidentale. Diversa è la situazione, ad es., nel comunitarismo giapponese di stampo feudale, nonché nei Paesi ad economia statizzata e a direzione comunista. Tutto, cioè, è nelle realizzazioni e nelle possibilità della storia; tutto dipende dalle imponderabili specificità di ogni situazione nazionale e dalle prospettive di volta in volta percorribili, anche e soprattutto in termini di forza e volontà politica. Nella vita intellettuale non tutto può risolversi in termini di meri schemi conoscitivi asettici; sempre accompagnandosi, nella complessa personalità, un pizzico di adesione, se non altro per il minimo di naturale credenza nelle cose che si fanno, e quindi di ideologia in senso proprio. Nelle scienze sociali si è, nel contempo, « scienziati puri » ed ideologi, con preferenze e speranze. E K. F. ebbe naturalmente, come si è visto, le sue speranze; soprattutto affidando all'unionismo medesimo le possibilità di autentica autosalvazione.

Il saggio storiograficamente più fine mi pare, come ho detto, quello di Mariucci, sia per la completezza nella ricostruzione del pensiero del Maestro nella sua evoluzione sia per alcune notazioni assai felici. L'A., ad es., nota (pag. 191) che in Inghilterra era sopravvissuto, malgrado il declino, un sindacalismo da « grande potenza » dei mestieri, della contrattazione decentrata, del negoziato costante sul posto di lavoro che poteva sopravvivere « ... solo a fronte dell'esistenza di notevoli margini di redistribuzione economica o di intensa azione riformistica » (pag. 192). La fine di quell'imperialismo, un tempo mondialmente dominante, ha portato seco la fine di quell'orgoglioso sindacalismo prevalentemente volto alla logica prosaica degli affari e delle pratiche restrittive di lavoro. Altrettanto giustamente M. rileva che l'ultimo K. F. « ... pone al centro della sua critica proprio quegli aspetti dell'unionismo che in passato avevano costituito la dinamicità del modello pluralistico, il quale altro in fondo non è che una combinazione sistemica

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

— a movimento progressivo — dei corporativismi diffusi » (pag. 196). Cosicché può dirsi, certo col facile senno di poi, che, nella stagione calma delle vacche grasse, il Maestro non seppe vedere quanto di potenzialmente negativo vi era in quel sistema, e che sarebbe inevitabilmente scoppiato nella stagione della crisi e dell'inarrestabile declino. Il livello più alto della speculazione sta infatti nella capacità di vedere, oltre le apparenze, i potenziali segni negativi delle situazioni e le tempeste di domani.

Passo alla parte « italiana » del volume. Scomponendo l'ordine di pubblicazione dei contributi, viene in primo luogo, come efficace sintesi riassuntiva, quello di Ghera. Esso è, nelle grandi linee, esatto nelle notazioni; dico nelle grandi linee per coordinare la fissazione di queste verità (parziali, come tutte...) con la puntigliosa scomposizione o dissacrazione di cui al saggio della Ballestrero e di cui *infra*. G. ricorda che, *attraverso Giugni*, da K. F. sono venuti essenzialmente, ai giuslavoristi della generazione di mezzo e di quella più giovane, due concetti dei quali ci siamo largamente pasciuti nell'ultimo quindicennio: quello della legislazione di sostegno (lo « Statuto » del 1970...) e quello della contrattazione collettiva come processo dinamico. Sul secondo, dico io, con notevole e diffusa (specie negli anni delle vacche grasse) partecipazione acritica che ora si sta faticosamente rimangiando, nel sindacalismo e tra i giuristi, che riscoprono la necessità di un sistema in qualche modo ordinato ed organico. G. nota altresì, assai finemente, come questa ideologia simpatetica alla positività del conflitto sia anche penetrata nella più recente giurisprudenza della Cassazione; giacché i giudici, e in particolare quelli sommi di vertice, vengono solitamente buoni ultimi e magari quando siamo ormai fuori stagione. Altrettanto finemente G. rileva come questa sia una nostra specifica temperie spirituale, assai diversa, ad es., da quella del giuslavorismo della prossima Francia.

Garofalo ricorda che, prima delle innovazioni teoriche apportate da Giugni sulle suggestioni varie dei modelli anglosassoni, si contendevano fondamentalmente due scuole. Quella marxista classica, positivisticamente tesa all'applicazione costituzionale (Natoli e Smuraglia); e quella cattolica (Santoro-Passarelli), che ebbe il grande merito di affermare l'autonomia dell'esperienza sindacale. I marxisti classici avrebbero ignorato la specificità del conflitto sindacale, tutto riservando all'avvento del « Partito-Stato operaio ». V'è certo un nucleo di verità, proprio nella traduzione formale (nel primo periodo e fino ai tardi anni '50) dell'immobilismo in chiave difensiva della vecchia CGIL; tanto che fu la CISL a sapersi muovere, nelle prime avvisaglie del miracolo economico, lungo la linea della possibile specificità sindacale. Ma in questa schematizzazione ci sono diverse forzature. Ad es. non direi che la corrente marxista classica fu « indifferente o contraria alla attribuzione al sindacato come tale di posizioni giuridiche » (pag. 127);

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dove la mettiamo la rivendicazione, piena per almeno quindici anni, di applicazione dell'art. 39 Cost.? Fu con la teorizzazione giugniana, in sintonia con le politiche della CISL e quindi con la successiva messa in movimento dell'intero sindacalismo operaio, che si pervenne alla specificità del conflitto sindacale, con una teorica giusta la quale il pluralismo (nella sua accezione conflittuale di base) sfondò anche a sinistra. Tanto che, dico io, questa fu la *communis opinio* della nuova generazione lavoristica per un'intera stagione. Sennonché, continua G., quel pluralismo conflittuale vecchia maniera (cioè sulla premessa dell'indefinita progredibilità delle condizioni di lavoro, sviluppo capitalistico permettendolo), « ... può funzionare finché operano meccanismi imperialistici interni o esterni alla società data » (pag. 129), così riprendendo l'A. le ben note elaborazioni leniniane sulle aristocrazie operaie. Soprattutto, dice G., il pluralismo fa perdere la specificità delle organizzazioni proletarie: « ... se tutti i gruppi hanno lo stesso valore, non si può ammettere che uno prevalga sull'altro » (*ivi*); si vanifica, cioè, la prospettiva del superamento socialistico. C'è, nell'A., un corposo residuo della vulgata marxista classica; come se, giusta diverse acquisizioni, invero appena accennate, di stampo eurocomunistico, non vi sia anche spazio per la specificità del conflitto sindacale come garanzia di libertà contro il Leviatano, specie in una situazione di totale statizzazione dell'economia. Dopo di che, per G., la crisi attuale può avere due possibili, opposti esiti: o verso la formale negazione del conflitto secondo le politiche affermatesi nel più recente periodo in Inghilterra e negli Stati Uniti, o verso la diretta presenza del sindacato nell'area politica, eventualmente con inserimento neocorporativo (secondo le tematiche che sono, appunto, esplose con l'accordo del 22 gennaio 1983).

Al di là delle puntualizzazioni delle possibili linee del diritto resta, in termini prettamente culturali, il problema per così dire filologico, di appurare (con tanti pluralismi e tanti modelli in giro) che cosa abbia esattamente circolato, sotto questa insegna, nella nostra letteratura. Su questo piano va segnalato il saggio più notevole del libro, puntigliosamente preciso e pieno di *humour*, di M. V. Ballestrero. L'A. esamina le prospettazioni di quattro autori (Tarello, Treu, Montanari e Giugni) per constatare, citazioni alla mano, l'uso indefinito del termine « modello »; nonché il riferimento, sempre del tutto generico e confuso, ai diversi modelli stranieri: essendo chiaro (come del resto anche Ghera) ha detto) che in tutta la vicenda si è avuto, sostanzialmente, un solo « traduttore » o « trasportatore » autonomo, cioè Gino Giugni, essendo il plurale di Tarello ingannevole (pag. 139). Anche se poi si è accreditata « ... l'immagine di un gruppo di giuristi, colti, lungimiranti e, perché no?, scaltri, alle prese con la rifondazione teorica del diritto sindacale italiano » (pag. 148). Vi sono state continue contraddizioni, di volta in volta, nella puntualizzazione del modello assunto a riferi-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mento, con la sola costante del richiamo alla situazione anglosassone; vuoi che questo avvenisse, variamente, con una teoria dell'azione sindacale quale quella di Perlman o con l'elaborazione della teoria « artificiosa » (pag. 149) dell'ordinamento intersindacale. Ma non si comprendeva mai con chiarezza, ad es., a quale preciso modello tra i tanti fosse riferito il discorso. In realtà, afferma giustamente l'A. (cogliendo la sostanza dell'operazione di politica del diritto compiuta dal nostro più eminente giuslavorista), « Il problema più urgente della rifondazione teorica del diritto sindacale italiano era quello di consentire ai fatti di accedere al diritto » (pag. 150). « E, poiché i giuristi studiano le norme, e non i fatti, bisognava trasformare i fatti in norme. La via seguìta da Giugni in questa direzione è semplice. Complicati (ad arte, secondo Treu) sono solo i riferimenti culturali » (*ivi*). « Tanto che Giugni è costretto a gonfiare artificiosamente la consistenza del *machinery*, invero piuttosto povera nella contrattazione collettiva dei tempi in cui egli scriveva la *Introduzione allo studio della autonomia collettiva* » (*ivi*); ed infatti all'epoca v'era ben poco di amministrazione del contratto collettivo. La B. aggiunge d'aver l'impressione (a mio avviso del tutto esatta) che il riferimento a Santi Romano aveva una spiegazione solo accademica, cioè di spendibilità nell'accademia italiana. E conclude, a mio avviso in modo esatto: « Credo sia sufficiente notare che i cosiddetti seguaci di Giugni si limitarono a recepire la sostanza politica della proposta, utilizzando solo in parte la forma giuridica di cui la proposta era rivestita. Del resto, politicamente la proposta era armonica a convinzioni allora diffuse circa la funzione progressiva del metodo contrattuale » (pagg. 150-151). Seguono considerazioni circa i possibili modelli esteri ed in ordine alla loro possibile traducibilità in Italia; con l'affermazione, rispetto al modello newdealistico, che « in Italia, ad esempio, il principio della rappresentanza sindacale esclusiva e l'obbligo di trattare significano più il sacrificio della libertà sindacale, che la ' promozione ' di un sistema contrattuale libero e volontario » (pag. 154). Dove l'assunto può apparire opinabile, se ed in quanto nell'art. 39 Cost. è affermato il principio che la maggioranza deve poter governare e se ed in quanto l'obbligo a trattare non involge affatto, come generalmente si dice, l'obbligo di stipulare. Infine, secondo la B., il *puzzle* si ricompone, ed anche qui si può essere d'accordo, constatando che, nel deliberato pressapochismo teorico, tanto il modello statunitense quanto quello inglese hanno avuto di volta in volta, nei momenti decisivi di svolta del nostro giussindacalismo, una *relativa* influenza, il primo per giustificare la legislazione promozionale dello « Statuto », il secondo per la ripresa contrattuale nella particolare dimensione articolata. Non potendosi tuttavia dimenticare, sempre in chiave di constatata spregiudicatezza nei riferimenti teorici, che il nostro sindacalismo ha compiuto, con l'accordarsi degli studiosi, tutte le operazioni politicamente possibili; si ricordi, soprattutto, la legge

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Vigorelli del 1959 sull'efficacia generalmente obbligatoria dei contratti collettivi. Mentre, più discutibilmente, la CISL ritenne di mantenersi fedele al modello d'esportazione, pronunciandosi, nel 1966, contro la legge limitativa nei licenziamenti.

Sostanzialmente concordante con le conclusioni della Ballestrero è, al di là della dimostrazione filologica, Tiziano Treu. Anch'egli ricorda che la ricerca comparata è stata utilizzata per operazioni pratiche di politica del diritto nel nostro Paese, col ricorso diffuso e spregiudicato ai modelli esteri, al fine di rendere effettiva e densa di realizzazioni la presenza del sindacato nel sistema.

Ma Treu ricorda (pag. 174) che all'inizio di questa parabola eravamo « ancora bloccati dalla guerra fredda ». La precisazione non è inutile, anzi serve bene per tentare di storicizzare il succo di tutta l'operazione, mettendone appieno in rilievo l'autenticità costruttiva, al di là di quello che i più giovani possono, per diretta esperienza, « sentire ». È questo il privilegio dell'età di cui si deve far tesoro.

Nella metà degli anni '50 il diritto del lavoro (quale noi oggi abbiamo, per il bene e per il male) sostanzialmente non esisteva. Non sul piano individuale, per la mancanza di una legislazione limitativa nei licenziamenti. Non sul piano sindacale, nel periodo in cui l'imprenditorialità aveva avuto buon giuoco nel fare d'ogni erba un fascio, in totale estromissione del sindacalismo dai luoghi di lavoro, prendendo a pretesto la presenza egemone dei comunisti nella più forte centrale sindacale. La situazione si mise lentamente in movimento, certo fondamentalmente a seguito della profonda trasformazione socio-economica derivata dalla industrializzazione, ma anche per l'incidenza di larghe interferenze soggettivistiche. Ci fu il lento movimento che portò all'incontro di democristiani e socialisti e quindi al centro-sinistra, pronubo di tutte le nostre importanti riforme. Ci fu la netta ripresa del sindacalismo. In quella stagione, ad es., la traduzione dell'opera di Perelman rappresentò, corroborando, una ventata di aria fresca. Ed io ricordo benissimo quei tempi, per la consuetudine che avevo frequentissima col traduttore e perché bazzicavamo insieme il centro studi CISL di via della Piazzola, a San Domenico di Fiesole. Egualmente dicasi delle ulteriori operazioni d'importazione, certo col riferimento generico e spregiudicato alla modellistica straniera. Ovunque e da varie parti si cercava di cavare argomenti persuasivi, per dimostrare che non si chiedeva la luna nel pozzo, ma cose che erano ormai patrimonio acquisito nelle più mature democrazie occidentali; per far vedere che parte coessenziale di una democrazia moderna era la democrazia industriale, basata sul continuo scontro ed incontro di forti e rappresentative organizzazioni sindacali contrapposte; per cavarne ideeforza che, in effetti, hanno avuto largamente corso ed hanno mutato di novanta gradi la situazione italiana nel giro di un quindicennio. Dopo di che, evidentemente, la correttezza filologica non conta.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Oggi noi siamo in crisi, così come sono in crisi tutti i modelli. La opinione sempre di più avverte che la crisi può essere contenuta e dominata solo con incontri responsabili ed impegnativi tra lo Stato e le forze sociali contrapposte, in coordinamento tra gli interventi pubblici e gli assetti contrattuali. Si esige, su tutti i piani, un sistema ordinato di contrattazione, chiare istanze rappresentative degli interessi, vincolatività degli impegni programmatici assunti. Nel nostro ordinamento, dominato dal principio fondamentale di libertà sindacale, nei limiti in cui tutto questo sia possibile nel rispetto di quel medesimo principio; nella particolare accezione, soprattutto, della libera determinazione delle categorie in sede sindacale e quindi senza possibilità alcuna di coartare eventuali strutturazioni ristrette di categoria e di sottocategoria. L'accorpamento confederale è desiderabile sul piano di questa necessaria politica, non può essere imposto.

Ci si può chiedere, innanzi ai problemi dell'ora, se le scelte finora compiute all'insegna della legislazione promozionale siano state le più felici ed adeguate nella lunga prospettiva. La risposta deve essere, a mio avviso, nettamente negativa. Era del tutto giusta l'idea dell'introduzione del contropotere sindacale nei luoghi di lavoro; ma non fu affatto giustificato darvi corso « anarchicamente », nei modi liberamente ritenuti, senza alcuna indicazione istituzionale, dalle organizzazioni sindacali. Fu altrettanto rovinoso (qui non per responsabilità del legislatore, ma della dottrina) predicare la programmatica non impegnatività degli impegni e dei contratti, l'assenza di qualsiasi vincolo di pace temporanea.

Oggi Treu, dopo quello che ha scritto specialmente nella prima metà degli anni '70, recita l'autocritica: « Del modello pluralistico sono infatti valorizzati soprattutto gli elementi dinamici e conflittuali di rafforzamento del contropotere sindacale rispetto a quello dell'impresa; con poca o nessuna preoccupazione per la istituzionalizzazione legale di regole di comportamento e di metodi di composizione del conflitto, in nome di una fiducia, consapevole o necessitata, nella capacità del sistema pluralistico di autogovernarsi. L'instabilità e la fragilità delle nostre relazioni industriali, nel contesto politico-economico ancora più instabile degli anni Settanta, dovevano mostrare viceversa quanto scarse fossero le probabilità di raggiungere un equilibrio su basi autonome » (pag. 178). Nel suo contributo Sciarra mette in rilievo la bancarotta del sistema programmaticamente informale, dicendo ottimamente da quali bisogni reali muova oggi l'esigenza opposta della formalizzazione, dell'impegnatività, dell'eventuale intervento legale.

Il contropotere sindacale avrebbe potuto passare attraverso la gloriosa istituzione della tradizione operaia italiana, la commissione interna. Ciò non avvenne, non tanto per l'ondata effimera della contestazione (negatrice perfino del principio della rappresentanza indispensabile di una democrazia) quanto, nella lunga prospettiva, nella

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

comune forzata volontà delle centrali prima coalizzate e poi federate di coesistere con potere paritetico nella salvaguardia dei propri apparati. Per mio conto, resto irriducibilmente trentanovista, per un sistema che, muovendo dal rispetto di tutte le correnti liberamente espresse, faccia perno sul diritto della maggioranza transeunte di governare in esclusiva, ferma la possibilità delle minoranze di rovesciare legalmente il rapporto di forza. Tanto è. La logica micidiale del proporzionalismo ammorba tutto, sul piano politico ed altrove. Fin quando non ci metteremo in testa che chi prende un voto in più dei concorrenti ha diritto di essere governo, non risolveremo il problema di fondo. Giacché una cosa è certa: nell'attuale situazione di intreccio inesorabile di pubblico e privato, nell'economia mista, con i grossi problemi di competitività, non sono tollerabili vacanze di potere; e una democrazia che si concede questo lusso, è avviata al tramonto.

Il sindacalismo si trova oggi innanzi a tutti questi problemi e tutte le alternative sono possibili: quelle, operosamente volendo, entro il sistema e, ove la crisi perduri per l'incapacità di aggredirla, anche quelle fuori sistema; perché alla lunga le esigenze elementari del corpo sociale, nella sua completa funzionalità, si impongono.

Sarebbe necessario avere idee molto chiare e nette. Invece, in tanto turbinare di modellistica teorica, tra pluralismi in varia accezione, neocorporativismi e neocontrattualismi di vario tipo, le idee in circolazione mi paiono ancora alquanto confuse e contraddittorie. Siamo ben lontani dall'aver concepito idee-forza appaganti. Ad es., leggo in una intervista di Aldo Cessari a *Rassegna sind.* n. 25 del 24 giugno 1983, pag. 21, spec. pag. 22, che « Il problema del consenso ha carattere essenziale perché il sindacato deve scegliere: o si procura credibilità nei confronti dello Stato a colpi di leggi di sostegno che stabiliscono che il sindacato, anche se non ha rappresentatività sostanziale, può egualmente rappresentare tutta la base perché è lo Stato che gli affida questa delega — e questa a mio avviso è una soluzione sbagliata — oppure il sindacato deve procurarsi un rapporto autentico con la base. Il segreto degli anni a venire è tutto qui ». Dove, evidentemente, si dà per scontata la premessa della inevitabile permanenza dell'attuale sistema informale di fatto, con la possibilità, quindi, che lo Stato riconosca potere a certe entità sindacali, a prescindere dalla previa verifica della loro rappresentatività in concreto. Come è avvenuto, ad es., col privilegiamento del sindacalismo confederale « ufficiale », avvenuto con la recente legge quadro sul pubblico impiego. Ma è appunto un'operazione costituzionalmente aberrante. Lo Stato può solo conoscere quel sindacato che, alla prova delle urne, abbia dimostrato di avere la maggioranza nella base che pretende di rappresentare. Tutto qui. L'alternativa posta dall'illustre collega è, in un sistema costituzionalmente corretto, del tutto inesistente. In tale sistema, il sindacato conta verso il potere pubblico solo in quanto indiscutibile rappre-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sentante delle basi, di cui deve procurarsi previamente il consenso. Torniamo innanzitutto alla Costituzione. Fallito clamorosamente il sistema « di fatto » (alquanto miopemente indotto sulla base di una modellistica straniera, per giunta in larga misura manipolata), si cerchi di tornare alla via diritta: può darsi che sia quella buona.

agosto 1983

GIUSEPPE PERA

Rainer SCHRÖDER, *Abschaffung oder Reform des Erbrechts. Die Begründung einer Entscheidung des BGB-Gesetzgebers im Kontext sozialer, ökonomischer und philosophischer Zeitströmungen* (Münchener Universitätsschriften. Juristische Fakultät. Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, Band 46), Ebelsbach, Verlag Rolf Gremer, 1981, 567 Seiten.

Die äußere Entstehungsgeschichte des BGB und die dogmatisch-technische Seite dieser Kodifikation sind in den vergangenen zwanzig Jahren in mehreren Monographien und durch die von Jakobs und dem Rezensenten begonnenen Editionen hinreichend erforscht worden (Literaturübersicht bei DÖLEMEYER, in: H. COING (Hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Bd. III 2, 1982, S. 1572 ff.). Deshalb ist es zu begrüßen, daß Schröder Problematik der Entstehungsgeschichte des BGB von bisher wenig beachteten Fragestellungen und neuartigen methodologischen Ansätzen aus angeht. Wie der Untertitel des Werkes ziemlich genau erkennen läßt, hat es Schröder unternommen, die Begründung einer Entscheidung des BGB-Gesetzgebers in einer grundlegenden Frage (Abschaffung/Reform des Privaterbrechts oder Beibehaltung des Privaterbrechts und der Testierfreiheit) « im Kontext sozialer, ökonomischer und philosophischer Zeitströmungen » näher darzustellen. Hierbei war zunächst die Aussagekraft der unmittelbaren Quellen zum BGB zu prüfen: Stelle man, so Schröder, die von den am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Diskussionsteilnehmern gebrachten Argumente zusammen, so werde deutlich, « daß bereits nach kurzer Zeit ... alle Argumente schon bekannt waren ... Von einer bestimmten Stufe ab traten in den Sachzusammenhängen keine neuen Argumente mehr auf » (S. 5). Dieses Dilemma führt nach Schröder dazu, daß man vielfach nicht in der Lage sei zu beurteilen, « welche der vorgebrachten Argumente oder welche Gruppe davon entscheidend für eine gesetzgeberische Entscheidung waren » (S. 5). Um an die für die BGB-Kommission maßgebende Entscheidungsgrundlage heranzukommen, geht Schröder von der Einsicht der Topik aus, daß in einem bestimmten gesellschaftlich-politischen Rahmen die Zahl der Argumente beschränkt ist und daß die Topoi nur in einer bestimmten

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

geistig-politischen Situation vernünftig sind. Es gelte also, den Kontext der Argumentation der BGB-Kommissionen zu erarbeiten: « Ein unpräzises Fühlen und Meinen muß also ersetzt werden durch eine Rekonstruktion des Umfeldes, in dem das Argument und der es Verwendende steht. Kontextverarbeitung ist hier der historisch auf ein Sachproblem beschränkte Versuch, die Gedanken eines Autors oder einer Kommission nachzuzeichnen » (S. 6). Nach neueren Theorien der « juristischen Argumentation » sehe sich ein Gesetzgeber immer dann zu einer Begründung gezwungen, wenn hierzu eine Notwendigkeit bestehe. Die Gründe hierfür sind, wie Schröder im einzelnen darlegt, für den jenigen, der sich mit historischen Quellen befaßt, nicht immer aus diesen selbst zu erschließen.

Im Verlauf der sehr breit angelegten Darstellung geht es Schröder darum die Entscheidung des BGB-Gesetzgebers in seinem zeitgeschichtlichen Hintergrund zu erschließen. Aus einer Analyse der Protokolle der 1. BGB-Kommission und der Motive zum 1. Entwurf und dieses Entwurfs selbst ergibt sich lediglich, daß die 1. Kommission es 1886 abgelehnt hat, zur Reform des Erbrechts als Möglichkeit für die Lösung der sozialen Frage Stellung zu nehmen. Auf der anderen Seite ist die erstaunliche Tatsache zu beobachten, daß der Redaktor des Teilentwurfs des Erbrechts, Gottfried Schmitt, in den Motiven zu diesem Entwurf auf über 30 Folioseiten im Jahre 1879 die Notwendigkeit des Privaterbrechts und der Testierfreiheit rechtfertigt. Damit stellte sich für Schröder die Frage, woher sich für Schmitt die Notwendigkeit ergeben hatte, das Privaterbrecht zu begründen. Hierbei geht er von drei Vermutungen aus, einmal, daß es im 19. Jahrhundert üblich gewesen sei, das Privaterbrecht zu begründen, ferner daß es sich bei den Begründungen von Schmitt um ganz persönliche Argumente handele und letztlich daß es nicht ausgeschlossen erscheine, in der umfangreichen Debatte um die Kodifikation des bürgerlichen Rechts sei die Frage des Erbrechts so angeschnitten worden, daß Schmitt zwangsläufig habe darauf reagieren müssen. Alle diese Hypothesen erweisen sich als nicht zutreffend, vielmehr zeigt sich, daß Schmitt in den Motiven zum Teilentwurf auf Schriften von Juristen und Volkswirten reagierte (u.a. auf Hans von Scheel, Baron, Bruns), die zwischen 1875 und 1878 erschienen waren, nachdem sich die 1. BGB-Kommission in ihren Vorberatungen bereits für das Privaterbrecht und die Testierfreiheit entschieden hatte. Diese Autoren befürworteten zumindest Teilreformen auf dem Gebiet des Erbrechts. Die umfangreiche Begründung bei Schmitt läßt sich unschwer damit erklären, daß die einmal getroffene Entscheidung, « die man in der Kommission für selbstverständlich hielt, plausibel gemacht werden sollte ». Nach heutiger Terminologie sei es also, so Schröder, « um die Darstellung und nicht um die Herstellung einer Entscheidung » (S. 159) gegangen. Die Begründung sei insofern schwierig gewesen, als der Nachweis erbracht werden mußte, daß die

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

getroffene Entscheidung im Einklang mit der Rechtswissenschaft, der Ökonomie und der Rechtsphilosophie stand. Eine solche Intention habe zu problematischen und verzerrten Darstellungen führen müssen.

In den folgenden drei Hauptteilen arbeitet Schröder den zeitgeschichtlichen, für Schmitt als Erbrechtsredaktor maßgeblichen Hintergrund heraus. Für den politischen Bereich untersucht Schröder Vorschläge der sozialistischen und liberalen Gruppierungen sowie linksliberaler Autoren, die soziale Frage mit Hilfe des Erbrechts zu lösen (z.B. durch Einschränkung eines unbegrenzten Familienerbrechts oder der Testierfreiheit; Erbschaftssteuer). Schröder weist nach, daß Schmitt auch die Autoren, die tendenziell nationalliberal waren und die mit dem Erbrecht die soziale Frage angehen wollten, in die ganz linke sozialistische oder kommunistische Ecke gedrängt hat, was zur Folge hatte, daß man diese Autoren nicht ernst zu nehmen brauchte. Darin, so Schröder, dokumentiere sich eine « extrem konservative Reformfeindlichkeit », so daß die « Vorstellung von der Vereinheitlichungskodifikation » in diesem Kontext ebenfalls eine « ganz konservative Prägung » erhalte und sogar der Abwehr gegen die « reformerische Mitte » diente (S. 302). Dies wird im folgenden Teil: « Ökonomie » weiter vertieft. Nach Schröder stellte Schmitt die Vorschläge der Nationalökonomie der jüngeren historischen Schule (u.a. Wagner) zu Unrecht als auf eine « anderweite Verteilung der Güterwelt » und damit auch auf die Abschaffung des Erbrechts gerichtet dar. Die Vorschläge dieser Nationalökonomen, die sich entschieden von kommunistischen und sozialistischen Forderungen absetzten und lediglich strukturelle Reformen (Beschränkung des Familienerbrechts; Erbschaftssteuer) zum Inhalt hatten, mußten damit als politisch gefährlich und ökonomisch sinnlos erscheinen. In Wirklichkeit ging es den um den Verein für Socialpolitik gruppierten Nationalökonomen und Juristen primär ebenfalls um die Erhaltung der bestehenden Gesellschaftsordnung, wenn auch mit Hilfe systemkonformer Reformen. Es waren, so Schröder, « viele reformistische Konzepte im Bereich der sozialen Frage auch im Bereich des Bürgertums diskutierbar. Der Scheidepunkt scheint das Problem der Erbrechtsreform gewesen zu sein, weil es, ob scheinbar oder nicht, zu nahe bei der Abschaffung des Eigentums stand, womit man zugleich Abschaffung der Familie etc. assoziierte » (S. 384). Engriffe in das Erbrecht bedeuteten also Infragestellen einer bestehenden Institution, der herrschenden Vermögensverteilung. Im letzten größeren Abschnitt geht Schröder den Begründungen Schmitts im « rechtsphilosophischen Kontext » nach. Nicht nachgewiesen werden konnten « klare Kant-Zitate » (S. 492). Gleichwohl setzte Schmitt bei der Begründung der Testierfreiheit in erheblichem Umfang rechtsphilosophische Begründungen und eine « zitatweise Anhäufung » von Rechtsphilosophen ein (S. 494). Dabei strebte er für den Teilentwurf des Erbrechts einen Vorrang der Testierfreiheit vor der Familienerbfolge an,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

die er aber durch das Pflichtteilsrecht beschränken wollte. In seiner Begründung versuchte Schmitt den Eindruck zu erwecken, daß die von ihm zitierten Rechtsphilosophen (u.a. Ahrens, Röder, Walter, Gärtner und Trendeleburg) mit der von ihm vorgeschlagenen Richtung einverstanden waren. Schröder stellt demgegenüber klar, daß Schmitt mit der Rezeption dieser Autoren «ungenau» und «schief» umgegangen ist (S. 495). Insbesondere habe er die sozialreformerischen Aspekte und die beginnende Ethisierung der Rechtsphilosophie, die zum Teil auch die Nationalökonomen der jüngeren historischen Schule beeinflußt habe, unterschlagen. Auf der anderen Seite ist festzustellen, daß die Konzeptionen von Ahrens sich bei der zeitgenössischen Rechtswissenschaft nicht durchgesetzt hatten, vielleicht weil man ihren rechtspolitischen Konsequenzen nicht habe folgen wollen. Die Rechtswissenschaft, so Schröder, hätte sich, wenn sie Reformen gewollt hätte, ohne weiteres auf Ahrens berufen können (S. 503).

Schröder hat in seinen Untersuchungen die zur Zeit der Abfassung des Teilentwurfs des Erbrechts existierende rechtspolitische Literatur zu einer so zentralen Frage wie der Existenz des Privaterbrechts und der Testierfreiheit erschlossen und mit den Ansichten des Verfassers des Erbrechtsteilentwurfs konfrontiert. Dies bedingte einen gewissen Umfang der Arbeit, wobei wohl Schröder die Thematik erheblich breiter aufgearbeitet hat, als dies von der unmittelbaren Zielsetzung her notwendig gewesen wäre. Mitbedingt ist aber die Breite der Darstellung durch die sehr allgemein gehaltenen, oft mehr andeutenden Ausführungen von Schmitt, denen im einzelnen nachgegangen werden mußte. Neue methodische Wege, die im einzelnen noch näher präzisiert werden müßten, mußten begangen werden. Hinzu kommt noch, daß die rechtspolitische Diskussion insbesondere der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts bislang so gut wie unerschlossen ist. Das gilt insbesondere für die siebziger Jahre dieses Jhts. Zu bedauern ist allerdings, daß Schröder die wichtigsten Passagen der Ausführungen Schmitts nicht im Zusammenhang weningstens auszugsweise mitgeteilt hat. Zugleich stellt das Werk von Schröder einen wichtigen Beitrag zur Erschließung der Persönlichkeitsstruktur der BGB-Verfasser dar. Bei den Mitgliedern der ersten BGB-Kommission, die aus der Richterschaft und der Ministerialbürokratie stammten, dürfte es sich um Juristen handeln, die, auch wenn sie politisch dem Liberalismus nahestanden, in gesellschaftspolitischer Hinsicht außerordentlich konservativ eingestellt waren wie übrigens auch ein Großteil der Nationalliberalen. Ähnliches wie für Schmitt ließe sich übrigens auch für Gottlieb Planck, dem Verfasser des Teilentwurfs des Familienrechts nachweisen. Die BGB-Verfasser waren Juristen von sehr begrenzter juristischer Originalität bzw. haben rechtspolitische Fragestellungen, entsprechend der Konzeption dieser Kodifikation, nur begrenzt in die Kodifikationsarbeiten eingebracht. Was Schmitt angeht, so ist Schröder zuzugeben,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

daß dessen Biographie noch nicht abschließend beurteilt werden kann da seine Arbeiten auf dem Gebiete des Prozeß- und Gerichtsverfassungsrechts noch nicht voll überschaubar sind (vgl. hierzu W. SCHUBERT, *Die Deutsche Gerichtsverfassung (1869-1877). - Entstehung und Quellen*, 1981). - Schröder deutet an, daß Windscheid, der der Kommission bis September 1883 angehörte, aus ihr vielleicht deswegen ausgeschieden sei, weil diese nicht genügend offen gewesen sei für rechtspolitische Fragestellungen. Wieweit dies zutrifft, läßt sich zumindest nicht anhand der Anträge Windscheids, die dieser in der 1. Kommission gestellt hat, verifizieren. Immerhin beklagt sich Windscheid in einem seiner Briefe an Planck über den Konservativismus des Kommissionsvorsitzenden Pape (vgl. Brief vom 13.1.1886 bei SCHUBERT (Hrsg.), in *ZSS, RA*, Bd. 95 (1978), S. 303). Doch ging es in diesem Zusammenhang lediglich um dogmatisch-rechtstechnische Neuerungen, nicht um rechtspolitische Probleme. Die Bewertung der Kritiken am 1. BGB-Entwurf durch Windscheid im Jahre 1889 spricht eher gegen die von Schröder vermuteten Motive. Eher dürfte für Windscheids Ausscheiden aus der 1. Kommission die Weitläufigkeit der Beratungen ausschlaggebend gewesen sein.

Schröder wertet das Ergebnis seiner Untersuchungen, daß nämlich alle wesentlichen rechtspolitischen Probleme, die mit der Erbrechtsfrage zusammenhingen, offenkundig waren und auch Schmitt weitgehend bekannt gewesen sein dürften, erfreulich zurückhaltend. Mit Recht verzichtet er darauf, Schmitt den Vorwurf einer « persönlichen Unredlichkeit u.s.w. » (S. 506) zu machen. Wenn Schröder allerdings Schmitt im Zusammenhang mit der Ausklammerung der Erbschaftssteuerfrage « politische Fahrlässigkeit » (S. 342) anlastet, so wäre das nur zutreffend, wenn die BGB-Kommissionen den Auftrag gehabt hätten, das Erbrecht zu reformieren oder entsprechende Vorschläge zu machen. Indem Schmitt sich mit den Vorschlägen der Abschaffung und Einschränkung des Erbrechts auseinandersetzte, überschritt er bereits den Auftrag der Vorkommission. Die Hauptkommission hat sich, soweit ersichtlich, auf solche Diskussionen, wie sie Schmitt in den Motiven zum Teilentwurf angeschnitten hat, nicht eingelassen. Auch die Feststellung, die Kommission habe sich « vorsätzlich aus politischen Motiven und in Kenntnis dieser Motive » nicht um die erbrechtlichen Reformvorschläge und damit letztlich nicht um die soziale Frage gekümmert (S. 300), sollte man nicht negativ bewerten, sondern im Zusammenhang mit dem Auftrag sehen, der der Kommission gegeben war.

Bedeutsam erscheinen mir zwei weitere Gesichtspunkte, die sich als Ergebnis der Untersuchungen Schröders aufdrängen. Einmal war die Reformdiskussion bereits in den siebziger Jahren in vielen Bereichen bereits soweit fortgeschritten, daß der BGB-Gesetzgeber hieran hätte anknüpfen können. Daß dies nicht beabsichtigt war, machen das Vorgehen des Bundesrats, das Gutachten der Vorkommission und die

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Zusammensetzung der Kommissionen deutlich. Die Kodifikation war in den Augen der Bundesstaaten ein viel zu gefährliches Instrument, als daß man es mit Reformfragen belasten durfte und wollte. Da man auf der anderen Seite Reformen aber nicht ganz aus dem Wege gehen konnte, wurden diese in die Spezialgesetzgebung abgedrängt. Hier war es dann durchaus opportun, Autoren wie Wagner, die Schmitt als gefährlich hinstellte, am Gesetzgebungsverfahren zu beteiligen, wie z.B. in der Kommission der Reichsregierung zur Reform des Aktienrechts (1882). Das BGB wurde gleichsam als Riegel gegen grundlegende gesellschaftliche Veränderungen angesehen. Nur so sind auch die im Kontext der damaligen Zeit nur schwer verständlichen Widerstände Preußens gegen eine reichsrechtliche Normierung der Entstehung von rechtsfähigen Vereinen zu verstehen. Wenn die Naturrechtsgesetzbücher wie das preuß. ALR noch zum Teil Reformkodifikationen waren, diente das BGB, indem es sich auf den rechtstechnischen Bereich auf der Basis der herrschenden rechtlichen Institutionen beschränkte, der Aufrechterhaltung der bestehenden Gesellschafsordnung. Niemand hat das so deutlich ausgedrückt, wie der Generalreferent der 2. BGB-Kommission und Kollege Schmitts in der 1. Kommission Gottlieb Planck: « Das Eigenthum, das Erbrecht und die auf der Ehe sich gründende Familie bilden die Grundlage der bestehenden Gesellschaftsordnung. Auf diesen Rechtsinstituten beruht auch das Recht des BGB. Sie bildeten auch die Grundlage des bisherigen Rechtes, aber sie werden befestigt und gestärkt dadurch, daß sie nunmehr einheitlich geregelt und in dem für ganz Deutschland geltenden Gesetzbuche als Grundlagen der Rechtsordnung anerkannt sind. Durch diese Anerkennung werden die prinzipiellen Forderungen der Sozialdemokratie zurückgewiesen und die bestehende Gesellschaftsordnung wird dadurch in einem Maße gestärkt, das sich zwar nicht in Zahlen ausdrücken läßt, weil es sich dabei um eine inkommensurable Größe handelt, das aber gewiß nicht gering anzuschlagen ist » (*Deutsche Juristen-Zeitung* 1899, S. 181). Daß das BGB, gerade weil es die aktuelle sozialpolitische Seite ausklammerte, im Bereich des Vermögens- und Erbrechts noch heute die Grundlage des deutschen Zivilrechts ist, steht dem nicht entgegen. Auch sollte man die Bedeutung der zahlreichen « kleinen » Verbesserungen, die das BGB gegenüber dem bisherigen Recht brachte, in ihrer Gesamtheit nicht unterschätzen. - Der Feststellung Schröders, daß die unmittelbaren Materialien zum BGB die rechtspolitische Diskussion des letzten Drittels des 19. Jhts. entweder gar nicht oder nur begrenzt erschließen, kann nur beigepflichtet werden: « Einer sehr großen Präzision in der Begrifflichkeit und in der gemeinrechtlichen Dogmatik steht ein ' Weglassen ' oder allgemein eine beschwichtigende, beschönigende Behandlung politischer und sozialer Probleme gegenüber. Der Wert der Materialien, ihre Aussagekraft, ist in diesem Punkte beschränkt. Bei historischen Interpretationen, bei denen solche Fragestellungen eine Rolle

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

spielen, dürfte das zu berücksichtigen sein » (S. 506). Dem ist allerdings hinzuzufügen, daß das BGB und deren Materialien die Privatrechtsordnung des ausgehenden 19. Jhts. nur teilweise wiederspiegeln. Ergänzend sind die Spezialgesetze heranzuziehen, die für Reformen offener waren als das BGB. Die Untersuchungen von Schröder beziehen sich unmittelbar nur auf die Arbeiten der 1. BGB-Kommission. Inwieweit die aufgestellten Thesen auch für die Arbeiten der Z. Kommission uneingeschränkt gelten, bedürfte, wahrscheinlich anhand anderer Rechtsmaterien, noch weiterer Untersuchungen, auch wenn anzunehmen ist, daß sie das von Schröder für die 1. Kommission beschriebene Bild im wesentlichen bestätigen würden.

WERNER SCHUBERT

A. F. J. THIBAUT - F. C. SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione*, a cura di Giuliano Marini, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1982, pp. 199, s.i.p.

Questa pubblicazione documenta avantutto il perdurare di interesse professionale (e forse anche di curiosità erudita) per i due notissimi scritti che, nel 1814, scatenarono la celebre polemica sull'opportunità giuspolitica e l'esperibilità tecnica della codificazione giuscivilistica. Ed al contempo induce a riflettere sui *motivi* che, di generazione in generazione, hanno offerto al passato e ripropongono tuttora con immutato successo i temi della polemica nelle formulazioni, ormai classiche, di Thibaut e Savigny. Come spiegare tale costanza e tale attualità? Fu la « solennità del genio savignyano » (Marini, p. 27) a dare statura all'episodio ed a renderlo singolarmente indimenticabile? O fu la corrispondenza puntuale fra questi scritti — occasionali ma non marginali — e un momento storico fondamentale ad accentuarne il carattere documentario ed a farne pamphlets di classica misura? Sarebbe facile (e quasi ovvio) addurre questo e altro, ma sarebbe anche tautologico. Conviene allora battere altre strade e ricordare quello che spesso si dimentica, quando si evoca l'ammaliante figura della continuità: che se costante è stato l'interesse per questi scritti (e precipuamente per la risposta di Savigny), disparati e persino contraddittori sono stati — nel corso dei decenni — i motivi che l'hanno determinato. Dietro la facciata si nasconde così un itinerario complesso, nel quale si intrecciarono e scontrarono scuole e tradizioni, tutte ugualmente orientate sulla tematica sollevata dalla celebre polemica.

Accertato preliminarmente questo fatto, ora è agevole rispondere al quesito formulato all'inizio di queste righe. L'attualità degli scritti sulla codificazione ha la sua radice nell'*attualità della codificazione stessa*, nell'intensità con la quale tutto quanto si nasconde dietro a questo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

concetto polisemico determina tuttora la legislazione e la prassi giusprivatistiche. E non valgono ad indebolire la forza dell'argomento le tendenze decodificatorie ravvisabili oramai — in misura diversa e secondo diverse modalità — in parecchi stati europei. Poiché esse paradossalmente confermano la centralità della codificazione e le difficoltà connesse al suo superamento, a livello teorico se non giuspolitico.

Ora la polemica sulla codificazione si era venuta sviluppando attorno ad una tematica precisa: quella del rapporto fra legislazione e scienza giuridica. Sia Thibaut che Savigny ambirono ad unirle, dando loro però diverso peso. L'opzione di Thibaut era per la legislazione, quella di Savigny per l'elaborazione giurisprudenziale. Quindi il contrasto verteva sulla « diversa proporzione interna tra legislazione e giurisprudenza », non potendosi affermare per il sistema giuridico « una presenza esclusiva della legislazione, o una presenza esclusiva della giurisprudenza » (Marini, Introduzione generale, p. 43).

Pare quasi superfluo ricordare la bruciante attualità di questa tematica. E se comunque l'avessimo persa di vista, ce la riproporrebbe opportunamente Marini nelle ultime battute della sua bella introduzione generale: nelle quali traspare il disagio per l'ambiziosità del ruolo oggi assunto dalla regione legislatrice, che ha dilatato il suo potere oltre i limiti marcati dalla tradizione, dando origine a quel fenomeno di ipertrofia legislativa che tutti conoscono e diversamente spiegano. Marini consiglia allora, sommessamente, di riprendere in mano i testi della polemica e di rileggerli, per trarne gli opportuni insegnamenti. Ma la sua opzione giuspolitica lo porta ad essere più vicino a Savigny che a Thibaut, più al mondo della ragione storica che non a quello della fiducia legislatrice. Ciò spiega il tono lievemente filosavignyano di tutta l'introduzione, i giudizi un po' unilaterali calati sui giuristi che sostennero o diffusero opinioni divergenti (v. ad es. la polemica contro i vari attori del fronte hegeliano, p. 16, 25, 29, 31, 41-42) ed anche la condiscendenza con la quale ha letto o giustificato talune aporie o incongruenze del ragionare savignyano. Per citare un esempio sul quale si può discutere senza sosta: Savigny colma lo scarto tra Volksgeistlehre e recezione del diritto romano in Germania « con un ardimento di pensiero, in cui è il segreto della sua opera » (p. 36).

Comunque sia: l'introduzione vuole essere solo una proposta di approccio. Rinvia sia alle diverse e documentatissime monografie mariniane (su Savigny e il metodo della scienza giuridica, 1966; sull'opera di Gustav Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco, 1969; su Jakob Grimm, 1972; ed ancora su Savigny, riepilogando scritti precedenti, 1978), sia ai testi della polemica, qui tradotti da Margherita Peretti. Per essere stata intelligentemente sensibile alle attese del lettore moderno, anche questa nuova versione facilita l'incontro con un momento chiave dell'evoluzione giuridica continentale.

PIO CARONI

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert. VI *Zur Verselbständigung des Vermögens gegenüber der Person im Privatrecht.* Herausgegeben von Helmut COING und Walter WILHELM (Studien zur Rechtswissenschaft des neunzehnten Jahrhunderts. Band 6 « Neunzehntes Jahrhundert »), Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1982, S. VII u. 146.

Der vorliegende Band der Studien zur Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts folgt nach Methode wie Inhalten der programmatischen Grundkonzeption des Forschungsunternehmens, über dessen bisherige Erträge in dieser Zeitschrift bereits berichtet wurde (*Quaderni fiorentini* 7 (1978), S. 583 ff. u. 10 (1981), S. 403 ff). Die aus der Feder von Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlern stammenden Beiträge suchen aus unterschiedlichen Ansätzen heraus dem Phänomen der rechtlichen Verselbständigung des Vermögens von der Person im Privatrecht nachzugehen. Die Ergebnisse sind für Rechts- und Wirtschaftshistoriker gleichermaßen wie für die dem geltenden Wirtschaftsrecht verpflichteten Juristen und Praktiker außerordentlich interessant. Zentrale Rechtsfiguren des modernen Wirtschaftsrechts knüpfen genetisch an jeweils unterschiedliche historische Konstruktionsfiguren an, deren eigentliche Entstehungsgründe — sei es technischer oder dogmatischer oder pragmatischer Natur — bislang zusammenschauend und vergleichend nicht gewürdigt wurden. Die in diesem Band enthaltenen Einzelanalysen enthalten dafür die Vorbedingungen.

Das Einleitungsreferat von Harald Winkel zur volkswirtschaftlichen Theorie des Vermögens geht von einer Bestandsaufnahme der volkswirtschaftlichen Lehrmeinungen zum Begriff des Vermögens aus. Trotz eines sehr hohen definitionsbildenden Aufwandes bleibt das Ergebnis aufs Ganze gesehen unbefriedigend. Der Begriff des Vermögens ist flutend und schillernd. Eine präzise allgemeine Fixierung war weder David Ricardo, Adam Smith, Wilhelm Alexis noch jüngeren und jüngsten Vertretern der Nationalökonomie gelungen. Winkels Vorschlag, das Vermögen als Gesamtheit der Wirtschaftsgüter einer Person oder einer Personengruppe zu definieren, über die diese frei verfügen kann, ist pragmatisch und theoretisch folgerichtig. Die Begriffsbestimmung spricht sowohl die sehr wesentliche Subjekt-Objekt-Beziehung an. Von ihr aus wird auf der rechtlichen Ebene die Verselbständigung des Vermögens verständlich. Sie betont aber gleichzeitig auch die nicht minder bedeutsame gesellschaftlichökonomische Komponente. In dem Kriterium der im Einzelfall tatsächlich gegebenen freien Verfügbarkeit öffnet und nähert sich diese Definition der privatrechtlichen Vorstellungswelt.

Über die klassische Lehre von Schuld und Haftung versucht Bernhard Diestelkamp die denktheoretischen und dogmatischen Schnitt-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stellen aufzudecken, die in ihrem Ansatz auf eine Trennung des Vermögens von der Person hindeuten. Die einst in ihren Grundvoraussetzungen Juristengenerationen hindurch heftig umstrittenen Ideen sind heute im geltenden Recht vollständig aufgegangen. Die Schuldrechtsdoktrin vermerkt nur noch lapidar: « Die Schuld ist heute regelmäßig mit der Haftung verbunden; man kann die Haftung den ' Schatten der Schuld ' nennen » (Dieter Medicus, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, München, 1984, § 3, I 2). Diestelkamp erkennt den frühesten Ansatzpunkt für eine Verselbständigung des Vermögens in der inhaltlichen Veränderung des Begriffes der Obligation, wie sie Savigny geprägt hat. Ursächlich für diese Wandlung war Alois Brinz. An die Stelle der klassischen Vorstellung von der Herrschaft des Gläubigers über die Handlungen des Schuldners setzte er die Pflicht des Schuldners zum Einstehen für eine Verbindlichkeit. Damit war im Grunde der Weg frei gemacht worden für eine Emanzipierung des Vermögens als Haftungsobjekt losgelöst von der Person des Schuldners. Die herrschende pandektistische Lehre versagte dieser Betrachtungsweise jedoch die Gefolgschaft. Entsprechend verhielten sich die Redaktoren des Bürgerlichen Gesetzbuches. Erst Praxisbedürfnisse in der Zeit der Hochindustrialisierung verhalfen der Brinz'schen Lehre zu einer Renaissance. So war es unausbleiblich, daß sich gerade auf dem Gebiet der Grundpfandrechte die Vermögensverselbständigung durchsetzen konnte, zumal sie auch als die angemessene Lösung empfunden wurde.

Das besondere Problem der Haftungsbeschränkungen im Spektrum der wirtschaftswissenschaftlichen Meinungen ist Gegenstand des Beitrages von Friedrich-Wilhelm Henning. Er fragt nach den Beweggründen für die allmähliche Etablierung haftungsbeschränkender Einrichtungen (beschränkt auf die Aktiengesellschaft und ihre Vorläufer) sowie nach ihrer Verortung in der wissenschaftlichen Diskussion. Anlaß hierfür bot die rasante Expansion der Großunternehmen im ausgehenden 18. und 19. Jahrhundert. Die bisherigen organisatorischen wie rechtlichen Strukturen entsprachen nicht mehr den gewachsenen geschäftlichen Aktivitäten. Die Kapitaleigner, sei es als « aktive » Unternehmer oder bloß « stille » Teilhaber, suchten nach angemesseneren Risikobegrenzungen ihres finanziellen Engagements. Henning versucht die Ergebnisse dieses Strebens in vier zeitlichen Perioden festzumachen: Merkantilismus-Kameralismus; liberale Schule; ältere und jüngere Historische Schule. Er kommt zu dem Befund, daß erst die beiden Letztgenannten zunächst eine stärkere und schließlich eine generelle Öffnung für Haftungsbeschränkungen propagiert und durchgesetzt hatten. Mit der Bereitstellung umfassender Kontrollmöglichkeiten, wie Handelsregister, Bilanzwesen und Buchführung, waren dann auch die notwendigen Voraussetzungen gegeben, auf die der Gesetzgeber antwortete.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Der Beitrag von Hans Pohl zur Entwicklung der Formen der Betriebs- und Unternehmensorganisation, insbesondere der Großorganisation im Verhältnis zum persönlich geführten Geschäft bringt eine wichtige und sinnvolle Ergänzung zu den allmählich sichtbar werdenden Konturen einer Verselbständigung des Vermögens. Indem er um eine Beschreibung der wichtigsten Betriebs- und Unternehmensformen im entwicklungsgeschichtlichen Progreß bemüht ist, zeigt er die für die jeweilige Periode maßgeblichen Tendenzen auf, die wiederum addiert als Schlußergebnis das Vordringen der Kapitalgesellschaften gegenüber den bis etwa 1870 dominierenden personengebundenen Unternehmensformen ergeben. Der gegebene Abriß der Organisationen aus der vorindustriellen Zeit bis in die jüngere Gegenwart ist beeindruckend. Die wenigen Seiten über Handwerk, Verlag, Manufakturen, Fabriken, stille Gesellschaft, offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft, Genossenschaften, bergrechtliche Gewerkschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien, Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Stiftung bringen zu Geschichte, Struktur, Funktionen und Tendenzen Ausgezeichnetes. Dem Autor gelingt es, mit wenigen klaren Strichen das für die jeweilige Periode Wesentliche herauszustellen und in die komplexe ökonomische Entwicklung einzuordnen.

Christoph Bergfeld schließlich demonstriert die Verselbständigung des Unternehmens von der Person unter dem Titel « Einzelkaufmann und Unternehmen, Person und Organisation im Handelsrecht ». Er stellt zwei zentrale Fragen als Prüfsteine des Problems in den Vordergrund: die rechtliche Konstruktion bei der Übertragung des Handelsgeschäfts unter Lebenden mit Aktiven und Passiven sowie die juristischen Begründungen für den Fall einer abgesonderten Befriedigung von Gläubigern im Konkurs des Einzelkaufmannes, falls ein Gläubiger Kredit lediglich auf das Warenlager gegeben hatte. Die jeweils unterschiedlich ausfallenden Antworten, zu welchen Doktrin, Judikatur und Gesetzgebung kamen, versucht er in einem dreigestuften Periodenraster zu erfassen: abgeschlossener Vermögenskomplex (universitas rerum): Personifizierungstendenzen, moralische, quasimoralische, juristische Person; seit 1882 abhängiges oder tätiges Zweckvermögen, im Grunde also wiederum eine Annäherung an die erste Phase. Für das Modell des Handelsgewerbes als eine Art Rechts- der Handelsperson sieht Bergfeld als bestimmendes Vorbild den französischen Code de commerce. Diese Position war jedoch seit dem Inkrafttreten des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches 1862 unhaltbar geworden, da sie sowohl dem geltenden Recht wie auch den überwiegenden Meinungen der Praxis widersprach. Nach den entscheidenden Vorarbeiten etwa durch Ernst Immanuel Bekker und Wilhelm Endemann fiel schließlich die Entscheidung zugunsten der Per-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sönlichkeit des Kaufmannes und gegen die rechtliche Verselbständigung seines Unternehmens.

Die Palette der Einzelbefunde ist breiter als hier dargestellt werden konnte. Unter dem Blickwinkel der besonderen Grundthematik dieses Sammelbandes wird ein weiteres Mal mehr das Ringen der « Zivilrechtsgesellschaft » des 19. Jahrhunderts um befriedigende Antworten auf existenzielle Probleme einer durch die Industrielle Revolution gewandelten Wirtschafts- und Rechtsordnung verdeutlicht. Den weiteren Erträgen des Forschungsunternehmens wird man deshalb mit großem Interesse entgegensehen dürfen.

HANS SCHLOSSER

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

A proposito di...

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAOLO CAPPELLINI

CINQUE SECOLI DI GIURISPRUDENZA TEDESCA: PRESENZE E ASSENZE

(A proposito di Gerd KLEINHEYER - Jan SCHRÖDER, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, Heidelberg, Müller Verlag, 1983[2])

A prima vista, e sotto un duplice profilo, una segnalazione di questa nuova edizione del volume curato da Gerd Kleinheyer e Jan Schröder potrebbe apparire persino superflua.

Che, dopo gli ormai classici lavori di Hugo Sinzheimer (*Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft*, Amsterdam, 1938), e di Erik Wolf (*Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 1939[1], 1953[3]), si avvertisse la necessità di una rassegna bio-bibliografica tale da permettere al lettore di stare al passo con il ritmo sempre crescente delle ricerche specialistiche in un settore in continua evoluzione come quello storico-giuridico in Germania, era fatto indubitabile: e, se una — ingiusta — critica poteva essere mossa, era non certo al compimento dell'opera in sé, ma al suo ritardato apparire (la prima edizione risale ormai al 1976) rispetto ad esigenze ben presenti, come doveva mostrare la quasi contemporanea uscita degli *Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert* a cura di Michael Stolleis.

Se abbiamo collocato il volume in una stessa successione con quei suoi illustri predecessori, non è perché ne vogliamo disconoscere le caratteristiche distintive; tanto più esso veniva a colmare una lacuna, quanto più chiaramente e significativamente si individuava la necessità di ampliare la cerchia dei possibili ' venticinque lettori ', fino ad includervi anche gli studenti agli inizi del corso di studi e soprattutto i ' non giuristi ', riaffermando così il valore della conoscenza storico-giuridica come dato culturale ben al di là del campo degli addetti ai lavori.

Conferma non indifferente della lucidità con la quale, accanto agli altri, anche l'obbiettivo più ravvicinato, ma non per questo meno irto di difficoltà, del colloquio col giurista positivo è stato perseguito, ci veniva offerta non solo dalla limpidità del dettato col quale le singole biografie — pur non rinunciando ad una sintesi dei più significativi risultati scientifici conseguiti negli ultimi anni — erano concepite, ma soprattutto dalla inclusione nello stesso gruppo redazionale — in osse-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quio del resto ad una ben radicata tradizione di collaborazione tra teoria e prassi, che informa di sè anche la stessa struttura dei corsi universitari tedeschi — di nomi come quelli di Erwin Forster, Hagen Hof e Bernhard Pahlmann, rispettivamente giudice, consulente giuridico della ' Stiftung Volkswagenwerke ' e avvocato. Ci pare questa una indiretta — e pertanto assai più convincente — testimonianza che la storia del diritto non debba necessariamente restare confinata nell'àmbito dell' ' ornamentazione ' culturale, in una condizione di vicinato puramente esterno accanto al diritto ' attuale ' e che la via del ' colloquio con i giuristi ' cominciasse a dare i suoi frutti proprio venendo finalmente incontro ad un interesse in questi ultimi già presente.

D'altro canto però un rapido sguardo comparativo agli indici dei due volumi è sufficiente a rendere subito manifesto il limite entro il quale gli editori intendono muoversi in questa seconda edizione, che non casualmente, come già abbiamo accennato, appare questa volta nella collana Uni-Taschenbücher: il numero dei giuristi dei quali venivano restituiti i profili scientifici con una certa esaustività resta invariato (si tratta comunque di cifra non indifferente: in tutto settantatrè), ma le singole voci vengono rielaborate, talvolta, come vedremo, con assai rilevanti spostamenti d'accento.

Soltanto nell'appendice — la cui importanza non va tuttavia trascurata, perché segue nella sostanza l'impostazione delle biografie principali, distinguendosene certo per una alquanto più parca quantità di segnalazioni bibliografiche — si intraprende il tentativo di accrescere la comprensività dell'indagine giungendo ad enumerare sessantasei nuove voci, principalmente di giuristi e pratici del ventesimo secolo.

Ci sembra quindi, in ogni caso, opportuno spendere qualche parola anche su questa seconda edizione, laddove gli spunti critici vorrebbero costituire un sia pur modesto apporto costruttivo in vista di una possibile terza edizione, che a non lunga scadenza si rivelerà a nostro avviso senz'altro desiderabile, e per l'indispensabilità di un siffatto strumento di lavoro, e, se non foss'altro, per un pronto aggiornamento bibliografico: la sola produzione intercorsa nel breve intervallo di tempo che separa queste annotazioni dall'uscita del volume (e vogliamo segnalare qui solo, a mo' d'esempio, la recente opera, curata da Michael Stolleis, su Hermann Conring, Berlin, 1983; ma gli esempi si lascerebbero facilmente moltiplicare) fa già ritenere la cosa di per sè auspicabile.

La scelta degli autori ai quali sono dedicate le ' monografie ' principali che si dipanano lungo l'itinerario di cinque secoli, pur senza seguire un ordine sistematico o cronologico — al quale, per motivi di ovvia praticabilità, è stato preferito un ordine alfabetico, tale da non sacrificare del tutto, però, l'altra esigenza, tramite rinvii operati in modo anche tipograficamente convincente — è senza dubbio estremamente rappresentativa e adeguata allo scopo di fornire uno spettro il più possibile variegato della scienza giuridica tedesca.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Tuttavia, accanto a felici intuizioni, dato il suo carattere di specchio spesso inevitabilmente fedele dello *status quaestionis*, essa finisce per restituirci anche certe occasioni per così dire ' perdute ' della storiografia giuridica tedesca; inoltre non sempre si può concordare con i curatori quando vediamo confinati nell'appendice giuristi apparentemente degni di ben altra attenzione. In questo senso sarebbe probabilmente stato più adeguato un atto di ' coraggio ' volto ad inserire almeno le più rappresentative delle nuove biografie nell'àmbito dello stesso testo, con un conseguente loro ampliamento.

Di queste, d'altronde non essenziali, mende, così come delle nuove prospettive aperte e di alcuni significativi mutamenti d'accento tra la prima e la seconda edizione, vorremmo rendere ora conto, procedendo necessariamente per accenni ed in via esemplificativa e limitandoci soprattutto all'arco di tempo che a partire dal tardo Settecento raggiunge i nostri giorni.

Nel campo del diritto pubblico accanto ai nomi di Bluntschli, Laband, Jellinek non sarebbe stato certo superfluo accogliere quello di un Gerber; ma una tale esclusione è probabilmente dettata anche da una collocazione non del tutto corretta di quest'ultimo (p. 329) quale immediato precursore di Laband: non a caso in nessuna delle bibliografie sui giuspubblicisti dell'Ottocento (e tanto meno in quella su Jellinek — cfr. p. 142 —; del resto immutata rispetto alla precedente a p. 144, ed. 1976) si trova citata la notevole monografia di Klaus Hespe, *Zur Entwicklung der Staatszwecklehre in der deutschen Staatsrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, Köln und Berlin, 1964 (cfr. Maurizio Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979, p. 278 nota 151), nella quale l'autore giustamente sottolinea (pp. 53-54) come lo ' Staatsrecht ' di Gerber, al contrario di quello di Laband, rimanga in ultima analisi ben all'interno della scuola storica e del suo « Entwicklungsbegriff ».

Proprio sotto questo profilo, bisogna porre attenzione allo sforzo meritorio, e da salutare con incondizionato apprezzamento, operato principalmente in questa seconda edizione, nella direzione di tener conto anche della letteratura italiana. Se non andiamo errati, nella prima edizione, di studi in lingua italiana venivano citati solo, ma doverosamente, oltre ad un vecchio lavoro di G. Segrè su Unger, le ricerche di Giuliano Marini su Gustav Hugo, Jacob Grimm e su Rudolf Jhering; ora, anche a seguito dell'impulso susseguente al convegno tenutosi a Firenze nel 1980 su Federico Carlo di Savigny, rinveniamo un più accentuato interesse generale verso la dottrina italiana che, costituendo nel panorama della letteratura tedesca piuttosto l'eccezione che la regola, ci sembra di buon auspicio in vista di futuri sviluppi: senza pretesa di completezza, si potrà rammentare l'integrazione della bibliografia su Lorenz von Stein con il volume di Francesco de Sanctis, *Crisi e Scienza. Lorenz von Stein alle origini della scienza sociale*, Na-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

poli, 1976 (p. 273), numerose citazioni dai ' Quaderni fiorentini ' (ad es. i saggi di Mario Bretone e Franca de Marini su Savigny, QF, 9, 1980, pp. 189-216, 245-263), inoltre i lavori dello stesso Marini e di Aldo Mazzacane su Savigny (p. 235), o quelli di Bussi su Gottlieb Suarez (p. 282).

Ancor più sorprendente appare pertanto la trascuranza del saggio dello stesso Fioravanti sulla giuspubblicistica tedesca dell'Ottocento, saggio che sarebbe stato da collocare accanto a quello più risalente di Peter von Oertzen, *Die soziale Funktion des Staatsrechtlichen Positivismus*, Frankfurt am Main, 1974, dal momento che ne corregge in modo sostanziale alcune prospettive inesatte proprio per quanto riguarda il ruolo della figura di Gerber (cfr., *op. cit.*, pp. 263-265): esclusione non priva di conseguenze, del resto, se, ad esempio, sotto la voce Laband (p. 156) viene riproposta una continuità semplice Savigny-Puchta-Gerber-Laband, tale da mettere in forse la comprensione stessa dello sviluppo della dogmatica di diritto pubblico nel diciannovesimo secolo.

Appaiono invece assai interessanti gli accenni ai rapporti e somiglianze tra Jellinek e Lorenz von Stein da un lato e ancora tra Jellinek e Max Weber dall'altro (p. 139).

Non ci pare tuttavia accettabile sulla base dello stato attuale delle ricerche che la figura di un Kelsen possa trovare la sua collocazione solo in poche righe di appendice, liquidando la *Reine Rechtslehre* con formule troppo generiche per essere convincenti (cfr. p. 335).

Facendo un passo indietro, possiamo osservare come opportunamente la rassegna rimetta nuovamente in onore la gloriosa tradizione cameralistica di contro a svalutazioni troppo influenzate (cfr. p. 241) da svianti prese di posizione operate nella prospettiva di un esclusivo privilegiamento del ' metodo giuridico ': accanto ai nomi di Seckendorff e Sonnenfels sarebbe forse stato auspicabile che anche quelli di Justi e Darjes vi fossero successivamente affiancati così come, oltre agli studi di tutto rilievo nel frattempo usciti — alludiamo ai volumi di J. Brückner, *Staatswissenschaften, Kameralismus und Naturrecht. Ein Beitrag zur Geschichte der Politischen Wissenschaft in Deutschland des späten 17. und frühen 18. Jarhunderts*, München, 1977, e di Reiner Schulze, *Policey und Gesetzgebungslehre im 18. Jahrhundert*, Berlin, 1982 —, ci sembrerebbe necessario prendere in considerazione, tra i numerosi saggi di Pierangelo Schiera, almeno il fondamentale *Dall'arte di governo alle scienze dello Stato. Il Cameralismo e l'Assolutismo tedesco*, apparso ormai già dal 1968, nonché l'ancor più risalente, ma sempre insostituibile lavoro di Massimo Severo Giannini, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, Sassari, 1940, ora ripubblicato in QF, 2, 1973, pp. 179-274.

È invece del tutto degno di nota che, superando ancora una volta una visione per così dire « savignyano-centrica», venga attirata tutta

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'attenzione che merita sull'opera di un Karl Joseph Anton Mittermaier, oltre che significativo criminalista, fondatore di Riviste come l'« Archiv für die civilistische Praxis » (1819) e la « Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes » (edita in collaborazione con Zachariä ad Heidelberg dal 1829; fatto questo che avrebbe meritato almeno una menzione): in precisa alternativa al metodo della scuola storica sostenitore di una giurisprudenza positiva orientata alla comparazione.

Il tema della comparazione ci richiama subito ad una di quelle che abbiamo definito « occasioni perdute » della storiografia giuridica tedesca: il problema della presenza di Hegel e della sua ' Wirkungsgeschichte ' sulla giurisprudenza tedesca dell'Ottocento.

A partire da questo problema, ci possiamo rendere conto di come il superamento, o per lo meno il ridimensionamento di una visione ' savignyano-centrica ' (che del resto gioverebbe alla stessa indagine sulla figura di Savigny e, più in generale, sul collocamento della scuola storica), date le oggettive difficoltà, sia però ancora un compito ben lungi dall'essere stato portato a termine; lungo tutto il percorso del volume, accanto a chiari accenni nella direzione indicata, si notano tracce di questa persistenza di una storiografia orientata sull'immagine del metodo giuridico: come quando vediamo ricondotti sotto gli influssi della scuola storica (p. 13) autori, che dopo un più attento esame, risultano ad essa ampiamente estranei, ed è questo il caso di un Carl Georg von Wächter, del quale poi, non a caso, non si riesce a chiarire nelle brevi note di appendice l'« ungeheures (!) Ansehen unter seinen Zeitgenossen » (p. 354), o di Nicolaus Falk (per quest'ultimo cfr. già Eugen Wohlhaupter, *Nicolaus Falck und die Historische Rechtschule*, in *Historisches Jahrbuch*, 59, 1939, p. 288 e seg.); o che si fa trasparente nella considerazione (p. 288) che « i lavori dogmatici e teoretico-giuridici di Thibaut rimangono rispetto allo scritto sulla codificazione del 1814 piuttosto sullo sfondo ». Indubbiamente che essi siano rimasti tali nella storiografia è innegabile; tuttavia proprio una simile mancanza di attenzione sarebbe stata degna di una revisione che getterebbe, come cercheremo in altra sede di dimostrare, una maggiore luce sul rapporto Savigny-Thibaut.

Ma ci preme di tornare ora al tema della presenza di Hegel: essa, conformemente all'immagine tradizionale già consacrata da Franz Wieacker (cfr. la *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, trad. it., tomo 2°, Milano, 1980, p. 98), viene ristretta fondamentalmente al campo del diritto penale (p. 14) e al campo del diritto pubblico: in quest'ultimo certo con considerazioni di notevole interesse, oltre che per quanto riguarda naturalmente Gneist e Stein (p. 101 e 270 s.), soprattutto in riferimento a Otto Mayer e alla configurazione del suo ' Verwaltungsrecht ' (p. 174). Non vogliamo affatto accreditare la ipotesi dell'esistenza di una *scuola* hegeliana nel campo della scienza civilistica, ma

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ci sembra del tutto inadeguato sostenere che modi di vedere hegeliani non sono penetrati nel campo del diritto privato, perché questo si rivelerebbe, rispetto ad esempio al diritto penale, « weniger Ideologieanfällig » (!) (p. 14).

Vero è invece che qui ci troviamo dinnanzi ad una vera e propria lacuna analitica, come poche notazioni possono forse meglio chiarire; in relazione al tema della comparazione e della ' Universalrechtsgeschichte ' vengono in questione i nomi di Gans e più tardi di Joseph Kohler e Ernst Zitelmann: di tutti e tre abbiamo brevi schizzi biografici in appendice (rispettivamente pp. 328-29, 336, 356-57: per quanto riguarda Zitelmann si tratta di una novità di questa seconda edizione), ma per gli ultimi due non si fa parola di un loro possibile rapporto con Hegel.

Nel campo civilistico in generale e più in particolare della Pandettistica, v'è nel saggio su Puchta il breve e usuale accenno al concetto di ' Volksgeist ' (p. 205) « già impiegato (in altro senso) in uno scritto giovanile da Hegel », senza però ulteriori sviluppi: poi, più nulla. Non troviamo accenni ad Hegel neppure dove sarebbe stato, a nostro avviso, più che legittimo aspettarseli: nelle biografie di Jhering e Gierke (pp. 131-37 e 93-98). Ma in questa linea sono forse ancora più convincenti alcuni esempi minori.

Un ' pandettista ' della levatura di Georg Bruns viene semplicemente lasciato da parte; di un autore certo poco noto, ma non per questo meno significativo proprio dal punto di vista della evoluzione della teoria delle fonti nel panorama della giurisprudenza ottocentesca, e alludiamo a Johann Friedrich Kierulff, non si può ricavare altra informazione dall'appendice, se non che ' fu influenzato da Hegel ' (p. 335); il caso di Joseph Unger, al quale è dedicata invece una biografia vera e propria, è, se vogliamo, ancora più interessante: nella bibliografia delle sue opere viene a mancare proprio il suo primo importante lavoro *Die Ehe in ihrer welthistorischen Entwicklung*, Wien, 1850, che reca il significativo sottotitolo: ' Ein Beitrag zur Philosophie der Geschichte ' (cfr. p. 300).

Ci permettiamo di addurre un altro esempio, che ci consenta di valutare più da vicino e dal punto di vista contenutistico come questa lacuna comprometta in modo non indifferente la corretta comprensione di non inessenziali tratti della storia giuridica ottocentesca.

Nella voce dedicata a Gustav Hugo — dovuta alla penna di Jan Schröder e senza dubbio una delle meglio riuscite dell'intero volume — si afferma che la suddivisione in periodi della storia giuridica romana operata da Hugo ' ist bis heute massgebend geblieben ' (p. 129).

Poche pagine più tardi leggiamo che lo svolgimento e le argomentazioni storiche del ' Geist der römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung ' di Jhering non conducono a ' nulla di nuovo ' (p. 133).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ma proprio qui viene trascurato un nodo assai significativo che andrebbe ricondotto in quella 'storia non scritta' della 'Hegelswirkung'.

Infatti, un giurista hegeliano assai singolare — anch'esso del tutto sottaciuto — come Johannes Christiansen aveva già criticato nella sua 'Römische Rechtsgeschichte' la periodizzazione di Hugo, e Jhering, nel paragrafo 5 del 'Geist' alla nota 29 (Leipzig, 1891, p. 63) recepisce in toto questa critica.

Non possiamo qui, ovviamente, soffermarci sul punto — ci ripromettiamo di farlo in altra sede —, ma risulta chiaro che la funzione della storia del diritto romano per tutta la giurisprudenza tedesca dell'Ottocento riveste un ruolo essenziale, ed anche sotto questo profilo essersi occupati in modo insufficiente di Hegel non rende le cose più facili.

Così leggiamo ad esempio — per tralasciare l'osservazione che Niebuhr per la prima volta avrebbe conseguentemente condotto a compimento una 'Geschichtsschreibung' realistica e soprattutto 'Quellenkritisch' (p. 186), quando sarebbe piuttosto da affermare il contrario (cfr. A. Heuss, *Näheres zu Niebuhr. Zur 150. Wiederkehr seines Todestages am 2. Januar 1981*, in *Antike und Abendland*, Bd. XXVII, 1981, p. 2) — possiamo leggere, dicevamo, che il 'Römisches Staatsrecht' di Mommsen sarebbe una creazione 'ex nihilo', facendo propria, questa volta, una affermazione di Heuss che non ci pare sostenibile così astratta dal suo contesto (al di là degli accenni ad 'Ansätze' presenti in questo senso di nuovo in Niebuhr e Rubino), in quanto tende ad avvalorare l'immagine tradizionale, che vede tra Niebuhr e Mommsen uno spazio vuoto: basterebbe invece solo pensare alla troppo trascurata *Grundlegung einer geschichtlichen Staatswissenschaft der Römer* di Christian Schultz (Köln, 1833) o ai lavori di Albert Schwegler, al quale spetta inoltre — è bene sottolinearlo — un posto di rilievo nella storia delle riviste 'hegeliane' sorte dopo la soppressione degli 'Hallische Jahrbücher'. Ma è la stessa scelta di Mommsen per lo *Staatsrecht* che non può riuscire comprensibile senza il riferimento ad Hegel (cfr. soltanto Lothar Wickert, *Theodor Mommsen - Eine Biographie*, Frankfurt am Main, 1959, p. 118 e 140; o Jürgen Kuczynski, *Theodor Mommsen - Proträt eines Gesellschaftswissenschaftler*, Berlin, 1978, pp. 41 ss. e 196 ss.: entrambi, del resto, testi citati nella bibliografia della voce) e più specificatamente, diremmo, alle analisi di giuristi come Kierulff e Christiansen.

In realtà è proprio il problema in sè che non viene posto al livello del diritto privato e della storia giuridica — al contrario di quanto avviene nel campo specifico del diritto penale, come è testimoniato dal costante utilizzo di un lavoro quale quello di Eckart von Bubnoff, *Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderen Berücksichtigung der Hegelschule*, Heidel-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

berg, 1966 —, sicché non stupisce l'assenza dalla bibliografia del testo che più di ogni altro ha contribuito, seppure ancora in misura teorica e preliminare a più approfondite ricerche, a sollevarlo: alludiamo a *Hegel und das Rechtsdenken in deutschen Sprachraum*, Salzburg-München, 1970, di René Marcic.

Non ci pare di andare molto lontani dal cogliere l'obbiettivo se ci sentiamo di affermare che in ultima analisi queste carenze analitiche — che tuttavia, come accennavamo sin dal principio di queste notazioni, non sono tali da inficiare il bilancio largamente positivo di una simile intrapresa — sono da ricondurre ad un'impostazione alle volte un po' troppo 'impolitica', ma sarebbe meglio definirla 'non-politica', che risalta nella parchissima scelta di giuristi semi-contemporanei: nessuna delle date di morte ricomprese nelle biografie principali è posteriore al termine della seconda guerra mondiale.

Alcune eccezioni sono da rinvenire già nella prima edizione solo in appendice (così per Otto Brunner — ed è dato meritevole di sottolineatura l'attenzione rivolta anche agli storici 'puri', in quanto essi abbiano influenzato, anche solo indirettamente, gli studi giuridici; è senz'altro da prendere allora in considerazione la possibilità di dedicare, accanto a nomi come quello di Rubino, qualche spazio autonomo anche, per fare solo un esempio, a Niebuhr —, Kelsen, Walter Jellinek, Arthur Nussbaum, Rudolf Hübner, Hugo Sinzheimer, Heinrich Triepel): ciò che colpisce però è l'assoluta assenza, ancora nel 1976, di un qualsiasi riferimento all'esperienza giuridica degli anni del nazionalsocialismo.

Ed è forse qui — e più in particolare nella mancanza di una disamina attenta della funzione, ma anche del significato 'scientifico' del neo-hegelismo di quegli anni — che deve essere ricercato uno dei motivi della timidezza con la quale il nome di Hegel comincia, nel campo giuridico, ad essere ripreso in considerazione in Germania, dove non si può dire ancora fatto usuale che la storiografia giuridica si interroghi su sè stessa e sul suo rapporto con la contemporaneità e il suo recente passato.

Qualche passo in questa direzione la nuova edizione inizia a muoverlo: ci riferiamo all'inserimento almeno del nome di Carl Schmitt in appendice (p. 348).

Ma in un'introduzione allo studio storico del diritto ci si sarebbe aspettati assai di più, proprio in considerazione dell'importanza che un corretto approccio a queste realtà riveste per lo studente che non si voglia abbandonare senza difesa ad una 'ideologizzazione strisciante' e inavvertita.

Basti solo pensare alla reazione suscitata dalla pubblicazione dello studio di Walter Wilhelm sulla metodologia giuridica nel secolo XIX, laddove si potè persino parlare di 'marxismo volgare' (sic!) (è intesa qui la recensione di E. Böckenförde, in *Archiv für Rechts- und Sozial-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

philosophie, 48, 1962, pp. 249-254) o all'incondizionato e persistente successo editoriale, ma *soprattutto didattico*, di un volume come quello di Larenz, *Methodologie der Rechtswissenschaft*, che proprio quest'anno viene nuovamente riedito: la stretta relazione non solo della persona dell'Autore — elemento in sè non decisivo —, ma delle sue stesse dottrine con l'epoca succitata, non dovrebbe restare più a lungo sottratta ad analisi critica, specialmente quando ci si trovi ormai in possesso di studi della levatura dell'analisi di M. Stolleis, *Gemeinwohlformel in nationalsozialistischen Recht*, Berlin, 1974, o di quello di Hubert R. Rottleuthner, *Die Substantialisierung des Formalrechts. Zur Rolle des Neuhegelianismus in der deutschen Jurisprudenz*, in *Aktualität und Folgen der Philosophie Hegels*, Hrsg. von Oskar Negt, F. a. M., 1971, pp. 215-268, di nuovo invano da ricercare nella bibliografia.

E nomi come quelli di J. Binder, G. Dulckeit, W. Schönfeld, ma soprattutto di E. R. Huber e E. Forsthoff, per i quali ultimi disponiamo da non molto della convincente analisi di Helmut Fangmann, lucida fin dall'intitolazione, sul ruolo svolto anche nella Germania di oggi da questi giuristi, *Die Restauration der herrschenden Staatswissenschaft nach 1945*, in Udo Reifner (hg.), *Das Recht des Unrechtsstaats. Institutionen des Faschistischen Rechtssystems in Deutschland: Arbeitsrecht und Staatsrechtswissenschaft*, F. a. M., 1981, pp. 211 ss., tutti questi nomi rimangono di nuovo perfetti sconosciuti tra i ' giuristi tedeschi di cinque secoli '.

Che non si tratti di *marginalia*, tali da poter esser facilmente tenuti in non cale, è dimostrato al di là di ogni ragionevole dubbio da due recentissimi episodi, che non possiamo far a meno di menzionare, perché richiamano immediatamente lo storico del diritto moderno a riprendere in pieno tutta la sua non indifferente responsabilità sociale.

Una delle migliori fatiche storiografiche degli ultimi anni sul tema del diritto nazionalsocialista è costituita senz'altro, dal saggio *Fremdvölkische im Dritten Reich. Ein Beitrag zur nazionalsozialistischen Rechtssetzung und Rechtspraxis in Verwaltung und Justiz unter besonderer Berücksichtigung der eingegliederten Ostgebiete und des Generalgouvernments*, Boppard, 1981, dovuto a Diemut Majer. Si tratta di una ricerca particolarmente interessante anche in una prospettiva italiana: perché giunge, sulla base di dati quantitativi, ed inoltre con risultati largamente generalizzabili, a sfatare la sostenibilità di ipotesi di lavoro come quelle volte a separare una amministrazione ' tradizionale ' (= buona, che racchiudendosi nel formalismo dell'ossequio alle vecchie strutture dello stato di diritto, avrebbe posto argini all'invadenza dell'apparato legislativo del nuovo regime) e una amministrazione speciale (e una scienza giuridica) ' rivoluzionaria ' (= cattiva; in questi ristretti spazi ad essa lasciati, direttamente asservita al regime), dimostrando invece che ci si trovava allora di fronte non ad un ceto di amministratori e giudici impreparati a reagire in conse-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

guenza della loro educazione giuridica positivistica, ma ad un funzionariato che autonomamente produceva la ' forma giuridica dell'ingiustizia '; al punto che, laddove non potesse richiamarsi ad espresse disposizioni legislative, agiva anche in assenza di esse, addirittura spesso superando i limiti normativi.

Orbene, un tale studio era già terminato alla data del 1975 (!): al termine di lunghe vicissitudini questa *Habilitationsschrift* è stata senza alcuna motivazione plausibile — come riconosciuto anche in successivi procedimenti giudiziari — semplicemente rifiutata dalla Facoltà giuridica di Berlino ed ha potuto soltanto da poco essere pubblicata (cfr. la recensione apparsa ad opera di M. Stolleis in *Demokratie und Recht*, 3, 1983, pp. 343-46).

Che la ' consegna del silenzio ', oscillante, certo, tra il silenzio vero e proprio e la condanna ' moralistica ', tra gli storici del diritto sia ancora con poche eccezioni dominante (e tanto più ci augureremmo che un volume dedicato in primo luogo non ad addetti ai lavori, fosse, o si ponesse in futuro in grado di romperla), lo dimostra un altro significativo evento: nel 1982 ha avuto luogo a Berlino un convegno sul tema ' Filosofia del diritto e Nazionalsocialismo ', che ha fatto seguito ad analoghi gruppi di studio nel campo del diritto civile, pubblico, penale e del lavoro. Quando però nel corso della discussione è stata posta la domanda provocatoria — ma rivelatrice sotto una certa luce, per la giusta sottolineatura in essa oggettivamente implicita, quali che siano state le motivazioni soggettive di chi l'ha formulata, che il problema della continuità non può più essere accantonato con soluzioni del tipo ' parentesi ': alla Croce, per intendersi —, domanda rivolta a chiarire « che cosa si possa imparare (sic) dai nazionalsocialisti per la risoluzione dei problemi della nostra contemporanea crisi », il commento dello ' storico ' non è andato al di là di questa testuale e moralmente compresa osservazione: « E lo storico del diritto che non era presente può dire a sè stesso: in questo caso tuttavia meglio allora il metodo della storia del diritto convenzionale » (cfr. U. Wesel, *Aus der Geschichte lernen*, in *Rechtshistorisches Journal*, 2, 1983, p. 240).

Allora è certo che anche il problema della presenza di Hegel nella scienza giuridica tedesca resterà un problema rimosso accanto ad altri.

Vorremmo avviarci alla conclusione osservando come, in ogni caso, lo sforzo di rielaborazione compiuto dagli autori sulle singole biografie va ben al di là, anche in particolarità minute, della semplice formula canonica della ' revisione ', costituendo un rilevante passo innanzi rispetto alla prima edizione.

Brevemente solo tre esempi comparativi. Alla voce Gustav Hugo leggevamo nella prima edizione (p. 132) una segnalazione delle dottrine nelle quali egli avrebbe, sia pur senza una connessione programmatica, precorso la via battuta più tardi dalla scuola storica: ora invece (p. 130) sono con maggiore accuratezza sottolineate le fondamen-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tali differenze, anche e soprattutto per quanto riguarda il ruolo della dogmatica giuridica.

Mentre nella prima edizione la raffigurazione di Stahl inclinava a collocarlo, al di là di differenze ' tecniche ' rispetto ad Haller, completamente dalla parte della reazione (p. 257) e terminava con la notazione che nella analisi della storia costituzionale del 19. secolo non si potesse tralasciare di osservare come le sue concezioni ancora « bei der Gründung der deutschen Fürstenaristokratie durch Bismark 1871 eine entscheidende Rolle spielten » (p. 258); nella nuova rielaborazione (p. 256) viene molto più messa in risalto, all'interno della sua proposta politica fondamentalmente certo non liberale, la funzione ' modernizzante ' del suo pensiero, fino a concludere, lasciando da parte l'osservazione precedentemente citata, per un suo contributo al trapasso anche nella Prussia degli anni 1848-50 alla forma dello stato costituzionale (p. 257).

Il metodo concettuale di Puchta veniva precedentemente ricondotto, quasi senza alcuna mediazione, in ossequio alle opinioni di Wieacker, alla tradizione del tardo diritto naturale: « Sie geht im wesentlichen auf die Naturrechtssystematik des 18. Jahrhunderts (Christian Wolff) zurück, knüpft also eine Tradition an, mit der die historischen Rechtsschule ursprünglich brechen wollte » (p. 207); adesso invece viene affermato (p. 206) che essa si avvicina al pensiero razionalistico del 18. secolo, ma poggia su tutt'altre fondamenta: la tradizione con la quale originariamente la scuola storica avrebbe voluto rompere diviene qui quella della schellinghiana filosofia dell'identità che non distingue il diritto naturale dal positivo, ma vede la razionalità realizzata nel secondo; laddove, certo, altrettanto giustificato ci sarebbe sembrato il richiamo ad Hegel.

Ci pare evidente al di là di ogni dubbio che il merito maggiore di un lavoro di questo tipo, ben lungi dall'esaurirsi in un semplice approntamento di mezzi ausiliari e di sussidio, si lasci scorgere alla lettura, proprio nella misura in cui esso è atto a suscitare problemi e a far ricercare collegamenti nuovi tra autore ed autore, tra dottrina e dottrina, con una immediatezza, che assai spesso raggiunge efficacemente lo scopo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

BARTOLOMÈ CLAVERO

DEL PENSAMIENTO JURIDICO EN EL ESTUDIO DE LA HISTORIA

(A proposito de Antonio Manuel HESPANHA, *História das Instituções. Epoca medieval e moderna*, Coimbra, Livraria Almedina, 1982, 569 pp.)

Desde un comienzo se advierte: estamos ante un manual universitario, nacido de la enseñanza y a ella destinado; un manual que se ofrece a los estudiantes de historia jurídica o de historia institucional en las facultates de derecho en Portugal. Mas no se tenga la malicia de pensarse que con la advertencia quieren eludirse los rigores de la crítica, justificándose, tal como no es raro en la literatura del género, la pura banalidad o la simple repetición bajo la excusa de la servidumbre docente; nada más lejos de la realidad en este caso. Un serio esfuerzo constructivo y una originalidad en absoluto caprichosa aguantan aquí lectura que bucee bajo la superficie, que contraste aparato y confronte argumentos, la cual podrá además precisamente interesar al pensamiento jurídico que atienden estos cuadernos.

Como libro de texto, no parecería tampoco demasiado justo que se le lanzara fuera de su circunscripción, pero el caso es también que, mereciéndola, la injusticia debe cometerse. Este manual pugna por transcender su género, por superar, satisfaciéndola, su misma servidumbre, soportando un juicio independiente de su más segura significación en la orden de la mera manualística y en el seno de la historia del derecho portuguesa, de la cual recientemente por lo demás se ocupaba el mismo autor en estos *Quaderni* (1981). Por ello también, por poder justamente interesar por encima de su ámbito escolástico y nacional, habrá de convenirse en la pertinencia de su consideración en esta misma sede.

La servidumbre ya pesa desde luego en la propia estructura del indice; aun queriéndose anunciar unos más limitados intereses desde el título, debe cubrirse un programa de historia, a partir de las épocas más antiguas, conforme a una secuencia en principio cronológica, según parece corresponder. No se mueve el autor cómodamente en el esquema; los capítulos efectivamente no anunciados resultan más bien de compromiso, reduciéndose, ya que de las primeras épocas se trata, a proporciones más bien introductorias: «una atención exigida por una cierta estética de trabajos de este tipo», en sus palabras (p. 9). Aun-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que sea la estética la que en definitiva sufra, el menú lo dispone la intendencia. Algunas someras nociones acerca de las comunidades primitivas y del derecho romano antiguo se presentan así, como simple aperitivo.

Mas no faltan los platos fuertes: « Periodo feudal » altomedieval y « Periodo del sistema corporativo » bajomedieval y moderno; éste último, realmente, nutre el índice: en verdad, el manual, más que un curso convencionalmente diacrónico de historia del derecho, ofrece una exposición pensadamente sincrónica de su etapa más sustantiva. Lo demás es, ciertamente, introducción. De aquí, ya, su notable interés. No se trata de una enésima descripción más o menos feliz de las fuentes históricas del derecho, sino de un intento en parte pionero de desentrañar las líneas maestras del sistema jurídico imperante en épocas más documentadas. No se trata del usual catálogo de instituciones pretéritas, mejor o peor caracterizadas, sino de un esfuerzo por reconstruir su orden y su engarce, la forma como en su conjunto se establecen — las fuentes, de otro modo — y la estructura que las sustenta o por la que se mantienen — las mismas instituciones, de manera no menos diversa —. « Este libro no abarca una exposición de todo el espectro institucional », también se advierte en su prólogo (p. 9), con fórmula más bien negativa: sus declaraciones iniciales están por debajo de sus logros sustantivos, también al contrario, afortunadamente, de lo que suele ocurrir.

Y los logros se cifran ciertamente donde el título anuncia: « Epocas medieval y moderna»; la empresa sólo toma cuerpo cuando llega al capítulo feudal. Unos « prolegómenos de teoría social » explican entonces las principales concepciones historiográficas del feudalismo, « jurídico-política » y « económico-social »; la segunda, como marxista según expone, prefiere adoptarse, bien que con la flexibilidad que precisamente requiere una especial valoración, nada afectada, del momento jurídico (pp. 88-91). Como fenómeno social, el feudalismo habría persistido durante una decena de siglos (p. 83), esto es, durante toda la época realmente tratada por el manual; de este modo, aun no subrayándose convenientemente, en el estudio del primer « periodo feudal », altomedieval, se consideran cuestiones que interesan por igual al subsiguiente periodo del « sistema corporativo », siguiente más bien, aparte ya la cronología, o realmente distinto con referencia al entendimiento más estrictamente político del propio feudalismo; y cuestiones que van desde la más general sobre la función del derecho en el sistema feudal hasta la más particular sobre la formación del régimen señorial. Asoman así unas dificultades que luego habremos de comentar.

El « sistema corporativo » bajomedieval y moderno se lleva justamente la parte del león, también la parte más reflexivamente elaborada y más equilibradamente construida. Y su arquitectura es en lo fundamental sincrónica o ciertamente sistemática: la representación

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

corporativa de la sociedad; autonomía y jerarquía de los cuerpos sociales; la estructura más concreta del mundo urbano e, igualmente para la época, de los señoríos; el poder político y la administración supracorporativa; la doctrina del consejo y la institución parlamentaria de las cortes sobre dicha misma base; teoría y práctica de los oficios tenidos por públicos en el propio contexto corporativo; la correspondiente estructura naturalista, tradicionalista, particularista y probabilista del orden jurídico en el interior de este sistema; el estilo y la función de la propia doctrina en esta especie de sociedad ... Algunos capítulos diacrónicos también se cruzan, no perdiéndose el sentido de la historia; en realidad, ya se comenzaba, para encuadrarse el periodo, por la crisis del siglo XIV, y, entre otras indicaciones temporales, se concluye con un capítulo sobre géneros de la literatura jurídica moderna, pero la construcción responde al referido plano sistemático. Reiteraciones y vueltas atrás, como al tocarse los orígenes de las corporaciones urbanas, no permiten afirmar que el acabado del edificio sea perfecto. Se han asumido individualmente unas responsabilidades por lo común diluidas en el seno de la especialidad; responder al reto, confrontándolas, ya debe reconocerse también como la mejor forma, por menos corporativa, de seguir compartiéndolas.

En la estructura del índice, se entraveraban cuestiones de pensamiento o doctrina; la consideración del sistema bajomedieval y moderno ya se inauguraba con un capítulo sobre la « representación corporativa de la sociedad » (pp. 205-215), reclamándose a los mismos teóricos sociales de la época las categorías esenciales para la exposición de las instituciones de su propia experiencia: sus figuraciones deben todavía servir para penetrarse en el sistema social que de algún modo hubieron de conformar. Es una idea de método, que no se echa en saco roto; la doctrina jurídica, o el *ius commune* que entonces imperaba a lo ancho de Europa, rinde, a todo lo largo del estudio del periodo, un efectivo servicio para la comprensión de su complejo sistema de dominios señoriales, autonomías corporativas y soberanías políticas; más que la historiografía actual, es la doctrina coetánea la que conduce conceptualmente el desenvolvimiento de estos capítulos.

Es una aportación de método, bien servida, aunque no anunciada en la carta ni explicada en caso alguno su receta; la doctrina histórica se utiliza, con asiduidad y provecho, en la parte más sustantiva del manual, en la que así entra, no sólo como objeto de algunos de sus apartados, sino también como guía del conjunto de ellos. Aun con cierto anacronismo, desde luego relativo por lo que se nos hiciera notar sobre la común base feudal de ambos periodos, ya comienza la doctrina moderna a introducirse en el estudio de la época altomediedal; se emprende el tratamiento del régimen señorial de la mano, no solo de historiadores, sino también de juristas, con la ayuda de las *Quaestio-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nes de Alvaro Vaz o de los *Commentaria* de Alvares Pegas sobre materias como la enfigéutica, permitiendo ya considerarlas con precisiones, no menos sociales por jurídicas, que a los primeros precisamente suelen hoy escapárseles (pp. 156-163).

Pasándose al sistema corporativo, y ahora sin la menor sombra de anacronismo, ya es constante la presencia de la doctrina histórica, salvando lagunas de la propia historiografía y asistiendo mejor a la construcción de conceptos. La visión de este sistema histórico que aquí logra ofrecerse parece ciertamente deber más a la obra servilmente escolástica de los juristas doctrinarios que a la más descomprometidamente científica de los historiadores positivos, bien que éstos en absoluto resulten despreciados, coexistiendo pacíficamente con la doctrina en notas ricamente surtidas; entre ellos se revalorizan además justamente autores menos al día, como pueda serlo Gierke (p. 205), que de diverso modo también atendieron las doctrinas históricas o mantuvieron algunos de sus supuestos. Así, de hecho, sabe realmente progresarse en la comprensión del sistema institucional de la época: el método, cuando menos, con todas sus virtudes, pero también con todos sus equívocos, requeriría una explicación.

Ya hemos dicho que, directamente, el autor no la ofrece; ni siquiera se detiene a reconocer el propio método cuando cita estudios que de alguna forma, y con fortuna, ya lo han aplicado, como pudiera ser el caso, sin ir más lejos, de *Le situazioni reali nell'esperienza medievale* de Paolo Grossi (p. 447); tampoco a confrontarlo respecto a manuales de análogo planteamiento sistemático que no han sabido confiar en cambio en la doctrina más rigurosamente jurídica, como a su vez pudiera ser el caso de *Les institutions sous la Monarchie absolue* de Roland Mousnier (p. 204). Pero, de otro modo al fin y al cabo nada elusivo, no deja tampoco nuestro autor de afrontar el problema; ya que no como capítulo de metodología previa, entre otros más convencionales que merecen consideración, se aborda luego sobradamente la cuestión en el mismo cuerpo más sustantivo del manual, por atenderse en él, según ya anunciaba el índice, la posición y la función de la doctrina jurídica en el seno del sistema corporativo histórico. La prueba del menú, en este caso, sólo está en su consumición.

El método de explotación de la doctrina no se motiva así sino por vía de hecho, informando el propio texto sobre el título o la razón de fondo de su constante presencia. Cierto es que la doctrina se colaciona de forma un tanto indiscriminada, junto a los mismos estudios propiamente históricos y con alguna indiferencia hacia su lugar y su tiempo, como si tal problema metodológico realmente con todo no existiera, pero precisamente ha de ser tratado en los términos más sustantivos que, en último caso, son los que corresponden a la misma cuestión de método. El manual, en fin, no deja de profundizar tanto en la práctica de los juristas bajomedievales y modernos como en la función

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

jurídica, y con ello social, que hubieran de satisfacer: aquí, propriamente, radica dicha cuestión.

Se tiene ante todo el sentido de concebirse como una variable histórica « la función específica del derecho », o « la forma de intervención del derecho en la vida social » (p. 39); la doctrina por su parte podría constituir « en expresión de sabor gramsciano el jurista colectivo » u orgánico (p. 23), la diversidad de cuya entidad intelectual y significación social habrá así para cada época de precisarse. Aun con algunas vacilaciones, que a veces se traducen incluso en la idea contraria de anticipación de un estudio de las instituciones separado del de la doctrina (pp. 192 y 316), este motivo anima ciertamente la exposición, pudiendo realmente operar respecto al periodo corporativo, bajomediedal y moderno, que, con el *ius commune*, efectivamente conoció un despliegue doctrinal más que suficiente para el propósito.

Aunque no se piense desde luego que baste, interesa primariamente, para el conocimiento de una sociedad, tal forma de « autorepresentación » (p. 220); y particularmente habrá por lo tanto de mirarse a la posición que la doctrina jurídica ocupa entre el conjunto de las instancias que estructuran el sistema social o, al menos, en el interior del orden expreso que representa el derecho: máxima entonces, en la época corporativa, por encima de las propias leyes (pp. 416-417 y 524), pese a sus mismas deficiencias intelectuales (pp. 197 y 395), o gracias más bien a ellas, por el mismo régimen de privilegio particularista — corporativo — que así podía por su parte garantizar (pp. 200, 219, 315 y 404-413). La doctrina, entonces, prácticamente es el derecho (p. 440). A la misma luz de sus conceptos, así ya interesante para la comprensión de un sistema social al haberlo efectivamente sido para su articulación, la propia administración de la época, o el conjunto de las instituciones entonces vigentes, pueden aparecer como una « forma cultural » a ser igualmente objeto de lectura, o a ser interpretada para el mismo análisis de su sistema social, de otro modo mal concebible (p. 333). No podría mejor sugerirse que la doctrina jurídica, para dicha época, constituye, por su misma posición social, la mejor vía de acceso para el conocimiento histórico. No podría mejor satisfacer su mismo propósito de valoración del momento jurídico respecto al menos a esta época corporativa de un sistema feudal.

O todavía más. El autor no comete la ingenuidad de presumir que la doctrina jurídica, con el peso de su cultura, rigiese entonces realmente en toda su extensión la vida social, con su base de analfabetismo (p. 439); muy al contrario, subraya que la población rural podía en gran parte seguir viviendo en su ignorancia, aunque no por ello tampoco habría de resultarle indiferente, con todos los medios de control secundario que en la época precisamente se establecieron. En la vertiente más metodológica, la misma doctrina no le es ajena a la población menos culta sobre todo porque le corresponde a su ignorancia

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

con unas formas peculiares de desprecio que, ya de por sí y con sus corolarios no poco jurídicos, resultan de lo más exprensivas, o de lo más preciosas para el conocimiento de la misma sociedad en cuestión (p. 279). El autor ha ofrecido luego una buena prueba de las posibilidades de esta idea, con reflexión precisamente metodológica (*Ius Commune*, 1983).

Pero el testimonio de la doctrina despliega todo su valor respecto a los sectores dominantes y a las formas de su dominación, que ya inciden en la estructura de la entera sociedad; que ahora, al efecto del estudio de estas formas, se conceptúe de « verdadero tratado de derecho constitucional » una obra *de donationibus iurium Regiae Coronae*, como la de Antunes Portugal (p. 321), ya se comprende: su doctrina guía y conduce. Si alguna reserva cabe, es todavía la de una excesiva prudencia, no organizándose la exposición con mayor consecuencia a partir de las representaciones o de los propios conceptos de la época. El autor se muestra consciente de ello, sintiéndose aquí especialmente atrapado por la servidumbre docente: se entiende que un curso de este género ha de tratar de la *respublica*, y no de la *familia*, como del *regnum*, y no de la *ecclesia*. Se presume que al alumno debe instruírsele mediante la historia, y no enajenársele con ella de unas categorías.

El mismo autor lo deja consignado: habría de comenzarse, a tenor de las mismas indicaciones de la doctrina a las que ya responden algunos historiadores (pp. 161-162 y 210), « por la familia, centro de poder político y espacio de autonomía, y proseguirse con las comunidades religiosas » entre otros organismos hoy más exóticos, pero es ahora « la economía de la exposición » la que otra cosa recomienda (p. 231). Hay, con ello, significativísimas ausencias, como también, entonces, habrá presencias indebidas o no propiamente introducidas por la misma doctrina histórica: el autor viene igualmente a reconocerlo respecto al concepto político de *Estado* (pp. 211 y 224). La estética sigue sufriendo por causa de una economía docente cuya servidumbre desde luego no debe mínimamente despreciarse; en su contexto, dichas mismas insinuaciones ya tienen su valor. O ya lo alcanza la propia actuación, aun así limitada, del método que prima a la doctrina conforme a su misma posición histórica.

El dominio de la doctrina por encima de leyes o normas de procedencia política se ha conectado justamente por el autor con la estructura corporativa de su sociedad, cuya composición debía así mediarse por un cuerpo escolástico a su vez de cierta autonomía, pero al tiempo sometido a la tradición del propio sistema. Más en concreto, se plantea la función de esta doctrina entre el conjunto de órdenes políticos, eclesiásticos, señoriales y mercantiles que, cuando menos, debía arbitrar. El tema se aborda más directamente al considerarse la recepción del *ius commune*, cuestionándose, no sólo sus coordenadas, sino también

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sus determinaciones sociales; con lo cual además no llega a atenerse enteramente este capítulo, como declara, al « patrimonio translaticio y algo simplificador de la historiografía establecida » (p. 447).

Pero algo simplificadora también puede resultar la explicación social que aquí se apunta: « La recepción del derecho romano sintonizaba con las formas de la vida económica entonces en crecimiento; los siglos de la recepción son en efecto los del desarrollo de la economía mercantil y monetaria europea, de los albores del protocapitalismo, que precisaba tres cosas en el campo jurídico: un derecho estable que garantizase la seguridad jurídica e institucional necesaria para la previsión y el cálculo mercantil-capitalista; un derecho único, que posibilitase el desenvolvimiento del comercio intereuropeo, y un derecho individualista, que suministrase una adecuada base jurídica a la actividad del empresario » (pp. 446-447); la duda al menos entra cuando no se ven exactamente encajar estas características de seguridad, uniformidad e individualismo en la imagen ya ofrecida de la doctrina, y con ella del derecho, de la época. La explicación no deja de atenerse a planteamientos de estudios que más directamente se han enfrentado con la cuestión, como *Law and the Rise of Capitalism* de Tigar y Levy (p. 449), pero tampoco acaba justamente de cuadrar con su misma exposición que mejor ha sabido penetrar en el fenómeno jurídico.

Retrocedamos en el tiempo, o al menos en los capítulos del manual. Ya dijimos que anteriormente se había interrogado por la función del derecho en el « sistema feudal », en un sistema que todavía no quedaba muy claro si en su dimensión jurídica se extendía a los siglos de la época corporativa (pp. 101-106): apunta a ello, puesto que, aun sin citar todavía a juristas, recurre a doctrinas y a disposiciones del *ius commune*, como fundamentalmente a la teoría del dominio dividido que representa una jerarquía social en el àmbito de la propiedad territorial, o también, pero con menor relevancia, a la de la proscripción de la usura, « otro aspecto del soporte jurídico-político del orden social feudal » como modo en su caso de « represión de las formas económicas contrarias » al mismo, esto es, de contención y supeditación del incipiente capitalismo (p. 104). La composición, ahora, ha de resultarme familiar: responde, reconocidamente, al diseño que trazara en mi breviario, más que manual, de *Derecho Común*; pero aquí no aparece así tan exactamente remitido al mismo, o tan inequívocamente enmarcado en su época bajomedieval y moderna.

La misma doctrina moderna, según dijimos, no dejará tampoco de aparecer en el tratamiento ya más específico del primer periodo feudal, altomedieval; aún más, llegará más explícitamente a plantearse la consideración de algunos de sus elementos « en los términos del derecho común » evidentemente posterior (p. 163); a los *Libri Feudorum*, con su constitución *Quae sint regaliae*, también se recurre a dicho efecto (p. 162). El panorama, con todo, resulta en su conjunto un

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tanto confuso; en estos capítulos sistemáticos más trabajados, que no quieren limitarse al « patrimonio translaticio » de la historiografía al uso, puede en todo caso dibujarse una perspectiva más rica que la que ofreciera aquella unilateral vinculación entre *ius commune* y ascenso del capitalismo, pero la misma, aun recurriendo sustantivamente a textos y a doctrinas del derecho común, no se comprende en el tratamiento de su época, de forma que no se sabe bien en qué medida la interesa a ella particularmente, a su periodo corporativo, o en qué grado resulta por otra parte efectivamente extensible a los primeros tiempos feudales, interesante con ello a todo el sistema calificado desde un punto de vista social, que así devendría más jurídico, como feudal.

Y algún sentido habrá de tener la comprobación de que parte importante de la doctrina bajomedieval y moderna sirve para explicarnos, o para conceptualizar, fenómenos que la precedieron, señoriales y eclesiásticos, familiares y políticos. De alguna forma, vino a estructurar y a reproducir relaciones sociales ya existentes, o ya imperantes, ayudando a superar el feudalismo estrictamente político pero sin subvertir realmente su base social. Puede sentirse la tentación de agregar que la otra explicación, capitalista, del derecho común, resulta complementaria, pero el hecho sigue siendo que difícilmente encaja con los mismos datos rendidos por el análisis más intrínseco de tal derecho; la conexión que, con todo, no parece regir es la que mira al ascenso del capitalismo; antes que favorecerlo, se le dificultaba en efecto con la aludida doctrina de prohibición del beneficio económico bajo el concepto de usura, aun con todos sus matices, dada sobre todo la autonomía corporativa que también se aplicaría al ámbito mercantil. Otra es la cuestión de que se posibilitara su misma emergencia bajo unas determinadas condiciones, o bajo el condicionamiento de aquella supremacía señorial que ha quedado un tanto desdibujada al ser en parte recluida, anticipándose su doctrina, en un primer periodo feudal.

Se ha dejado llevar el manual por dispares intuiciones, o se refleja también en su texto la falta de una integración más acabada que ya notábamos en su índice, pero el camino, con el método, ya está trazado, abriéndose paso por el mismo género más divuldagor de la litetatura docente. Las cuestiones pertinentes son las planteadas, y aun las desarrolladas en capítulos cuyo contenido más concreto aquí no consideramos, queriéndose tan sólo tratar su cuadro más general. Si nunca es legítimo que un comentario aspire a suplir la lectura del texto reseñado, menos cabría con este estudio polígráfico, porque pequeñas monografías, en la sucesión de sus capítulos sobre el sistema corporativo ante muy sumariamente enunciados, reune ciertamente este manual.

Para cuestiones generales, la de la demarcación de la propia doctrina que así se ha erigido en pilar básico del conocimiento histórico

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de una determinada sociedad. Venimos hablando de derecho común en su extensión pretéritamente europea, de la misma forma que el autor, pero su intención, ya también en parte por servidumbre docente, era la de atenerse a la doctrina portuguesa, si no siempre ceñirse a ella por la propia dificultad que esto entraña para la época (p. 215). Tal mismo impedimento, interesando a la propia actuación del método, merece consideración.

Las relaciones entre la doctrina general del *ius commune* y la más particular del derecho portugués se anuncian, desde el final del primer periodo feudal, en los términos convencionales que sobre todo atienden al pronunciamiento de las leyes del reino, bien que sin ignorar tampoco los propios planteamientos de la misma doctrina (pp. 178-182). Portugal, donde se aceptará expresamente la vigencia del derecho común, no presenta la contradicción de otros territorios, como Castilla, cuyas leyes pretenderían finalmente excluirlo, pero con ello, aun allanándose, no se resuelven completamente las cosas; pues el problema no es sólo el del reconocimiento más o menos matizado de dicha vigencia, y su consiguiente interés para la definición más primaria del derecho propio, sino el de la forma efectiva de su integración, o de dicha más precisa demarcación de la propia doctrina que ya de por sí era derecho. El autor discute esta integración más en los términos de la ley (pp. 494-503, debatiéndolos fundamentalmente con Braga da Cruz y Gomes da Silva) que en los de la misma doctrina: y aquí, ya, el problema.

Si la doctrina era el elemento realmente mediador, habría ya de atenderse más directamente al propio proyecto de los juristas para la misma determinación de los criterios de composición de los distintos cuerpos o elementos que integraban el orden jurídico de la época, comenzando por el de la identificación de la doctrina foránea que, dentro de la comunidad de este orden, habría de atenderse junto a la autóctona para la integración del derecho propio. La divergencia puede ser además de principio: la ley tiende a situar el derecho común en un segundo plano, al contrario precisamente que la doctrina. « Leges Portugaliae non solent facile recedere a receptis opinionibus iuris communis », solía ésta decir: he aquí la pista que merecería seguirse, al menos con el detalle que se aplica a los más limitados y menos desenvueltos pronunciamientos de las leyes u otras manifestaciones políticas.

Pero la doctrina portuguesa también fue sumamente cuidadosa en no confundirse sin más con la de derecho común, manteniendo, con sus distinciones, sus distancias. El autor lo detecta y en casos lo señala, así en materia de prescripción de derechos jurisdiccionales (pp. 218, 286 y 292); en general, la cuestión esencial de las relaciones entre los señores y la corona se presenta, con acopio de doctrina, como « uno de los puntos en los que el derecho nacional se alejara de las solucio-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nes del derecho común » (p. 291). En otros apartados la precisión en cambio no llega; aparece por ejemplo con cierta validez general una doctrina devaluadora de las cortes o institución parlamentaria que pudiera merecer análoga restricción: al menos en los territorios españoles podría desde luego corresponder también a Castilla, pero no a otros como Cataluña, y la posibilidad de que esto cupiera no llega así a considerarse.

Dónde acaba la doctrina particular y dónde comienza la general, o dónde el derecho propio y dónde, ya como ajeno, el común? ¿Cómo interesa lo segundo a lo primero, o cómo realmente se comunican cuando además suele tratarse de relaciones, no exactamente entre un derecho particular y otro general, sino entre varios derechos particulares con un fuerte componente común? En el caso de Portugal, entra especialmente en juego el orden precisamente de Castilla. El autor ya lo sugiere desde las primeras recomendaciones bibliográficas (p. 51), o ya también indica que alguna doctrina española, que mejor será decir castellana, puede representar más cercanamente derecho común en Portugal (pp. 262-263), pero ello a la hora de la verdad sólo se concreta para un primer momento ya más conocido: « La difusión de las soluciones normativas del derecho común a través de la literatura castellana constituye la primera fase de recepción entre nosotros del derecho común en su versión hispanizada » (p. 494), fase que no pasaría del siglo XIV.

Pero la cuestión es más amplia y de mayor interés para el propio problema metodológico de la demarcación de la doctrina. Posteriormente, y aun antes de que Portugal se reúna políticamente con Castilla, todavía puede recurrirse, como manifestación más próxima del derecho común, a la doctrina castellana, que perfectamente ignora por su parte las reservas legales aquí existentes frente al mismo *ius commune*; durante el periodo de unión, de 1580 a 1640, las leyes sobre el particular no cambian en Portugal, manteniéndose en su caso una remisión directa al derecho común, pero su propia doctrina no deja de evolucionar. No es tampoco que se doblegue sin más a la nueva situación política, pues la cuestión parece más compleja y, con ello, más merecedora de atención.

Precisamente desde finales del siglo XVI algunos juristas portugueses, como Alvaro Vaz, acogen la teoría del mismo derecho común que podría justificar la aplicación más directa de la doctrina castellana: la de la *lex loci vicini* que ha interesado a Gino Gorla a otros efectos. Como derecho más cercano dentro de la misma constelación del *ius commune*, o expresión más asequible al fin y al cabo, desde el propio ámbito de la Universidad, de un orden en último término común, se debe acudir a la jurisprudencia castellana antes que a otras doctrinas. Pero no se piense que esto se sustancia como un expediente de imposición en Portugal de derecho de Castilla; muy al contrario, se

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

define y alcanza aplicación como una forma de defensa de las peculiariedades del derecho portugués frente a la posibilidad, que la propia ley abre, de invasión más incontrolada del derecho común; las manifestaciones de la doctrina castellana efectivamente más próximas al caso portugués sirven pare construir incluso la imagen de un *ius hispanum*, o de una *consuetudo Hispaniae* en la que todavía se comprendería Portugal, que pudiera interponerse ante la presión constante de un menos familiar *ius commune* legalmente recidibo en el reino portugués. Los juristas mejor acomodados en el orden de Castilla, como Pedro Barbosa, o los menos preocupados por la afirmación del derecho propio portugués, como Mendes de Castro, de hecho no hacen suya la idea.

Se llegará al caso de que, independiente de nuevo Portugal desde mediados del XVII, juristas más entusiastas de la recuperación de la independencia, como Sousa de Macedo, serán al tiempo partidarios del mantenimiento del recurso al derecho vecino, por el que parece que puede seguirse recibiendo la doctrina castellana en el reino portugués; el mismo gran comentarista Alvares Pegas no se apartará de esta línea, aun rechazando el principio; no en cambio Antunes Portugal, cuya principal materia *de donationibus regiis*, con la cuestión ya también aludida de la prescriptibilidad de derechos jurisdiccionales, no casaba de suyo bien con las tendencias particulares, bastante más favorables a los señores, del derecho y la doctrina de Castilla. No faltan quienes ya entonces redujeron esta experiencia a términos más limitadamente políticos, como los juristas de la familia Barbosa; o tampoco quienes abiertamente pretendieron que así se había debatido la hegemonía de Castilla en el àmbito de la Monarquía Católica, como desde el exterior, difundiendo la especie, Arthur Duck; pero si hay algo que demuestra hasta qué punto escapa a coordenadas políticas, y correspondientemente a ley, el fenómeno jurídico de la época, aquí — capítulo al fin y al cabo de *ius commune* — puede encontrarse.

Ya tocó el punto Braga da Cruz, pero despachándolo como un « abuso » de la propia jurisprudencia portuguesa, condenándolo, esto es, desde tales suposiciones de imputación política; nuestro autor, por su parte, no lo contempla, o lo recluye como veíamos en el periodo medieval. Su alcance dista mucho desde luego de estar claro: el propio caso finalmente más refractario de Antunes Portugal ya puede hacer sospechar que no era tan fácil, o siempre tan ventajoso, el trasvase de doctrina entre los derechos castellano y portugués. Pero aquí tan sólo interesaba ahora el principio de método que con todo se confirma: el camino es la doctrina; es con la jurisprudencia nativa que el estudio debe emprenderse, no siendo lícito acudir directamente, sin su respaldo, a la foránea ni aunque, como en Portugal, la ley entonces así lo dispusiese; sólo la propia doctrina regnícola ha de comunicar las formas particulares de dicha misma recepción, si quiere todavía utilizarse el tér-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mino. Y en nuestro caso ésta seguía pasando, con todo el silencio de la ley, en parte por Castilla, sin el sentido de la ofensa de un nacionalismo sólo posterior.

La doctrina es el camino, único modo que alcanzo, bien que laborioso, para que la historia del derecho de un territorio europeo con autonomía histórica no se reduzca, ya a la proyección de jurisprudencia del *ius commune* sin mayor contraste ni especial comprobación, ya, lo que por más usual tampoco es mejor, a la descripción bajo conceptos anacrónicos, ausente su doctrina, de las fuentes más directamente dispositivas y de las instituciones más particulares o, con ello, más engañosamente distintas, pues basta pasar de la diferencia designativa de las lenguas romances a la comunidad todavía mantenida por el mismo latín de la doctrina para ya apreciarse el cambio de perspectiva.

Que ésta es la vía ya lo ha mostrado para la misma Castilla Carlos Petit (*Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1982, 2), y que hoy resulta generalmente transitable se le debe en especial al *Handbuch der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* (II) del Max-Planck-Institut que dirigiera Helmut Coing (pp. 51-52), bien que con él tampoco haya quedado enteramente expedita; aparte ya su indebida eliminación de la materia pública que entonces justamente se comprendía en el mismo *ius civile* común que la familiar o la dominical, su catálogo de la doctrina no sabe organizarse conforme a las coordenadas de la época, corporativas y religiosas tanto como políticas, respondiendo fundamentalmente a criterios nacionales también anacrónicos que, aunque menos quizá que para Italia o para Alemania, se hacen desde luego notar desorientadoramente para España y Portugal. Estamos en lo mismo: será la propia doctrina la que habrá de trazarnos tales mismas coordenadas.

Pero ¿qué doctrina? Habría que considerarse su delimitación, no sólo espacial, sino también temporal. En principio, la respuesta aquí parecería más fácil: cada doctrina ha de asistir a la comprensión de su determinada época; pero tampoco lo es tanto. ¿Cómo se define la época o, más precisamente, cómo se divide la doctrina dentro de la evolución de una misma cultura romanista? ¿Debe de seguir sin más la división de sistemas históricos o sociales, aparte el mismo problema de la determinación de éstos? La cuestión ya la hemos encontrado durante el periodo altomedieval en forma precisamente que, por la continuidad de una parte fundamental del sistema, parecía legitimar el uso contrario de la doctrina fuera de época, o su retroproyección más o menos controlada. El problema, así tan sólo detectado, también se plantea en el otro extremo: ¿Hasta dónde llega hacia el presente la doctrina por la que puede estudiarse el periodo moderno, no contemporáneo, de la historia europea? ¿Dónde acaba, más en concreto, el *ius commune* que sirviera al sistema corporativo? ¿Lo acompañó en su suerte, sobrevivió al naufragio o hizo antes agua? ¿Cuándo y cómo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cambia en fin el paradigma, que diría Kuhn, de la llamada ciencia jurídica?

No ocupándose el manual de la época contemporánea más difícilmente afrontará esta otra vertiente del problema, aunque tampoco dejan por ello de surgir algunas de sus cuestiones: la « obra de construcción dogmática » de dicha doctrina histórica incidentalmente se afirma que resiste hasta los tiempos presentes; remitiéndose a Viehweg, se hace la indicación de que sus mismas características doctrinales han llegado hasta hoy sumergidas en parte bajo el menos tópico racionalismo de los juristas contemporáneos (pp. 478-479), pareciendo con ello que apunta la referencia más a la imagen naturalista, tradicionalista, particularista y probabilista de la doctrina histórica que a la de uniformidad, seguridad e individualismo reflejada en otro momento. Y la cuestión ahora es que, al fin y al cabo más interesante para la época contemporánea que para la moderna aunque en ésta ya asomase, la composición racionalista no recibe aquí consideración, quedando en la penumbra el extremo de su misma problemática relación con la tradición del derecho común, como así también el complejo de las referidas cuestiones fronterizas. Los confines resultan borrosos.

Que el problema, imponiéndose una idea de más dilatada continuidad, no parezca siquiera caber, resulta realmente intrigante a la vista de la sensibilidad del propio manual para la diferencia histórica. Ciertos presupuestos teóricos pueden aquí pesar. Ya hemos indicado que el autor se sitúa en un marxismo especialmente escrupuloso con el fenómeno jurídico; la preocupación se comprende: si el derecho no fuera más que « sobreestructura » o un efecto derivado sin entidad propia, su historia no cabría, como ya aseverara ocasionalmente el propio Marx; frente a esto quiere afirmare desde la misma teoría la legitimidad de dicha historia: al derecho le correspondería una « autonomía relativa » respecto a la estructura social que, aun con su derivación, le dotaría de una consistencia y le proporcionaría una continuidad más que suficientes para la sustentación de su particular historia (pp. 25-26).

La autoridad sabidamente es Alhusser, quien precisamente ilustró su idea con la presunta evidencia del mantenimiento del derecho romano a lo largo de la historia europea por encima de todo género de cambios sociales, entendiendo, esto es, que un mismo derecho sustantivo se encerraba en la jurisprudencia romana, en la doctrina del derecho común y en la pandectística contemporánea; ignorando, esto es, la historia menos superficial de la cultura jurídica europea. La « autonomía relativa » sólo lo era, para el caso, de una apariencia; o era en realidad su idea una huida hacia adelante al menos respecto al problema que nos afecta de la entidad del derecho y de su historia.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Pero ¿es cuestión de marxismo? La propia noción de sobreestructura podía originalmente responder más bien a una metáfora, bastando para la indicación de fenómenos todavía no analizados científicamente, pero cuya subordinación a otros más sustantivos convendría desde un inicio en otra época resaltar ante la fuerza de ideologías de manifestación tanto religiosa como jurídica; el problema ahora puede ser bien distinto, y no porque las ideologías del caso hayan seguramente cedido, lo que es otro tema, sino porque el análisis científico ha progresado, pudiendo prescindir de imágenes. Sirva el testimonio de este propio manual: su consideración específica de la función del derecho histórico en la misma estructura social de su época vale más por sí misma para la teoría que todas las ocurrencias de especulaciones sostenidas, para este objeto, sobre el vacío.

Aunque no desde luego en el grado de Althusser, la idea de « autonomía relativa », sumada a la ilusión de continuidad que aun subsiste en el mundo del derecho, ha podido ciertamente pesar en la indicada circunstancia de falta de planteamiento de un problema como el de la demarcación temporal de la doctrina que sirve para el conocimiento del sistema corporativo, bien que de hecho se la tienda a encerrar en su época y a considerar la que entonces más generalmente imperara, ignorándose así la formación de posibles alternativas como la del propio racionalismo. El método, desde luego, resulta más problemático de lo que aquí se presume; y no habría de tratarse sólo de la afinación de su concepto, sino también, o mejor, de una aplicación que ya se identifique con la misma realización de la historia sustantiva: una última fase del sistema corporativo, cuando el racionalismo ya se desarrolla, ha quedado igualmente fuera de cuadro; las postrimerías del uno permanecen en la misma sombra que la navidad del otro. Su historia conjunta, iluminando el desajuste, aportaría más a nuestra cuestión de método que cualquier debate abstraidamente metodológico.

¿Y son tales deficiencias más sustantivas efecto inevitable de la opción de fondo por un planteamiento sistemático? Desde luego, es indicio de que no se ha resuelto satisfactoriamente el problema de la reintroducción del tiempo, el cual también interesa a la cuestión del uso metodológico de la doctrina. El postulado antropológico más elemental de que una organización social intelectualmente ha de penetrarse mediante sus propias representaciones no puede bastar para fijarse la correspondencia entre doctrina y sistema. Existen, porque hay historia y no sólo estructura, desajustes importantes, y no sólo por inercia cultural, sino también, como en el caso del racionalismo, por anticipación, a su vez presumiblemente de alguna forma activa.

Mejor que de *autonomía*, la doctrina jurídica podría gozar, como actividad humana, de libertad, todo lo *relativa* que a su vez se quiera, o más condicionada históricamente de hecho que lo que pueda predicarse por aquella teoría dispuesta a hacerle concesiones como instan-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cia supraestructural. Y tal mismo condicionamiento no podrá justamente captarse sin contar, aunque no baste, con su propio testimonio; o podrá también mejor apreciarse mediante el análisis para el caso de la última doctrina del periodo corporativo. Es, en todo caso, la propia jurisprudencia la que, con sus mismas tradiciones y rupturas, habrá de orientar para la distinción más cuidadosa que con todo conviene entre sus constantes más estructurales y sus variables de alguna fase o momento del sistema: y así podría mejor identificarse y aprovecharse aquel colectivo jurista *orgánico* que el autor invocaba.

Existía también la posibilidad más fácilmente imaginable del retardo de la doctrina respecto a la propia formación del sistema: se nos planteaba por ello precisamente la proyección de algún derecho común a los siglos altomedievales. Pero tampoco este trasiego carecía de problemas, conviniendo mayores precauciones; como el mismo sistema, cada fase puede ciertamente tener su pensamiento orgánico más particular, que debiera de exprimirse antes de procederse a cualquier trasvase de doctrina; las mismas representaciones altomedievales, aún más pobres y menos expresivas, pudieran ofrecer la pista para conectarse con mayor seguridad con el derecho común posterior, que así, y con su capacidad explicativa del propio sistema, cabría en algunos puntos efectivamente retrotraer. Aunque no con esta secuela, para la misma época más clásicamente feudal la cuestión de método no deja de estar de diverso modo ya planteada, desde Otto Brunner a Karl Bosl, a Gurevich, a Le Goff o a Duby, como el mismo autor, respecto al primero, también apunta (pp. 17, 24, 84 ...): se trataría de avanzar más resueltamente por una vía ya abierta.

Y en lo que al sistema feudal en su sentido más lato atañe, esto es, respecto en definitiva a toda la historia aquí sustancialmente contemplada, el mismo valor metodológico de la doctrina se compadece en suma mal con las presunciones asumidas sobre la entidad social, o falta de ella, del derecho; el propio método se ha definido de un modo sustantivo, a través de la apreciación de la misma función más constitutivamente social del derecho en la historia. Ha fallado la relación entre la materia y la teoría, dependiéndose en demasía de planteamientos que no han pasado por una experiencia investigadora como la del autor en su propio campo. Fue el mismo Marx quien recomendara que no se confundiera el principio de la investigación con el de la exposición: procedería un capítulo preliminar que no lo fuera tanto, una presentación de la teoría y del método menos indiferente a las propias consecuciones, una modestia menor ante las autoridades y mayor hacia las evidencias.

Entre la *estética* del trabajo y la *economía* de la exposición, ¿cabía una mayor consecuencia? No seré yo quien responda. Un manual enteramente construido sobre el presupuesto de sistema y el recurso de

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

doctrina que aquí se apuntan, podía desde luego resultar indigesto para el alumno y chocante para su propio estamento universitario, que le reclama *historia* y no, según decíamos, crítica potencial de las categorías que en su entorno quieren por encima de ella situarse. No es tampoco que se prefieran las medias tintas o los productos híbridos; es que una asignatura, y más aun la historia del derecho en el seno de la licenciatura jurídica, encuentra un techo por su medio y por su destino. Introducir a tal punto, como método, el estudio de la doctrina histórica, podría subvertir, como objeto, la doctrina del derecho contemporáneo; dicho de otra forma, tal celo científico en el curso de historia del derecho podría agitar la ideología del sector más de lo que el propio diseño de la licenciatura sería capaz seguramente de resistir, con el efecto previsible más immediato, no de que ésta por ello siquiera se altere, sino de que el cuerpo así extraño se expulse o resulte más simplemente enquistado.

Nuestro autor imparte sus enseñanzas en una facultad jurídica, pero tampoco descarta que su manual pueda ilustrar a otros posibles destinatarios: « A los estudiantes de historia intentaré, de una forma más tradicional, mostrarles cómo el mundo del derecho no es un mundo de sutilezas sin sentido social como, precipitándose, ha pretendido un cierto entendimiento del materialismo histórico » (p. 9). La ambición se entiende, no tanto que se declare « tradicional » su estilo, como tampoco que se remita en exclusiva a un « cierto » marxismo el prejuicio contrario, cuando tanto aquel sigue siendo novedoso, como a éste no le falta compañía si de la devaluación del derecho se trata.

Que en este empeño de la formación de historiadores, y no ya de juristas, la aportación del presente manual no es nada convencional, puede fácilmente desprenderse de todo lo dicho. Usualmente, la historia del derecho quiere acercarse a otras facultades con cierto sentimiento de vergüenza por sus orígines familiares, mostrándose dispuesta a soltar como lastre doctrinal su propio objeto jurídico; así, entendiendo que el resto es una pura historia de dogmas sin mayor interés fuera del gremio, quiere reafirmarse como una historia de las instituciones ajena al propio pensamiento jurídico que pretéritamente las conformara y que hoy puede informarla: una historia con ello auxiliar, sin capacidad alguna para construir sus propias herramientas conceptuales y para concurrir al desarrollo de una ciencia histórica con mucho más que documentación ordenada. Y lo que aquí se valora es precisamente tal cultura, en otros casos perdida, de las « sutilezas » jurídicas, situándose ante los ojos de los historiadores para comprobación de la asistencia que le cabe prestar en el estudio de las cuestiones incluso más generales de una historia social en sentido integral. Para constatarlo bartaría repasar, aun con todos sus problemas, una cuestión como la de la función del derecho común en el seno del sistema feudal.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Me parece que, entonces, y sobre todo si se llevara igualmente a las últimas consecuencias el planteamiento sistemático y el método doctrinal que aquí de hecho se proponen, tampoco resultaría hoy demasiado pacífica la presencia de esta enseñanza en las facultades de historia, con sus convenciones ahora de otro tipo. Y no es sólo ni principalmente el problema del marxismo al que, por quererse situar desde un principio en sus posiciones menos vulgares, alude nuestro autor; es un problema más general de prejuicios bien arraigados aún entre historiadores de mayor capacidad reconstructiva o de más acentuada sensibilidad cultural. Por ello hubiera interesado aquella confrontación la obra de un Mousnier, no respecto a su particular combate con el marxismo, sino a la cuestión menos escapadiza de su tratamiento de la misma materia corporativa análogamente sistemático y especialmente atento al pensamiento político y social de la época, pero no a su doctrina más técnicamente jurídica.

Hoy, los mismos historiadores encuentran más oportunidades de asistir a juegos de prestidigitación con la doctrina histórica, como los del actual Pierre Legendre (pp. 365-366; *Annales E.S.C.*, 1983, 3), que a esfuerzos más sensatos de resituarla en su preciso valor histórico, como el de Luigi Lombardi, quien ya no dejara de sugerir las consecuencias metodológicas para la propia historia de su misma revalorización del *Derecho jurisprudencial* (aquí en cambio ausente). O incluso hoy los historiadores más inquietos ven con mejores ojos la proyección de antropologías exóticas a la historia europea, que el aprovechamiento de este mundo de figuraciones de una doctrina que alguna mayor relación habrá de guardar con ella. Su immenso caudal sigue empantanado.

Que, y no sólo por incapacidad de hacerse valer, puede fácilmente la historia del derecho encontrarse en una tierra de nadie, es un peligro que no se le oculta sobre todo a quienes se resisten a acomodarse, o en una disciplina servil, y no ciencia que se enseñoree, de la doctrina, o en una especialidad no menos subordinada a un entendimiento de la historia que se empeña en ignorar su materia más específica; es riesgo que realmente se experimenta cuando de superarlo se trata. A la vista está la prueba de que vale la pena correrlo; ya con su conciencia, bastante ofrece este volumen para ser sencillamente un manual. Todo libro de texto — Marc Bloch juzgaba — provoca esclerosis; de coartada o de consuelo le ha servido desde entonces la idea a profesores más inconscientes o menos también escrupulosos. Ni una cosa ni la otra se precisa en este caso; agente animador, nada antibiótico, este manual tiene, más que vida, suficiente potencia para generarla.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PIERO CRAVERI

A PROPOSITO DI PLURALISMO E NEOCORPORATIVISMO NELLE RELAZIONI INDUSTRIALI

Da dieci anni a questa parte le istituzioni politiche delle democrazie occidentali sono oggetto di una disamina politologica molto critica. Ed è stato notato come queste analisi abbiano una singolare convergenza interpretativa, quale che ne siano i referenti ideologici e politici diversi (1). Ciò non toglie naturalmente che le scelte propositive che ne conseguono tornino poi a divaricarsi, anche sensibilmente. Non è sugli aspetti centrali di questo dibattito che voglio ora soffermarmi, salvo la considerazione che il denominatore comune di queste « critiche » è costituito proprio da quello che fu l'oggetto privilegiato delle scienze socio-politologiche di più di venti anni fa, cioè l'ideologia « pluralista », quella che sulla fine degli anni '50 si proponeva a sua volta come « fine delle ideologie ».

Sarebbe difficile affermare oggi che « l'attività dei gruppi » concentra su di se « il monopolio analitico nello studio del processo politico » con conseguente esclusione dello « Stato » dall'orizzonte interpretativo (2). Anzi al contrario, in questa crisi di modelli interpretativi, quasi per inerzia analitica, è proprio lo Stato a tornare ad essere il soggetto privilegiato. Lo è per quanto attiene alla revisione delle politiche di *Wellfarestate*, al funzionamento degli organi più vitali, esecutivo e pubblica amministrazione, e ancora per quanto riguarda il modo in cui è venuta estendendosi l'originaria forma di « democrazia rappresentativa » nelle prassi di democrazia « partecipata », con procedure più o meno formalizzate di mediazione degli interessi collettivi organizzati, di cui il sistema di relazioni industriali rappresenta in ogni paese una variabile significativa. Si potrebbe dire che sotto accusa è proprio questa esperienza storica, e che chiameremmo più propriamente di « democrazia collettiva », e che attraverso percorsi diversi, fin dagli anni '30, ha caratterizzato lo sviluppo delle società democratiche occidentali e di cui l'idea pluralistica è stata una delle componenti teoriche

---

(1) G. MARRAMAO, *Lo stato tardo capitalistico*, in *Storia del marxismo*, IV, Torino 1983, p. 523.

(2) *La società neocorporativa*, a cura di M. MARAFFI, Bologna 1981, p. 13.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

essenziali, non solo rendendo operante nel processo socio-politico le organizzazioni di interessi collettivi, ma stabilendo, attraverso di esse, un equilibrio istituzionale tra stato e mercato, cosicché è stato possibile formulare un'ipotesi di democrazia collettiva contrapposta a quella dello stato collettivista.

Con lo sviluppo della « democrazia collettiva » maturano problemi nuovi che mettono in discussione i punti di equilibrio raggiunti. C'è una vasta letteratura su questa materia che pone ad esempio l'accento sull'eccesso di domanda politica e sociale che il sistema pluralista produce rispetto alle capacità di assorbimento delle istituzioni, sui processi di decisionalità dei pubblici poteri che raggiungono un grado di frammentazione crescente e sulla loro conseguente diminuita efficacia, sul filtro sempre più inadeguato da questo ultimo punto di vista delle amministrazioni pubbliche, descritta dalla tematica dell'implementazione (3). Senza soffermarsi su di essa è importante sottolineare che questi processi che essa descrive, erano già oggetto di analisi nella seconda metà degli anni '60. La crisi economica che si è sviluppata nel decennio successivo, ne è stata in parte una conseguenza, certo un fattore di accelerazione, ma non l'elemento causale primario.

Certo è che questo insieme di fenomeni riconducono a considerare lo Stato come punto di riferimento centrale dell'analisi politico-istituzionale, con una variabilità di ipotesi che oscilla tra una riedizione dello « stato minimo » e una ridefinizione dello « stato garante » della giustizia sociale. Tutte le ipotesi designano comunque una riduzione dello spazio pluralista. Le nuove regole del giuoco proposte o tendono ad una redifinizione della stratificazione sociale attraverso strategie di selettività della domanda, con particolare riguardo alla spesa pubblica e ai limiti di espansione del *Wellfarestate*, o ad una nuova proceduralizzazione degli ambiti di autonomia dei soggetti collettivi storicamente esistenti. In ambedue i casi si potrebbe dire che siamo in presenza del privilegiamento di un'esigenza di integrazione sistemica, rispetto a quella di consenso sociale che aveva caratterizzato la fase storica precedente.

Linea di tendenza che dal punto di vista istituzionale si esplicita in due direzioni: problema del primato dell'esecutivo, dell'accentramento ed efficacia dei processi decisionali; e conseguente revisione degli apparati amministrativi e problema della riduzione a sottosistema dell'area dello scambio contrattuale, vincolando strettamente gli spazi di scambio sociale, dichiarando il loro carattere residuale rispetto alle prassi di scambio politico (4).

---

(3) Una rassegna di questa letteratura nell'introd. di C. DONOLO - F. FICHERA, in *Il governo debole*, Bari 1981.

(4) Per tutti lo studio della Trilaterale con saggi di M. CROZIER, S. P. HUNTINGTON, J. WATANUKI. *La crisi della democrazia*, Milano, 1977.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Già qualche anno fa Dahrendorf notava che « questo tentativo di invertire il corso della storia, per ricreare lo Stato che fortunatamente e volutamente ci siamo lasciati alle spalle, è tanto incivile, anzi rozzo, quanto il voler credere alla necessità per tutti nella nazionalizzazione della proprietà, della pianificazione sociale e del controllo operaio ([5]). Lo « Stato » funge in realtà da soluzione, e quindi anche da problematica « residuale », in assenza di un plausibile fondamento teorico del tema della crisi. Sono estremamente indicativi, da questo punto di vista i termini in cui il problema viene ad esempio proposto da Offe:

> « oggi sappiamo che le crisi economiche non faroviscono soltanto (sebbene certo anche) motivi di un'opposizione di principio, ma anche la disponibilità all'adattamento e all'integrazione. Altrettanto problematico è sapere se una sia pur grave radicalizzazione delle richieste, l'aumento delle domande, una sia pur drastica demotivazione possano davvero bloccare seriamente il funzionamento del meccanismo di accumulazione » ([6]).

L'elemento problematico manca di risposta analitiche esaurienti. Ne deriva una debolezza interpretativa, che riduce le possibilità di previsione e perfino di riflessione. Ma ne deriva anche una tendenza evidente a trasferire il tema della « crisi » sociale ed economica all'interno della problematica istituzionale, col risultato che solo all'interno di quest'ultima possono cogliersi pienamente le impostazioni politico ideologiche diverse.

Queste caratteristiche correnti della riflessione teorico-politica hanno naturalmente un sensibile riscontro in discipline ausiliarie, qual'è ad esempio il caso delle relazioni industriali, e non mancano di produrre orientamenti nuovi di politica del diritto, nella disciplina dei rapporti sindacali e del lavoro.

Poiché qui la dottrina pluralista ha trovato un campo particolarmente proficuo di applicazione, formulando peculiari soluzioni sistemiche, è naturale che la discussione abbia per oggetto prevalentemente opzioni intorno a modelli funzionali di comportamento sociale e corrispondenti modelli normativi ed istituzionali. È una discussione che nasce per larga parte dall'esigenza di salvaguardare la continuità del modello pluralista pur adattandolo ai problemi d'ordine sistemico che la crisi propone. Per questo più delle oscillazioni teoriche conta la varietà delle esperienze concrete che storicamente si svolgono in vari paesi. Da un punto di vista storico nel trentennio passato quasi ciascun paese ha disegnato un proprio sistema di relazioni sindacali, con soluzioni di funzionamento anche molto divergenti. Si parla sovente di

---

([5]) Le osservazioni di Dahrendorf in appendice a *La crisi della democrazia*, p. 174.

([6]) C. OFFE, « *Ingovernabilità* ». *Sulla rinascita di teorie conservatrici della crisi*, in *Il governo debole*, p. 109.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« modelli » diversi. In realtà, data l'instabilità e flessibilità di ciascun modello (si pensi al caso dell'Olanda, che è stato antesignana nell'adottare prassi istituzionali di politiche dei redditi, per abbandonarle poi quando in altri paesi europei ci si incominciava faticosamente a muovere in quella direzione (7), dovrebbe fare piuttosto parlare di esperienze determinate da tre principali variabili:

a) l'esistenza del sistema di contrattazione collettiva come metodo di composizione del conflitto tra i soggetti sociali e come autonoma fonte normativa;

b) il presupposto del mercato come luogo primario del conflitto e fonte delle risorse necessarie allo scambio negoziale;

c) la funzione dello Stato come mediatore e come portatore di finalità generali che integrano ed interferiscono nello scambio negoziale.

Certamente in ogni esperienza nazionale le tre variabili hanno trovato un diverso grado di interelazione. Oggi siamo sempre più portati a ritenere che l'elemento qualificante di un sistema di relazioni industriali, sia determinato dalla terza variabile, quella che definisce il ruolo dello stato ed il raccordo tra questo e il sistema negoziale. L'accento si sposta inoltre dallo scambio che aveva come presupposto naturale il mercato, a quello che si definisce « scambio politico » ed ha appunto come interlocutore primario lo Stato (8). Per questo si è portati a parlare di « modelli », in particolare di modelli « neocorporativi ». Ancora qualche anno fa l'elemento analitico determinante sarebbe stato il conflitto e quindi il processo contrattuale come sua primaria forma di istituzionalizzazione.

Come è stato avvertito siamo in presenza di un'ipotesi di istituzionalizzazione più rigida, che può integralmente snaturare l'originaria ipotesi pluralistica. Da più parti si è invece portati a sostenere il contrario, a vedere anzi l'approdo neocorporativo come una fase evolutiva della stessa teoria pluralista (9).

Quello delle relazioni industriali è dunque un momento di riflessione particolare e paradigmatico, di un più generale dibattito, relativo all'« eccesso di democrazia », determinatosi in tutti i paesi industriali dell'occidente negli anni '60, e alle politiche istituzionali necessarie, invece, ad « un maggior grado di moderazione », per ricostituire l'equilibrio (10). Ne derivano una serie di effetti incrociati, generalmente trascurati dalla riflessione teorica sulle relazioni industriali, in particolare dal dibattito neocorporativo, che pure ci sembrano determinanti per valutare se ci muoviamo nell'ambito di un processo evolu-

---

(7) J. WINDMULLER, *Labour Relations in Netherland*, Cornell Univ. Press, 1969.

(8) A. PIZZORNO, *I soggetti del pluralismo*, Bologna 1980, pp. 74 ss.

(9) MARAFFI, p. 31.

(10) HUNGTINGTON, in *La crisi della democrazia*, p. 94.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tivo caratterizzato dalla sostanziale continuità dell'originaria proposta pluralista, oppure andiamo incontro alla modifica di sostanziali presupposti di essa. Il problema, come si è accennato, viene solo parzialmente proposto da un punto di vista teorico. Il modello neocorporativo si propone, infatti, generalmente come una variante della teoria pluralista; predominano dunque gli aspetti analitici e propositivi. Vorremmo brevemente soffermarci su due particolari aspetti: uno analitico, che riguarda il rapporto tra sistema di relazioni industriali e sistema istituzionale, dal punto di vista di una particolare esperienza storico-teorica, il concetto di « laisser faire collettivo », quale ci viene proposto dal pensiero di Kahn Freund e dalle recenti riflessioni intorno ad esso; un secondo, d'ordine analitico e propositivo riguarda il problema della rappresentatività delle associazioni d'interesse, all'incrocio dei processi di *input* ed *output* propri del sistema istituzionale.

Alcuni testi recenti, inglesi ed italiani, svolgono una riflessione approfondita sulla genesi e lo sviluppo dell'opera di Kahn Freund, e tra l'altro propongono l'attenzione su due snodi cruciali di essa: il primo riguarda il punto critico in cui collocare l'origine del suo indirizzo pluralista, il secondo riguarda la sua critica dell'esperienza pluralista, specie di quella inglese, dalla data della sua partecipazione alla commissione Donovan in poi ([11]).

Quanto al primo punto Lewis e Clark sembrano considerare come elemento deciviso di passaggio, non tanto i primi anni del soggiorno in Inghilterra, dopo l'emigrazione, ma gli ultimi scritti weimariani di Kahn Freund, la consapevolezza che ne emerge, rispetto all'esperienza della giuslavoristica tedesca del primo dopoguerra, della debolezza dell'ipotesi di transizione al collettivismo che essa sottintendeva. Significative paiono in proposito gli interrogativi finali del saggio *Der Funktionswandel des Arbeitsrechts*:

> « forse ci si illuse, egli osserva, di poter attuare il collettivismo in una economia capitalistica, senza rendersi conto che le condizioni economiche del capitalismo consentono il funzionamento di questo sistema solo in certe circostanze, mentre, in periodo di crisi, ne trasformano in maniera decisiva la funzione ... È possibile, in una società divisa in classi, organizzare giuridicamente la lotta di classe e farne una parte costitutiva dell'ordinamento giuridico? Può lo Stato riconoscere il concetto di classe e mantenersi tuttavia « neutrale »? E infine: deve essere la lotta a far saltare l'organizzazione giuridica o dev'essere l'ordinamento giuridico a soffocare la lotta? » ([12]).

([11]) Otto KAHN FREUND, *Labour Law and Politics in the Weimar Republic*, a cura di R. LEWIS e J. CLARK, Oxford 1981, e *Il pluralismo e il diritto del lavoro. Studi su O. Kahn Freund*, a cura di Gian Guido BALANDI e Silvana SCIARRA, Roma 1983.

([12]) *Labour Law* ..., p. 51.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La crisi politica della Germania di Weimar non consentiva a Kahn Freund di dare una risposta a questi interrogativi, ma proprio dalla negazione dell'illusione di poter attuare il collettivismo in un'economia capitalistica è plausibile che procedesse l'elaborazione ulteriore di tipo pluralista. Una elaborazione teorica che risponde puntualmente a tutti gli interrogativi da lui posti alla fine dell'esperienza tedesca, salvo uno, in qualche modo implicito: è compatibile con un'economia capitalistica il pieno esplicarsi di un sistema pluralista? L'interrogativo rinvia alle riflessioni degli ultimi anni della vita di Kahn Freund. In Italia coglie abbastanza di sorpresa gli assunti pluralistici del nostro dibattito politico-giuridico (13). Non abbiamo certo avuto, ad esempio, una critica del pluralismo del tipo di quella svolta in Gran Bretagna da Fox (14) agli inizi degli anni '70. Semmai abbiamo avuto una utilizzazione del pluralismo di tipo « weimariano », alla ricerca cioè della possibilità di organizzare giuridicamente la lotta di classe in un'ipotesi di transizione, se non verso forme nuove di socializzazione, almeno di sempre più ampia democrazia collettiva. « Dimenticare Weimar » è divenuto solo più tardi un ovvio imperativo (15).

C'è stata in Italia una ricca letteratura socio-politica volta a descrivere la tipologia dei gruppi sociali e i loro rapporti con il sistema politico, nonché il tipo di procedure formali ed informali che presiedono alla mediazione dei rispettivi interessi attraverso il sistema politico. Da ciò ne sono derivati profili critici che hanno interessato soprattutto la giuspubblicistica, e un dibattito aperto sui problemi nodali dell'organizzazione costituzionale dello Stato e della pubblica amministrazione. Stranamente meno sensibili, fino a poco fa, gli studi di relazioni industriali e quelli giuslavoristici. È mancata una critica del sistema di « laisser faire collettivo », quale quella degli ultimi scritti di Kahn Frend, che partisse dall'analisi dei mutamenti intervenuti nella composizione sociale della forza lavoro, nella sua diversa distribuzione tra settore industriale e terziario e non solo degli effetti socio-economici che ne derivano, ma anche delle conseguenze logiche sulle strutture organizzative dei gruppi d'interesse, in particolare del sindacato, sui sistemi di contrattazione collettiva e sulle modalità del conflitto, incominciando dallo sciopero. Questa tematica ha avuto in Italia un filtro meramente economico, quello dei problemi congiunturali legati al tasso d'in-

---

(13) M. G. GAROFALO, *Alcune considerazioni su Kahn Freund, pluralismo e dottrine italiane di diritto sindacale*, in *Il pluralismo* ..., pp. 125 ss.

(14) A. FOX, *Le relazioni industriali: una critica dell'ideologia pluralista*, in *La contesa industriale*, a cura di G. P. CELLA, Roma 1980; vedi anche R. HYMAN, *Pluralism, procedural consensus, collective bargaining*, in *Journal of industrial relations*, 1979, pp. 480 ss.

(15) G. VARDARO, *Il diritto del lavoro nel « laboratorio Weimar »*, in *Laboratorio Weimar*, Roma 1982, p. 8.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

flazione, e per oggetto quindi essenzialmente l'obbiettivo di un maggior controllo politico sulla dinamica salariale. È vero, come coglie giustamente Garofalo ([16]), che l'analisi di Kahn Freund arriva alla stessa conclusione, osservando « che la determinazione dei salari (ed anche di altre condizioni) è da ultimo diventata un atto politico, in cui le organizzazioni, o piuttosto il movimento sindacale nel suo complesso, devono avere una parte fondamentale » ([17]).

Ma vero è anche che il *come* arrivare ad elaborare questa soglia nuova di « politicità » dell'azione dei gruppi sociali organizzati, quali i sindacati, dipende molto dalle premesse analitiche da cui si parte. Quello del come è del resto un discorso su cui anche Kahn Freund si arresta all'affermazione di alcuni generalissimi princìpi, inoltre riferiti concretamente al caso britannico. Sono riflessioni che comunque non entrano nel merito di ipotesi neocorporative, ma si fermano alla soglia di esse.

Si potrebbe dire che quando l'analisi parte dai mutamenti sociali, produttivi, dall'espansione del terziario, vista nella sua connessione con il funzionamento di un'economia di mercato, per mettere in luce l'inadeguatezza delle politiche sindacali, delle loro tradizioni corporative, delle loro forme di rappresentatività, sbocca in una critica delle attuali forme e dinamiche del pluralismo, pone il problema del loro adeguamento, sotto la specie di rinnovamento dell'organizzazione sindacale, dei contenuti e procedure contrattuali, delle modalità del conflitto, cioè pone il problema nei termini di un « rinnovato pluralismo », che non perde il suo fondamento « volontario », anzi lo rafforza adattandolo alla nuova situazione storica. Il presupposto strutturale di quest'analisi è che i vincoli del « laisser faire collettivo » rimangono determinati dal mercato e che è il mutamento della dinamica e della struttura di quest'ultimo che produce i necessari fattori di mutamento secondo una logica di azione e reazione. L'altro presupposto rimane quello della separatezza istituzionale della sfera dell'autonomia collettiva, nel senso che il postulato che « le organizzazioni, o piuttosto il movimento sindacale nel suo complesso, devono avere una parte fondamentale » in questo processo, riguarda appunto l'organizzazione sindacale in quanto tale, la sua interna necessità, e quindi possibile capacità, di avere un ruolo, e solo in questi termini diventano un problema istituzionale generale, di continuità e sviluppo della democrazia, a partire dalla sostanziale presenza o meno di forti organizzazioni d'interessi nella dinamica politico-sociale. Ciò vuol dire anche che la sfera della decisionalità politica resta, in modo esclusivo, quella delle istituzioni di governo, che la « politicità » dell'azione sindacale è ap-

---

([16]) M. G. GAROFALO, *O. Kahn Freund. Il pluralismo e il giusindacalismo italiano*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, IV (1982), n. 13, p. 49.

([17]) O. KAHN FREUND, *Relazioni sindacali: tradizioni e rinnovamenti*, in *Giorn. di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, II (1980), n. 7, pp. 486 s.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

punto una questione di « politiche sindacali », in assenza delle quali sono solo possibili politiche « liberistiche », del tipo di quella dell'attuale governo conservatore britannico, che appunto ne prescindono.

Il punto di vista « neocorporativo », pur nella varietà dei suoi approcci, parte invece da un'angolatura visuale radicalmente diversa. ad un problema di autocontrollo della domanda sociale da parte dei gruppi d'interesse, determinata dai vincoli di mercato, sostituisce quello del controllo e selettività da parte dello Stato della domanda sociale e quindi del controllo diretto ed indiretto dello Stato sui gruppi d'interesse. È un'orientamento che ha una forte valenza istituzionale, che travalica il principio della separatezza tra istituzioni pubbliche e sistema delle autonomie collettive, ed assume come « istituzionalmente » possibile una sola politica a livello di governo, quella di concertazione degli interessi sociali nel quadro degli obiettivi economici del governo, disegna cioè il sistema di autonomia collettiva come « sottosistema » rispetto alle istituzioni pubbliche (18).

Considerazioni queste che non sono del tutto esplicite nell'attuale dibattito italiano, rispetto a cui potremmo dire che vi è una vocazione all'autocontrollo e insieme al controllo, a cui non corrispondono indirizzi conseguenti in un senso o nell'altro (19). C'è d'altra parte un altro terreno analitico che riguarda questo tema, e che qui soltanto accenniamo, che è quello del ruolo del partito o dei partiti politici, come istituzioni cerniera tra il sistema sociale e le istituzioni politiche. Non è un caso che i modelli neocorporativi traggono i loro presupposti fattuali dalle esperienze storiche di paesi caratterizzati dalla presenza di forti partiti, spesso per lunghi anni al governo, socialdemocratici. In questi paesi c'è una duplicità di organizzazioni di massa, partiti e sindacati (e da questo punto di vista il laburismo inglese fa, non a caso, eccezione). È strano che la letteratura « neocorporativa » abbia indagato poco e nulla su questo rapporto, che, almeno storicamente, è certamente determinante (20). La separatezza del sistema di autonomia collettiva, anche quando è rigorosamente riaffermato, come nelle ultime analisi critiche del pluralismo di Kahn Freund, presuppone un preciso equilibrio del rapporto tra Stato e gruppi sociali organizzati da

(18) Si veda in particolare il saggio di G. LEHMBRUCH, *Corporativismo liberale e governo dei partiti*, in MARAFFI, cit., pp. 163 ss. e L. BORDONE - G. PROVASI, *I rapporti tra politica e mercato nei paesi capitalistici avanzati: varianti nello sviluppo, differenze nella crisi*, in *Stato e mercato*, I (1981), n. 1, pp. 47-86.

(19) Le poche riflessioni sull'accordo del 22 gennaio 1983 non colgono l'occasione per una riflessione più ampia. Il commento più incisivo di F. CARCINI, *Accordo trilaterale: evento storico o fatto di cronaca?*, in *Mondo operaio*, 1983, n. 5, pp. 39-43. Ma dopo il « non accordo » del febbraio '84 è prevedibile che le riflessioni dei giuristi diventeranno meno apologetiche.

(20) Il saggio citato di Lehmbruch e per l'Italia quello di P. LANGE, *Sindacati, partiti, stato e liberal corporativismo*, in MARAFFI, cit., pp. 199 ss. Manca tuttavia un'analisi che parta dalla crisi del modello partito. Si veda A. PANEBIANCO, *Modelli di partito*, Bologna 1982.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un lato e mercato dall'altro e rimane un sistema centrato sul primato del mercato. Inoltre presuppone un modello di democrazia rappresentativa, basato sul primato dell'esecutivo e sul carattere elettorale-parlamentare e non sociale, nel senso precipuo di organizzazione di massa, del partito politico. Che poi il partito sia o possa essere anche organizzazione di massa è un ulteriore problema, che nell'analisi è bene tenere distinto. Gioverebbe del resto in quest'analisi complessa tener conto dei mutamenti profondi che investono tutti i tradizionali partiti di massa nelle attuali società industriali. Quel che sembra chiaro è che l'illusione di poter risolvere il problema posto dalla modellistica « neocorporativa », come problema specifico dei sistemi di relazioni industriali, fuori dall'analisi di queste interrelazioni complesse, non sembra abbia nessuna solidità teorica.

Accennati questi punti di carattere storico-teorico vorremmo soffermarci un momento su di un problema analitico-propositivo, che direttamente ne consegue. È noto che nelle definizioni correnti il modello neocorporativo si riferisce soltanto alle funzioni di *output* del sistema di relazioni industriali, a differenza dei vecchi modelli corporativi che partivano al contrario dalle funzioni di *input* ([21]). Abbiamo abbastanza dimestichezza, almeno storica, con la giuspubblicistica corporativa per intendere il significato di questo assunto. Il neocorporativismo, a differenza del suo antecedente, non pone il problema della determinazione istituzionale dei soggetti sociali, acquisisce piuttosto, in proposito, la regola pluralistica, della piena libertà organizzativa e associativa delle istituzioni rappresentative di interessi collettivi, e si pone appunto rispetto ad esse il problema della loro « rappresentatività » nei processi contrattuali nei quali lo Stato funge da arbitro e da garante, la dove il corporativismo si poneva un problema di « rappresentanza », e di inserimento di questa nelle istituzioni pubbliche. Il vincolo che ne deriva agli interessi collettivi organizzati non è dunque di carattere istituzionale, ma politico, in particolare politico economico e deriva la sua giuridicità dal momento contrattuale. Aumentano i contenuti procedurali della contrattazione, in particolare quelli volti a delimitare l'ambito di esplicazione del conflitto. Il sistema di relazioni industriali attraverso i suoi strumenti di autoregolazione giuridica fa propri dei contenuti normativi che sono impliciti nella politica del governo. Da questo punto di vista si colloca nell'ambito del sistema istituzionale complessivo, come sottosistema, esercitando rispetto al primo, appunto, una funzione di *output*.

Come si vede questa possibile descrizione di un modello neocorporativo, può anche essere presentata come una variabile corretta d'un sistema pluralista. Tutto sta a verificare, come si è detto in precedenza, se il sistema di *output* segue veramente regole di autoregolazione vo-

([21]) Tutti gli elementi di questa discussione nella cit. antologia di MARAFFI.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lontaria o invece prevalentemente di regolamentazione legislativa. Lo specchio dei problemi che rientrano in questa scelta decisiva di strumenti normativi è di per se ampio, riguardando le modalità del conflitto e i contenuti della contrattazione, dallo sciopero, alla modalità di alcune forme di lotta, come ad esempio il picchettaggio, la struttura del sistema contrattuale e della dinamica salariale.

In ambo i casi comunque la necessità di circoscrivere il conflitto e di controllare aspetti essenziali del processo contrattuale pongono il problema di un forte accentramento decisionale nei sistemi contrattuali stessi ed una più rigida definizione dei loro diversi livelli espressivi. Ciò comporta anche modifiche negli assetti organizzativi e associativi, la necessità di ridurre e coordinare il decentramento dei poteri, che deriva proprio da una estrema articolazione dei processi contrattuali. Ne consegue una perdita di volontarietà dei modelli organizzativi e di qui anche una caduta di rappresentatività dei medesimi. Il concetto di « rappresentatività » mostrasi assai diverso da quello di « rappresentanza » elettiva che risponde a determinate regole procedurali che la esprimono. La « rappresentatività » risponde ad un principio che è piuttosto, come taluni affermano, di « responsività », quello cioè che tipicamente presiede al rapporto tra l'organizzazione sindacale e la propria base, e che non è effettiva attività di rispondenza, ma una disposizione costante a rispondere, cioè una proprietà del rappresentante ([22]), che nella vita sindacale ha indici particolari e diversi di verifica nei livelli di sindacalizzazione e militanza, nella adesione agli scioperi ufficiali e non, nella partecipazione ai processi vertenziali e così via.

Riducendosi questi processi di « responsività », si indebolisce anche il criterio della « rappresentatività » che regola il confronto tra organizzazioni di interessi collettivi. Di qui si ripropone il problema della « rappresentanza » elettiva come misura del grado di legittimazione di ciascun soggetto sociale. Tutti i paesi che, ad esempio, hanno adottato politiche dei redditi, si sono, in un modo o nell'altro, trovati di fronte a questo problema ([23]). La questione della « rappresentanza », così posta, è certamente ben lontana da quella propria dei vecchi sistemi corporativi. Ma resta il fatto che un problema di modifica dell'*output* sembra trascinarne con se uno di adattamento e legittimazione delle procedure di *input*. L'introduzione di regole generali di « rappresentanza » elettiva si presenta dunque come una necessità propria di sistemi che accentuano il grado di controllo sulla dinamica degli inte-

---

([22]) Questa problematica nell'antologia a cura di D. FISICHELLA *La rappresentanza politica*, Milano 1983, in particolare la sua introduzione, pp. 23 ss.

([23]) P. LANGE, *Liberal Corporatism and Union Responsiveness: Exit, Voice and Wage Regulation*, dattiloscritto preparato per la conferenza su « Representation and the State: Problems of Governability and Legitimacy in Western European Democracies », Stanford University, ottobre 11-15, 1982.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ressi collettivi. Difficilmente essa è il prodotto di in'autoregolazione, cioè in questo caso di un'autotrasformazione dei sistemi organizzativi ed associativi. Incrinando la distinzione tra iscritto e non iscritto, tra partecipazione attiva e passiva dei singoli, l'introduzione di regole rappresentative, comporta quasi sempre un indebolimento del tradizionale assetto organizzativo. Il duplice circuito *input-output* implica così forti valenze corporative e il suo carattere democratico deriva più dal sistema istituzionale complessivo, che dalle specifiche caratteristiche del sistema di relazioni industriali.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MAURIZIO FIORAVANTI

STORIA COSTITUZIONALE, STORIA AMMINISTRATIVA E STORIA DELLA SCIENZA GIURIDICA [1]

Chi abbia intenzione, in questi anni, di scrivere la storia della scienza di diritto pubblico dell'ultimo secolo è destinato ad imbattersi sempre più frequentemente in un problema fondamentale: quello dei rapporti, storicamente assai travagliati, tra impegno teorico-pratico dei giuristi sul terreno dello Stato e mutamenti strutturali dello Stato medesimo, questi ultimi in sintesi convergenti verso la progressiva erosione delle formule classiche ottocentesche — riferite al quadro complessivo sugterito dall'ideale politico-giuridico dello ' Stato di diritto ' —, in pargicolare verso la parallela rivalutazione, all'interno della dinamica

---

[1] Alcune riflessioni a proposito delle seguenti pubblicazioni: *Geschichte der Verwaltungsrechtswissenschaft in Europa. Stand und Probleme der Forschung*, hrsg. von E. V. HEYEN, Frankfurt am Main, 1982 (Ius Commune, Sonderhefte, n. 18); M. STOLLEIS, *Verwaltungslehre und Verwaltungswissenschaft 1803-1866*, in *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, hrsg. von K. G. A. JESERICH, H. PHOL u. G. c. von UNRUH, Bd. II, *Die Verwaltung vom Reichsdeputationshauptschluss bis zur Auflösung des Deutschen Bundes*, Stuttgart, 1984, pp. 56/e ss.; M. STOLLEIS, *Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungslehre 1866-1914*, in *Die Verwaltung. Zeitschrift für Verwaltungswissenschaft*, 15/I (1982), 45-77; W. MEYER-HESEMANN, *Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Heidelberg u. Karlsruhe, 1981 (Münsterer Beiträge zum Öffentlichen Recht, Bd. 2); A. HUEBER, *Otto Mayer. Die juristische Methode im Verwaltungsrecht*, Berlin, 1982 (Duncker & Humblot, Schriften zum Öffentlichen Recht, Bd. 405). Per quanto riguarda le più recenti pubblicazioni italiane, su argomenti affini, e comunque rilevanti per la storia della giuspubblicistica del secolo scorso, rinvio alla mia rassegna *La scienza italiana di diritto pubblico del diciannovesimo secolo: bilancio della ricerca storiografica*, in *Ius Commune*, X (1983), pp. 201-243; delle opere prese in esame in quella sede, ho qui tenuto presente, anche se non in modo diretto, soprattutto il saggio di M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981, in quanto più rilevante per la problematica generale ' storia amministrativa - storia della scienza giuridica '. Un'ultima avvertenza: in queste pagine si eviteranno volutamente molteplici riferimenti diretti al dibattito storiografico, più o meno recente, sullo Stato moderno, sul ruolo degli apparati burocratici nell'età moderna e contemporanea, sulle funzioni politico-sociali svolte dalla stessa teoria giuridica. Ciò al fine di mantenere alla trattazione il suo carattere originario di ' alcune riflessioni a proposito di ', e di non trasformarla in un vero e proprio pezzo di storia della storiografia, cosa che esulava del tutto dalle intenzioni dell'autore.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pubblicistica, del momento dell'*amministrazione*, non più riducibile nei confini ' classici ' dell'attività di mera interpretazione-esecuzione della legge generale ed astratta, in quanto sempre più esso stesso intensamente ' politicizzato ', produttore in modo più o meno autonomo di decisioni che hanno il loro senso fondamentale nella mediazione di distinti e contrastanti interessi sociali.

Si allude qui evidentemente al processo storico di edificazione dello Stato ' sociale-amministrativo ', alla crescita degli apparati burocratici pubblici, all'assunzione di sempre nuovi servizi e còmpiti da parte dello Stato, all'ingresso deciso degli interessi sociali organizzati all'interno dell'amministrazione, ed alle risposte che la cultura giuridica seppe dare in tale contesto, sul piano del dibattito metodologico, dei mutamenti d'indirizzo e di problematica, dell'impegno politico dell'intellettuale-giurista (2).

---

(2) Presuppongo qui necessariamente alcune conoscenze specifiche, relative alla vicenda storica ' Stato di diritto ' - ' Stato sociale-amministrativo '. Si può dire solo, in sintesi, che la più recente storiografia — e con essa determinate correnti della storiografia del nostro secolo — colloca un momento decisivo di tale vicenda alla fine del secolo scorso, quando prende l'avvio « un'età contemporanea che si atteggia sempre più come un'età dell'incertezza », dominata da sviluppi contraddittori, di espansione dei compiti dello Stato e di conseguente crescita dei suoi apparati burocratici, ma anche d'invasione dello Stato medesimo da parte di logiche ed interessi settoriali ' privatistici ', con la connessa progressiva politicizzazione della pubblica amministrazione, sempre meno descrivibile in termini di ' potere neutrale ' (R. RUFFILLI, *Introduzione* a *Crisi dello Stato e storiografia contemporanea*, a cura del medesimo autore, Bologna, 1979, p. 35). Ho sintetizzato appunto questa nuova situazione storica con l'espressione ' Stato sociale-amministrativo ', indicando in questo modo semplicemente una *linea di tendenza* che muove dalla crisi delle formule ottocentesche dello ' Stato di diritto ', corrispondentemente caratterizzate, non solo da una forte accentuazione del momento del ' limite ' all'azione dei pubblici poteri — i giuristi come ' specialisti ' dei limiti così intesi —, ma anche da una pretesa impermeabilità dello Stato nei confronti degli interessi ' parziali ', della società concepita come complesso di aspettative e di bisogni: con il conseguente primato, nell'àmbito delle manifestazioni di volontà dello Stato sovrano — a loro volta tutte ritenute quali positive espressioni del ' diritto ' —, della legge generale ed astratta, e la connessa riduzione del momento amministrativo all'attività di mera interpretazione-esecuzione della legge stessa, di traduzione dei ' principii ' nella ' realtà '. In altre parole, si può affermare che la vicenda storica ' Stato di diritto ' - ' Stato sociale-amministrativo ' indica anche il passaggio da uno Stato fondato su una legittimazione di carattere globale, che si pone come soggettività finale ed unica di tutta la dinamica collettiva — in questo senso ' Stato giuridico ' coincide con ' Stato organico ', o con ' Stato-persona ' —, ad uno Stato che cerca di legittimarsi in prevalenza in modo ' puntuale ', quale punto di riferimento di una serie di mediazioni di diversa natura, poste su piani non più definibili in modo esclusivo come ' giuridici ', ' politici ', ' economici ' o ' sociali ', e che riscopre in tal modo, proprio nel momento amministrativo, la sua natura, per lo meno parziale, di *strumento* attuativo di determinate finalità politico-sociali, di ' programmi ' di organizzazione della società. Su questi problemi, e sul relativo dibattito storiografico, che coinvolge molteplici aspetti dell'età moderna e contemporanea, cfr. ancora R. RUFFILLI, *Gli ultimi sviluppi del dibattito sullo Stato nell'età contemporanea*, in

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nell'àmbito di queste brevi note, intendiamo più che altro sottoporre all'attenzione del lettore il contributo che a questo ordine di problemi generali deriva da tutta una serie di recenti pubblicazioni, quasi esclusivamente tedesche, che non a caso hanno posto al centro della riflessione storiografica la scienza del diritto amministrativo, in quanto scienza giuridica che forse più delle altre — a causa del suo stesso oggetto di ricerca — si è trovata ben inserita nella mutevole tensione di rapporti Stato-società caratteristica dell'ultimo secolo.

Il volume dal quale conviene prendere le mosse è dedicato alla *Geschichte der Verwaltungsrechtswissenschaft in Europa* (3), e contiene tredici brevi saggi, ciascuno relativo ad un singolo Paese europeo. Diciamo subito che si tratta di contributi tra loro eterogenei, alcuni di carattere prevalentemente descrittivo-informativo (4), altri più ricchi di spunti critici e problematici; ed anche in relazione all'oggetto stesso della ricerca, è da notare come alcuni collaboratori abbiano accentuato il loro impegno a livello di storia della storiografia (5), altri invece siano senz'altro passati a scrivere essi medesimi, seppur in modo sintetico, la storia della scienza del diritto amministrativo dei rispettivi Paesi: con il risultato ultimo che il volume complessivamente oscilla tra la ricognizione dei problemi storiografici ed un primo abbozzo di storia europea della nostra scienza. Anche il recensore dovrà dunque occuparsi di entrambi gli aspetti.

Tra i saggi che maggiormente risultano orientati a fornire un bilancio della ricerca storiografica, spicca in modo particolare quello di

---

Crisi dello Stato, cit., pp. 163-189, con relativa Nota bibliografica, pp. 190-201; ed i saggi, contenuti nello stesso volume, di Hintze, Febvre, Lubasz, Caracciolo e Schiera, tutti accomunati da questo sforzo di comprensione sul piano storiografico delle modalità di crisi dello Stato moderno europeo, all'interno delle quali può essere a mio avviso collocata la vicenda ' Stato di diritto ' - ' Stato sociale-amministrativo ', da interpretarsi — lo sottolineo ancora una volta — come semplice linea di tendenza, lungo la quale si situano diversi e distinti momenti di connessione, e di rottura, tra i due ' modelli '.

(3) Frankfurt am Main, 1982.

(4) Tra questi indicherei: J. P. CASEY, *Ireland*, pp. 89-103; E. OCHENDOWSKI, *Polen*, pp. 149-160; J. SZANISZLÓ, *Ungarn*, pp. 171-184. Dato il carattere critico-sintetico della nostra esposizione, questi contributi saranno lasciati fuori dall'esame complessivo del volume, per l'impossibilità di reperire in essi segni evidenti di presenza delle problematiche caratteristiche della storia del diritto amministrativo in Europa. È superfluo aggiungere che ciò non vuole in alcun modo significare che nei Paesi sopra ricordati non vi sia da sviluppare una riflessione storiografica sul diritto amministrativo, che possa costituire un valido contributo per la storia del diritto amministrativo in Europa. Si può parlare anzi di un limite in questo senso, dal momento che tutta l'analisi che seguirà sarà forzatamente costretta — per ciò che riguarda la Polonia e l'Ungheria — nei confini dei Paesi europei di democrazia liberale.

(5) Tra questi indicherei: C. MOZZARELLI, *Italien*, pp. 105-116, e W. BRAUNEDER, *Österreich*, pp. 131-147. Discuteremo ampiamente degli spunti offerti dai due contributi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Cesare Mozzarelli, relativo all'esperienza italiana (6). Intento dell'autore non è tanto quello di scrivere una rassegna degli studi di storia della scienza del diritto amministrativo (7), ma di spiegare piuttosto i motivi dei molteplici ritardi della ricerca su questo terreno, e su quello, più ampio, della storia amministrativa e costituzionale. Il contributo di Mozzarelli si trasforma quindi in un pezzo di storia della storiografia italiana, còlta nella sua persistente incapacità, fino a tempi assai recenti, di assumere a proprio autonomo oggetto d'indagine il momento istituzionale-amministrativo, come tale in effetti trascurato, sia dagli storici ' generali ', che lo considerano subordinato al momento etico-politico, sia dai giuristi, che, chiusi nel loro sapere disciplinare, chiedono alla storia del diritto solo l'illustrazione dei ' precedenti ', a livello privatistico come anche pubblicistico (8).

Mozzarelli solleva dunque un problema di grande rilevanza per la nostra ricerca storiografica: una storia della scienza del diritto amministrativo è compiutamente possibile solo nell'àmbito di una generale rifondazione dell'impegno storiografico, nel contesto di una rinnovata storia costituzionale ed amministrativa, che costituisca progressivo terreno d'incontro per gli storici, gli storici-giuristi, i giuristi di diritto pubblico, i cultori di scienze sociali e gli studiosi di discipline non giuridiche dell'amministrazione pubblica (9).

Allo storico della scienza giuridica viene dunque offerta una precisa prospettiva di lavoro: l'analisi storiografica degli strumenti tecnici, delle ideologie, dell'impegno politico dei giuristi come parte di una storicizzazione più complessiva delle forme di esistenza e d'intervento dello Stato moderno, al fine di contribuire a rifondare una cultura delle istituzioni che si collochi — secondo Mozzarelli — « oltre la crisi dello Stato » (10). Una cultura all'interno della quale i giuristi potranno

(6) Preciso che commento il testo di Mozzarelli nella versione italiana, con il titolo *Storici, giuristi e Stato. Ipotesi sulla cultura delle istituzioni nell'Italia del '900*, in *Il pensiero politico*, XV/3 (1982), pp. 525-541, perché da considerarsi più completo e corrispondente al pensiero dell'autore, rispetto al testo tedesco, abbreviato e adattato autonomamente dal curatore.

(7) Per questo rinvio alla mia rassegna *La scienza italiana di diritto pubblico del diciannovesimo secolo: bilancio della ricerca storiografica*, cit., *passim*.

(8) Il momento nel quale viene a prodursi una situazione di questo tipo nella storiografia italiana è collocato da Mozzarelli all'inizio del nostro secolo. Per un esempio tipico di riduzione della storia giuridica alla mera illustrazione dei ' precedenti ' del diritto positivo, proprio nel contesto della scienza di diritto pubblico, è da ricordare C. SCHUPFER, *I precedenti storici del diritto amministrativo italiano*, nella *Parte complementare* del *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di Vittorio Emanuele ORLANDO, vol. I, Milano, 1897, pp. 1087-1284.

(9) C. MOZZARELLI, *Storici, giuristi e Stato*, cit., pp. 530 e ss., dove si analizzano quei filoni ' alternativi ' di ricerca storiografica, che convergono, per vie assai diverse, verso esiti assimilabili a quello indicato nel testo.

(10) *Ibid.*, p. 541: è la conclusione del saggio, da riportare a quella consapevolezza della crisi dello Stato moderno, alla quale abbiamo già accennato *supra*, alla nota 2.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

trovare una loro collocazione solo tramite l'indagine storiografica, diretta nel loro caso, proprio sul terreno specifico della storia della scienza giuridica, a storicizzare compiutamente l'immagine dello Stato-persona giuridica, nella tradizione dottrinale intesa quale necessario presupposto e centro di ogni ragionamento 'scientifico' riferito alla dinamica pubblicistica.

In conclusione — sembra implicitamente affermare Mozzarelli —, non vi può essere alcuna storia della scienza e della cultura giuridica amministrativistica se non come componente di un più globale rinnovamento della storiografia amministrativa. Il rilancio autentico di quest'ultima non può non fondarsi infatti su una revisione globale delle categorie di lettura della vicenda dello 'Stato moderno', nella quale i giuristi sono necessariamente coinvolti. La storia amministrativa diviene possibile — forse anche necessaria — solo se si comprende che lo Stato moderno non si è affatto identificato con la sua componente etico-politica, solo se si è capaci di porre nel giusto rilievo il momento del tutto specifico dell'amministrazione, dello Stato-strumento accanto allo Stato-valore, dunque solo se anche le letture sistematizzanti della scienza giuridica vengono compiutamente storicizzate, collocate nell'età dello 'Stato giuridico', dello Stato descritto — come sopra dicevamo — in termini di personalità giuridica.

Si tratta di una prospettiva di ricerca — questa indicata da Mozzarelli — certamente ancora da definire in modo più preciso, ma che comunque appare fin d'ora di grande interesse. Essa nasce del resto, non solo dalle insoddisfazioni degli storici delle istituzioni, e degli stessi storici del diritto, ma dal seno stesso della scienza giuridica contemporanea.

Mi riferisco qui alle insufficienze degli strumenti tecnici e delle costruzioni dogmatiche, di provenienza ottocentesca, rilevata dagli stessi giuristi di diritto pubblico alla metà di questo secolo, ed alla connessa proposizione di un impegno storiografico in qualche modo funzionale alla rifondazione di nuovi punti di vista nello studio della pubblica amministrazione. Basti pensare, per quanto riguarda l'Italia, al 'Primo Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione' del 1955 (11), nel quale le tre relazioni principali — di Miglio, Giannini e Benvenuti — sono tutte percorse da questa duplice consapevolezza, della necessità di rivedere le soluzioni ottocentesche, ed in particolare l'acquisizione, a partire dalla fine dell'Ottocento, di un vero e proprio monopolio nello studio della pubblica amministrazione da parte dei giuristi, e della necessità di rilanciare l'impegno sul terreno della storiografia amministrativa — che per Miglio comprende la storia delle istituzioni ammi-

(11) *Atti del I Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*, Varenna, 26-29 settembre 1955, *La Scienza della Amministrazione*, Milano, 1957.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nistrative, del diritto amministrativo, della scienza dell'amministrazione e della scienza del diritto amministrativo (pp. 9-10) —, strumento indispensabile al fine di comprendere dove si situano i nodi vitali del vecchio sistema, i luoghi nei quali è necessario operare più in profondità in direzione del rinnovamento, dell'apertura della scienza giuridica al dialogo con il complesso delle scienze politiche e sociali.

Ma anche il volume curato da Heyen qui in esame, ed un altro precedente, dedicato dall'Istituto per la Scienza dell'Amministrazione Pubblica agli *Studi di diritto amministrativo in Belgio, Francia, Repubblica Federale Tedesca, Spagna e Svizzera* (12), mostrano assai chiaramente come la cultura e la scienza giuridica pubblicistica sia coinvolta, a livello europeo, e proprio a partire dagli anni Cinquanta, in questo ripensamento sui modi tradizionali di studio del nostro sistema politico-amministrativo (13).

Che poi la nuova storiografia amministrativa che si propone debba contenere in sè una forte accentuazione in senso giuridico, è chiarito molto bene da Pierre Legendre, storico di primo piano dell'amministrazione in Europa, che, recensendo anch'egli il volume curato da Heyen (14), indica la necessità di un approfondimento della problematica specificamente giuridica della storia amministrativa europea, della stessa « problematique du juridisme » (p. 69), che ha coinvolto in così larga misura, attraverso la mediazione attiva della scienza giuridica e delle sue costruzioni dogmatiche, le vicende storiche della pubblica amministrazione in Europa (15).

Ed anzi, nell'àmbito di tale sottolineatura, proprio il ruolo della scienza giuridica balza in primo piano, anche nell'opera principale dello stesso Legendre, la *Histoire de l'administration de* 1750 *à nos jours* (Paris, 1968) (16), che deve essere ricordata a questo proposito,

---

(12) Milano, 1965.

(13) Ripensamento che si traduce nel duplice senso indicato nel testo: rivalutazione degli studi non giuridici della pubblica amministrazione, e rilancio dell'impegno storiografico sul terreno specifico dell'amministrazione. Per quanto riguarda i materiali a questo proposito offerti dal volume curato da Heyen, relativamente ai diversi Paesi europei, rinviamo alle pagine successive, nelle quali tratteremo ampiamente della ' crisi ' del diritto amministrativo d'impianto ottocentesco nel corso del nostro secolo.

(14) P. LEGENDE, *Science administrative: une histoire du genre juridique (A propos d'un ouvrage récent)*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 61 (1983/2), pp. 69 e ss.

(15) *Ibid.*, p. 69, dove il contenuto giuridico della storia amministrativa europea viene contrapposto alle tendenze più recenti della storiografia giuridica francese, che ha perso ormai ogni consapevolezza della specificità del proprio oggetto d'indagine, per abbandonarsi alle seduzioni di un « sociologisme vague, vaguement scientifique », ad una « histoire -des-institutions-et-des-faits-sociaux », della quale non si cesserà mai, secondo Legendre, « de dénoncer l'inconsistance ».

(16) Tradotta in italiano con il titolo *Stato e società in Francia. Dallo Stato paterno allo Stato-provvidenza: storia dell'amministrazione dal 1750 ai nostri giorni,*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non solo per le pagine introduttive, nelle quali la storia viene collocata tra le scienze dell'amministrazione (pp. 1-28) proprio in conseguenza della progressiva rottura del monopolio ottocentesco della scienza giuridica e della connessa immagine di un'amministrazione senza storia ([17]), ma anche per altre parti del volume, nelle quali si discute del rilevante ruolo dei giuristi nel ' dibattito classico ' sull'amministrazione, e della cesura rappresentata dalla prima guerra mondiale, con il definitivo concretarsi e stabilizzarsi di fenomeni di crisi profonda del modello ottocentesco, ed il successivo ripiegarsi dei dogmatismi giuridici, sempre più distanti dalla realtà di una pubblica amministrazione non più comprimibile nei consueti schemi derivati dal tradizionale *Juristenmonopol* ([18]).

La storia della scienza del diritto amministrativo diviene così un vero e proprio pezzo della storia amministrativa complessivamente intesa, e si dimostra soprattutto rilevante al fine di comprendere in

---

Milano, 1978, con prefazione di Sabino CASSESE, che sottolinea molti degli aspetti sopra ricordati nel testo a proposito della possibilità-necessità di una nuova storiografia amministrativa. Dello stesso Cassese, tra i molti saggi ed articoli in qualche modo rilevanti per il settore di ricerca della storia amministrativa, si possono ricordare: *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971; *Tendenze e problemi della storiografia amministrativa*, in *Società e cultura dell'Italia unita*, a cura di P. MACRY e A. PALERMO, Napoli, 1978; *Le istituzioni amministrative*, in *L'Italia unita nella storiografia del secondo dopoguerra*, a cura di N. TRANFAGLIA, Milano, 1980.

([17]) Lo schema di Legendre, adoperato in questo capitolo introduttivo, è lo stesso che abbiamo visto sopra, a proposito delle considerazioni di Mozzarelli: il passaggio dalla scienza del diritto amministrativo ' puramente giuridica ' alla scienza dell'amministrazione a base interdisciplinare è anche il passaggio da una scienza amministrativa senza storia ad una scienza che colloca tra le proprie discipline costitutive proprio la storia amministrativa.

([18]) P. LEGENDRE, *Stato e società*, cit., pp. 67-97, dove Legendre ripete, in forma più coincisa, le osservazioni già formulate nell'altro suo saggio *Histoire de la pensée administrative française*, in *Traité de science administrative*, Paris e La Haye, 1966, pp. 5-79 (al *Traité* hanno collaborato tutti i migliori specialisti francesi, raccolti attorno alla *Ecole pratique des hautes études - Sorbonne, Sixième section: Sciences économiques et sociales*). Di particolare rilievo appaiono le osservazioni di Legendre sulla ' seconda ondata liberale ' di metà del secolo decimonono (pp. 73 e ss.), sull'affermarsi in essa, in continuità con la fase complessiva post-rivoluzionaria, di una visione limitata dei còmpiti dell'amministrazione, ed in particolare proprio sui giuristi come ' specialisti ' dei limiti dell'attività amministrativa. È questa l'età dello ' Stato giuridico ', della scienza « senza politica » (p. 84), che è destinata ad eclissarsi nel nuovo secolo, di fronte alla proposizione di nuove problematiche, attinenti alle sfere dell'organizzazione, dell'efficienza e del rendimento (pp. 86 e ss.). Delle rapide trasformazioni del diritto amministrativo nel nostro secolo — e prima ancora nel corso dello stesso secolo decimonono — Legendre discute nelle pagine conclusive, dove più analiticamente si esaminano i mutevoli rapporti tra legge e volontà politica, tra legge ed atto del potere esecutivo, tra legge ed attività interpretativa-creativa dei giuristi, e così via (pp. 407 e ss.): il tutto attorno ad una convinzione fondamentale, sulla quale converrà forse in futuro meditare con maggiore attenzione: « il diritto amministrativo si è formato così rapidamente da sorprendere gli stessi giuristi » (p. 407).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

profondità il senso stesso del progetto liberale nella sua fase ' classica ', dalla fine del secolo diciottesimo all'inizio del ventesimo, nell'età di costruzione dello ' Stato giuridico '. Si tratta in particolare di mettere in luce i contenuti — in larga misura giuridici — della « strategia difensiva » del liberalismo che si afferma in Europa alla metà del secolo scorso e che punta decisamente al contenimento della decisionalità politico-amministrativa ([19]): il suo legame di continuità con i postulati ideologici della Rivoluzione, nel nome dei diritti individuali naturali, ma anche il suo legame profondo con la critica post-rivoluzionaria, con la difesa degli equilibri — ed anche delle diseguaglianze — ' storici ' dalla temuta invadenza rivoluzionaria dello Stato burocratico.

I nostri problemi sono però ancora più ampi. Lo stesso Legendre insiste in più punti sulla necessità di studiare la storia del diritto amministrativo con riferimento alla storia politico-istituzionale europea dell'assolutismo. La Rivoluzione non ha ' inventato ' il diritto amministrativo — ha dato piuttosto ad esso la ' formula politica ' in senso moschiano: la separazione dei poteri, il primato della legge, il principio di legalità —: e lo stesso diritto amministrativo non si comprende, proprio come complesso di norme derogatorie al diritto privato-comune, senza presupporre l'esperienza politico-giuridica dello Stato assoluto continentale, l'irrompere dello *jus novum* del Sovrano nei meccanismi del sistema di tardo diritto comune ([20]). Il diritto amministrativo, e con esso il ruolo stesso dei giuristi e della loro riflessione scientifica, appare allora profondamente radicato nella storia moderna europea, restituendoci così ancor più netto il significato e la dimensione profonda della sua attuale crisi, che solo negli ultimi decenni viviamo in modo critico e consapevole.

Dalle stesse premesse nuove il secondo contributo di rilievo contenuto nel volume curato da Heyen, quello di Wilhelm Brauneder, dedicato all'Austria ([21]). Nel breve saggio in questione, esemplare pur nella sua stringatezza, l'autore si preoccupa infatti di allargare i confini dell'indagine storiografica sul diritto amministrativo al di là della Rivoluzione, nei secoli di crisi del diritto comune e di costruzione dello Stato assoluto. Brauneder ricerca anche le cause del vuoto di ricerca storiografica realizzatosi a questo livello, e le individua proprio nel mancato sviluppo autonomo della storiografia amministrativa e del diritto amministrativo, subordinata, sia alla storia costituzionale, sia alla storia del diritto, sia infine alla più recente storia economica e sociale (pp. 132 e ss.). Tutto ciò ha prodotto — ed ecco il punto decisivo — un bisogno insoddisfatto, al quale gli stessi giuristi di diritto

---

([19]) *Ibid.*, pp. 70 e ss.
([20]) *Ibid.*, pp. 422-427.
([21]) W. BRAUNEDER, *Österreich*, in *Geschichte der Verwaltungsrechtswissenschaft*, cit., pp. 131-147.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pubblico hanno cercato di dare una risposta, fin dalla fine del secolo scorso, con i saggi a contenuto storico di giuristi di primo piano come Marchet, Tezner, Spiegel (pp. 136-137), per giungere poi alle prese di posizione degli anni Venti di Herrnitt e di Merkl, ed alla ripresa di determinate loro convinzioni nell'immediato dopoguerra — sempre per ciò che riguarda l'Austria — da parte di Adamovich (pp. 144-145): filo conduttore di questa riflessione storiografica condotta dagli stessi giuristi di diritto pubblico è il disconoscimento dell'esistenza di una ' scienza ' delle attività dello Stato — e del diritto amministrativo medesimo — anteriore a quel secolo diciannovesimo, nel corso del quale si matura la svolta che impone proprio la dominanza dei giuristi medesimi e del loro ' metodo giuridico '. A causa di tale *Juristendominanz*, che si realizza, non solo nel contesto della scienza dell'amministrazione, ma anche — come abbiamo visto — a livello della stessa ricerca storiografica, noi possediamo oggi, secondo Brauneder, un'immagine deformata dei secoli precedenti la Rivoluzione.

Il primo còmpito da assumere è dunque quello di progettare una storia amministrativa europea dal secolo sedicesimo al secolo ventesimo, per scoprire le origini del diritto amministrativo all'interno del quadro di riferimento politico-istituzionale fornito dallo Stato di polizia, per scoprire le origini della stessa scienza dell'amministrazione nell'età dell'*usus modernus pandectarum*; si tratta in definitiva, secondo Brauneder, di ricercare le origini della componente pubblicistica del nostro ordinamento giuridico nei secoli sedicesimo e diciassettesimo, liberandoci una volta per tutte dai condizionamenti ideologici del secolo scorso, dell'idea stessa di una ' vera scienza ', che nascerebbe solo, per opera esclusiva dei giuristi, in sintonia con lo Stato liberale post-rivoluzionario.

Inutile insistere sulla rilevanza di queste osservazioni di Brauneder ([22]), concordanti tra l'altro con quelle sopra riportate di Pierre Legendre, a proposito della profonda radicazione del diritto amministrativo nella storia politico-istituzionale europea. Si tratta però — è bene subito precisare — di osservazioni isolate nel contesto del volume curato da Heyen, dove spicca anzi una singolare concordanza di tutti gli altri collaboratori sul momento di avvio di una possibile storia della scienza del diritto amministrativo — e dunque dello stesso diritto amministrativo —, da situare nella Rivoluzione francese, o più avanti ancora, alla fine del secolo scorso, nel momento di progressiva affermazione del ' metodo giuridico ' nel seno delle discipline pubblicistiche.

([22]) Lo stesso Brauneder procede nel suo contributo ad indicare alcune prime linee di ricerca, tra le quali segnala come rilevante quella della crescente intensità, nel corso del Settecento, della distinzione tra *Justizrecht*, inteso come diritto privato da codificare, e *Politisches Recht*, per la maggior parte corrispondente a ciò che noi oggi intendiamo per diritto amministrativo (*Ibid.*, p. 139).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Lo stesso curatore del volume ha ritenuto a questo proposito di poter proporre una precisa chiave interpretativa delle origini della scienza del diritto amministrativo. Mi riferisco qui, non tanto alle scarne pagine introduttive, e neppure al contributo dello stesso Heyen sulla Germania (pp. 29-50), più che altro ricostruttivo della storiografia tedesca ([23]), ma ad un altro articolo dello stesso autore, pubblicato in immediata connessione con il volume qui in esame, e che anzi presuppone in qualche misura i singoli contributi forniti per la ricerca collettiva, tentando di essi un'interpretazione di sintesi ([24]).

Per Heyen, in breve, nel corso dell'Ottocento, si realizza il passaggio da una scienza dell'amministrazione solo descrittiva ad una costruttiva — e con ciò anche ' puramente ' giuridica — in quei Paesi ed in quei decenni nei quali si afferma contemporaneamente un'autonoma giurisdizione amministrativa; ed il pensiero corre inevitabilmente a questo proposito ai tre ' casi ' di « Entwicklungsparallele » ([25]): la Francia con Eduard Laferrière ed il suo *Traité de la juridiction administrative* (Paris, 1888), che presuppone l'avvenuta piena trasformazione del Consiglio di Stato in organo giurisdizionale con legge del 24 maggio 1872, la Germania con Otto Mayer ed il suo *Deutsches Verwaltungsrecht* (Leipzig, 1895-96), preceduto da complicate vicende legislative culminanti nella istituzione del tribunale amministrativo superiore prussiano del 1875, l'Italia con Vittorio Emanuele Orlando ed i suoi *Principii di diritto amministrativo* (Firenze, 1891), pubblicati a ridosso delle note riforme che condussero a mutare le soluzioni contenute nella legislazione del 1865 in materia di competenze giurisdizionali sugli atti della pubblica amministrazione lesivi delle posizioni giuridiche soggettive dei cittadini.

Accanto a questi ' casi ' relativamente noti, si pongono poi, quali altrettante conferme, secondo Heyen, della propria ipotesi, altri svi-

---

([23]) È inutile qui anche solo riassumere sinteticamente il contributo di Heyen, che si segnala per la ricchezza dell'informazione, non limitata alla sola scienza del diritto amministrativo, ma estesa anche alla storia costituzionale ed amministrativa in genere, alla storia della burocrazia, della giustizia amministrativa, della scienza giuridica e della metodologia giuridica, fino alle biografie dei giuristi, alla storia degli intellettuali e dei loro legami con la politica, alla storia dell'Università. Si vuole solo ricordare che, sugli amministrativisti tedeschi del secolo scorso, esistevano già due contributi in lingua italiana: M. S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* (1940), in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2 (1973), pp. 179-263, con *Postilla 1973* dello stesso autore, pp. 263-274 (pp. 226-234 sui giuristi tedeschi); e F. MAYER, *Gli studi di diritto amministrativo nella Repubblica Federale Tedesca*, in *Gli studi di diritto amministrativo in Belgio, Francia, Repubblica Federale Tedesca, Spagna e Svizzera*, Milano, 1965, pp. 95-171, comprendente una parte storica ed un'esame della dottrina contemporanea.

([24]) Ci riferiamo a E. V. HEYEN, *Entwicklungsbedingungen der Verwaltungsrechtswissenschaft*, in *Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre, Öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte*, 22 (1983), pp. 21-32.

([25]) *Ibid.*, p. 23.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

luppi storici nazionali, anch'essi messi in luce nella ricerca collettiva da Heyen medesimo diretta [26].

In primo luogo il Belgio [27], dove i ritardi nell'affermazione di un metodo ' scientifico ' di analisi della pubblica amministrazione vengono spiegati con il fatto che in quel Paese si giunse all'istituzione del Consiglio di Stato solo con legge del 23 dicembre 1946, mentre le precedenti giurisdizioni amministrative, sviluppatesi dopo la prima guerra mondiale, continuarono nella prima metà del Novecento ad essere viste con sospetto dagli stessi giuristi, che consideravano allora il diritto civile — e conseguentemente il giudice ordinario — come l'unico ' vero ' diritto possibile e legittimo [28].

Lo stesso può dirsi dell'Olanda [29], dove il tempo del ' pieno sviluppo ' della scienza del diritto amministrativo si colloca nell'immediato ultimo dopoguerra, nel momento stesso in cui si procede alla creazione di un sistema integrale di giustizia amministrativa; ed osservazioni simili possono essere compiute anche a proposito del singolare caso della Grecia [30], dove al *Sistema di diritto amministrativo* di Georgios Angelopoulos del 1886 segue un periodo di « Stagnation » nello sviluppo della scienza del diritto amministrativo, che si risolve solo con l'istituzione del Consiglio di Stato nel 1929, e l'aprirsi conseguente della

---

[26] *Ibid.*, p. 25.

[27] Y. CHAPEL, *Belgique*, in *Geschichte der Verwaltungsrechtswissenschaft*, cit., pp. 2-17. Sul Belgio possedevamo già, in lingua italiana, lo studio di A. MAST, *Gli studi di diritto amministrativo in Belgio*, in *Gli studi di diritto amministrativo*, cit., pp. 3-39; ed il contributo di A. MOLITOR, *L'enseignement des sciences administratives et l'étude de l'administration en France et en Belgique*, in *Atti del I Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione*, cit., pp. 235-243.

[28] Secondo A. MAST, *Gli studi di diritto amministrativo*, cit., tutta la storia della scienza del diritto amministrativo belga può essere letta in chiave di contrapposizione tra giuristi ' amministrativi ' e ' civilisti ', sensibili o meno alla ' specificità ' del diritto della pubblica amministrazione. È evidente in tutta questa vicenda il peso decisivo della Costituzione del 1831, pervasa da un chiaro spirito antifrancese, nel ricordo « degli abusi dell'amministrazione napoleonica » (p. 9). ' Civilisti ' furono appunto quei giuristi che con maggiore forza sottolinearono gli aspetti originali del diritto belga, dunque coloro che con maggiore vigore reagirono ad ogni forma di sudditanza politico-culturale nei confronti della Francia. Questo riferimento alla Francia come Paese dei ' privilegi ' della pubblica amministrazione è valido anche per la Germania, dove Otto Mayer faticò non poco a superare le resistenze nazionalistiche — a suo stesso giudizio, del resto, mai definitivamente sconfitte —, che in quel caso si esprimevano nella difficoltà di emancipazione del diritto amministrativo, e della sua scienza, dalla tradizione dello *Staatsrecht*: su quest'ultimo aspetto, cfr. il mio saggio *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, XXXIII (1983), pp. 600-659. Torneremo su queste problematiche, ed in particolare sulla figura di Mayer.

[29] Il relativo contributo è di H. VAN DEN BRINK, *Niederlande*, in *Geschichte der Verwaltungsrechtswissenschaft*, cit., pp. 117-130.

[30] Il relativo contributo è di T. I. PANAGOPOULOS, *Griechenland*, in *Geschichte*, cit., pp. 81-88.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dottrina greca agli influssi europei, specialmente francesi e tedeschi (31).

Infine, può essere rilevante, nel contesto dell'ipotesi avanzata da Heyen, anche il caso portoghese, nel quale la particolare vitalità della scienza dell'amministrazione, e dello studio non giuridico della pubblica amministrazione, viene spiegata proprio con la mancanza di una autonoma giurisdizione amministrativa, cui si giunse solo nel 1930, ponendo così solo allora, nel corso degli anni Trenta, le premesse per una sintesi a livello di princìpi giuridici, come quella di Marcello Caetano, con il suo noto *Manual de Direito Administrativo* (Lisbona, 1936-37) (32).

Ma, naturalmente, Heyen non si limita a rilevare delle semplici ' coincidenze ' di date. Alla sua proposta interpretativa è sottesa una logica di fondo, che riguarda addirittura tutto lo sviluppo della scienza giuridica europea. Più precisamente, egli muove dal presupposto che le ' teorie ' giuridiche si radichino in concreto nella storia del diritto solo quando esse sono adatte ad essere recepite dalla giurisprudenza, quando è possibile, sia pure per via di successive mediazioni, una loro traduzione in criteri direttivi dell'attività pratica dei giuristi: secondo Heyen, non solo le vicende della scienza del diritto amministrativo, ma anche quelle della scuola dell'esegesi, della Pandettistica, della giurisprudenza degli interessi, nel loro sviluppo e nella loro decadenza, si spiegano proprio in relazione al grado di ' successo ' delle rispettive teorie tra i giuristi pratici (33).

Diciamo subito che, al di là delle generalizzazioni da ultimo ricordate, e rimanendo fermi alla problematica specifica del diritto amministrativo, per questa via si apre certo un interessante campo d'indagine, relativo ai rapporti storici tra teoria e prassi nella costruzione del sistema di diritto amministrativo, più esattamente nell'acquisizione e sistemazione progressiva di un patrimonio di norme derogatorie al diritto privato-comune.

Heyen sa bene, del resto, come studioso di Otto Mayer (34), che proprio il padre del ' metodo giuridico ' in Germania indicò come con-

---

(31) *Ibid.*, p. 82 e pp. 85-88.

(32) Il relativo contributo è di F. De Quadros, *Portugal*, in *Geschichte*, cit., pp. 161-171. Manca nel volume un saggio sulla scienza del diritto amministrativo spagnola: si può fare riferimento a F. Garrido Falla, *Gli studi di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione in Spagna*, in *Gli studi di diritto amministrativo*, cit., pp. 173-214.

(33) E. V. Heyen, *Entwicklungsbedingungen*, cit., pp. 26-27, nota 6.

(34) Heyen ha studiato in numerosi saggi la personalità scientifica e l'opera di Otto Mayer. Si può qui ricordare da ultimo, come studio più complessivo, E. V. Heyen, *Otto Mayer. Studien zu den geistigen Grundlagen seiner Verwaltungsrechtswissenschaft*, Berlin, 1981; e la pubblicazione degli scritti minori di Otto Mayer, a cura dello stesso Heyen: O. Mayer, *Kleine Schriften zum öffentlichen Recht*, hrsg. von E. V. Heyen, 2 Bände, Berlin, 1981.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dizione indispensabile, per lo sviluppo pieno ed autonomo di una cultura giuridica amministrativistica, l'esistenza di una giurisdizione autonoma amministrativa sul modello francese: solo da un'intensa collaborazione in tal senso tra dottrina e giurisprudenza potevano scaturire gli istituti propri del diritto amministrativo, poteva essere sconfitta la tradizionale mentalità pancivilistica ancora dominante secondo Mayer in Germania, una mentalità pronta a sottolineare in modo unilaterale — spesso con accenti nazionalistici — l'arbitrarietà dei ' privilegi ' della pubblica amministrazione caratteristica dell'ordinamento francese ([35]).

Tutto ciò ci riporta — sempre lungo il filo conduttore del rapporto dottrina-giurisprudenza — al modello francese, quale capitolo di grande rilevanza nella storia del diritto amministrativo europeo. Già Roland Drago, nel suo contributo su *Gli studi di diritto amministrativo in Francia* ([36]), aveva posto il centro qualificante del diritto amministrativo francese nel fatto di essere storicamente « un diritto soprattutto giurisprudenziale, dominato dall'esistenza di una giurisdizione amministrativa autonoma » ([37]); ed aveva addirittura periodizzato la storia della scienza del diritto amministrativo secondo la legge già ricordata del 24 maggio 1872, considerando evidentemente decisiva, per la riflessione dei giuristi, la trasformazione definitiva del Consiglio di Stato in organo giurisdizionale vero e proprio ([38]). Ma anche nel saggio contenuto nel volume curato da Heyen, di Georges Langrod ([39]), si sottolinea continuamente questa centralità del momento della giurisdizione nell'esperienza francese, definendo il diritto amministrativo un « droit prétorien », risultato della « vision créatrice du juge administratif spécialisé » ([40]), un diritto elastico, capace di « modernisation progressive » proprio perché costruito dalla giurisprudenza, in un sostanziale rapporto di collaborazione con la dottrina ([41]).

Si deve però a questo punto riflettere per un istante sulla legittimità di un'estesa generalizzazione del modello francese a livello europeo. Che è in definitiva ciò che Heyen ci propone. È proprio vero che dappertutto, e soprattutto in Germania ed in Italia, viene recepito questo modello incentrato sulla giurisdizione amministrativa specializzata, e sulla elaborazione del diritto amministrativo per via giurisprudenziale, con il sostegno attivo della dottrina? E, dunque, sul piano più specifico della storia della scienza, è proprio vero che il *significato fondamen-*

([35]) Cfr. *supra*, nota 28.
([36]) R. DRAGO, *Gli studi di diritto amministrativo in Francia*, in *Gli studi di diritto amministrativo*, cit., pp. 41-93.
([37]) *Ibid.*, p. 42.
([38]) *Ibid.*, pp. 44 e ss.
([39]) G. LANGROD, *France*, in *Geschichte*, cit., pp. 67-80.
([40]) *Ibid.*, p. 67.
([41]) *Ibid.*, p. 68, e poi ancora, p. 74.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tale del passaggio al metodo costruttivo-dogmatico è quello della creazione, storicamente necessitata, di una tecnica di sistemazione della attività giurisprudenziale in forma di princìpi ed istituti giuridici?

Io credo che proprio il ' caso ' italiano, purtroppo ancora relativamente poco conosciuto a livello europeo — a fronte dei ' modelli ' francese e tedesco —, possa essere illuminante in questa direzione, non solo per la divergenza dal modello francese conseguente alla abolizione del contenzioso amministrativo nel 1865, ma anche per le elaborazioni medesime della scienza giuridica successive alle scelte postunitarie, e che segnano il passaggio ad una predominante influenza tedesca.

È noto come in questo quadro di riferimento assuma particolare rilievo la figura di Vittorio Emanuele Orlando, giurista ancora legato in modo profondo alle lezioni della Scuola Storica, tra l'altro pervicace ammiratore dello sviluppo costituzionale inglese, e dell'ideale di *common law* in esso insito: quello stesso ideale che aveva fatto orgogliosamente affermare a Dicey nel 1883, nella sua *Introduction to the Law and the Constitution*, che gli inglesi non conoscevano alcun diritto amministrativo, ma solo una legge costituzionale da intendersi come parte dello stesso *common law*, come tale possibile oggetto di conoscenza e di giudizio esclusivamente da parte dei tribunali ordinari.

La stessa influenza esercitata dalla giuspubblicistica tedesca, se da una parte segna il trapasso ad un'idea di netta differenziazione dei due ambiti ' Stato ' e ' società ', e ad una connessa forte sottolineatura dei rapporti Stato-cittadino in senso tendenzialmente pubblicistico-autoritativo, dall'altra parte porta con sè inscindibilmente la lezione originaria della Scuola Storica, l'ideale di una comunità organicamente progrediente, che trova nello Stato la ' naturale ' ed organica espressione della propria storica unità. E non è detto — osservo per incoso — che si tratti di due ' parti ' distinte.

In altri termini, si tratta di capire se il passaggio al metodo dogmatico-costruttivo, la stessa aspirazione dei giuristi a tradurre il diritto positivo, e la giurisprudenza medesima, in una forma ' superiore ', quella dei princìpi e degli istituti giuridici, trovi la sua motivazione di fondo nella volontà di dominare l'andamento concreto della prassi, assimilando tutte le novità e le trasformazioni del diritto amministrativo, o non abbia piuttosto il senso fondamentale di contrapporre, quasi polemicamente, l'ideale sistematico dello Stato giuridico ai movimenti della prassi medesima, avvertiti dai giuristi ' teorici ' come sempre più scomposti, perché dettati in modo immediato dalle ragioni e dai bisogni di una società ormai crescentemente divisa dal processo d'industrializzazione, sospinta nelle sue dinamiche interne verso l'organizzazione settoriale degli interessi.

Credo sia questo un nodo di fondo irrisolto, sul quale conviene meditare con maggiore attenzione, e che in qualche modo risulta preli-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

minare alla problematica più specifica del rapporto dottrina-giurisprudenza. Ci dobbiamo in altre parole domandare se, al di là del conclamato — e forse mitizzato — rapporto d'impulso-collaborazione tra scienza giuridica e giurisprudenza nel modello francese, vi sia stata veramente, a livello europeo, una tendenza di questo tipo nella costruzione degli istituti del diritto amministrativo, che poi, nella fase storica concreta, sono gli istituti dello Stato amministrativo contemporaneo. Il rapporto del quale discutiamo si è dispiegato probabilmente in modo assai più complesso sul piano storico: proprio a partire dal 'caso' italiano — e, perché no, dalla sua possibile esemplarità a livello europeo — è forse individuabile un ruolo diverso della scienza giuridica, in sintesi convergente verso il tentativo di mantenere il più a lungo possibile l'unità del diritto amministrativo, di svincolare quel medesimo diritto dalla sua crescente economicizzazione e particolarizzazione, attuantesi per il tramite della prassi e della stessa giurisprudenza.

Se la creazione della giurisdizione autonoma amministrativa rappresenta evidentemente il necessario completamento dello Stato a 'regime amministrativo', ci dobbiamo chiedere, ribaltando completamente il ragionamento di Heyen, se il ritardo con il quale essa si afferma in modo compiuto in tutta Europa non sia dovuto anche alla resistenza della stessa scienza giuridica, che legava la permanenza del proprio primato — come appare evidente nel caso belga sopra ricordato — al mantenimento di una dimensione unitaria dell'ordinamento giuridico, a sua volta fondata sul primato del diritto privato e del diritto costituzionale, contro la concezione francese del diritto amministrativo come diritto 'speciale' della pubblica amministrazione — non conoscibile dunque da parte del giudice ordinario —, storicamente collegata alla centralità della volontà del Sovrano, ma anche all'invadenza dello Stato politico-burocratico rivoluzionario e post-rivoluzionario, garante del livellamento dei particolarismi sociali.

In altre parole, guardando alla globalità dello sviluppo delle nostre problematiche nel secolo diciannovesimo, e quindi a tutte le componenti di tale sviluppo — sociali, economiche, politiche, istituzionali, culturali —, ciascuna in qualche modo influente sulle sorti del diritto amministrativo, si può forse ipotizzare che il momento di freno, di resistenza contro i mutamenti interni al rapporto Stato-società, sempre più rilevanti per le vicende dello stesso diritto amministrativo, sia costituito proprio dall'elemento della scienza, spesso finalizzata a conservare l'essenza dei modelli ottocenteschi, nel nostro caso a tener fermi i dogmi della personalità giuridica dello Stato e della necessaria derivazione-subordinazione dell'amministrazione dal Governo inteso quale 'giuridica istituzione'. Tutto ciò proprio nel momento nel quale il passaggio dalla fase classica dello 'Stato di diritto' alle prime configurazioni dello 'Stato sociale-amministrativo' richiedeva risposte capaci

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di orientare lo sviluppo, di fatto accelerato, della prassi amministrativa e della stessa attività giurisprudenziale.

È certamente vero che vi sono ' punti alti ' della riflessione dei giuristi — Otto Mayer per la Germania, in misura diversa Santi Romano per l'Italia —, dove troviamo assunto in modo diretto il dato problematico dei limiti delle ' formule classiche ' in rapporto ai nuovi còmpiti dello Stato e della stessa amministrazione; ma, proprio ora che viene posta la questione del rapporto storicamente realizzatosi tra dottrina e giurisprudenza, è lecito domandarsi in quale misura questi tentativi di rinnovamento sul piano teorico siano poi divenuti — con quali trasformazioni, ed in quale versione — effettivo patrimonio politico-culturale del ceto dei giuristi, e quanto invece quest'ultimo sia rimasto nel profondo ancorato ai vecchi schemi ottocenteschi [42].

Mi sembra, in conclusione, che Heyen, con la sua interpretazione della origine della scienza del diritto amministrativo nella sua fase costruttivistico-dogmatica quale ' conseguenza ' dell'affermazione di una giurisdizione amministrativa autonoma, presupponga in modo indimostrato un consenso indistinto ed indifferenziato dei giuristi ad una traduzione diretta del loro impegno teorico in tecnica organizzatoria della stessa attività giurisprudenziale, e dunque del concreto svilupparsi, e deformarsi del rapporto tra Stato e cittadino, tra amministrazione e ' privati ', spesso dotati anche di rilevante potere economico. È indubbio che la dottrina svolse *anche* una funzione di questo tipo. I problemi sul piano storiografico sono però altri: il metodo costruttivo-dogmatico s'impose per la necessità di ordinare un crescente numero di ' casi ' forniti dalla giurisprudenza, o invece proprio per contrapporre la ' saldezza ' degli istituti e dei principi giuridici alla

---

[42] Diviene qui evidentemente decisiva l'indagine storiografica sui singoli istituti giuridici, da condurre, sia a livello delle elaborazioni della dottrina, sia a livello delle concrete soluzioni della giurisprudenza, intrecciando i due piani dell'analisi, e non ponendo semplicemente il primo come ' modello ' del secondo, lo studio della giurisprudenza come mera ' verifica ' delle costruzioni della dottrina. Esemplare in questo senso, per quanto riguarda l'Italia, la ricerca di M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., dalla quale emerge una capacità assai limitata della scienza d'influenzare il concreto sviluppo nel tempo delle soluzioni giurisprudenziali, e comunque la presenza di due distinte ispirazioni di fondo tra loro in conflitto: quella dei ' professori ', di tipo ' politico-ideologico ', attenta più che altro al versante della coerenza e della ' razionalità ' del rapporto Stato-cittadino, e quella dei giudici, di tipo ' economicistico ', preoccupata soprattutto di funzionalizzare tale rapporto — pensiamo in primo luogo alla necessaria collaborazione delle imprese private al compimento di determinate opere pubbliche — al ricavo di precise utilità economiche d'interesse collettivo. Abbiamo altrove discusso in modo più approfondito di questo lavoro di D'Alberti, e del significato che esso può assumere nel contesto della ricerca storiografica, nella nostra rassegna *La scienza italiana di diritto pubblico del diciannovesimo secolo: bilancio della ricerca storiografica*, cit., pp. 237 e ss. Lo stesso saggio è stato brevemente recensito anche da M. S. GIANNINI, *Recensione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, XXXIII (1983), pp. 374-76.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

crescente particolarizzazione del diritto amministrativo, alla sua ' riduzione ' a strumento d'intervento sui problemi della società, alla sua economicizzazione, riflessa anche dalla stessa giurisprudenza? Se la dottrina fu così pronta a seguire gli sviluppi della giurisprudenza e ad organizzarli secondo ' formule generali ', perché oggi queste formule appaiono così distanti da quella nuova realtà politico-amministrativa che andò formandosi proprio a partire dall'inizio del nostro secolo? In una parola: gli istituti giuridici furono concepiti come *strumenti* di comprensione del reale — in parte riflesso dalla stessa giurisprudenza — e dei suoi mutamenti, o come costruzioni di prevalente contenuto ideologico, contrapposte a quei mutamenti?

In realtà, Heyen sottopone il rapporto storico dottrina-giurisprudenza ad una duplice deformazione. Da una parte, egli *sopravvaluta* il ruolo della scienza giuridica, perché interpreta il suo passaggio al metodo costruttivo-dogmatico come immediata piena disponibilità da parte dei giuristi ' teorici ' ad abbandonare il loro tradizionale statuto di ' dottrina ', facendosi tecnica organizzatoria — sapere appunto non ' dottrinale ' — funzionalmente orientata a ricercare una legittimazione dello Stato amministrativo contemporaneo scaturente dalla concretezza dei suoi rapporti con i ' privati ', perché in definitiva presuppone una piena disponibilità dei giuristi a disciogliere la loro dottrina nella concretezza dei ' casi ', recuperando determinati livelli di coerenza del sistema solo dopo aver preso coscienza dei mutamenti strutturali in atto; dall'altra, Heyen *sottovaluta*, e per gli stessi motivi, l'impegno costruttivo-dogmatico dei giuristi, che non è affatto frutto univoco della ' contingenza ' storica della giurisdizione amministrativa autonoma, e che affonda invece in buona parte le sue radici nella storia della cultura giuridica europea, nella tradizione trasmessa in primo luogo dalla stessa scienza del diritto privato a base romanistica, quest'ultima, nelle sue decisive componenti tecniche ed ideologiche, non a caso trascurata da Heyen nella sua ricostruzione (43).

In una parola: i giuristi di diritto pubblico non hanno potuto essere i ' tecnici ' dello Stato ' sociale-amministrativo ' contemporaneo — in questo senso neppure pienamente gli ' organizzatori ' della giurisprudenza — proprio perché essi hanno voluto mantenere il loro sapere all'altezza delle tradizioni dottrinali, a livello di una vera e propria ' teoria dello Stato ', intesa quale ultimo tentativo di salvare la ' purezza ' delle linee di sviluppo dello Stato moderno in un'età di forti tensioni e mutamenti del rapporto Stato-società.

---

(43) Ho cercato di porre in rilievo le linee storiche di sviluppo di quella tradizione, dalla Scuola storica alla Pandettistica, fino alla giuspubblicistica della seconda metà del secolo decimonono, nel saggio *La scienza giuridica: il dibattito sul metodo e la costruzione della teoria giuridica dello Stato*, in *Il pensiero politico*, XV, n. 1 (1982), pp. 92-126.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In quest'ultimo senso, il discorso di Heyen manca completamente di profondità storica. Non sa cogliere, nell'adozione del metodo costruttivo-dogmatico, il riflesso evidente dell'ultimo grande tentativo di *legittimazione globale* del potere politico, condotto proprio dai giuristi, che hanno dimostrato in tal modo quanto le capacità ' creative ' della loro riflessione siano state da sempre legate a doppio filo alle vicende dello Stato moderno, forse fin dalle sue origini (44).

È dunque riduttivo affermare che i giuristi di diritto pubblico scelsero il metodo costruttivo-dogmatico per la semplice ' necessità ' di organizzare un crescente numero di disposizioni normative e di casi giurisprudenziali; essi furono in realtà sospinti in questa direzione dalla loro medesima tradizione culturale, dalla ' missione ', che di fatto si erano assunti, di salvare l'armonia delle architetture dello Stato moderno dalla crescente pressione dei bisogni sociali, degli interessi particolari, delle organizzazioni settoriali. Se quei giuristi tentarono *anche* di ' organizzare ' la giurisprudenza, fecero ciò essenzialmente per la loro presunzione di poter ricondurre questo delicato settore ad una condizione di necessaria coerenza con i caratteri fondamentali storico-politici dello ' Stato giuridico ': da qui, da questa spinta di fondo di carattere ideologico, che niente ha in comune con la laicità di un sapere puramente tecnico, la rigidità delle soluzioni proposte, l'ostinata permanenza dei dogmi fondamentali, il prorogarsi della teoria giuridica nelle sue metodologie e nei suoi contenuti essenziali, spesso contro l'evidenza dei mutamenti politici e sociali.

Tutto questo per concludere che la crisi della cultura giuridica, nel nostro caso della scienza del diritto amministrativo, coincide in definitiva con la crisi dello stesso Stato moderno, nella sua ultima versione di ' Stato giuridico '. Gli imbarazzi, le difficoltà, ed anche le rimozioni, dei giuristi di fronte alle sconnessioni, alle disarmonie ed alle complessità del potere politico sono sintomo di un fatto molto semplice: lo Stato ' sociale-amministrativo ' che abbiamo di fronte non è più una forma di ' Stato moderno ', nel senso specifico — tutto ' giuridico ' — che esso non è più riconducibile alla dimensione unitaria della ' persona ', ed è invece il frutto, continuamente mutevole, di una serie di mediazioni complesse e stratificate, all'interno delle quali il ' giuridico ' occupa costantemente un posto di rilievo, non più però isolabile e definibile a priori come nel precedente sistema politico (45).

---

(44) Possono essere qui ricordate le osservazioni di Legendre e di Brauneder, già esaminate *supra*, note 20, 21, 22.

(45) Attorno a queste problematiche si muove anche G. BERTI, *La parabola della persona Stato (e dei suoi organi)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 11/12 (1982/83), *Itinerari moderni della persona giuridica*, tomo II, pp. 1001-1033. Secondo Berti, infatti, non è più possibile oggi far ricorso alla figura dello Stato-persona giuridica in presenza di processi di unificazione politica estremamente complessi e problematici. I nuovi necessari mo-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È questo l'ultimo tema di discussione proposto dal volume curato da Heyen. Non vi è contributo infatti che non faccia riferimento a questa dimensione della crisi della scienza giuridica, a questo profondo legame tra quella crisi ed i mutamenti di fondo nell'assetto del potere pubblico peculiari del nostro secolo.

Ciò riguarda in primo luogo il Paese ritenuto il cuore del ' modello ' continentale, la stessa Francia. Esplicitamente di « crisi » nella « posizione del giurista » parlava già Roland Drago, nel suo saggio del 1965, soprattutto attorno alla nozione centrale di servizio pubblico, ed alla possibilità d'individuare, per suo tramite, i confini precisi di un regime giuridico speciale, non comprimibile negli schemi del diritto privato-comune ([46]). E, nel volume in esame, Georges Langrod ([47]) torna, in modo ancor più chiaro, su questi problemi, sottolineando il peso determinante in questo contesto delle nuove realtà politico-economico-istituzionali, soprattutto degli enti e delle imprese pubbliche, con le loro complesse relazioni con le due sfere del diritto pubblico e del diritto privato. La progressiva penetrazione del diritto privato nella

---

menti di mediazione, l'indispensabile ricerca di nuove sintesi unificanti non possono più procedere da una scienza del diritto pubblico che si ponga come in passato quale « conoscenza totalizzante ed esclusiva del rapporto tra lo Stato e la società » (p. 1033), ma devono essere individuati sulla base di una lettura della realtà politico-sociale che presupponga « un terreno comune » per tutte le scienze sociali (*id.*), l'accettazione di un processo di « reciproca contaminazione » tra esse (p. 1032). In sintesi, le problematiche attinenti alle forme ed alle modalità di ricerca-attuazione del momento sintetico dell'unificazione politica non possono più costituire oggetto esclusivo di studio da parte dei giuristi. Per quanto riguarda poi gli ' imbarazzi ' della scienza giuridica nei confronti delle modificazioni strutturali dello ' Stato di diritto ', ai quali ci riferiamo nel testo, si può far rinvio al saggio di S. CASSESE, *Giolittismo e burocrazia nella ' cultura delle riviste '*, in *Storia d'Italia* (*Einaudi*), *Annali 4, Intellettuali e potere*, a cura di C. VIVANTI, Torino, 1981, pp. 475-549, nel quale si segnalano puntualmente i rilevanti limiti della riflessione giuspubblicistica italiana — già ispirata dal ' metodo giuridico ' — in rapporto ai nuovi problemi posti alla, e dalla, pubblica amministrazione in periodo giolittiano: al « mondo sicuro delle esistenti istituzioni sulle quali — secondo l'insegnamento orlandiano — più volentieri si fermavano i giuristi » (p. 484), corrispondente « all'immagine di una società generale ideale, senza monopoli », capace di trasfondersi in « un unico centro di potere pubblico, lo Stato, senza contraddittori, tanto meno al suo interno » (p. 486) si contrappone sempre più un ' fenomeno burocratico ' di vaste dimensioni, che nei suoi molteplici aspetti — l'espansione dei servizi sociali, la fuga dalla burocrazia con la conseguente creazione di ' enti ' capaci di agire secondo criteri imprenditoriali, la legge sullo stato giuridico degli impiegati, la sindacalizzazione del pubblico impiego — trova scarso riscontro nella scienza giuridica del tempo, e nel suo stesso organo ufficiale, la *Rivista di diritto pubblico*, fondata nel 1909 in esplicita continuità con la battaglia orlandiana di fine secolo per l'affermazione del ' metodo giuridico '. Ciò che pone evidentemente il problema delle radici storiche di quegli ' imbarazzi ' dei giuristi dei quali sopra discorrevamo.

([46]) R. DRAGO, *Gli studi di diritto amministrativo in Francia*, in *Gli studi di diritto amministrativo*, cit., pp. 57 e ss.

([47]) G. LANGROD, *France*, in *Geschichte*, cit., pp. 74 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sfera « de services publics proprement dits », e la parallela travagliata fase di confronto del diritto pubblico-amministrativo con la dimensione dell'imprenditorialità tradizionalmente riservata al diritto privato ([48]), la conseguente impossibilità di distinguere, secondo i moduli ottocenteschi, tra atti di ' autorità ' ed atti di ' gestione ' — rispettivamente l'attività giuridica e l'attività sociale dello Stato, della quale parlava il nostro Vittorio Emanuele Orlando —, la non riconducibilità dell'amministrazione al momento dell'interpretazione-esecuzione della legge e l'interiorizzazione dei conflitti sociali nell'amministrazione medesima, fenomeno contro il quale combatterono strenuamente i giuristi del secolo scorso, sono viste complessivamente in immediata connessione con lo sgretolamento progressivo dello *Juristenmonopol*, con il declino della figura del giurista-generalista, a favore di una ripresa di quota da parte della scienza dell'amministrazione non giuridica, di una pluridisciplinarietà costituita da saperi specialistici, sociologici, politologici, economici.

Nello stesso senso, di crisi si parla anche per ciò che riguarda la rilevante esperienza belga, con riferimento ad una complessità della strutturazione dell'apparato amministrativo, soprattutto parastatale, non più dominabile con gli schemi tradizionali ([49]); in termini di crisi del principio di legalità ([50]); ed infine, con lo sguardo rivolto ad un futuro nel quale « au total, les risques de dissolution ou de diluition semblent prévaloir sur les espérances de consolidation et de développement harmonieux » ([51]).

Rilevante sotto questo profilo anche il contributo sulla Danimarca, dove si descrivono i nuovi approcci allo studio della pubblica amministrazione conseguenti alla crisi del ' metodo giuridico ' introdotto in quel Paese nelle discipline pubblicistiche da Poul Andersen nel corso degli anni Trenta, e dove tale crisi viene esplicitamente collegata alla concretezza di un processo storico nel quale « wurde die allgemeine Auffassung von der öffentlichen Verwaltung als einer wesentlich rechtlich verfassten Institution geschwächt » ([52]).

In termini simili, è articolato il contributo sull'Olanda. Qui si parla del nostro secolo, ed in particolare degli ultimi decenni, come dell'età della « Zersplitterung des Gegenstandes » del diritto amministrativo: le nuove problematiche di efficienza e rendimento della pubblica amministrazione, la nuova dimensione programmatoria nei confronti dei bisogni sociali, il conseguente « instrumentale Charakter des Rechts »

([48]) *Ibid.*, p. 74.
([49]) Y. CHAPEL, *Belgique*, in *Geschichte*, cit., p. 8.
([50]) *Ibid.*, p. 14.
([51]) *Ibid.*, p. 16.
([52]) P. MEYER, *Dänemark*, in *Geschichte*, cit., p. 23 e pp. 21 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

segnano per l'autore « das Ende der überkommenen Verwaltungsrechtswissenschaft » (53).

Ed infine, sono significativi gli accenni alla situazione attuale della scienza del diritto amministrativo austriaca, ed alla forte critica, sviluppatasi negli ultimi anni, contro la sua tradizionale impostazione metodologica (54); e le notazioni relative alla ripresa di studi di scienza dell'amministrazione in Portogallo nel corso degli ultimi anni Settanta (55).

Credo poi non sia necessario ritornare, a proposito di queste problematiche, sulla situazione italiana e tedesca. Certamente esse sono presupposte da Cesare Mozzarelli, nel contributo dal quale abbiamo preso le mosse. E della Germania discuteremo ancora più avanti (56).

Preme piuttosto un'ultima osservazione circa la storia del diritto amministrativo in Europa, prima di passare a considerazioni di carattere conclusivo. Abbiamo fin qui lasciato volutamente da parte il 'caso' inglese, che a livello di pubblica amministrazione — e della sua storia — sembra accentuare ancor più la sua dimensione insulare. Gran parte del contributo sull'Inghilterra contenuto nel volume in esame è appunto dedicato ad illustrare sinteticamente le cause di questa 'divergenza' dal modello continentale (57). Sono poi particolarmente significative da noi le pagine che Massimo Severo Giannini volle premettere alla traduzione italiana della nota opera *Administrative Law* di Wade (58). Qui la dicotomia tra sistema continentale e complesso di *common law* a livello di diritto amministrativo era portata fino alle estreme conseguenze, e si risolveva in una sostanziale apologia del secondo; concludeva infatti Giannini: « La realtà, oggi, è che l'ordinamento inglese, in cui nessun geniale giurista inventò il diritto amministrativo, progredendo per la sua strada, e con mezzi che storicamente aveva, è giunto più avanti degli ordinamenti continentali. Sulla distanza il

---

(53) H. VAN DEN BRINK, *Niederlande*, in *Geschichte*, cit., p. 112 e p. 128, per le citazioni nel testo.

(54) W. BRAUNEDER, *Österreich*, in *Geschichte*, cit., pp. 143-144.

(55) F. DE QUADROS, *Portugal*, in *Geschichte*, cit., pp. 169-170.

(56) Per ora basterà ricordare il saggio di F. MAYER, *Gli studi di diritto amministrativo nella Repubblica Federale Tedesca*, in *Gli studi di diritto amministrativo*, cit., pp. 95 e ss., spec. pp. 124 e ss., per le insoddisfazioni della scienza tedesca del diritto amministrativo nei confronti della linea Mayer-Forsthoff, e per la ripresa degli studi non giuridici della pubblica amministrazione nel corso degli anni Cinquanta.

(57) J. F. GARNER, *England*, in *Geschichte*, cit., pp. 51-66. Non mancano comunque consistenti accenni a certi caratteri della storia amministrativa inglese in questo secolo, che sembrano avvicinare il 'modello' inglese a quello continentale (pp. 57 e ss.). Dello stesso autore, cfr. anche *Administrative Law*, London, 1979[5].

(58) H. W. WADE, *Administrative Law*, Oxford, 1967[2] (traduzione italiana con il titolo *Diritto amministrativo inglese*, Milano, 1969). L'opera di Wade è giunta ora alla quinta edizione (Oxford, 1982).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diritto amministrativo 'continentale' s'è rivelato una complicazione ed un impaccio. Che sia arrivato il tempo di distruggerlo? » ([59]).

Diciamo subito che questa rigida dicotomia appare in chiara contraddizione con l'esigenza di ristudiare a fondo le influenze esercitate reciprocamente sul piano storico da un modello sull'altro. Qui, pensiamo soprattutto in realtà alle influenze inglesi sul continente, alle ricorrenti manifestazioni di anglofilìa, caratteristiche in modo specifico del pensiero giuridico — pubblicistico e non — europeo, in particolare italiano e tedesco. Non si potrà certamente dimenticare il fatto che le più recenti ricerche di storia della cultura giuridica indicano nella Scuola Storica, a sua volta largamente influenzata dalle critiche di Edmund Burke alla Rivoluzione Francese, e più in generale dall'ideale, caratteristico della storia costituzionale inglese, di un progresso organico ed unilineare, contrapposto alla 'volontà di governo' giacobina, il punto di avvio di una serie di riflessioni dei giuristi culminanti in una pluralità di esiti di fine secolo, tra i quali è compresa anche l'adozione del 'metodo giuridico' nelle discipline giuspubblicistiche ([60]). E si dovrà — credo — ricordare anche, e di nuovo, il 'caso' italiano, nel quale all'affermazione della cosiddetta scuola orlandiana di fine secolo corrisponde l'emarginazione di un precedente filone di pensiero — basterà menzionare qui l'opera di Romagnosi — caratterizzato proprio da una sostanziale avversione nei confronti della costituzione inglese, intesa come costituzione 'feudale', o dei 'privilegi', incapace comunque di esprimere una moderna soggettività politica staccata dai particolarismi sociali.

Tutto ciò solo per sottolineare alcuni elementi di complessità, e comunque la non isolabilità del 'caso' inglese all'interno di una storia del diritto pubblico — anche amministrativo — europeo. E per suggerire un'ipotesi di ricerca: scrivere una storia dell'anglofilìa politico-costituzionale europea può anche voler dire scrivere una parte consistente della storia della cultura giuridica pubblicistica del continente.

([59]) M. S. GIANNINI, *Presentazione*, a H. W. R. WADE, *Diritto amministrativo inglese*, cit., p. XIX. Ometto qui, per ragioni di sintesi, le complesse motivazioni — sulla nozione di atto amministrativo, sul sistema di difese giurisdizionali contro gli atti della pubblica amministrazione — che Giannini porta a sostegno delle proprie prese di posizione. É noto come questa linea di pensiero conduca in tempi recenti a porre in rilievo certe dinamiche del diritto amministrativo contemporaneo in quanto convergenti verso la ricostituzione di un'area di 'diritto comune a privati e pubblici operatori', a sua volta di tipo essenzialmente privatistico: sul punto cfr. M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1970, pp. 655 e ss.; e ID., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, pp. 459 e ss.

([60]) Si deve qui ricordare per lo meno W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, 1958 (trad. it. con il titolo *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milano, 1974), che ricostruisce un itinerario di pensiero giuridico da Savigny a Laband; e, sulle stesse problematiche, ma con prospettive diverse, M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Si può concludere ricordando a questo proposito le lunghe battaglie dei giuristi belgi contro la concezione francese del diritto amministrativo come diritto 'speciale' della pubblica amministrazione; l'ammirazione per il costituzionalismo inglese caratteristica dei maggiori giuristi italiani di diritto pubblico di fine secolo, di Orlando, di Santi Romano, dello stesso Gaetano Mosca, che parlava delle 'sue' due isole, la Sicilia e l'Inghilterra; le grandi resistenze opposte dai giuristi tedeschi all'emancipazione della scienza del diritto amministrativo dallo *Staatsrecht*, resistenze contro le quali andò a scontrarsi anche Otto Mayer, accusato di nutrire una sconsiderata venerazione per i privilegi della pubblica amministrazione caratteristici del modello francese; gli studi, nella stessa Germania, di Rudolf von Gneist sul *selfgovernment* quale essenza del 'governo giuridico', ripresi poi ampiamente in Italia: l'elencazione dei problemi storiografici potrebbe ancora allungarsi di molto.

Alla fine, dovremmo chiederci, tanti sono gli spunti possibili per la ricerca in questa direzione, se determinati caratteri del costituzionalismo inglese — primo tra tutti proprio l'ideale storico-positivo di *common law* — non abbiano costituito uno dei materiali più rilevanti per l'edificazione di quella 'teoria giuridica dello Stato' che appare nel suo complesso come il frutto più autentico dell'esperienza politico-culturale continentale.

Lasciamo volutamente tutto ciò a livello d'ipotesi appena enunciata, sperando solo di sollevare qualche curiosità. Ma è certo che la nozione-cardine della teoria giuridica continentale, il celebre dogma della personalità giuridica dello Stato, non sarebbe stata pensabile, a nostro avviso, senza una retrostante cultura di carattere storicistico-organicistico, senza una concezione del 'popolo' come entità omogenea che si sviluppo secondo dinamiche graduali ed unilineari, senza quindi una certa idea della 'storia' e del 'progresso' che ci sembra appartenere in larga misura all'universo culturale di *common law*.

Al di là comunque di tali considerazioni, premeva intanto sottolineare questo fatto fondamentale: la corrente e tradizionale dicotomia tra sistema continentale e complesso di *common law* non può essere assunta passivamente, come tale, da parte dello storico della cultura giuridica, che già ora può intuire, per lo meno a livello di scienza del diritto pubblico, quanto vasti e profondi siano stati i contatti tra la due sfere politico-culturali, ed in particolare quanto rilevante sia stata l'influenza della cultura inglese sulla giuspubblicistica continentale.

Infine, credo sia utile in qualche modo riassumere quanto fin ora abbiamo detto in forma di 'considerazioni', cercando d'individuare sinteticamente, per punti, e sulla scìa del volume curato da Heyen, quali sono i problemi che oggi si pongono allo storico della cultura giuridica pubblicistica, ed in particolare a chi si occupa di storia della scienza del diritto amministrativo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Al primo posto collocherei le questioni metodologiche, sollevate soprattutto dal contributo di Mozzarelli: il rapporto da stabilire tra ricerche di storia della scienza e ricerche di storia amministrativa ed istituzionale, il rinnovamento della storiografia amministrativa e la parte che in esso devono svolgere anche gli storici della giuspubblicistica. In secondo luogo, possono essere ricordati i nostri problemi di definizione dell'oggetto di ricerca nello spazio e nel tempo: mi riferisco qui, da una parte alla necessaria dimensione europea della ricerca, alle questioni, più volte affrontate, dei 'modelli' — francese, tedesco, anche inglese — e della loro diffusione in Europa, dall'altra, soprattutto in riferimento al contributo di Brauneder, alla necessità di non isolare le problematiche ottocentesche, e comunque di non esaurire in esse tutta la ricerca storiografica. Infine, la questione, sollevata da Heyen, dei rapporti tra dottrina e giurisprudenza può valere come richiamo alla necessità di studiare in parallelo le elaborazioni della scienza e quelle dei giudici, attorno ad alcuni istituti di particolare rilievo nell'organizzazione dei rapporti tra amministrazione e 'privati' ([61]).

In ultimo, credo sia necessario far riferimento anche alle discussioni degli ultimi decenni sulla crisi del diritto amministrativo, e della relativa riflessione scientifica tradizionalmente operata dai giuristi. Riscoprire, con maggiore esattezza, e ben al di là delle consuete generiche formulazioni, i connotati culturali, ideologici, tecnici, della scienza del diritto amministrativo del secolo scorso — con tutti i necessari collegamenti con i secoli precedenti, come sopra dicevamo — può servire a capire le ragioni della crisi medesima, dove si collochino precisamente i limiti dell'approccio giuridico ai problemi della pubblica amministrazione, su quali specifiche questioni — molte delle quali ancora aperte — quei limiti storicamente si sono fatti più evidenti.

Quanto abbiamo da ultimo esposto si colloca poi sotto un unico comune denominatore, così esprimibile: la storia della cultura giuridica pubblicistica, anche al livello specifico dell'amministrazione, non può essere scritta a partire da una condizione culturale d'isolamento. Essa trova un senso solo se riesce ad attivare un continuo dialogo con gli storici dell'amministrazione e delle istituzioni, con i giuristi ed i loro problemi del presente, solo se fonda sè medesima su tale dialogo, solo se riesce ad assumere come punto di riferimento costante la dimensione europea dei problemi attuali del diritto amministrativo, e della loro evoluzione storica, infine solo se presuppone, e tiene presente, pur nella specificità dei singoli oggetti di ricerca, la prospettiva storica profonda dell'intera età moderna, all'interno della quale s'inserisce la vicenda particolare del diritto amministrativo e della sua scienza.

([61]) Si tratta di un campo d'indagine ancora quasi del tutto inesplorato. A questo proposito, si può solo citare, ancora una volta, per quanto riguarda l'Italia, il lavoro di M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Proprio in Germania, nell'area culturale ritenuta comunemente dalla storiografia decisiva per l'adozione del ' metodo giuridico ' nelle discipline pubblicistiche, ed in particolare per la creazione di una scienza del diritto amministrativo intesa come autonoma disciplina puramente ' giuridica ', si stanno intensificando negli ultimi anni le indagini dirette ad approfondire le vicende storiche della cultura giuridica amministrativa.

Tra i lavori più recenti ([62]), mi sembra utile segnalare subito quello di Michael Stolleis, che ha tentato una sintesi di ampio respiro, dagli inizi del secolo scorso fino alla nostra immediata contemporaneità, e che ha soprattutto messo in luce, con grande chiarezza, i caratteri essenziali della *cultura politico-costituzionale* sottesa alle scelte dei giuristi sul terreno specifico del diritto amministrativo ([63]).

È quest'ultima una tematica di notevole rilevanza anche per la storia della scienza giuridica italiana, ancora ferma per alcuni versi a considerare la recezione dei modelli tedeschi alla fine del secolo scorso come un fatto di sostanziale ' progresso tecnico ', solo genericamente collegato ad una revisione più complessiva delle dottrine giuridiche in senso unilateralpubblicistico, verso una concezione dello Stato di stampo più dichiaratamente ' autoritativo '.

Credo che proprio a questo livello — e non solo per ciò che riguarda l'Italia — le nostre conoscenze storiografiche si trovino in uno stadio decisamente arretrato, tale da rendere problematica, e comunque assai difficile, la comprensione autentica del profondo significato politico-costituzionale delle operazioni condotte dai giuristi alla fine del secolo scorso sul terreno della pubblica amministrazione; e che sia dunque necessario in particolare risalire, così come Stolleis propone, ad un momento immediatamente successivo alla Rivoluzione francese, per molti versi determinante per la costruzione di modelli costituzionali

---

([62]) Per una rassegna degli studi, puntuale e riccamente documentata, si può ovviamente rinviare a E. V. HEYEN, *Deutschland*, in *Geschichte der Verwaltungsrechtswissenschaft*, cit., pp. 29 e ss. È da segnalare inoltre il recentissimo particolare interesse per l'opera di Otto Mayer, concretizzatosi nei seguenti saggi: E. V. HEYEN, *Otto Mayer. Studien zu den geistigen Grundlagen seiner Verwaltungsrechtswissenschaft*, Berlin, 1981; A. HUEBER, *Otto Mayer. Die ' juristische Methode ' im Verwaltungsrecht*, Berlin, 1982; M. FIORAVANTI, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, XXXIII (1983), pp. 600-659. Si sono inoltre pubblicati, dello stesso Mayer, le *Kleine Schriften rum öffentlichen Recht*, hrsg. von E. V. Heyen, 2 Bände, Berlin, 1981. Più avanti prenderemo direttamente in esame il volume di Hueber.

([63]) M. STOLLEIS, *Verwaltungslehre und Verwaltungswissenschaft 1803-1866*, in *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, cit., Bd. II, pp. 56 e ss. Si tratta in effetti della prima parte di una storia della cultura giuridica amministrativa che giungerà quasi fino ai nostri giorni. Per il lavoro di Stolleis relativo al periodo 1866-1914, cfr. *supra*, la nota 1. Lo stesso autore ha poi in preparazione altri due contributi, sui periodi 1919-1933 e 1933-1945, che verranno inseriti nel quarto volume della medesima *Deutsche Verwaltungsgeschichte*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

largamente influenti sulle vicende della scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del secolo diciannovesimo.

Inutile qui ricordare in Italia la figura e l'opera di Romagnosi — ancora tutta da studiare —, di grande rilievo per la funzione svolta, di filtro dei filoni principali della letteratura pubblicistica europea. Ma anche per la Germania si pongono problemi simili, relativi soprattutto al confronto, assai complesso, della cultura del tempo con le ideologie, ed i concreti risultati, della Rivoluzione francese.

A questi problemi, ovviamente riferiti alla sola Germania, è dedicata tutta la prima parte del contributo di Stolleis (64). Il punto di partenza è collocato negli ultimi anni del secolo diciottesimo, nella fase di crescente critica al ' terrore ' rivoluzionario. È in questo periodo che la cultura pubblicistica tedesca, soprattutto giuridica, matura definitivamente il suo distacco dal giusnaturalismo di stampo individualistico e contrattualistico, nella ricerca di una stabilità costituzionale che conduce a pensare lo Stato come soggetto ' autonomo ', dotato di *Selbstzweck*, contro la sua riduzione a mero strumento di composizione dei conflitti sociali (65).

L'obbiettivo polemico è duplice: la pretesa rivoluzionaria di attribuire allo Stato le leggi della società, per il tramite essenziale della sovranità popolare e del primato del legislatore, ma anche la presunzione di poter dominare dall'alto tutta quanta la società, con gli strumenti del Codice e dell'amministrazione centralizzata. Rispettivamente, ciò che si vuole evitare, o comunque fortemente si teme, è la distruzione dello Stato da parte della società, ma anche l'oppressione della società medesima da parte di uno Stato che pretenda di ' livellare ' in modo autoritativo, non rispettando determinati margini di autonomia, riassunti nella natura storica, quasi intima, della costituzione sociale (66).

Quella separazione di Stato e società, che precedentemente aveva assunto una caratterizzazione rivoluzionaria, in quánto emancipazione della società civile dalla tutela oppressiva dello Stato, e contemporaneamente liberazione della potestà politica dai condizionamenti del particolarismo, viene ora intesa in un senso prevalentemente conservatore, come tentativo d'isolare lo Stato dai conflitti sociali, d'individuare in esso una componente ' naturale ' e ' necessaria ' — in futuro ' giuridica ' — non dipendente dalla mutevole volontà delle maggioranze, e contemporaneamente d'isolare la società dall'influsso altrettanto mutevole della volontà ' arbitraria ' di Governo: a conferma del

---

(64) M. STOLLEIS, *Verwaltungslehre und Verwaltungswissenschaft*, cit., pp. 58 e ss.

(65) *Ibid.*, p. 60: Stolleis parla proprio di « Wende » in questa direzione: « An die Stelle der dienenden Funktion des Staates trat der Selbstzweck, an die Stelle individueller Freiheit die Erfüllung der Einzelexistenz in der Gesamtheit ».

(66) *Ibid.*, p. 62.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fatto che le formule — come questa della separazione Stato-società — non possiedono alcun valore in sè, ma assumono invece significati diversi in dipendenza di diverse situazioni storiche.

In definitiva, la ' questione costituzionale ' si pone all'inizio del secolo in Germania nell'àmbito dei tentativi di composizione del conflitto Stato-società, costituendo il terreno sul quale s'incontrano il pensiero politico conservatore e quello liberal-costituzionale. Accade così che le opzioni liberali per una limitazione del potere del Sovrano a favore delle Assemblee rappresentative, e di una più rigorosa difesa dei diritti individuali, possano in ogni momento contenere accenti di carattere spiccatamente conservatore, di difesa degli ' equilibri storici ' della collettività, non solo nei confronti dello Stato assoluto, ma anche, e forse ancor più, nei confronti della ' ipotesi ' del legislatore rivoluzionario francese, nella riscoperta del nucleo autentico della ' libertà ' in senso nazionale; e che, all'inverso, i conservatori, ossessionati dalla necessità d'individuare precisi momenti di autonomia delle istituzioni statuali di fronte ai conflitti sociali, finiscano per promuovere una forte giuridificazione del potere politico, soprattutto attorno al ' principio monarchico ', di grande interesse per le vicende dello stesso Stato di diritto d'impronta liberale.

È questo terreno d'incontro tra conservatori e liberali, definito in opposto alla filosofia giusnaturalistica di stampo contrattualistico ed individualistico, che determina lo sviluppo della questione costituzionale in Germania in termini di perfezionamento e progresso dello Stato assoluto: come osserva giustamente Stolleis, « es gibt keine scharfe Epochengrenze, keinen revolutionären Einschnitt zwischen Absolutismus und Verfassungsstaat » (67).

Di ciò è riprova il fatto che tutti i più rilevanti pubblicisti liberali del tempo muovono da premesse di carattere settecentesco, che possono essere gradualmente superate, ma non radicalmente negate (68). Tipiche in questo senso le figure di Klüber, Behr, Karl Salomo Zachariae, Dahlmann, Mohl, di diversa ispirazione politico-culturale, spesso legate da vicino alla filosofia kantiana, altrettanto spesso in conflitto con la politica degli Stati tedeschi del tempo, ma anche — salvo rare eccezioni — irremovibili nel considerare il Monarca quale autentica *Spitze* dell'organismo politico-costituzionale, e nel collocare i diritti delle Assemblee a livello di una semplice *Mitwirkung* con il potere del Sovrano.

---

(67) *Ibid.*, p. 61.

(68) *Ibid.*, pp. 62 e ss.: ' Die Entwicklung des liberal-konstitutionellen Denkens '. È evidente che, in sede di commento sintetico, non possiamo occuparci distintamente di tutti gli autori ricordati da Stolleis. Ci occupiamo anzi di un filone ben definito — a cavallo tra pensiero ' conservatore ' e ' liberale ' —, che lo stesso Stolleis ritiene del resto dominante.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Proprio questo liberalismo moderato è destinato ad incontrarsi con il pensiero politico conservatore concentrato attorno al ' principio monarchico ' ([69]): da questo incontro scaturità gran parte della teoria politico-giuridica tedesca, che siamo soliti denominare *Rechtsstaat.*

Il primo momento di confluenza tra pensiero liberale e conservatore avviene a livello dello ' Stato organico '. Vi è concordanza sostanziale sul fatto che lo Stato sia « überindividuelles historisch gewachsenes Wesen, keine zweckrationale Schöpfung. Er [lo Stato] war nicht über den SozialKontrakt oder die Volkssouveranität legitimationsbedürftig, sondern lebendiger Organismus, in den sich Herrscher und Beherrschte eingliedern sollten » ([70]). Il primato del concetto di organismo è dunque correlato ad una forte sottolineatura in senso storicistico del rapporto Stato-società, che a sua volta può tingersi — in una serie indefinita di « Mischungsverhältnisse » ([71]) — di sfumature più decisamente liberali o conservatrici, a seconda che si ponga l'accento prevalentemente sui limiti da porre all'azione dello Stato assoluto sulla società e sulle sfere individuali, o rispettivamente sulla sostanziale immodificabilità dei tradizionali equilibri storici da parte di una volontà politica riformatrice.

Ma la concezione organicistica dello Stato consente anche un'altra operazione fondamentale: di limitazione delle prerogative regie, da collocare secondo il pensiero costituzionale liberale appunto all'interno di un organismo dotato di molteplici competenze e funzioni, mantenendo però ferma l'idea, cara ai conservatori, del Sovrano come *Spitze* di tale organismo, come ' punto ' nel quale — come in ogni organismo — va a concentrarsi, ad esprimersi, ed a realizzarsi, tutta la dinamica politico-istituzionale ([72]). Dunque, il Sovrano come qualcosa di meno dell'antico titolare di diritti sulla cosa pubblica, capace di esercitare un vero e proprio *quasi dominium* in questo senso, ma anche, nel contempo, come soggetto politico che non accetta di ridursi, pur in tempi storici mutati, alla dimensione di semplice ' organo ' di un'entità — in ipotesi lo Stato-persona — a lui medesimo estranea e sovrastante ([73]).

In definitiva, il Monarca si colloca all'interno dello Stato, ma non fino al punto di poter essere considerato un semplice suo organo: è questo un dato di grande rilievo, sul quale si fonda tutta l'elaborazione

---

([69]) *Ibid.*, pp. 72 e ss.: « Staatsdenken im Umkreis des ' monarchischen Prinzips ' ».

([70]) *Ibid.*, p. 73.

([71]) *Ibid.*, p. 73.

([72]) *Ibid.*, p. 74.

([73]) *Ibid.*, pp. 74-75: è noto, a questo riguardo, il dibattito nel quale furono protagonisti Karl Ludwig von Haller, Romeo Maurenbrecher, ed infine Eduard Albrecht, autore di una celebre recensione critica all'opera del secondo, del 1837, dalla quale si fa comunemente dipartire la storia del dogma della personalità giuridica dello Stato.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del ' principio monarchico '. Se lo Stato si caratterizza, proprio in quanto Stato organico, per la sua essenza di soggetto storico non riducibile alla dimensione di mero strumento di composizione dei conflitti sociali, per la necessaria attività di collaborazione di tutte le componenti dell'organismo — tra le quali gli stessi cittadini-sudditi — in una situazione di tendenziale non conflitto, per la impermeabilità dello Stato medesimo nei confronti degli interessi ' parziali ' della della società civile, allora è evidente che non vi è tanto bisogno di un rafforzamento degli istituti della rappresentanza politica, quanto dell'individuazione rigorosa, proprio nel Monarca, di un soggetto politico-giuridico capace di esprimere, e continuamente sostenere, questa natura ' autonoma ' del potere, questa tendenza al *Selbstzweck*, all'autolegittimazione.

Decisiva in questo senso è l'opera di Friedrich Julius Stahl (74), con la quale il ' principio monarchico ', lungi dal costituire una mera opzione ' conservatrice ', diviene il cuore stesso della costituzione, dal quale si diparte tutto il progetto di giuridificazione delle istituzioni. Se è vero che lo Stato di diritto che ne consegue, com'è stato più volte ripetuto, si risolve in una serie di garanzie formali, in prospettiva fondate sul principio di legalità e sulla sua attivazione per mezzo dei meccanismi della giustizia amministrativa che verranno instaurati nella seconda metà del secolo, è nondimeno certo che tali garanzie e tali meccanismi si riagganciano tutti ad un principio sostanziale, che definisce in modo esatto l'àmbito del giuridico proprio attraverso la centralità del potere del Monarca, espressiva in senso forte di una natura ' giuridica ' del potere politico, ricavabile dalla sua essenza di ' persona ' trascendente la società ed i suoi conflitti.

Ma, al di là della pur rilevante influenza esercitata da Stahl, si tratta qui d'individuare nel suo complesso una *teoria costituzionale* che trova il suo momento unificante in una determinata concezione dello Stato, giuridico in quanto dotato di *Selbstzweck*, di capacità di autolegittimazione. È una teoria che si afferma in Germania, come chiarito dall'indagine di Stolleis, e non solo dalla sua (75), negli anni compresi tra il 1789 e il 1848, ponendo presupposti determinanti per gli svolgimenti della dottrina costituzionalistica ed amministrativistica della seconda metà del secolo. Ad essa contribuiscono, non solo i sostenitori in senso stretto del ' principio monarchico ', i conservatori che

(74) *Ibid.*, p. 76.

(75) Mi riferisco qui all'ottima indagine di U. SCHEUNER, *Der Beitrag der deutschen Romantik zur politischen Theorie*, Opladen, 1980, che sostanzialmente conferma quanto abbiamo esposto nel testo, e che anzi sottolinea la rilevanza delle scelte compiute nel periodo 1879-1840: nel senso di una diretta influenza di tali scelte sulla dottrina della fine del secolo diciannovesimo, ed in particolare sul positivismo giuridico d'impronta statualista. Da segnalare anche lo studio di E. W. BÖCKENFÖRDE, *Organ*, in *Geschichtliche Grundbegriffe. Historiches Lexikon zur politischen-sozialen Sprache in Deutschland*, Bd. 4, 1978, pp. 561 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diffondono in Germania l'opera di Edmund Burke ed in genere la critica alle pericolose ' astrazioni ' della Rivoluzione, ma anche i liberali preoccupati di costruire un argine alle conseguenze ' estreme ' della Rivoluzione medesima, protesi ad esaltare la specificità della storia costituzionale tedesca, ed infine la stessa Scuola Storica di Savigny, ed in genere una fetta consistente del ceto dei giuristi ([76]).

Tutto questo può portare una luce diversa sulla nota *Wendung* della seconda metà del secolo in direzione del positivismo, sul significato della cosiddetta *Entpolitisierung* conseguente al fallimento del movimento liberale nel 1848 ([77]). In particolare, l'itinerario che conduce i giuristi alla ' concretezza ' del potere, all'analisi sistematica del diritto positivo, ed alla stessa costituzione della scienza del diritto amministrativo come disciplina giuridica autonoma, può essere valutato in questa luce, non solo, e non tanto, come frutto di un *ripiegamento* delle opzioni politiche liberali, di una sorta di rassegnazione e disillusione conseguenti alla svolta conservatrice degli anni Cinquanta, ma anche, e soprattutto, come conseguenza diretta della *scelta positiva* per un determinato *modello costituzionale*, che è quello affermatosi nella prima metà del secolo sulla base della critica alla Rivoluzione. Lo Stato di diritto della fine del secolo diciannovesimo come figlio dello Stato organico-giuridico scaturito dalla *Wendung* post-rivoluzionaria.

Da Gerber a Jellinek, il ' giuridico ', riferito allo Stato, è sinonimo di ' autonomo ' dai conflitti sociali, indica nella potestà statuale una soggettività in sè fondata e legittimata. Ciò è di grande rilievo proprio per la scienza del diritto amministrativo, della quale più particolarmente ci dobbiamo occupare. La crescente centralità del diritto amministrativo nell'attenzione dei giuristi nella seconda metà del secolo non è tanto causata dall'abbandono della questione costituzionale da parte dei liberali, ma dal fatto che il pensiero nazional-liberale, in una fase di espansione dell'intervento pubblico, individua *attivamente* proprio nella burocrazia, nello *Staatsoberhaupt* — monarca-burocrazia-esercito —, il cuore della stessa questione costituzionale, il terreno più autentico di realizzazione del ' giuridico ' in seno alle istituzioni.

Al problema-amministrazione si giunge, da parte dei giuristi, non per un'astratta volontà di completamento dello ' Stato di diritto ', ma perché nel soggetto storico agente sul terreno amministrativo, nella burocrazia, s'individua il punto focale più autentico della costituzione dello Stato giuridico, presupponendo una sostanziale svaluta-

---

([76]) Per la rilevanza delle elaborazioni della Scuola Storica nella storia delle discipline giuspubblicistiche, rinvio al mio volume *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979.

([77]) Della quale discute anche lo stesso M. STOLLEIS, *Verwaltungslehre und Verwaltungswissenschaft*, cit., pp. 78 e ss., e pp. 88 e ss., in particolare per le vicende del diritto amministrativo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione del momento della rappresentanza politica, già avvenuta nella prima metà del secolo.

La scelta per il ' metodo giuridico ' è del tutto conseguente: la secca sconfitta dell'ipotesi steiniana ([78]), cioè lo svincolamento della trattazione dell'attività amministrativa dall'individuazione degli scopi perseguiti con l'intervento dello Stato — e dei relativi settori dell'intervento medesimo —, dimostra la volontà dei giuristi di riassorbire quella stessa attività all'interno dei confini prestabiliti dello ' Stato giuridico ', nel senso di riconfermare anche su questo delicato terreno la sua natura di ente dotato di *Selbstzweck*, che non fa dipendere la propria legittimazione dalle scelte di volta in volta compiute sul terreno delle aspettative e dei bisogni della società.

Sotto questo profilo, l'età del ' metodo giuridico ' corrisponde alla fase classica dello Stato di diritto ([79]), caratterizzata da un'amministrazione dominata dai giuristi, che, per il loro tramite, pur incrementando la sua azione sulla società, vuol mantenere fermo il proprio carattere di soggettività puramente giuridica, che è tale in quanto lontana dalla cultura politico-sociale del programma, delle riforme, dell'organizzazione.

Dalla pubblicistica d'inizio secolo, che matura le sue scelte in reazione alle ' astrattezze ' della Rivoluzione, fino al ' metodo giuridico ' degli ultimi decenni del secolo medesimo, corre dunque una linea di continuità, attorno all'idea centrale dello Stato quale persona radicata nella storia della collettività, irriducibile alla dimensione di strumento organizzativo della società, di soggettività politica continuamente ridefinita dagli accordi tra le forze politiche e sociali. L'amministrazione è determinante in questa linea, perché in essa è ravvisato il momento della stabilità e della costanza, in opposizione alla mutevolezza ed all'arbitrio della ' politica ': in altre parole, il momento ' giuridico '. In conclusione, lo Stato di diritto della seconda metà del secolo diciannovesimo rappresenta la realizzazione più piena dello Stato post-rivoluzionario, il tentativo più compiuto di ri-legittimazione del potere politico dopo la Rivoluzione, attorno al nucleo fondamentale della burocrazia e della sua essenza di ' soggetto giuridico '.

La scienza che studia tale Stato, e provvede alle forme della sua organizzazione, è la scienza giuridica, secondo i dettami del ' metodo giuridico '. Qui, e solo qui, da Gerber in poi, le ragioni del successo di

---

([78]) Sulla quale insiste anche M. STOLLEIS, *Verwaltungslehre und Verwaltungswissenschaft*, cit., pp. 91-92.

([79]) Ritengo ancora fondamentale, per la definizione della fase ' classica ' dello Stato di diritto, il contributo chiarificatore di Ernst Forsthoff, che colloca tale fase tra la fondazione del *Reich* e la prima guerra mondiale. Il tema dell'erosione storica, negli anni successivi, dei caratteri essenziali dello Stato di diritto, è al centro di tutti i saggi di Forsthoff, ora raccolti e tradotti in italiano, in E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tale metodo, che propone una « Verengung der Optik » ([80]) rispetto alla fase precedente, ma solo nel senso specifico che propone di svincolare la burocrazia dalla nascente *Leistungsverwaltung*, mantenendo in tal modo integra, proprio per mezzo di quella burocrazia, la natura globalmente giuridica del potere politico e della sua attività amministrativa ([81]).

Da qui anche la caratterizzazione in senso essenzialmente 'difensivo' del positivismo giuridico d'impronta statualista, ed in genere della teoria del *Rechtsstaat*, una caratterizzazione destinata ad accentuarsi sempre più nel corso del nuovo secolo, quanto più cresceva la dimensione dello Stato-imprenditore — ed il campo di applicazione del diritto privato agli atti della pubblica amministrazione —, quanto più si diffondeva l'intervento dello Stato sul terreno dell'economia e dei rapporti sociali ([82]).

Ma l'analisi di Stolleis prosegue oltre, affrontando in modo più diretto la problematica delle origini della scienza del diritto amministrativo come autonoma disciplina giuridica ([83]). Si tratta qui del periodo veramente decisivo 1866-1914 ([84]). Anche in questa seconda parte del suo lavoro, Stolleis prosegue nel confronto continuo, di grande utilità, tra le vicende storiche della cultura amministrativa e quelle dei modelli costituzionali. Mi sembra tuttavia che, soprattutto per ciò che riguarda il lavoro scientifico di Otto Mayer e di quei giuristi che hanno seguito i suoi insegnamenti, non tutte le premesse poste nella prima parte, in relazione alla stessa svolta post-rivoluzionaria più volte ricordata, trovino nelle conclusioni un'adeguata collocazione. In queste pagine, il taglio dell'esposizione si fa prevalentemente descrittivo, e non balzano in primo piano le *ragioni*, di ordine politico-sociale, attinenti proprio al rapporto costituzione-amministrazione, che con-

---

([80]) M. STOLLEIS, *Verwaltungslehre und Verwaltungswissenschaft*, cit., p. 94.

([81]) Come di consueto, Carl Friedrich von Gerber aveva in certo senso anticipato questa soluzione, quando, nella sua fondamentale opera del 1865, aveva fin troppo efficacemente affermato che « die Reinheit und Selbständigkeit des Staatsrechts leiden, wenn man dasselbe wissenschaftliche System für den Platz der Darstellung der Rechte der Landstände und der Bestimmungen über Vorkehrungen gegen die Rinderpest ansehen wollte ». La citazione di Gerber è opportunamente inserita nel testo di Stolleis: *Ibid.*, p. 88. In genere, sul significato storico dell'opera di Gerber, cfr. il mio *Giuristi e costituzione politica*, cit., pp. 252 e ss.

([82]) Rinvio qui ancora una volta ai contributi di Ernst Forsthoff: cfr. *supra*, nota 79.

([83]) M. STOLLEIS, *Verwaltungslehre und Verwaltungswissenschaft*, cit., pp. 92-94. L'analisi di Stolleis prosegue nell'altro contributo: M. STOLLEIS, *Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungslehre 1866-1914*, in *Die Verwaltung*, cit., al quale faremo ora riferimento.

([84]) Il 1866 è notoriamente considerato dalla storiografia un anno decisivo per le vicende politico-costituzionali tedesche, per la conclusione del conflitto costituzionale prussiano e l'apertura della fase conclusiva ed ascendente del processo di unificazione politica.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ducono all'affermazione del ' metodo giuridico ' all'interno della scienza dell'amministrazione (85).

Una delle ragioni principali di tale affermazione è appunto costituita — come sopra dicevamo — dall'incontro tra la tradizione politico-culturale maturatasi nella critica alla Rivoluzione ed il concreto assetto politico-istituzionale di fine secolo. Il ' metodo giuridico ' si afferma perché risponde all'esigenza di mantenere fermo il *Selbstzweck* dello Stato, evitando la sua *frammentazione*, e dunque la sua *negazione*, nella pluralità degli scopi sociali; e perché riferisce tale esigenza al soggetto storico dominante della burocrazia, intesa come entità giuridica contrapposta alla ' parzialità ' degli interessi sociali.

Questa burocrazia è cosa ben diversa da quella, storicamente successiva, dello Stato ' sociale-amministrativo ', del quale discutevamo all'inizio di questo contributo. Essa rappresenta il modo specificamente tedesco di opporre i due àmbiti ' Stato ' e ' società ': vuole in qualche modo sostituire in questo senso il deprecato primato rivoluzionario della legge, generale ed astratta in quanto frutto della volontà delle Assemblee rappresentative. È la burocrazia contro la quale si scaglierà polemicamente Max Weber nei suoi scritti politici degli anni della guerra, ritenendola responsabile della crisi definitiva verso cui stava volgendo il ' modello tedesco ', fondato sulla presunzione di poter isolare il ' nucleo giuridico ' dello Stato dalle lotte politiche, con il risultato ultimo di promuovere la formazione di una classe dirigente puramente amministrativa, e di non consentire ai ' capi ', maturati proprio nelle lotte politiche, di accedere ai ruoli di più alta responsabilità nella direzione dello Stato (86).

Le vicende della scienza giuridica sul terreno dell'amministrazione fanno parte di questo quadro costituzionale più complessivo: il successo del ' metodo giuridico ' è in stretta correlazione con questo progetto di *Entpolitisierung* delle stesse strutture dello Stato, avviato in Ger-

---

(85) Il filo conduttore di Stolleis è piuttosto quello dell'alternativa rappresentata dalla scienza dell'amministrazione d'ispirazione steiniana, ed in genere della lenta e contrastata affermazione dello stesso ' metodo giuridico ': M. STOLLEIS, *Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungslehre 1866-1914*, cit., pp. 55-63, per la fase d'incertezza metodologica precedente ad Otto Mayer, e pp. 69-72, in particolare per la scienza dell'amministrazione, e la sua emarginazione dopo la vittoria del ' metodo giuridico '.

(86) Mi riferisco a M. WEBER, *Parlamento e Governo nel nuovo ordinamento della Germania e altri scritti politici*, Torino, 1982, in particolare per il saggio stesso che dà il titolo all'intero volume (pp. 64-225), e per il breve scritto *L'eredità di Bismarck nella costituzione del Reich* (pp. 3-7). Ma tutta l'analisi di Weber, contenuta in questi scritti politici degli anni della guerra, era appunto diretta a contestare le ideologie propagandate dai ' professori tedeschi ' — o dai ' letterati ', com'egli diceva —, incapaci di comprendere quanto ormai fosse storicamente insostenibile un ' modello tedesco ' fondato in termini tradizionali sul primato della burocrazia. La problematica non può certo essere approfondita in questa sede.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mania all'indomani della Rivoluzione. Quel metodo consentì infatti di organizzare l'attività amministrativa dello Stato secondo punti di vista ' astratti ', collocati in una sfera del tutto diversa da quella nella quale si agitava il bisogno — tutto politico, e come tale da sfuggire — dello Stato medesimo di ri-legittimarsi nel confronto con la realtà politico-sociale del nuovo secolo.

Questo dunque è il primo significato storico della costituzione della scienza del diritto amministrativo come autonoma disciplina giuridica orientata da criteri formali: è il frutto storico di un'età nella quale era ancora possibile isolare la burocrazia quale autentico ' nucleo giuridico ' dello Stato, impermeabile nei confronti della mutevolezza degli scopi concretamente perseguiti dallo Stato medesimo nel suo intervento sui problemi della società.

Vi è poi un altro aspetto da non tacere, al precedente strettamente connesso. Costituire una scienza autonoma del diritto amministrativo significava implicitamente riconoscere l'autonomia dello stesso oggetto della riflessione scientifica, del diritto amministrativo medesimo. In realtà, superare la tradizionale trattazione dell'attività amministrativa secondo scopi e settori d'intervento dello Stato era possibile solo ammettendo che il diritto amministrativo contenesse in sè specifici princìpi e norme, diversi dai princìpi e dalle norme provenienti dai più disparati settori dell'ordinamento giuridico, e per vie diverse interessanti la stessa attività amministrativa nelle sue molteplici ramificazioni: o meglio, che tali princìpi e norme trovassero, in quanto attratti nell'orbita della pubblica amministrazione, una sintesi superiore dal punto di vista ' amministrativo ', subendo un vero e proprio processo di trasformazione in questo senso. In altre parole, il ' metodo giuridico ' pretendeva di funzionare trasformando un mero ' conglomerato ' di norme della più disparata provenienza e natura in una sintesi ordinata — il sistema — che potesse dirsi specificamente amministrativa, perché orientata da specifici princìpi giuridici pubblicistici. In sintesi, adoperare il ' metodo giuridico ' significava anche riconoscere apertamente l'esistenza di *un diritto proprio della pubblica amministrazione*, diverso da quel diritto civile che la scienza giuridica, sulla base di una lunga tradizione culturale, era abituata a considerare come il diritto per eccellenza, quasi come l'unico ' vero ' diritto possibile. Ritengo che questo sia un dato di grande rilievo. Nel senso sopra indicato, l'opzione per il ' metodo giuridico ' contiene in sè, quasi ineluttabilmente, l'affermazione di una sorta di superiorità della pubblica amministrazione, quanto meno di una sua *specificità* come soggetto giuridico, dotato di *particolari* attribuzioni.

L'applicazione del ' metodo giuridico ' allo studio della pubblica amministrazione ha dunque questa ulteriore funzione: di rilanciare, per una via che potremmo definire puramente ' scientifica ', la sovra-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nità statuale, incarnandola direttamente nell'amministrazione medesima, ed evitando così ogni altra discussione sulla distribuzione della sovranità stessa tra i poteri dello Stato. Ma questo aspetto — come sopra dicevamo — si lega inevitabilmente con l'altro della burocrazia come ' soggetto giuridico '. Lo Stato può dirsi ' giuridico ' — ' di diritto ' — perché afferma e realizza la sovranità per il tramite della superiorità-specificità della pubblica amministrazione, dunque identificandosi, come ente sovrano, nel suo proprio ' nucleo giuridico ' costituito dalla burocrazia, al di là della mutevolezza delle maggioranze, dei compromessi e degli accordi politici, della mediazione tra gli interessi, dunque di una ' sovranità ' continuamente da ri-definire. Per questo stesso motivo, la ' scoperta ' di un diritto proprio della pubblica amministrazione coincide con la ' scomparsa ' della società dagli interessi dei giuristi, con la riduzione dell'analisi del rapporto Stato-società alla sistemazione in senso ' giuridico ' del rapporto Stato-cittadino, già in sé contenente, per il tramite dell'amministrazione, la problematica della sovranità.

In conclusione, il ' metodo giuridico ' di studio dell'attività amministrativa consente, attraverso il riferimento agli istituti ed ai princìpi giuridici, non solo di mantenere la burocrazia nella sua condizione storica di tutrice della obbiettività delle istituzioni, al di là della frammentazione implicita nella pluralità degli scopi sociali, ma anche d'introdurre il principio rilevantissimo della superiorità-specificità della stessa pubblica amministrazione — che è tale perché agente sulla base di un diritto proprio e specifico, diverso dal diritto privato — senza passare attraverso una fase di esplicita ridiscussione della questione costituzionale, e collocando ogni problematica inerente al rapporto Stato-società — di effettivo dispiegamento della sovranità statuale, e dei suoi limiti — all'interno dell'ottica ristretta del rapporto giuridico Stato-cittadino. I due aspetti possono essere riunificati: si può affermare che il ' metodo giuridico ', per questa duplice via, ricerca una egittimazione giuridica del potere politico, che è tale, giuridico appunto, in quanto non dipendente dal confronto continuo con le scelte del potere medesimo sul terreno degli scopi sociali del suo intervento, e con la conseguente mutevole distribuzione della sovranità al proprio interno, e nel rapporto con le forze sociali e politiche. Con l'introduzione del ' metodo giuridico ' nella scienza dell'amministrazione, i giuristi tentano di recidere i legami dell'amministrazione, sia con la ' questione sociale ', sia con i contenuti sociali e politici della sovranità. Solo in virtù di tali operazioni, lo Stato di diritto ha potuto porsi, nella sua fase ' classica ', come Stato contemporaneamente sovrano e neutro, sovrano in quanto neutro, neutro in quanto sovrano, attorno alla figura dell'amministrazione come soggetto giuridico ' superiore '. La sovranità non riempie di contenuti politici lo Stato perché non è altro che un modo di guardare dall'alto la neutralità del potere, l'obbiet-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tività della burocrazia, la sua non dipendenza dagli accordi particolari e dai conflitti che si producono nella società.

Torniamo dunque, anche per questa via, alle problematiche costituzionali d'inizio secolo, alla critica alla Rivoluzione, alla rifondazione post-rivoluzionaria dello Stato quale soggetto dotato di *Selbstzweck*. Si conferma quindi la straordinaria rilevanza di un filone di pensiero — non più definibile nei termini tradizionali di 'liberale' o 'conservatore' — che attraversa tutto l'Ottocento (87), ed a proposito del quale si parla forse troppo sbrigativamente di significato 'liberale' della separazione Stato-società. In realtà, alle rivendicazioni di autonomia della società — con la conseguente sottolineatura del limite all'esplicazione della sovranità statuale, e degli istituti di protezione dei diritti dei cittadini — s'intrecciano continuamente quelle di autonomia dello Stato, in un senso ben trascendente il mero superamento del particolarismo pre-moderno. Ciò che si vuole affermare è piuttosto l'assoluta centralità della burocrazia, quale soggetto autonomo e neutro, la capacità dello Stato, per questo tramite, di rappresentare la collettività al di là dei suoi conflitti interni, con la conseguente svalutazione della rappresentanza politica, intesa come rappresentanza 'meccanica', che riflette pericolosamente nello Stato gli antagonismi della società: in una parola, lo Stato *giuridico* come Stato *organico*. Così, ancora una volta, le formule si scontrano puntualmente con i risultati dell'analisi storiografica: la separazione Stato-società, proprio come formula, ha percorso una certa evoluzione storica, che l'ha condotta ad essere in effetti nient'altro che un modo di porre il problema dell'assorbimento della società nello Stato medesimo. Il contenuto 'liberale' di quella separazione non può facilmente espungere da sè lo spettro dello 'Stato globale', che tenterà di affermarsi, con il fascismo ed il nazismo, proprio in Italia ed in Germania, in quei Paesi europei nei quali il liberalismo più era pronto, in virtù di quella tradizione di pensiero della quale stiamo discutendo, a sacrificare le libertà individuali e politiche, ed i diritti delle Assemblee rappresentative, alla necessità — questa volta sempre più scopertamente politica — di restaurare lo *Stato organico* quale *unica forma possibile* di Stato moderno, di Stato *giuridico*, in definitiva di *Stato*.

Nel contesto di queste note, al di là delle conclusioni da ultimo formulate, premeva comunque intanto sottolineare alcune circostanze fondamentali, che scaturisono da tutta la precedente analisi: la storia della scienza del diritto amministrativo non è nient'altro che un pezzo

---

(87) Ed oltre. La centralità della burocrazia, come essenza 'giuridica' dello Stato, opposta alla 'parzialità' degli interessi sociali e politici, si ritrova nell'opposizione di larga parte della cultura giuridica pubblicistica tedesca della Repubblica di Weimar: M. STOLLEIS, *Staatsrechtslehre zwischen Monarchie und Führerstaat*, in *Wissenschaft und Nationalsozialismus*, Berlin, 1983, pp. 12 e ss., spec. pp. 25-26, per la tradizione di pensiero che stiamo analizzando.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della storia delle teorie costituzionali ed amministrative europee; per studiare le vicende della teoria giuridica pubblicistica di fine secolo diciannovesimo è necessario ricollegarsi con vasti movimenti di pensiero che hanno interessato quanto meno tutto il secolo scorso; ed infine — vorrei dire soprattutto — non vi può essere alcuna storia dei 'modelli' costituzionali ed amministrativi che non faccia i conti con la storia dei giuristi, della loro cultura, delle loro soluzioni tecniche e delle loro ideologie.

La discussione sui modelli costituzionali, ed in particolare sulla scelta per una marcata autonomia della scienza del diritto amministrativo all'interno di un più vasto disegno di conservazione dello Stato di diritto quale Stato dotato di *Selbstzweck*, non ha interesse solo per la ricerca storiografica specialistica.

Anche i giuristi di diritto pubblico ripropongono oggi in Germania in modo problematico questo nesso tra concezione tradizionale dello Stato di diritto ed applicazione del 'metodo giuridico' nello studio della pubblica amministrazione. Mi riferisco qui principalmente al volume di Wolfgang Meyer-Hesemann, dedicato al *Methodenuwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft* (88), alla necessità di una profonda rifondazione, da parte dei giuristi, dei criteri di analisi della struttura e delle attività del potere pubblico-amministrativo.

Delle possibili carenze di questa dissertazione — promessa da Norbert Achterberg — sul piano più specificamente storiografico, altri hanno già detto (89): ed in effetti l'autore si limita spesso a sintetizzare le ricerche già esistenti, sia per ciò che riguarda la fase iniziale della scienza del diritto amministrativo — fino ad Otto Mayer (90) —, sia per ciò che interessa tutto il periodo successivo, relativo alla consolidazione del 'metodo giuridico' — con le rilevanti figure di Fritz Fleiner e Walter Jellinek (91) —, e poi alle crescenti critiche alla tradizione scientifica, attraverso Forsthoff, fino alle proposte dei giuristi contemporanei (92).

Il lavoro di Meyer-Hesemann è tuttavia importante, non tanto per i contributi specifici che offre alla storia della scienza, quanto perché mostra chiaramente a quali conclusioni possa giungere oggi uno studioso di diritto pubblico quando si renda consapevole delle principali linee di sviluppo di quella tradizione scientifica che è stata denominata

---

(88) Heidelberg und Karlsruhe, 1981 (Münsterer Beiträge zum öffentlichen Recht, Bd. 2).

(89) Essenzialmente E. V. HEYEN, segnalazione, in *Der Staat*, 21 (1982), p. 320; e, dello stesso autore, *Deutschland*, in *Geschichte*, cit., p. 35.

(90) W. MEYER - HESEMANN, *Methodenwandel*, cit., capitoli primo e secondo, rispettivamente pp. 5-14 e pp. 15-51.

(91) *Ibid.*, capitolo terzo, pp. 53-80.

(92) *Ibid.*, capitoli quarto e quinto, rispettivamente pp. 81-120 e pp. 121-171.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

'metodo giuridico', da Otto Mayer in poi, e che in qualche modo si ripropone ai nostri giuristi come la loro tradizione, con la quale comunque si deve fare i conti nell'affrontare i problemi del presente.

Queste, in sintesi, le convinzioni che Meyer-Hesemann acquisisce sintetizzando e riproblematizzando i risultati della ricerca storiografica. In primo luogo, il 'metodo giuridico' non è mai stato storicamente immobile, nel senso che già in Mayer esso costituiva una scelta articolata e di difficile definizione (93), per poi in seguito evolversi ancora, tentando una serie di 'aperture' verso la nascente realtà dello 'Stato sociale' (94); secondariamente, il periodo del nazismo segna solo in parte un momento di stagnazione della riflessione scientifica, o di pura e semplice cancellazione delle certezze giuridiche: in realtà, soprattutto nel corso degli anni Trenta, ed a partire dalla riflessione di Forsthoff sull'amministrazione come *Leistungsträger*, inizia un confronto problematico tra le formule 'classiche' dello Stato di diritto ed i nuovi contenuti dello Stato sociale (95); infine, tutto il dibattito della cultura giuridica amministrativa, anche contemporanea, è segnato da questo contrasto — come vedremo, presente nello stesso Mayer — tra principio di legalità e bisogno di efficienza, rispettivamente tra la necessità di rendere calcolabile l'azione amministrativa, e l'obbiettivo bisogno di renderla più duttile, più direttamente funzionale agli scopi via via perseguiti dallo Stato nel suo tentativo d'influire sugli equilibri della società.

Meyer-Hesemann pone quindi complessivamente il problema della relativizzazione e della storicizzazione del 'metodo giuridico'. Di esso deve rimanere fermo un solo aspetto, anche per i giuristi contemporanei: quello della 'calcolabilità' dell'azione amministrativa, da intendersi come riconducibilità di quella medesima azione alle 'forme costanti' delle quali Otto Mayer già parlava (96). Ciò che oggi non è più sostenibile è il passaggio ulteriore: l'individuazione di quelle 'forme costanti' come espressioni, a loro volta, di una sintesi politico-istituzionale, denominata Stato, che pretenda di porsi al di là di ogni concreto bisogno di legittimazione in senso specifico, da soddisfare anche attraverso la stessa azione amministrativa in quanto orientata secondo una pluralità di scopi sociali. I giuristi non devono dunque abbandonare la via maestra della 'tecnica', e del linguaggio tecnico — ed in questo senso non è riproponibile un ritorno al metodo *staatswissenschaftli-*

---

(93) Torneremo in seguito su questo punto specifico.

(94) È il contenuto del capitolo terzo: *Ibid.*, pp. 53 e ss. Non è qui possibile un'analisi puntuale in questa direzione. In sede di conclusioni generali, partendo dalla valutazione specifica dell'opera di Otto Mayer, tenteremo comunque di mettere in rilievo soprattutto i limiti dell'approccio giuridico alla nuova realtà storica dello Stato sociale.

(95) *Ibid.*, pp. 82 e s., specificamente su Ernst Forsthoff.

(96) *Ibid.*, pp. 139 e 159.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che (97) —, ma solo cancellare definitivamente la presunzione di poter costruire, con le proprie elaborazioni, *il* sistema di diritto pubblico, *la* teoria giuridica dello Stato.

La relativizzazione del 'metodo giuridico' cammina dunque di pari passo con la progressiva erosione del *Selbstzweck* statuale, con il riconoscimento di un mutato rapporto Stato-società, conseguente alla costruzione nel tempo degli istituti dello Stato sociale (98). Ed è proprio per questo un'operazione di grande portata e difficoltà: perché mettere in discussione il significato politico-costituzionale del 'metodo giuridico' significa anche — per ragioni che abbiamo cercato d'indicare — mettere a nudo definitivamente la profondità storica della crisi della persona giuridica statuale, quale sede prescelta delle certezze collettive.

È poi per noi estremamente significativo il fatto che in questo àmbito acquisti grande rilievo per Meyer-Hesemann la figura e l'opera di Ernst Forsthoff, del giurista che notoriamente, negli anni Cinquanta di questo secolo, dopo la promulgazione della nuova Costituzione, assunse il ruolo di strenuo difensore delle formule 'classiche' dello Stato di diritto, contro l'incertezza a suo giudizio derivante dai processi di costituzionalizzazione, di politicizzazione, ed anche di tecnicizzazione e di socializzazione, del diritto amministrativo contemporaneo (99). Dal volume di Meyer-Hesemann risulta con grande chiarezza come le posizioni assunte da Forsthoff negli anni Cinquanta fossero fondate sulla consapevolezza, da lui medesimo assunta nel corso degli anni Trenta, del *dualismo conflittuale* insito nel sistema di diritto amministrativo (100), un dualismo mai globalmente conciliabile, tra un'amministrazione intenta a salvare a tutti i costi il principio di legalità, ed un'altra amministrazione 'invasa' dagli interessi sociali organizzati, e, per altro verso, protesa verso la riforma degli equilibri sociali esistenti.

Già dunque nella prima metà del secolo si mostra con sempre maggiore evidenza l'impossibilità di *un* sistema di diritto amministrativo, la natura fortemente *compromissoria* — ed il compromesso non si tiene in piedi forse scegliendo di volta in volta, ed in modo puntuale, tra determinati interessi e valori? — del diritto amministrativo contemporaneo.

---

(97) *Ibid.*, pp. 161-162, dove si osserva giustamente come una dottrina dell'azione amministrativa fondata sugli 'scopi' possa essere altrettanto 'astratta' e distante dalle esigenze della prassi di quanto non lo sia una dottrina delle forme dell'azione amministrativa medesima.

(98) Si tratta di una dimensione storica continuamente messa in rilievo da Meyer-Hesemann: *Ibid.*, pp. 47 ss.

(99) Mi riferisco alle prese di posizione assunte nei saggi ora raccolti in E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione*, cit.

(100) W. MEYER - HESEMANN, *Methodenwandel*, cit., pp. 82-90 e p. 136. Il riferimento di obbligo è naturalmente al saggio di E. FORSTHOFF, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, Stuttgart und Berlin, 1938.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Da qui, da queste consapevolezze storicamente acquisite, la proposta conclusiva di Meyer-Hesemann, che giunge alla fine di una rapida rassegna del dibattito dottrinale contemporaneo (101). Tutte le forme, i princìpi, e gli istituti giuridici, sono per il nostro giurista da riproblematizzare con riferimento ai singoli settori nei quali si sviluppa l'azione amministrativa dello Stato: la nuova dogmatica del diritto amministrativo non può essere altro che « sektorale, problemorientierte Dogmatik » (102). Questo mutamento di prospettiva, che Meyer-Hesemann riassume sotto l'etichetta di « funktionales Umdenken » (103), non vuole dunque affatto significare la rinunzia al calcolo, al ' metodo giuridico ' inteso come tentativo di rendere prevedibile l'azione dei pubblici poteri, ma vuole indicare invece la necessità di non riferire più tale esigenza fondamentale al mito storico della persona giuridica statuale come sintesi unica di tutta la dinamica pubblicistica: riconosce l'avvenuta pragmatizzazione del diritto amministrativo, la sua natura di ' compromesso istituzionale ' tra molteplici interessi e valori (104), il bisogno di recuperare certezza e stabilità *all'interno* delle singole logiche di *settore*, e vuole indicare soprattutto il definitivo abbandono della ricerca di un ordine *immanente* nella globalità del diritto amministrativo, attribuendo alle ' creazioni ' della scienza giuridica un valore più decisamente strumentale e classificatorio (105).

Ciò che in ultima analisi si propone è il discioglimento della teoria giuridica dello Stato — vista dall'angolatura specifica dell'applicazione del ' metodo giuridico ' allo studio della pubblica amministrazione — nella crisi dello Stato medesimo. Ancora una volta, viene in primo piano l'inseparabilità della storia della cultura giuridica pubblicistica dalla storia costituzionale ed amministrativa: l'abbandono della filosofia ispiratrice il ' metodo giuridico ' presuppone l'eclissi della persona giuridica statuale, il riconoscimento pieno dell'impossibilità di ritrovare in *un solo punto* il centro propulsore, ed il momento terminale, di tutta la dinamica collettiva.

Infine, non è possibile concludere queste nostre considerazioni senza un accenno alla figura storicamente dominante di Otto Mayer, sulla quale torna oggi ad appuntarsi con insistenza l'interesse degli studiosi (106). Per questa rassegna di studi, abbiamo prescelto il saggio di Alfons Hueber, dedicato proprio all'aspetto specifico dell'opera di Mayer, al quale più spesso abbiamo fatto riferimento nelle pagine pre-

(101) W. MEYER - HESEMANN, *Methodenwandel*, cit., pp. 140 e ss.
(102) *Ibid.*, p. 167.
(103) *Ibid.*, p. 159.
(104) Il metodo proposto consente infatti « Sachnähe, ohne eine Kapitulation der normativen rechtsstaatlichen Garantien vor den Eigengesetzlichkeiten der Sachbereiche » (*Ibid.*, p. 170).
(105) È la conclusione del saggio: *Ibid.*, pp. 170-171.
(106) Cfr. *supra*, nota 62.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cedenti, al significato dell'introduzione del ' metodo giuridico ' nello studio della pubblica amministrazione (107).

Diciamo subito che Hueber riesce a cogliere, con notevole precisione e lucidità, tutti gli aspetti decisivi del pensiero di Otto Mayer: in primo luogo, la distanza che separa il nostro giurista dalle elaborazioni di Laband e della sua scuola (108); ma poi anche, e soprattutto, il problema determinante, sollevato proprio da Mayer, delle *idee-guida*, di quei concetti generalissimi, di contenuto storico-politico, che ispirano il lavoro del giurista (109).

Dalle idee-guida, che sono per Mayer storicamente determinate, espressione di un determinato periodo storico, derivano gli stessi istituti giuridici, veri e propri metri di giudizio del diritto positivo, in quanto portatori della carica organizzatrice e trasformatrice delle idee-guida (110). Da tali idee deriva inoltre, più complessivamente, tutta l'impostazione del lavoro scientifico di Otto Mayer, che muove proprio dalla principale tra esse, dall'idea ' moderna ' di Stato. A tale problematica è dedicata non a caso tutta la parte centrale del lavoro di Hueber, forse la più interessante (111).

Per Otto Mayer, lo Stato, che i giuristi sono chiamati a spiegare ed organizzare, è prima di tutto ' Stato moderno ', nel senso di soggetto politico dotato di *sovranità*, caratterizzato da una capacità di azione e normazione tendenzialmente illimitata, comunque da un « rechtlicher Mehrwert » nei confronti degli altri soggetti coinvolti nella dina-

---

(107) A. HUEBER, *Otto Mayer. Die ' juristische Methode ' im Verwaltungsrecht*, Berlin, 1982. Il volume contiene un'accurata *Otto-Mayer-Bibliographie*, pp. 165 e ss., che si estende, non solo agli inediti ed ai carteggi (pp. 196-197), ma anche alla puntuale indicazione delle recensioni di Otto Mayer (pp. 173-186), e delle recensioni alle opere dello stesso Mayer (pp. 186-194): ciò che costituisce, com'è ben intuibile, un formidabile strumento di analisi del dibattito suscitato in Germania dalle proposte metodologiche del nostro giurista.

(108) *Ibid.*, pp. 18 e ss. Il tema è ripreso in altri punti del volume: cfr., per tutti, pp. 155 e ss., dove si discute del ' sistema aperto ' di Otto Mayer, e delle relative differenze con il più rigoroso concettualismo.

(109) *Ibid.*, pp. 24 e ss., dove si discute delle ' idee ' in genere come criterio di analisi del diritto; e pp. 151 e ss., nel quarto ed ultimo capitolo, nel quale i problemi metodologici vengono ripresi per giungere ad alcune valutazioni sintetiche conclusive. Può essere trascurato in questa sede il terzo capitolo (pp. 126-150), che contiene una breve descrizione dei mutamenti intervenuti nella dottrina amministrativistica tedesca, da Friedrich Franz von Mayer fino allo stesso Otto Mayer.

(110) *Ibid.*, pp. 45 e ss., per la funzione costruttiva delle idee in rapporto agli istituti giuridici. Esemplare in questo senso la vicenda della proprietà pubblica, che Mayer collegò sempre, come istituto di diritto pubblico, all'idea-guida dello ' Stato di diritto ' ed al relativo pieno superamento delle idee dominanti il diritto dello Stato di polizia: sul punto specifico, cfr. il mio saggio *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, cit., pp. 634 e ss.

(111) A. HUEBER, *Otto Mayer*, cit., pp. 48 e ss.: è il secondo capitolo del volume.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mica pubblicistica, ed in primo luogo nei confronti degli stessi cittadini-sudditi (112).

Da qui deriva per Mayer una convinzione fondamentale, che domina tutta la sua opera: la sostanziale irriducibilità del diritto pubblico-amministrativo alle formule privatistiche, una *specificità* in senso forte dello stesso diritto pubblico che la scienza giuridica deve ancora compiutamente scoprire. Il primo obbiettivo polemico di Mayer non è dunque, come vorrebbe un radicato luogo comune, il metodo *staatswissenschaftliche* di Stein — con il quale comunque il dissenso critico fu costante —, ma la cultura giuridica tedesca *pancivilistica* ereditata dallo Stato di polizia, abituata ad isolare il puro comando del Sovrano dagli atti dello Stato-*Fiskus*, ai quali correntemente applicare il diritto privato. Mayer propone prima di tutto, a partire dalla figura fondamentale del ' contratto di diritto pubblico ', un grande progetto di pubblicizzazione, di crescente qualificazione in senso pubblicistico degli atti posti in essere dalla pubblica amministrazione, anche se di prevalente contenuto patrimoniale (113).

Si può allora affermare che la proposta d'introduzione del ' metodo giuridico ' nello studio del diritto amministrativo — inteso come metodo autenticamente ' pubblicistico ' — è in Mayer logicamente anteriore alla valorizzazione, nei suoi medesimi schemi di analisi, dell'idea denominata ' Stato di diritto '. Il ' metodo giuridico ' nel diritto amministrativo, tentando — in ciò esso consiste in sintesi — di riallacciare tutta la ' materia amministrativa ' ad alcuni princìpi ed istituti giuridici propri del diritto amministrativo medesimo, e diversi da quelli del diritto privato, propone in primo luogo l'emancipazione del diritto pubblico-amministrativo dal dominio storico pancivilistico, il diritto

---

(112) Di Otto Mayer si può qui ricordare, a questo proposito, il fondamentale saggio *Justiz und Verwaltung*, Rede zum Antritt des Rectorats der Kaiser-Wilhelms-Universität Strassburg gehalten am I. Mai 1902, pubbl. in Strassburg, 1902, ora in O. MAYER, *Kleine Schriften zum öffentlichen Recht*, cit., vol. I, pp. 62 e ss., solo per osservare che il noto costante legame del nostro giurista con la cultura giuridica francese si muove anche su questo sfondo complessivo dell'idea ' moderna ' di Stato. Mayer non guarda infatti alla Francia solo in chiave di ' Stato di diritto ' in senso stretto, di principio di legalità, di separazione dei poteri, di riserva di legge in materia di proprietà e di diritti fondamentali, ma anche nel senso più profondo di uno sviluppo secolare della *Verwaltung* in opposizione alle resistenze particolaristiche, di una cultura della *Verwaltung* che da ultimo aveva trovato compiuta espressione proprio nel diritto amministrativo inteso come diritto pienamente autonomo rispetto al diritto civile. Ciò che Mayer lamenta è proprio l'assenza di una tale cultura della *Verwaltung* in Germania. Per i legami di Mayer con la cultura politico-giuridica francese, cfr. A. HUEBER, *Otto Mayer*, cit., pp. 31 e ss., e pp. 77-83.

(113) A. HUEBER, *Otto Mayer*, cit., pp. 53 e ss.; nella stessa direzione, M. FIORAVANTI, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, cit., pp. 610 e ss. È fondamentale in questo contesto la recensione di Paul Laband alla *Theorie des französischen Verwaltungsrechts* dello stesso Mayer (Strassburg, 1886), in *Archiv für öffentliches Recht*, II (1887), pp. 149 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

amministrativo come espressione della sovranità dello Stato moderno. La sovranità è infatti per Mayer il ' punto unico ' dal quale deve muovere la costruzione del sistema di diritto amministrativo secondo i canoni del ' metodo giuridico ': si vuole in tal modo scoprire, non solo le forme, ma anche i contenuti specifici del diritto pubblico-amministrativo (114).

In sintesi, dunque, il ' metodo giuridico ' nel diritto amministrativo non è altro che una tecnica specifica d'individuazione, e di emancipazione, del momento della sovranità statuale, contro quella tradizione — per alcuni specificamente tedesca — di *Justizstaat*, che Mayer vedeva storicamente rivolta indietro, all'età dello Stato di polizia, e del *Fiskus* come entità giuridica separata dalla ' persona politica ' dello Stato. Ed è a questo punto che nella teoria di Mayer s'innesta il ' modello francese '. Questo funziona in un duplice senso: non solo al fine di affermare il primato del legislatore (115), ma anche — forse soprattutto — per richiamare lo sviluppo di un diritto pubblico-amministrativo, di un potere amministrativo capace di autolegittimarsi sul piano storico e giuridico. Tutta l'opera di Mayer è perciò percorsa — ed in particolare il suo *Deutsches Verwaltungsrecht* — da questa tensione interna, che ruota comunque attorno al ruolo centrale della *Verwaltung*: da una parte, il bisogno di ricondurre l'attività amministrativa a ' forme costanti ', l'esigenza del vincolo e del limite, della prevedibilità e calcolabilità dell'azione dei pubblici poteri — ciò che rientra nell'idea-guida dello ' Stato di diritto ' (116) —, dall'altra, il bisogno di emancipare il diritto della pubblica amministrazione dal dominio delle categorie privatistiche nelle quali si esprimeva storicamente il momento del ' limite ' — l'idea ' moderna ' di Stato, appunto —, di costruire un sistema di *nuovi* concetti giuridici, una teoria dell'atto amministrativo, un *Sachenrecht* pubblicistico, una giurisdizione amministrativa autonoma, un diritto comune degli enti pubblici, un *Polizeirecht*

---

(114) A. HUEBER, *Otto Mayer*, cit., p. 61, dove l'autore assai opportunamente inserisce, a proposito della ricerca dei *contenuti* specifici del diritto pubblico-amministrativo, il richiamo alla figura dell'*equità*, continuamente adoperata da Otto Mayer. La *Billigkeitsidee*, o il *Billigkeitsausgleich*, come criterio informatore di un'attività ' giusta ' dello Stato, diretta a ripartire in modo ' equo ' i sacrifici tra i cittadini-sudditi, non è infatti comprensibile secondo gli schemi civilistici del ' contratto ', del ' rapporto giuridico ', del ' diritto soggettivo '.

(115) Con i limiti che vedremo. La stessa idea del primato del legislatore richiama comunqie, già in sé, sia lo ' Stato di diritto ', nel senso della riserva di legge in materia di proprietà e di diritti fondamentali, e del principio di legalità, sia l'idea ' moderna ' di Stato, come concentrazione di sovranità nello Stato medesimo. Da questo secondo punto di vista, afferma giustamente Hueber: « Mit der rechtlichen Omnipotenz des Gesetzgebers rettet Otto Mayer auf dieser Ebene die reine Verwirklichung der modernen Staatsidee in die Epoche des Verfassungstaates hinüber » (*Ibid.*, p. 86; e, più in generale, pp. 84 e ss., sul ruolo del legislatore).

(116) *Ibid.*, pp. 64-83.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ispirato da criteri pubblicistici, una teoria infine dei rapporti di ' supremazia speciale ' intesi come ' zone ' nelle quali si sviluppa in modo più immediato e libero l'azione della pubblica amministrazione ([117]).

Hueber riassume felicemente questa tensione interna all'opera di Mayer come « Kompromiss »: alla base di tutto il diritto amministrativo moderno sta appunto questo ' compromesso ' fondamentale tra l'idea di ' Stato di diritto ' e l'idea ' moderna ' di Stato sovrano ([118]). Qui sta certamente l'originalità che distanzia notevolmente l'opera del nostro giurista da quella dei contemporanei che rivolgono il loro interesse prevalente allo *Staatsrecht* o alla *Allgemeine Staatslehre.* Non vi è stata storicamente alcuna ' scoperta ' di una presunta natura ' giuridica ' del potere politico ([119]); vi è invece l'esigenza concreta — è questo in sintesi il passaggio dal primato della ' dottrina dello Stato ' a quello della scienza del diritto amministrativo — di rendere sempre più certa e calcolabile l'azione dei pubblici poteri, senza però pretendere di elidere in modo secco l'altro polo della dialettica istituzionale, quello della decisionalità politico-amministrativa. Con una conseguenza fondamentale: per Mayer, il sistema di diritto amministrativo non si irrigidisce mai in un ordine astratto di competenze formalmente definite, e rimane invece sempre vivo in lui il collegamento di tutto il

---

([117]) A proposito di quest'ultimo aspetto, Hueber parla esplicitamente di « ein Sieg der Staatsidee über die Rechtsstaatsidee im System Otto Mayers » (*Ibid.*, p. 92). Una lettura complessiva del *Deutsches Verwaltungsrecht* di Otto Mayer (Leipzig, 1895-96), anche sotto il profilo della ' tensione interna ' della quale si discute nel testo, si trova in M. FIORAVANTI, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, cit., pp. 619 e ss.

([118]) A. HUEBER, *Otto Mayer*, cit., pp. 83 e ss. Del ' compromesso ' di valori — ed anche di interessi — insito nel diritto amministrativo contemporaneo, abbiamo già discusso *supra*, ricordando i contenuti fondamentali dell'opera di Ernst Fortshoff a partire dagli anni Trenta. Non è certo qui possibile analizzare il grado di derivazione di quell'opera dalla tradizione rappresentata da Mayer. Si può solo rinviare alle pagine conclusive di questo contributo, nelle quali tenteremo di spiegare come quel ' compromesso ' — che in Forsthoff era solo parzialmente possibile, e comunque solo tenendo costantemente presenti i due poli distinti, tra loro istituzionalmente in conflitto, dell'amministrazione ' giuridica ' e dell'amministrazione dei servizi — si risolva ancora in Otto Mayer nell'unità organica della dogmatica pubblicistica. Il fatto è che il conflitto tra le ' idee ', caratteristico dell'opera di Mayer, era già più nettamente divenuto in Forsthoff conflitto tra complessi di norme e tra istituti giuridici: discutere della ' conciliabilità ' delle ' idee ' era cosa diversa dal discutere la concreta conflittualità della tradizionale costituzione dello Stato di diritto con i nuovi istituti dello Stato sociale.

([119]) Da qui la nota opposizione di Otto Mayer nei confronti del dogma della personalità giuridica dello Stato: A. HUEBER, *Otto Mayer*, cit., pp. 119 e ss. A questo aspetto dell'opera del nostro giurista ho dedicato la parte conclusiva del mio saggio *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, cit., pp. 645 e ss., cercando di mostrare la stretta connessione di tale problematica dello Stato-persona giuridica con l'ispirazione fondamentale di tutta l'opera di Mayer, in essa ovviamente comprendendo le scelte compiute sul terreno privilegiato del diritto amministrativo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

meccanismo con il momento della sovranità, il senso politico dell'agire amministrativo, in funzione di una società carica di aspettative, di bisogni, di conflitti (120).

Si può su questo piano concordare con le conclusioni di Hueber, che indicano in Otto Mayer un giurista 'riformatore' (121), creatore di un 'sistema aperto' storicamente ispirato a determinati valori, orientato secondo il complesso rapporto, anch'esso storico, tra 'Stato moderno' e 'Stato di diritto' (122). In sintesi, il sistema del giurista tedesco risulta storicamente determinato, perché relativo al momento storico nel quale la formula 'Stato di diritto' giunge all'impatto con l'amministrazione, tenta di sovrapporsi all'idea 'moderna' di Stato quale soggetto dotato di sovranità. Di tale impatto, Mayer cercò di cogliere entrambi gli aspetti fondamentali: quello dei crescenti limiti all'azione della pubblica amministrazione, ma anche quello del necessario adattamento del dato giuridico alla realtà politico-amministrativa, così diversa dai rapporti intersoggettivi privatistici. Egli vuole uno Stato di diritto, ma non uno *Justizstaat*. Lotta in egual misura contro l'arbitrio della decisione, e contro la permanenza, ereditata dallo Stato di polizia, delle ideologie giuridiche pancivilistiche. E sullo sfondo — sempre storicamente determinato — riesce ad intravedere la nascita dello Stato sociale, e dello Stato-imprenditore, a legare il bisogno di pubblicizzazione dei rapporti posti in essere dallo Stato con la sua espansione nella società, nel passaggio dalla mera azione d'ingerenza nelle sfere individuali a quella di organizzazione della società medesima (123).

---

(120) A tutto ciò non mi sembra estraneo l'influsso hegeliano, che risulta evidente nel mantenimento del concetto di *Gesellschaft* all'interno della dogmatica giuridica: cfr. M. FIORAVANTI, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, cit., pp. 630-632. Questo aspetto non è messo in rilievo da Hueber nelle sue brevi considerazioni relative al rapporto Hegel-Mayer: A. HUEBER, *Otto Mayer*, cit., pp. 160-163.

(121) L'aggettivazione giurista 'riformatore' è nostra, e non di Hueber. Ci sembra tuttavia che essa riassuma in modo sufficientemente puntuale l'immagine di Otto Mayer che balza fuori dalla ricerca di Hueber: l'immagine di un giurista che legò sempre saldamente i contenuti tecnici del proprio lavoro ad alcune idee ispiratrici, relative a determinati modi di concepire l'evoluzione storica del potere politico in età moderna. 'Riformatore' poi nel senso più specifico che il nostro giurista scrisse, quasi per tutta la vita, tenendo continuamente presente l'obbiettivo polemico della tradizione pancivilistica, a suo giudizio legata all'età dello Stato di polizia ed ancora da superare definitivamente in Germania.

(122) A. HUEBER, *Otto Mayer*, cit., pp. 151 e ss.

(123) *Ibid.*, pp. 96 e ss., e pp. 110 e ss., anche a proposito dello 'statualismo' di Otto Mayer. Sulla presenza dello schema di riferimento dello 'Stato sociale' in Otto Mayer, torneremo in sede di conclusioni. Si può per ora osservare che quello 'Stato sociale' rappresenta per Mayer — e così sarà in prevalenza anche per i giuristi di diritto pubblico a lui successivi — un momento di espansione dello 'Stato di diritto sovrano', la possibilità di concepire lo Stato di diritto in senso 'moderno', conciliando cioè l'idea stessa di 'Stato di diritto' con l'altra idea fondamentale, con l'idea 'moderna' di Stato. Ma, come chiariremo poco più

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Lo stesso atto amministrativo autonomo, nel senso di atto giuridico che trova in sé medesimo la propria legittimazione ed i criteri stessi di definizione della propria ' giuridicità ', indipendentemente dal richiamo stretto e costante al principio di legalità — a sua volta inteso come primato della legge e del potere legislativo —, può essere interpretato come atto che esplica la sua efficacia « im Differenzbereich zwischen Eingriff und Einwirkung » ([124]), al di là cioè della mera ingerenza nelle sfere individuali, ed in un territorio più ampio, sempre più vicino al nuovo campo della *Einwirkung*, della concreta influenza dei pubblici poteri nell'organizzazione degli equilibri sociali.

Ecco dunque, come sopra dicevamo, il giurista ' riformatore ', che vive un momento storico, alla fine del secolo scorso, di particolare intensità. Se l'effetto immediato del ' metodo giuridico ' è quello della creazione di una dogmatica giuridica specificamente pubblicistica, noi sappiamo però ora che in ciò si esprime l'esigenza, profondamente sentita da Mayer, di un radicale superamento della vecchia ideologia pancivilistica dello Stato di polizia, di una pubblica amministrazione ' calcolabile ' nelle sue azioni sulla base del principio di legalità, e con l'ausilio della scienza, ma anche capace di autolegittimarsi con la scoperta, ancora per il tramite della scienza, di un diritto proprio, in un momento nel quale sta mutando, con la nascita dello Stato sociale, il rapporto stesso Stato-società.

Come tutti i ' riformatori ', Mayer si è occupato in prevalenza di *teoria*. Tutto il suo sistema muove più dalle idee agli istituti, che non dagli istituti al diritto positivo. In realtà, quel sistema è nient'altro che una teoria dei complessi rapporti storici Stato di polizia-Stato di diritto, Stato moderno-Stato di diritto, ed, in parte, Stato di diritto-Stato sociale. La dogmatica di Mayer vive in realtà molto poco nel diritto positivo del suo presente, e molto invece nella lotta contro le

---

avanti, lo ' Stato sociale ' ha anche storicamente una seconda faccia, destinata anzi a divenire progressivamente la più rilevante, quella della penetrazione degli interessi sociali organizzati all'interno dell'amministrazione. In questo secondo senso, lo ' Stato sociale ' non è più così facilmente conciliabile con lo ' Stato di diritto ', non serve più semplicemente a rendere più ' moderno ' *quel medesimo Stato*. Ed anzi, in questa prospettiva, lo ' Stato di diritto ' tornerà storicamente a mostrare, in tutta la sua virulenza, la vecchia anima post-rivoluzionaria dello ' Stato giuridico-organico ' opposto alla ' parzialità ' degli interessi e dei bisogni sociali. In conclusione, proprio l'opera di Mayer mostra come ' Stato di diritto ' e ' Stato sociale ' siano conciliabili, storicamente e teoricamente, solo se la ' conciliazione ' si risolve in un perfezionamento del primo termine del rapporto per mezzo del secondo: solo cioè se lo ' Stato sociale ' appare, visto dall'alto, esclusivamente come espansione del momento giuridico pubblicistico; tutto cambia, al di là delle intuizioni di Mayer, se lo ' Stato sociale ' appare, visto dal basso, come processo storico di ' socializzazione ' — e di ' ri-privatizzazione ' — della pubblica amministrazione: allora lo ' Stato di diritto ' è ben pronto a svestire i panni della duttile tecnica di ' calcolo ', e torna a mostrare la propria componente ideologica, la faccia dello ' Stato organico '.

([124]) A. HUEBER, *Otto Mayer*, cit., p. 101.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

idee dominanti il diritto del passato, ancora a suo giudizio persistenti, o nella ricerca delle idee destinate ad ispirare il diritto del futuro.

Il vero e proprio confronto con il diritto positivo è iniziato *dopo Mayer*, sulla base del programma di riforma da lui fissato. Ed è qui che si pone il grande interrogativo con il quale si conclude il volume di Hueber: come il sistema di Otto Mayer, concepito dal suo creatore come entità storicamente determinata, collegata ad un momento storico di transizione, abbia finito per irrigidirsi, per porsi come frutto di una logica sottratta al tempo storico medesimo ([125]). Si può qui, in conclusione, solo avanzare un'ipotesi, che comunque il lettore attento troverà in sintonia con quanto abbiamo esposto nelle pagine precedenti a proposito, più in generale, della funzione politico-costituzionale del ' metodo giuridico ' nello studio del diritto amministrativo.

Anch'io credo ad una sostanziale vena ' realistica ' del pensiero di Otto Mayer, che consente a questo giurista di scoprire le tensioni interne al diritto amministrativo contemporaneo — il ' compromesso ' del quale parla Hueber —, le insufficienze dei tradizionali strumenti privatistici e costituzionalistici nei confronti delle complesse dinamiche scaturenti dall'incontro-scontro, sul piano storico, tra regola di diritto e decisionalità politico-amministrativa, infine di spingere la sua analisi anche in direzione della nuova realtà dello Stato sociale. Basta pensare, a questo proposito, alle polemiche di Otto Mayer con i ' professori tedeschi ' e con il dogma — ' formalistico-privatistico ' — della personalità giuridica dello Stato posto al centro delle loro elaborazioni ([126]).

E tuttavia, non si può dimenticare un altro ed ulteriore aspetto dell'opera di Mayer. Il ' compromesso ', al quale più volte abbiamo fatto riferimento, tende anche nel nostro giurista a risolversi in *una soluzione globale*, che è quella della *nuova dogmatica pubblicistica*. Nella costruzione degli istituti di diritto pubblico-amministrativo si soddisfa contemporaneamente il bisogno di ' calcolabilità ' dell'azione amministrativa e l'esigenza di emancipazione della sovranità statuale dal dominio delle forme privatistiche: si realizza nello stesso tempo, con le medesime modalità, rispettivamente, l'idea di ' Stato di diritto ', e l'idea ' moderna ' di Stato. Dunque, per il tramite della dogmatica pubblicistica, il ' compromesso ' può secondo Mayer essere superato in direzione di una *nuova unità organica* del diritto amministrativo, evitando lo stabilizzarsi all'interno del sistema di un vero e proprio *dualismo conflittuale permanente*.

Il sistema di Mayer si presentò quindi ai contemporanei — al di là delle sue articolate motivazioni storico-politiche — in modo compatto

---

([125]) Hueber conclude infatti parlando di « Entzeitlichung der Verwaltungsrechtslehre Otto Mayers »: *Ibid.*, p. 164.

([126]) In questa direzione ho concluso il mio saggio *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, cit., pp. 654 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e monolitico, ispirato ad una ferrea logica di pubblicizzazione, di crescente e sempre più rigida qualificazione in senso pubblicistico dei rapporti posti in essere dalla pubblica amministrazione: sulla scìa di Mayer, la nuova dogmatica di diritto pubblico-amministrativo pretendeva di soddisfare in sé *tutte* le idee-guida 'moderne', quella dello Stato sovrano, come anche quella dello Stato di diritto. I contemporanei lessero dunque in questa direzione l'opera di Mayer, di essa cogliendo, quasi fatalmente, solo la 'coda', l'aspetto conclusivo e sintetico della compattezza dogmatica. E quella opera circolò in effetti come rigorosa lettura, puramente 'giuridica', dello Stato-apparato, come teoria 'pura' da applicare al diritto positivo.

La dogmatica ispirata da Mayer era dunque destinata ad irrigidirsi, a sclerotizzarsi nel confronto con il diritto positivo, ad esaurire la propria carica creativa nella difesa dello Stato di diritto sovrano. Al di là dei confini fissati dallo stesso Mayer, cresceva intanto una nuova amministrazione, caratterizzata, non solo — come pensava il nostro giurista — dalla rinascita per suo tramite dell'idea 'moderna' di Stato, da un più intenso bisogno di decisionalità politico-amministrativa, ma anche, per certi versi soprattutto, da un rapporto intricato e complesso con la sfera privatistica, da una forte penetrazione degli interessi sociali organizzati all'interno della stessa amministrazione. Lo Stato-imprenditore di Otto Mayer è contrassegnato in modo unilaterale dall'estensione progressiva delle forme pubblicistiche nel contesto dei rapporti economici e patrimoniali. Ma la nuova amministrazione — e lo stesso Stato-imprenditore — non si esauriva affatto nell'avanzamento dei confini del diritto pubblico. Essa proponeva, più radicalmente, un discioglimento della nettezza di quei medesimi confini, la creazione di una serie di rapporti 'misti', attorno ai quali 'privato' e 'pubblico' tornavano ad annodarsi in modo problematico. Di fronte alla nuova realtà, le soluzioni dogmatiche di Otto Mayer erano destinate a rappresentare l'argine difensivo, il segno della certezza e della stabilità, al quale era necessario aggrapparsi per evitare la dissoluzione dell'intero sistema. Così, dopo Mayer, il 'metodo giuridico' funzionerà in effetti come tentativo di rivalidazione del vecchio modello dello Stato di diritto sovrano, aperto alla dimensione nuova dello Stato sociale *solo in quanto anch'essa* fosse leggibile nei termini tradizionali della dogmatica giuridica pubblicistica, come mera e secca estensione, secondo forme e modalità già note, del dominio del diritto pubblico.

Lo 'Stato sociale' dei giuristi è, con Mayer e dopo Mayer, poco più che una flebile e parziale riproblematizzazione dello Stato di diritto sovrano; ed il 'metodo giuridico', che ancora nel nostro giurista era legato alla contingenza storica delle idee-guida, si assolutizzerà sempre più come *metodo selettivo* della realtà nuova dello 'Stato sociale', di essa cogliendo solo ciò che più direttamente sembrava confermativo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dei caratteri essenziali del vecchio modello affermatosi nel corso dell'Ottocento. Ma il ' non-giuridico ', il ' socio-politico ', posto ai confini, e *nei* confini, tra ' privato ' e ' pubblico ', era destinato a crescere a dismisura, ad essere considerato, *proprio in quanto* ' scartato ' dai giuristi, come realtà minacciosa, potenzialmente eversiva. La responsabilità che i giuristi si sono assunti, con la ' riduzione di ottica ' della fine del secolo scorso, è appunto individuabile in questi termini, storicamente concreti: risiede nell'aver coltivato una logica sempre più forte, e sempre più densa, all'interno di uno spazio istituzionale sempre più ristretto e concentrato. Da ultimo, dallo spettro dello Stato dei ' sindacati ', nascerà, anche su questa base culturale, la tentazione di restaurare lo Stato come ' Stato organico '. Noi, per parte nostra, ed anche come giuristi, viviamo ancora in buona parte all'interno di queste medesime paure, di questi medesimi pericoli.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

RAFAEL GIBERT

EL CURSO DE DON GALO (*)

Invitado en Milán por Giulio Vismara, la anterior primavera, a exponer en el Instituto de Historia del Derecho de su Universidad, el momento presente en España de nuestra disciplina y obligado por razón de tiempo a prescindir de todo lo que no fuera estrictamente actual, hube de consignar que el acontecimiento reciente más significativo para la misma era la reimpresión por una editorial privada y por necesidades del más libre mercado escolar, del *Curso de Historia del Derecho* de don Galo Sánchez. A una revista, ARBOR, llamada a difundir y cifrar los logros y adelantos de la tarea científica española, corresponde el honor de haber dado noticia y ponderado el mérito, en 1946, de una edición, entonces una más, de aquel libro habitual a los alumnos de la asignatura en la cátedra del autor en Madrid (la patria en San Bernardo) y de alguna otra que perseveraba en su uso y recomendación (**). Aparecía entonces en muy modesta vestidura de papel y tipografía, uniforme de las « contestaciones » a programas de las patrias Oposiciones. Se podía temer que obra tan estimable terminara convertida en el deleznable tamo de la época que para la suya había lamentado don Ramón Menéndez Pidal. Hemos de agradecer que ahora por vez primera la editorial Mignón, junto al Pisuerga, se haya decidido a otorgarle los honores de una noble caja, de un papel llamado

(*) La publicación en estas mismas páginas (10, 1981, 361-382) de un comentario al reciente *Manual*, del profesor Tomás Valiente, redactado por su fiel discípulo, el excelente Benjamin Gonzalez Alonso, me anima a solicitar hospitalidad para el mio sobre una obra por él citada, el *Curso* de don Galo, con la habitual restricción de que « se limita a las Fuentes ». Necesario es recordar a lo que alcanza, aunque por sí mismo este libro se ha colocado en el definitivo lugar que merecía. Ahora es asequible a nuestros colegas italianos y de todo el mundo, gracias a su reedición comercial por la editorial Miñón, de Valladolid (Vázquez de Menchaca, 10), aunque no es todavía la edición crítica, que habrá de realizarse para recuperar variantes y omisiones que en el curso del tiempo perdió una obra genial y juvenil, por muchos ignorada. (R.G. 13.11.81)

(**) ARBOR V, 13 (enero-febrero 1946) págs. 145-146. Esta revista ha admitido ahora un breve resumen de la presente reseña, cuyos detalles y citas textuales, de dificil acceso, considero esenciales. R.G.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a la duración, un tipo grande de letra, proporcionado a la sonoridad de su prosa castellana, amplios márgenes para la glosa, y la conservación de algunos aditamentos de los que un mercader menos sensible hubiera prescindido. Una viñeta medieval en la tapa rinde homenaje a los orígenes de la escuela, pero es menos exacta para cubrir una exposición que alcanza su punto culminante con la aplicación de la Imprenta a los libros jurídicos, y al menos debería estar equilibrada con la imagen del Código Civil. Un libro para leer en facistol.

Del cariño y la estimación que el propio don Galo tenía hacia su *Curso* — si no lo atestiguara el detalle con que lo castigaba en cada nueva edición, aunque manteniendo siempre su concisión original — habla elocuentemente que en 1960, al lanzar lo que pudo pensar era la definitiva y acaso la última salida, introdujera una dedicatoria a sus maestros Eduardo de Hinojosa y Laureano Canseco (con la familiar elisión del Diez), así como la advertencia un poquito dolida en la que por una vez dejó escapar la queja que llevaba en su corazón. Estaba justificado porque iba a abandonar a su libro, su hijo, solo en el mundo. No ha sido así, por suerte. Justo es reconocer al Secretariado de Publicaciones de la Universidad de su escuela nativa haber patrocinado en 1972 la décima edición, primera póstuma del *Curso* que, por la jubilación de su autor diez años antes, corría el peligro no de caer en el olvido (pues siempre era recordado con nostalgia) pero sí de perder su eficacia en la formación histórico-jurídica de todos nuestros estudiantes, como ya había ocurrido en amplios sectores dominantes en las Facultades, de mucho tiempo atrás.

Fue, si no me equivoco, una iniciativa del catedrático de aquella universidad don Antonio Rubio Sacristán, como si al borde de su propia jubilación hubiera querido asegurar la vigencia del libro de texto que estimaba y como un legado a quienes continuábamos todavía por un poco de tiempo. Además se cuidó de revisar la impresión. Y escribió un bello prólogo, en el que justificaba el homenaje y la necesidad del *Curso*, cuya ausencia, decía, dejaba un vacío insalvable. Una vez más y con la autoridad de cuarenta años de Cátedra el señor Rubio declaró que esta obra « concebida para la enseñanza universitaria (suficiente razón) descansa toda ella tan principalísimamente en el estudio directo y reiterado de las fuentes mismas, tan penetrante, certero y ponderado el juicio que de tal estudio brota, que sin dejar de ser un manual para estudiantes los estudiosos ven en ella la obra fundamental de referencia, expresiva del nivel general de nuestros conocimientos en la materia y obligado punto de partida ». Palabras que suscriben la inmensa mayoría de nuestros compañeros y expresan el sentir de la corporación. Uno de ellos se había visto impulsado a copiar sobre su viejo ejemplar, el de su primer año de Derecho, las palabras dedicadas a la *Aurora* de Rolandino Pasagero, coincidentes con aquel exacto juicio: « este libro posee un contenido externo que enseña a los prin-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cipiantes y otro íntimo que ilustra a los más cultos ». Doble utilidad que se ha experimentado a través de los años y los cursos. Cuando el Padre José López Ortiz había honrado la IIª Cátedra, en el glorioso tiempo del tumulto, con sus recuerdos de la época inicial, evocó vivazmente lo que había significado la difusión en la enseñanza, que a la sazón él ejercía en la pequeña y luminosa universidad de El Escorial, de aquel curso dictado en Barcelona.

Además Rubio se opuso resueltamente a la opinión según la cual el manual, cuya primera edición remonta acaso a 1925-26 « hubiera quedado anticuado en sus ediciones ulteriores que no recogen los resultados de la investigación ajena contemporánea ». Precisamente, « los entendidos se habían admirado del arte con que el autor, mediante breves, brevísimas alusiones hacía resonar en su elemental exposición lo que son recientes y seguras aportaciones a nuestro saber ». Y, en efecto, él añadió, con el estilo del taller del maestro y como éste había hecho en algunas ediciones, dos páginas de añadidos sustanciales correspondientes a la docena de años que le separaba de la edición definitiva del autor. Notable piedad y modelo de puntual y discreta actualización.

Por lo que se refiere a aquella primera edición, tan oportunamente recordada, importa consignar y reproducir una *Advertencia* que precede a los *Apuntes* en un ejemplar, sin portada ni fecha, reproducido aún en manuscrito, con el que me ha favorecido la fortuna. Dice así:

> « Los presentes Apuntes han sido formados a base de las explicaciones del Dr. Galo Sánchez catedrático de Historia del Drecho en la Universidad de Barcelona. A veces el profesor se ha limitado a referirse a obras que se mencionan oportunamente, y que se han utilizado aquí, procurando completar así dichas explicaciones. En la cátedra se han leido y comentado varias fuentes jurídicas de la edad media, empleando las ediciones de que se da cuenta en los correspondientes lugares » (p. 3).

Por lo demás, el texto de los *Apuntes Mss.* (les llamaremos así, considerada como redacción primera, mientras no conozcamos otra) comienza bajo la rúbrica INTRODUCCIÓN, con el epígrafe « CONTENIDO DE LA HISTORIA GENERAL DEL DERECHO ESPAÑOL. Cronológicamente ... » (p. 10 de la ed. de 1980). Dicha *Advertencia* nunca se debió omitir, pues la omisión ocasiona una equivocada valoración del *Curso*. La lectura de textos es su complemento indispensable, y sin ella no se puede entender. En efecto, algunas ediciones reprodujeron como apéndices (a veces originales) textos leidos en la Cátedra.

Una nota editorial de la edición dactilografiada (en Barcelona, Bosch, 1930) con el título *Apuntes de Historia General del Derecho. Según las explicaciones del catedrático de la asignatura en la Universidad*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de Barcelona (sin expresar su nombre) presentaba así la obra en una Nota editorial:

> « Los presentes Apuntes se han redactado a base de las explicaciones del catedrático de la asignatura de Historia general del derecho en la Universidad de Barcelona. Sólo se pretende con ellos facilitar su preparación a los estudiantes de la facultad que no pueden asistir a la cátedra o que no tienen a su alcance los libros de consulta más indispensables. Sin embargo, para que el que lo desee amplie las noticias que aquí se contienen, se indican al final algunas obras y artículos cuya lectura ha sido recomendada repetidamente por el profesor en sus explicaciones. Debe consignarse que en la cátedra se han leido y comentado fragmentos de los más importantes textos jurídicos que se describen en lo Apuntes. Como muestra insertamos al final uno de los que más detalladamente se han comentado en el presente curso: un fragmento de las Siete Partidas » (págs. 3-4).

En el Preliminar de esta edición de 1930, que precedía a dicho epígrafe (CONTENIDO ...) figuraba una nueva advertencia, circunstancial:

> « A consecuencia de una reforma muy reciente, muestra asignatura se llama ahora *Historia general del Derecho*. Podría parecer así que su objeto es la historia del derecho de todos los paises, esto es, la historia universal del derecho: en realidad se limita sin embargo al derecho español; del mismo modo que otras asignaturas de la Facultad, como el derecho civil o el procesal español y no de los de todos los pueblos. Así pues en el presente curso vamos a ocuparnos en concreto de la historia del derecho español, o, mejor cicho, de la historia general del derecho español » (p. 5).

El comienzo de esta advertencia fue ligeramente modificado y abreviado en la edición siguiente, ya en Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1932, compuesta en bastardilla, con el título *Curso de Historia del Derecho. Apuntes tomados de las explicaciones del catedrático de la asignatura en la Universidad Central*, asimismo sin nombre del autor en el texto pero sí en la tapa, que habrá desaparecido en algunos ejemplares, al ser encuadernados. Este fue mi primer libro de historia del derecho, cuando aún no conocía al autor de quien no fuí oyente como alumno, pero al que escucharía siendo su ayudante de cátedra entre 1943 y 1949. Era aquel mismo curso vivo y renovado, enriquecido de modulaciones. Con esta resonancia ha venido a ser tambien mi libro definitivo y recapitulador. Me gusta colocar el testimonio de aquella ejecución, como la de una partitura, por un catedrático que en la hora de clase se depojaba del escepticismo y del cansancio para vibrar de

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

exactitud, junto al de don Alfonso García Gallo, oyente del joven Galo Sánchez y que al rendirle el supremo homenaje en la jubilación declaró con lapidaria exactitud:

> « La impresión primera que cuando como alumno le escuchaba desde los bancos del aula en la vieja universidad de Barcelona, es la misma que luego han podido recibir cuantas generaciones han seguido oyéndole en aquella Universidad o en la de Madrid. Profesor cumplidor y asiduo, que nunca faltaba a sus tareas, de explicación clara, precisa, centrada, sin divagaciones, siempre al alcance de sus alumnos y siempre del más alto nivel científico. Abstraido mientras explicaba, con la mirada perdida en el especio, con voz apagada — que con los años se haría dificilmente audible a los más alejados — y expresión lenta, con pausas que mantenían viva la atención de los oyentes, exponía los más intrincados problemas con la seguridad y precisión que sólo da el dominio de la materia » (*Anuario de Historia del Derecho Español* 31, 1961, págs. 2-3).

Este es el fondo sobre el cual se debe contemplar el *Curso*, vidriera coloreada. Las variantes que ofrecen las sucesivas ediciones, y las alteraciones, algunas no explicadas, ofrecen campo para una edición crítica que se tendrá que hacer. Todavía son interesantes los apuntes y recuerdos de los contemporáneos. Cualquier lector observa que la parte correspondiente a Cataluña tiene en el *Curso* una extensión y detalle mayores que los relativos a León y Castilla y otros territorios. Un especial contraste se revela en la descripción de los monumentos del derecho municipal, que se ha perpetuado en obras didácticas posteriores, con evidente desequilibrio y dado lugar a una visión deformada. La formación de códigos (usada la palabra en el sentido que el-autor-del-libro-que-seguimos) de Bárcelona, Lérida, Tortosa y Gerona, y aún los de los Valles Pirenaicos, es estudiada allí con atención superior, incomparable a la que se dedica a códigos igualmente importantes, de análoga extensión, duración y difusión, como los fueros de Cuenca, Soria (su pieza de maestría), Sepúlveda, Teruel o Jaca.

Consultado este punto un día con don Galo, éste me explicó que había ido a Barcelona mediante oposición frente a un compañero, del país, muy estimado por aquella universidad, y que siendo él castellano y sus publicaciones principalmente sobre fuentes de este origen (aunque su tesis doctoral, dirigida por Hinojosa, versaba sobre un libro de derecho catalán) había considerado oportuno insistir en un campo que tambien, lógicamente, debía interesar con preferencia a sus alumnos que sólo por excepción contaban un soriano. Tambien es sorprendente que lo que puede llamarse visión general de los documentos de aplicación del derecho está tratada en el *Curso* no al principio de la sección

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

correspondiente (H. FUENTES INDIRECTAS), sino a continuación, precisamente bajo el epígrafe de Cataluña. Allí y no al principio es donde leemos que « la importancia de los diplomas para el conocimiento del derecho es extraordinaria sobre todo ... » y se transcribe, excepcionalmente, una apreciación de Hinojosa sobre el tema, así como las indicaciones genéricas y metódicas pertinentes. A un lector de textos manipulados esta particularidad debió poner sobre la pista de la estructura original del *Curso*; pero una ojeada a los *Apuntes Mss.* nos ahorra toda hipótesis, porque en efecto allí, en la sección IV. DERECHO ESPAÑOL MEDIEVAL, tras la espléndida parte general, se pasa directamente no a León y Castilla sino a Cataluña y Baleares. Y que esto respondía a un plan se revela en el orden consecutivo de las lecciones 9ª, 10ª y 11ª, indicadas por un poseedor de los *Apuntes*. Esta secuencia explica la mayor plenitud de Cataluña en el *Curso*, lo que tambien enlaza con el dato de ser en ella más temprana e intensa la influencia canónica y romana, estudiada en su orígen precisamente en dicha parte general. El resultado es que — en mi opinión, tambien conforme a la realidad — Cataluña quedaba en la primitiva estructura del libro más cercana al centro de la historia jurídica europea, mientras León y Castilla venían a ser, en este aspecto y en la Edad Media, las regiones periféricas, y no las que así se llaman incluso por algun catalán, con notable tributo al centralismo.

Por supuesto que esta desproporción no afecta a la suficiencia y calidad de la exposición relativa a Castilla y León, que además resumía un directo y contrastado saber, y que, por ejemplo, el capítulo referente a Partidas nació ya insuperable. Notamos asimismo que se ha perdido, desde 1930, una jugosa introducción al derecho musulmán (sección V) con decisivas observaciones sobre los mozárabes y el *Liber*; mutilación inexplicable y debida más bien a cierta decepción y desgana, o influjo de un errado criterio utilitario. A veces el artista nesita ser vigilado. Este y otros fragmentos deben ser rescatados.

Analogamente en la Edad Moderna (sección VI), tras los caracteres generales se volvía a estudiar en primer término, en los *Apuntes Mss.*, las Recopilaciones catalanas y tambien el azar, siempre seguro, hacía que este orden se correspondiese con el cronológico, esencial en la historia (aunque nuestra disciplina, que sólo es en parte histórica, debe pagar tributo a la sistemática jurídica) pues la tarea recopiladora peninsular no comenzó en Castilla sino en Cataluña, el 1413. Se cerraba la exposición con los Decretos de Felipe V para Cataluña y Baleares, pues no llegó a redactarse por el momento lo relativo a Aragón y Valencia en la Edad Moderna, como faltaba toda referencia a fuentes navarras y vascongadas. El *Curso* debio de irse completando en años sucesivos. Por lo demás, el orden convencional que coloca en primer término a León y Castilla, se extiende a Vascongadas, para saltar luego a Cataluña, retrocediendo en el tiempo hacia la Marca Hispánica,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fue restablecido por don Galo Sánchez en la edición de *Apuntes* 1930, si bien por el momento Aragón figuraba a continuación de Valencia, y Navarra al final. En 1932 se ha fijado el orden definitivo que vemos en la última edición.

Hay, para terminar este comentario a la feliz puesta en mercado de un libro que se tiene por sí solo, sin apoyo académico ni motivo sentimental, una variante de las ediciones que considero del mayor interés. Habemos observado que el término *General* desapareció del *Curso* en 1932, y no sólo del título sino lo que es más grave, del propio texto, de la forma que vamos a ver. En la bendita cantilena de quienes, venturosos, aprendieron el libro de memoria, se pasó de decir « nuestra asignatura se llama ahora Historia General del Derecho. Podría parecer », a decir recortado: « nuestra asignatura se llama Historia del Derecho ». No es lo mismo. Se omitió la palabra que encerraba una precisión conceptual y una conveniente delimitación respecto a las historias especiales del derecho. Pero esta supresión coincidió con un cambio de idea. En efecto, los *Apuntes Mss.* presentan al final de la *Introducción,* tras la historiografía jurídica, el párrafo siguiente:

> « PLAN PARA EL ESTUDIO DE LA ASIGNATURA. [A] La historia del derecho comprende dos partes: una trata de las fuentes, otra de las instituciones. La historia de las fuentes debe preceder a la de las instituciones, pues al hablar de éstas, hay que hacer constantes referencias a aquéllas, que conviene por tanto, conocer previamente.
>
> [B] Procuraremos, sin embargo, separar en lo posible, estos dos aspectos de la historia del derecho, no mezclando el estudio del contenido jurídico de los textos con la descripción de los mismos que es la tarea propia de la historia de las fuentes. En los respectivos lugares y como preliminar a cada una de las dos partes, expondremos el plan detallado que vamos a seguir para su estudio.
>
> [C] Nada diremos de la historia política de cada período o sección que formemos, ya que es objeto de otras enseñanzas, que preceden a la de nuestra asignatura, debiendo, en consecuencia, suponerse conocida » (ps. 13-14).

Este plan corresponde sin duda al propósito de desarrollar un curso completo, aun con las lagunas apuntadas, formado por dos partes: historia de las fuentes e historia de las instituciones, entendidos, respectivamente, como « descripción de los textos » y « estudio del contenido jurídico *de las mismas* », más cerca, en mi opinión, del término « instituciones » usual entre los romanistas, que del diferente y más amplio « historia de las instituciones », no limitado al contenido jurídico que emplean usualmente nuestros colegas de Historia.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Los *Apuntes* del 1930, bajo la rúbrica LA HISTORIA DE LAS FUENTES Y LA DE LAS INSTITUCIONES reproduce los párrafos A y C del texto anterior, pero el párrafo B es sustituido por el siguiente:

> « En el presente curso nos limitaremos a describir la historia de las fuentes, dejando para otras asignaturas la exposición de la historia de *sus* instituciones. En el derecho penal, v. gr. tendrá su lugar oportuno la historia del derecho penal. Así evitaremos repeticiones innecesarias; aparte de que la colocación de la enseñanza de la historia del derecho en el primer curso de la Facultad no permite otra cosa, ya que sería imposible tratar de la historia del derecho político, o del civil o del procesal, por ej. sin el previo conocimiento del derecho político, civil o procesal respectivamente » (ps. 18-19).

Esta declaración, no lo olvidemos, pertenece no sólo al término de una etapa de experiencia en la cátedra, sino al momento de plenitud de su titular. Resueltamente el autor dejó « para otras asignaturas » la exposición de la historia de las instituciones. No otras asignaturas histórico-jurídicas, sino las del plan de estudios referidas a las diversas ramas del derecho, a las que asignaba el posesivo de *sus* instituciones. En cuanto a la necesidad, allí expresada, de que el estudio de la historia especial del derecho, como la del privado, el penal o el político, exigiera precisa y previamente el de las disciplinas sistemáticas correspondientes, yo me permitiría alguna reserva, y la atribuyo al fuerte prejuicio dogmático que dominó al autor y que hubimos de observar en su concepto y clasificación de las Fuentes, derivados ambos de la teoría civilística. La dificultad para investigar, no ya para exponer a los alumnos, la historia especial del derecho, sin dominar de una vez y plenamente la enciclopedia jurídica, la hemos experimentado en nosotros mismos y en otros. Por nuestra parte sin evitar asomarnos al contenido de *las fuentes* jurídicas, o bien con una designación más adecuada, *los libros de derecho*, hemos considerado que el tratamiento a fondo de sus figuras sistemáticas era el lugar de concurrencia legítima entre juristas e historiadores del derecho, como por otro lado el estudio de las fuentes y de la historia externa, requiere la decisiva colaboración de los historiadores. Y en conclusión, que si existe un territorio propio, un objeto específico de la historia del derecho, éste es el de los Libros.

Ahora bien, la tendencia a centrar la historia del derecho en la historia de las fuentes, corresponde a la experiencia de muchos de nosotros, sorprendidos hacia el final del curso académico, cuando habiendo dedicado la merecida atención a aquella primera parte de la asignatura, apenas alcanzábamos a entrar en la Edad Media. La dificultad de explicar con un mínimo detalle — despues de toda la historia de las fuentes, desde Urso y Salpensa a las constituciones y los códi-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gos, una historia de las instituciones, con estado y monarquía, provincia y municipio, ejército y hacienda, a través de tres o cuatro épocas, y el derecho privado, penal y procesal —, la hemos comprobado todos. Y sin embargo, para vencer esta aparente imposibilidad, apareció en 1934, el *Manual* de Román Riaza y Alfonso García Gallo, precisamente en el ámbito de la Cátedra de don Galo, donde era tradicional exigir sólo Fuentes, con una amarga y saludable consecuencia para una promoción de alumnos libres y confiados. Esta renovación tuvo quizá sus aspectos positivos. Pero a costa de reducir la atención dedicada a las Fuentes, convertidas a veces mero apéndice. A ésto nos opusimos en nuestra reseña de 1946. Pero aceptamos el plan tradicional, Fuentes e Instituciones, en nuestro primer Programa y algunos sucesivos, hasta el plan de exposición de 1959, en cuya prelección se reafirmaba la vinculación al *Curso* de don Galo, pero con la intención de integrar en su esquema asimismo el estudio de las instituciones. Esta derivación no interesa ahora.

La resuelta actitud de don Galo en 1930, que encerraba la posibilidad de potenciar la historia de las Fuentes, cesó en la edición madrileña del ahora llamado *Curso*, 1932, relacionada con el traslado a la cátedra de la Universidad Central. Bajo la misma rúbrica LA HISTORIA DE LAS FUENTES Y LAS INSTITUCIONES, desaparecido el texto anterior, aparece el siguiente, en el que se advierte cierta vaguedad e indecisión:

> « Los autores dividen la historia del Derecho con diversos criterios: así se contrapone la parte general e la especial, la historia externa a la interna, etc. La diferenciación de la historia en externa e interna es muy corriente, sin que haya unanimidad respecto al contenido de estos términos.
>
> A pesar de que científicamente esta división (que muchos escritores hacen remontar a Leibniz, aunque en realidad procede de época posterior) no es muy satisfactoria, en la práctica ofrece varias ventajas y la adoptaremos, entendiendo que corresponde al estudio de las fuentes la llamada externa y al de las instituciones la interna. La historia de las fuentes debe preceder a la de las instituciones, pues al hablar de éstas hay que hacer constantes referencias a aquéllas. – Nada diremos de la historia política de cada período o sección que formemos, ya que es objeto de otras enseñanzas » (ps. 16-17).

Los programas de su cátedra, desde el de 1934 al de 1946 respondían a este reparto de la asignatura. Aunque no muy frecuentes ni con entusiasmo excesivo, don Galo dio muy buenas clases sobre la historia del derecho público. Joaquin Cerdá conservaba algunos apuntes de las mismas, y quizá no falten transcripciones escolares de estas lecciones. Convicción general vino a ser que el *Curso* de don Galo significaba una etapa ya realizada en nuestra disciplina. Acertó a expre-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sarlo don José Maldonado, al valorar en 1946 el *Curso* de Alfonso García Gallo, con estas palabras: « el Curso de don Galo Sánchez logró una perfecta exposición de las fuentes consiguiendo todo lo que se puede desear en esta gran parte de la disciplina » (AHDE 17, 1946, 1010-1025).

Aunque por muchos años mantuve la división de fuentes e instituciones y aún llegué a redactar siendo ayudante, unos apuntes sobre las de derecho público, en los que intentaba imitar el estilo y la concisión de mi maestro, las distancias guardadas, la lectura de su *Curso* en la cátedra de Granada — cuando el paso del tiempo y la distancia hacían más agudas la eficacia y la efectividad de su enseñanza — me fue mostrando la posibilidad de cultivar la historia del derecho en el marco trazado por el joven Galo Sanchez. Por ello pude con verdad decir, al presentar mi *Historia General* en 1968, que mi libro era el fruto de haber estudiado con asiduidad el *Curso* de don Galo. Pero hubiera sido más exacto decir que era el resultado de haberlo leido en cátedra, la función radical. Este camino llegó a enlazar con la historia del derecho como historia de libros, que debemos a don Alvaro d'Ors, junto con la liberación del prejuicio dogmático, la obsesión de los hechos y la visión apriorística de cualquier derecho como sistema normativo.

Don Alvaro d'Ors, con ocasión del homenaje de jubilación, en 1962 había escrito: « De don Galo Sánchez hace ya más de treinta años fui alumno, pero él seguía siendo respetado maestro para todos nosotros, y su aprobación o su discreta censura llevaba siempre el sello de la autoridad ». Y explicando el propósito de un trabajo textual, la comparación entre autores distintos que citasen un mismo texto legal, añadió: « Historia de textos. Porque quizá sea una de las principales huellas del magisterio de don Galo en mí, que la historia del derecho es fundamentalmente historia de textos ». Historia de textos no como una parte sino como un conjunto unitario y trabado, que definió don Galo al indicar que el objeto de su *Curso* era « impulsar el manejo y la lectura de los antiguos textos jurídicos y de las investigaciones consiguientes ». Donde nos encontramos.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAOLO GROSSI

'ISTITUZIONI DI DIRITTO PRIVATO' E 'TRADIZIONE ROMANISTICA'

(Lettera aperta agli organizzatori di un recente convegno civilistico)

La Facoltà di Giurisprudenza della 'Libera Università Internazionale di Studi Sociali' in Roma ha organizzato, nel novembre 1983, un impegnativo incontro di riflessione su « L'insegnamento del diritto privato », un franco e libero esame di coscienza del didatta civilista italiano degli anni '80, un tentativo di ripensamento critico dell'assetto delle discipline privatistiche così come continuano ad essere proposte nel risalente piano di studi delle Università italiane [1].

A questo Incontro dal tema tanto vivo Natalino Irti, Preside della Facoltà organizzatrice, ebbe l'amabilità di invitarmi caldamente, pregandomi di portare in seno al Convegno la voce di uno storico che aveva soprattutto indagato le vicende del diritto privato; se non avessi potuto partecipare, sarebbero state gradite alcune osservazioni scritte.

Non volendo sottrarmi a invito così amichevole, spedii a Irti una lettera, che la riflessione rese lunga e complessa, lettera che generosi colleghi fiorentini mi hanno ripetutamente esortato a pubblicare sui 'Quaderni', sì da offrirla all'attenzione di un pubblico più vasto.

Non tanto per una convinzione sulla bontà del mio scrittarello occasionale, quanto per la certezza che il problema sollevato meritasse considerazione, ho aderito alla proposta, e pubblico di buon grado le righe indirizzate nel novembre scorso a Irti e ai convegnisti, facendone una sorta di lettera aperta sul tema. Se ne trascrive qui di seguito il testo con esigue variazioni formali:

---

[1] Il ben congegnato programma prevedeva quattro relazioni su « Il problema didattico », di Mario Talamanca su « Istituzioni di diritto privato e tradizione romanistica », di Rodolfo Sacco su « Istituzioni di diritto privato e parte generale », di Pietro Perlingieri su « Istituzioni di diritto privato e diritto civile », di Luigi Mengoni su « Istituzioni di diritto privato e discipline speciali »; la precisazione di tre « punti di vista »: di Gino Giugni per il Diritto del lavoro, di Ariberto Mignoli, per il Diritto commerciale, di Emilio Romagnoli per il Diritto agrario; la « testimonianza » di un coltissimo magistrato, Giuseppe Mirabelli; una 'tavola rotonda' su « Il problema dei manuali » con la partecipazione di Alberto Trabucchi, Francesco Busnelli, Adriano De Cupis, Francesco Galgano, Pietro Rescigno, Piero Schlesinger.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Caro Preside,

ti sono grato per l'invito cordiale che mi rivolgi a partecipare al Convegno organizzato in Roma, nei giorni 12 e 13 novembre, dalla Facoltà giuridica della LUISS su « L'insegnamento del diritto privato »; un convegno sorretto da mature consapevolezze, che fa onore ai suoi organizzatori e che si preannuncia di grosso rilievo.

Purtroppo, impegni didattici che coinvolgono anche altri Colleghi mi impediscono di essere tra Voi a Roma, come pur avrei desiderato. Voglio però essere almeno presente con questo scritto, che ti porti il mio plauso e la mia solidarietà.

E, poiché il dialogo è aperto, mi permetto segnare qui qualche fugace osservazione sulla intelaiatura, che il programma delinea. Mentre sono sinceramente ammirato per la articolazione generale, vorrei esprimerti qualche perplessità sul rapporto tra ' Istituzioni di diritto privato ' e dimensione storica, un rapporto per il quale mi spiace di cogliere nel programma una prospettiva, che è, al tempo stesso, carente per il molto che non prevede e insoddisfacente per il poco che prevede.

Nel programma l'esigenza di una attenzione diacronica è risolto con la Relazione su « Istituzioni di diritto privato e tradizione romanistica » affidata alle mani sapienti di Mario Talamanca. Io credo che il problema non sia stato messo a fuoco dagli organizzatori come richiederebbe la nostra consapevolezza culturale in questo anno di grazia 1983. E sono convinto che per il giovane giurista in formazione occorre pensare qualcosa di più e di diverso per corrispondere pienamente alla sua domanda di storia, che è domanda oggi sempre più intensa.

Le due discipline tradizionali all'assetto delle nostre Facoltà giuridiche — cioè le ' Istituzioni di diritto romano ' e la ' Storia del diritto italiano ' — sono due polmoni preziosi per un respiro convenientemente ampio del giovane studente di Giurisprudenza, perché servono a discoprirgli due esperienze storiche in cui molto si è giocato delle vicende storico-giuridiche dell'Occidente: il diritto romano (classico, postclassico e giustinianeo) e il diritto comune (medievale e postmedievale); due esperienze che rappresentano indubbiamente modelli saldi e condizionanti nella storia della analisi giuridica. È sacrosanto che lo studente si misuri con esse, ed è giusto che ciò avvenga autonomamente con corsi e docenti specificamente delegati a ciò.

Diritto romano e diritto comune costituiscono però gli strati profondi di quel territorio complesso che è la cultura del giurista odierno. Non sarà difficile trovare nel linguaggio e negli artifizii tecnici di costui tracce dell'uno e dell'altro, e forse tracce anche cospicue, ma è troppo poco per chi è interessato a operare una storicizzazione compiuta e non a disegnare genealogie. Il giurista di oggi ha infatti senza dubbio ingenti legati romanistici, ma non è al centro di una eredità romanistica. L'inventario della sua effettiva eredità si può veridicamente redigere

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non guardando agli istituti romani e medievali, ma alle sue immediate radici, alle forze che premono con immediatezza sulla sua individualità professionale caratterizzandola e comunque plasmandola. Queste sono soltanto le forze reperibili nel solco maestro della storia del diritto moderno così come si svolge dalle grandi Codificazioni inauguranti il secolo diciannovesimo ai nostri giorni. Una sorta di dimensione, per così dire, ipogea di quella manifestazione vistosa e tangibile che è il diritto vigente. Unicamente guardando a tali forze si opera un discorso interno e intrinseco all'universo del diritto moderno e non già un approccio comparativo, rilevantissimo ma attento alla proiezione esterna di un ordinamento, rilevantissimo per lo storico che è sensibile ai nessi fra esperienze ma secondario per il cultore del diritto vigente che vuol rendersi conto dei meccanismi interiori di produzione di un singolo ordinamento.

Occorre però una ulteriore precisazione per evitare equivoci e per non ingenerare dubbi su una mia presunta diffidenza in ordine alla incisività della lunga durata (affermazione enorme in bocca a uno storico e contraria al convincimento di chi scrive); si tratta invece solamente della facile constatazione che il diritto moderno-contemporaneo è più contrassegnato dalla cesura che non dalla continuità con il passato. Il prodigioso evolversi dei fatti economici e tecnici con l'infittirsi di scoperte scientifiche che hanno mutato profondamente l'assetto della vita individuale e sociale, il definirsi di una società dal volto prevalentemente industriale (circostanza storicamente affatto nuova ed esclusiva), il richiamo costante a una ideologia di liberazione dalle scorie dei secoli precedenti hanno fatto percepire al diritto moderno in maniera esasperata il valore negativo, cioè condizionante, delle forze del passato.

La storia del diritto moderno non può non essere còlta come una continua e crescente tensione ad affrancarsi da lontani modelli storici precostituiti, a costruirsi invece una sostanziale autonomia in rapporto alle esigenze dei fatti economici e tecnici tutti incredibilmente nuovi e che non avevano riscontro nel passato. Certo, i legati ci sono e parecchi, giacché nella storia delle scienze umane l'osmosi fra esperienze vecchie e nuove è un dato elementare e il nuovo si edifica con buona parte dei vecchi materiali, ma se guardiamo con attenzione ai centoottanta anni che separano noi dal *Code civil* napoleonico, la lunga e travagliata strada è — pur con misoneismi e con rigurgiti affioranti, pur sempre facendo i conti con un filoromanesimo duro a morire — il cammino di un deciso e preciso affrancamento da architetture e invenzioni giuridiche inadeguate. Gli studi di Franz Wieacker sui rapporti fra Pandettistica e civiltà industriale tedesca nell'Ottocento hanno un valore esemplare e didascalico, ma è soprattutto la contemplazione della storia giuridica recentissima a darci la misura della distanza presa da modelli troppo remoti. Il diritto moderno pretende insom-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ma di essere studiato senza calchi preordinati, senza costrizioni in canali di scorrimento che non gli sono né naturali né congeniali.

Se questo è, poiché nell'Incontro di Roma — caro Preside — non ci si occuperà e preoccuperà tanto della formazione generale del giovane studente di Giurisprudenza, sibbene delle esigenze culturali del corso di ' Istituzioni di diritto privato ' come illustrazione del diritto italiano vigente, sono chiari il compito e l'ambito d'azione dell'istituzionista: egli non potrà fare a meno di sensibilizzarsi anche sul piano storico per la intima storicità che contraddistingue, nella coscienza contemporanea, gli strumenti giuridici e il sapere giuridico, ma lo dovrà fare rispettando le effettive e non fittizie radicazioni tra il frutto maturo che giace sul suo tavolo di lavoro — il diritto vigente —, e le forze reali che lo hanno prodotto. Comprendere il diritto vigente significa oggi innanzi tutto storicizzarlo, per poi scendere consapevolmente sul terreno sistematico ed esegetico. Quelle forze gli saranno però soltanto rivelate da una analisi né occasionale né episodica delle vicende del diritto moderno.

Si dirà: ma porre in contatto le ' Istituzioni di diritto privato ' con la grande tradizione romanistica è già venire incontro a questa esigenza culturale, costituendo la tradizione romanistica un rivolo cospicuo che percorre e vivifica tutto il diritto moderno. E qui sta il mio netto dissenso; non già perché nutra dubbi sul valore pedagogico di nozioni romanistiche, ma per due ragioni essenziali. La prima è già stata espressa qualche rigo sopra: se la storia del diritto moderno è affrancazione da certi archetipi, identificare nella tradizione romanistica la spina dorsale di quella storia è culturalmente riduttivo e tale da non attingere l'immagine efficace di essa. La seconda è che il diritto moderno — come, del resto, ogni esperienza giuridica — non è un complesso di ' elementi ' risultante dalla loro somma, ma è la sintesi che, nel profondo mistero dell'azione storica, filtra, assorbe e trasfigura. L'esperienza giuridica è il miracolo di tante forze, di tanti motivi ridotti ad unità, e farebbe opera culturalmente scorretta chi pretendesse di storicizzare quella esperienza isolandone una od uno soltanto. Simili procedimenti istologici portano soltanto a fraintendimenti di quella che è la ben più ricca e diversa complessità vitale che anima l'esperienza, rappresentano la dissacrazione di quella misteriosa unità vitale che è una civiltà giuridica nel tempo.

Porre l'istituzionista in contatto con la sola tradizione romanistica ha secondo me il grosso rischio di precludergli l'immagine autentica del diritto moderno nella sua storicità, cioè nella sua rispondenza a certe forze autonome e specifiche della vita moderna, o di dargliene una immagine monca e comunque unilaterale. Cioè il rimedio sarebbe peggiore del male. Solo per l'anatomico, che maneggia cadaveri, è isolabile un membro dall'altro, non per chi fa i conti con l'organismo vivente. Si ripeterebbe cioè per l'età moderna l'errore di chi ripercorre

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e rivive la enorme ricchezza del messaggio medievale risecchendolo in uno *ius romanum medii aevi*, e Dio sa se le motivazioni romane e romanistiche non permeano di sé il diritto comune fin nel suo intimo.

La conclusione, del resto abbastanza scontata, è soltanto una: lasciando alle autonome discipline storico-giuridiche il compito inabdicabile di un necessario ampio sguardo alle esperienze romana e intermedia, evitare di concepire la storia quale continuità di modelli incombenti ed evitare anche la superata concezione positivistica che fa perno su ' elementi ' disarticolati, anche se essi possano sembrare rilevanti o addirittura prevalenti. Il giovane studioso del diritto privato italiano vigente va sensibilizzato a quel complesso inscindibile di idealità, ideologie, invenzioni tecniche che è la civiltà giuridica moderna.

Insisterei quindi sulla esigenza di una stretta connessione simbiotica fra l'insegnamento della ' Storia del diritto moderno ' — che vorrei veder presente in ogni Facoltà responsabile — e le due grandi aperture istituzionali sul diritto privato e sul diritto pubblico; privilegerei al suo interno il divenire del pensiero giuridico, intendendo con questo il nesso robusto di architetture tecniche che legislatori, professori, giudici, avvocati, notai, minimi operatori pratici hanno costruito sul sottostante tessuto della realtà economico-sociale talora per rispondere a profonde convinzioni religiose ed etiche, talaltra per tutelare interessi precisi di ceto, o ancora per corrispondere al compito conoscitivo di leggere e ordinare il disordine dei fatti. È ovvio che, come ho avuto modo di precisare recentemente (2), per storia del pensiero giuridico non s'ha da intendere la storia dei filosofeggiamenti sul diritto, dove il diritto resterebbe un oggetto esterno e spesso estraneo allo *speculator*, bensì storia di un tormentato itinerario interno al pianeta dei giuristi con l'intento di carpire il ' segreto ' del nascere e del consolidarsi di una orditura di istituti, che, prima di ogni altra cosa, vogliono essere l'interpretazione — con una cifra specifica cioè tecnica — del nostro mondo quotidiano. Non un *Professorenrecht*, ma una realtà corale inserita nel tessuto vivo dell'esperienza.

Quando — ormai molti anni fa — io recai al mio vecchio Maestro Enrico Finzi il primo volume fresco di stampa dei ' Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno ', egli se ne compiacque, perché vide nella iniziativa la possibilità di ovviare a una esigenza che avvertiva pressante: quella dei giuristi di saperne finalmente di più sulla storia della letteratura giuridica moderna, sulla quale abbiamo poco oggi e non avevamo nulla dodici anni fa. Ebbene, il dialogo fra istituzionista e storico del diritto moderno dovrebbe sì vertere sulle cose — gli istituti — ma non dovrebbe dimenticare gli uomini, i personaggi, le scuole, le tradizioni culturali nelle loro contrapposizioni,

---

(2) Il riferimento è a quanto ho avuto modo di scrivere in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XI/XII (1982), p. 1147.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nei loro scambi, nei loro intrecci, quella che il buon Finzi qualificava sommariamente come storia della letteratura giuridica moderna. Sarebbe il modo di aggiungere un ulteriore spessore alla piattezza della norma positiva, cogliendola come il frutto ultimo e complesso di scelte politiche e istanze economiche, ma anche di non dimenticabili dispute culturali.

Resta il problema di come concretare la connessione, di cui si è parlato, nella pratica dell'insegnamento quotidiano. Mi basta auspicare la vicinanza — spirituale ma traducibile in interventi didattici concreti — dello storico del diritto moderno all'istituzionista. Tenderei a risolvere cioè il problema didattico senza appesantire dall'esterno il compito già pesante del povero studente di primo anno ipotizzando corsi o seminari paralleli, ma arricchirei la dimensione interna del corso istituzionale pretendendo innanzi tutto un arricchimento del discorso dell'istituzionista. Se questo è pretendere troppo, non sembra difficile ipotizzare almeno all'interno dell'unico grande corso alcuni illuminanti momenti interdisciplinari.

Perdonami — caro Preside — la prolissità e grazie per la attenzione.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

SERGIO LARICCIA

STORIA, IDEOLOGIA E DOGMATICA NELLO STUDIO DEL DIRITTO ECCLESIASTICO

(A proposito di Mario TEDESCHI, Gaetano CATALANO, Piero BELLINI, Pedro LOMBARDIA, Enrico G. VITALI, Mario CONDORELLI, Francesco FINOCCHIARO, Luigi DE LUCA, *Storia e dogmatica nella scienza del diritto ecclesiastico*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Catania, n. 97, Milano, Giuffrè, 1983)

1. Premessa. — 2. Una sintesi delle otto relazioni pubblicate nel volume. — 3. Importanza di una valutazione della realtà sociale del presente. Utilità della ricerca interdisciplinare e delle ricerche di diritto comparato. — 4. Importanza della prospettiva storica. Il rapporto inscindibile fra i tre momenti della temporalità: passato, presente, futuro. — 5. « Ideologia » e « dogmatica ». — 6. Importanza di un'analisi estesa alla complessiva esperienza giuridica in materia religiosa e non limitata alla sola considerazione delle relazioni tra « ordinamenti giuridici primari ». — 7. Conclusioni.

1. *Premessa.*

È motivo di viva soddisfazione rilevare la frequenza con la quale, negli ultimi tempi, gli studiosi delle più varie discipline giuridiche si interrogano sui metodi del loro lavoro di ricerca scientifica e di attività didattica, al fine di cogliere il significato e le tendenze che caratterizzano le conoscenze ed esperienze costituenti la cultura giuridica e di analizzare i tratti specifici del complesso di attività svolte dai giuristi (1); sempre più numerosi sono i contributi intesi ad effettuare un bilancio aggiornato sull'opera del giurista nella società contemporanea, in coerenza con l'esigenza di « ricostruire i nessi fra la vicenda giuridica e la più generale vicenda storico-politica » (2).

(1) Di grande interesse è stata la recente iniziativa del fiorentino « Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno » di promuovere un primo incontro su *La « cultura » delle riviste giuridiche italiane*, che si è svolto a Firenze nei giorni 15-16 aprile 1983, con la partecipazione di studiosi delle più varie discipline giuridiche. Sull'attività del ' giurista ' pagine ricche di stimolanti indicazioni sono contenute nel recente saggio di R. ORESTANO, *Progetto di una introduzione allo studio della « scientia iuris »*, in *Foro italiano*, CVI (1983), V, cc. 8-18.

(2) F. GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1976, p. 15. Sull'opera della dottrina giuridica italiana, a titolo esemplificativo e con riferimento agli scritti pubblicati nell'ultimo ventennio, si possono qui ricordare, oltre al volume di Galgano, M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, in *Archivio giuridico « Filippo Serafini »*, CLXIV (1963), pp. 3-110;

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Di recente si sono svolti tre interessanti incontri di studio, dedicati rispettivamente alla riforma della Facoltà di Giurisprudenza ([2 bis]), all'insegnamento delle discipline ecclesiasticistiche ([3]) e all'insegnamento del diritto privato ([4]), ma molte altre iniziative potrebbero ricordarsi in proposito, prima fra tutte quella promossa nel 1981 dalla Casa editrice Giuffrè e dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Messina su *Cinquant'anni di esperienza giuridica in Italia* ([5]).

S. RODOTÀ, *Gli studi di diritto contemporaneo*, in A. AQUARONE, P. UNGARI, S. RODOTÀ (a cura di), *Gli studi di storia e diritto contemporaneo*, Milano, 1968, pp. 91-158; S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971; G. CASTELLANO, *Le riviste giuridiche italiane fra le due guerre: I. La « Rivista di diritto commerciale »*, in *Politica del diritto*, 1972, pp. 873-917 (ed anche in AA.VV., *Studi in memoria di Domenico Petitti*, I, Milano, 1973, pp. 185-258); G. TARELLO, *Teorie e ideologie del diritto sindacale. L'esperienza italiana dopo la Costituzione* [2], Milano, 1972; P. PETTA, *Ideologie costituzionali della sinistra italiana (1892-1974)*, Roma, 1975; M. JORI, *Il metodo giuridico tra scienza e politica*, Milano, 1976; AA.VV., *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, a cura di P. BISCARETTI DI RUFFIA, Atti del convegno promosso dall'Istituto per la Scienza dell'Amministrazione pubblica, tenutosi a Milano nei giorni 25-26 ottobre 1975, Milano, 1977; AA.VV., *Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, VII (1978); S. FERRARI, *Ideologia e dogmatica nel diritto ecclesiastico italiano, Manuali e riviste (1929-1979)*, Milano, 1979; M. FIORAVANTI, *La vicenda intellettuale del ' giovane ' Orlando (1881-1897)*, Firenze, 1979; R. BONINI, *Disegno storico del diritto privato italiano (Dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)*, Bologna, 1980; G. CIANFAROTTI, *Il pensiero di Vittorio Emanuele Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1980; M. FIORAVANTI, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive della ricerca*, in questi *Quaderni*, X (1981), pp. 169-219; N. IRTI, *Scuole e figure del diritto civile*, Milano, 1982; AA.VV., *Cinquant'anni di esperienza giuridica in Italia*, Atti del convegno tenutosi a Messina-Taormina nei giorni 3-8 novembre 1981, Milano, 1982; M. TEDESCHI, *Contributo alla determinazione della scienza del diritto ecclesiastico*, Milano, 1983. Altri importanti contributi per la conoscenza della cultura giuridica italiana di questo secolo, per la quale sembra questo « il momento della storiografia » (G. TARELLO, *L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato liberale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, III, 1 (1973), p. 681), possono rinvenirsi nelle dieci annate di questi *Quaderni* e nei *Materiali per una storia della cultura giuridica*, pubblicati dalla casa editrice Il Mulino, a cura di G. TARELLO. Cfr. anche gli autori indicati alle note (60) e (61) e A. CAVANNA, *La storia del diritto moderno (secoli XVI-XVIII) nella più recente storiografia italiana*, Milano, 1983.

([2 bis]) Gli atti del convegno, svoltosi a Roma il 26 marzo 1983, sono stati pubblicati a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università « La Sapienza ».

([3]) L'incontro si è svolto a Perugia nei giorni 20-21 ottobre 1983, con l'organizzazione del prof. Giovanni Barberini, nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università, e ad esso hanno partecipato, in due giornate di impegnativo dibattito, numerosi docenti delle discipline ecclesiasticistiche e canonistiche.

([4]) Il convegno su *L'insegnamento del diritto privato* si è svolto a Roma, nei giorni 12-13 novembre 1983, a cura della Facoltà di Giurisprudenza della Libera Università Internazionale degli Studi Sociali, ed è stato introdotto dal Preside della Facoltà, prof. Natalino Irti, con una interessante relazione su *Il problema delle Istituzioni di diritto privato. Notazioni introduttive ad un convegno di studi*. Gli atti del convegno sono in corso di pubblicazione.

([5]) L'importanza dell'iniziativa è giustamente sottolineata da P. GROSSI in questi *Quaderni*, XI-XII (1982-1983), pp. 1182-1183, il quale osserva che il

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nei giorni 27-28 ottobre 1981 gli studiosi di diritto ecclesiastico si erano incontrati a Capo Taormina in un convegno promosso, per iniziativa del prof. Mario Tedeschi, dalla Facoltà di Scienze politiche dell'Università degli Studi di Catania, con l'intento di esaminare il rapporto tra storia e dogmatica nel quadro generale della scienza del diritto ecclesiastico. Il volume che, con apprezzabile sollecitudine, è stato poi pubblicato e che ha costituito l'occasione per le pagine qui presentate, consente di valutare meglio il contenuto delle relazioni svolte al convegno, mentre la decisione degli organizzatori di non pubblicare invece il testo degli interventi e delle repliche non permette, a chi non abbia ad esso partecipato, di avere un'idea dell'interessante e vivace dibattito che lo aveva caratterizzato (6).

L'interesse che il volume presenta è dovuto a vari motivi. Innanzi tutto va rilevata l'importanza di un'analisi dedicata a valutare le tendenze emergenti nello studio e nell'insegnamento di tale disciplina (7): per limitarsi soltanto agli anni più recenti, possono qui ricordarsi gli interessanti contributi offerti da quanti si sono proposti di esaminare il concetto del diritto ecclesiastico nel suo sviluppo storico (8), di indagare sul rapporto tra ideologia e dogmatica nello studio del diritto ecclesiastico (9), di individuare le nuove prospettive di studio di tale materia (10), di precisare le caratteristiche che il suo insegnamento pre-

---

volume che raccoglie gli atti del convegno — vedilo citato alla nt. (2) — contiene un panorama prezioso, una miniera di dati, utili soprattutto per il lettore non italiano, che d'ora in poi potrà disporre di un comodo e valido strumento di lavoro.

(6) Per alcune indicazioni sul dibattito che si è svolto al convegno può vedersi l'accurato resoconto che ne ha fatto G. B. VARNIER, *Storia e dogmatica nella scienza del diritto ecclesiastico in un recente incontro di studio*, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, XCIII (1982), I, pp. 123-132.

(7) Per indicazioni bibliografiche sui contributi dedicati al problema del metodo di studio e di insegnamento del diritto ecclesiastico, può vedersi S. LARICCIA, *Diritto ecclesiastico* ², Padova, 1982, pp. 380-383. In particolare, tra i saggi più recenti, cfr., oltre ai volumi di S. FERRARI e di M. TEDESCHI, citati alla nt. (2), F. FINOCCHIARO, *Antiche e recenti prospettive di studio del diritto ecclesiastico*, in *Il diritto ecclesiastico*, LXXI (1960), I, pp. 233-258; ID., *Santi Romano e il diritto ecclesiastico*, *ivi*, LXXXVI (1975), I, pp. 173-187; G. CATALANO, *La problematica del diritto ecclesiastico ai tempi di Francesco Scaduto e ai nostri giorni*, *ivi*, LXXVI (1965), I, pp. 20-57; C. CARDIA, *Metodo dommatico e diritto ecclesiastico*, in *Democrazia e diritto*, XIII (1973), I, pp. 169-176; L. DE LUCA, *Diritto ecclesiastico ed esperienza giuridica*, Milano, 1975; E. G. VITALI, « *Legislatio libertatis* » *e prospettazioni sociologiche nella recente dottrina ecclesiasticistica*, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, LXCI (1980), I, pp. 24-67.

(8) L. DE LUCA, *Il concetto del diritto ecclesiastico nel suo sviluppo storico*, Padova, 1946; A. RAVÀ, *Rilevanza dei presupposti storico-politici nella interpretazione della legislazione ecclesiastica*, Milano, 1963; G. CAPUTO, *Il problema della qualificazione giuridica dello Stato in materia religiosa*, Milano, 1967.

(9) S. FERRARI, *Ideologia e dogmatica*, cit.

(10) AA.VV., *Nuove prospettive per la legislazione ecclesiastica*, a cura di A. RAVÀ, Atti del II convegno nazionale di diritto ecclesiastico, Milano, 1981.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

senta nello svolgimento della didattica universitaria, in funzione della preparazione e formazione dei futuri giuristi [11].

Da un punto di vista più generale, l'organizzazione del convegno e la pubblicazione delle otto relazioni che in esso sono state presentate assumono notevole importanza, giacché costituiscono un ulteriore stimolo per sollecitare l'attenzione degli studiosi delle discipline giuridiche di diritto positivo sulla riflessione storica come condizione essenziale della ricerca giuridica, sulla tradizione storica delle categorie giuridiche fondamentali, sul significato della tendenza ad istituire un contatto sempre maggiore tra diritto e vita, sulla componente ideologica di cui si sostanziano anche i profili tecnici dell'operare dei giuristi, sull'utilità dello scambio di esperienze tra i cultori delle diverse materie e sull'opportunità di valutare il futuro delle varie discipline anche mediante un'approfondita indagine relativa al loro passato.

2. *Una sintesi delle otto relazioni pubblicate nel volume.*

Il volume è composto da otto relazioni, quattro delle quali hanno approfondito in particolare il problema del rapporto tra diritto ecclesiastico e storia, due hanno esaminato le connessioni tra diritto ecclesiastico e ordinamento giuridico canonico e due, infine, hanno dedicato attenzione alle più recenti prospettive di studio della disciplina.

Anche se il tema che maggiormente interessa i lettori di questi « Quaderni » è quello del rapporto tra diritto e storia, la lettura dell'intero volume si presenta però interessante per chi desideri avere una conoscenza non sommaria delle più significative tendenze che caratterizzano lo studio di una materia, quale il diritto ecclesiastico, per il cui approfondimento è stato tradizionalmente sempre molto utile lo scambio di esperienze tra diversi settori di ricerca: come infatti ha osservato l'organizzatore del convegno al quale erano state presentate le relazioni, Mario Tedeschi, rappresenta una caratteristica tipica del diritto ecclesiastico quella di appoggiarsi al diritto canonico, da un lato, alla storia dall'altro.

Nella relazione introduttiva di Tedeschi, il cui titolo è quello stesso del convegno e del volume, che è corredata da una bibliografia ricca ed esauriente, anche con riferimento alle discipline non giuridiche, emerge il proposito di rinvenire, nel quadro complessivo delle scienze umane, pur nella difficile unità metodologica, canoni e tecniche interpretative comuni. In questa prospettiva Tedeschi ritiene che assuma importanza l'indagine relativa al rapporto tra storia e dogmatica e in proposito osserva che, così come non è sostenibile una visione formalistica del diritto che prescinda da influenze storiche, non può neppure

---

[11] Un primo incontro per discutere sui metodi e strumenti didattici più utili per l'insegnamento del diritto ecclesiastico si era tenuto, su invito del prof. Attilio Moroni, nel dicembre 1977 nell'Università di Macerata.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

affermarsi che l'unica interpretazione non arbitraria del diritto sia quella storica e che dalla dogmatica giuridica derivi una visione naturalistica che si contrappone a quella storica.

Per quanto riguarda in particolare la collocazione del diritto ecclesiastico, Tedeschi rileva che, nonostante la peculiarità della sua posizione nell'àmbito della scienza giuridica, è da escludere che questa disciplina abbia problemi metodologici e interpretativi diversi da quelli di altri settori o una sua autonomia ermeneutica, che non potrebbe rappresentare se non un pericoloso presupposto di una condizione privilegiaria: il problema di maggior interesse è dunque quello di constatare gli apporti che al diritto ecclesiastico possono provenire dalle altre discipline giuridiche, oltre che dal diritto canonico e dalla storia, e qual'è il contributo che a queste ultime il diritto ecclesiastico può dare o ha dato.

Nella relazione di Catalano (*Problemi metodologici nel diritto ecclesiastico tra storia e dogmatica*) si premette innanzi tutto che costituisce da sempre un impegno dei cultori della disciplina quello di stabilire: 1) se nei termini in cui la materia è stata definita essa abbia una reale autonomia; 2) se, per l'interpretazione delle sue norme, sussistano particolari criteri metodologici ed ermeneutici; 3) se, infine, il suo àmbito scientifico corrisponda o debba corrispondere all'àmbito didattico. Sul primo punto rileva l'autore che è possibile parlare di autonomia in senso pragmatico, poiché le barriere fra i rami del diritto sono convenzionali ed hanno un fine eminentemente pratico. Sul secondo punto, che costituisce un problema di teoria generale del diritto, Catalano sostiene che l'operatore del diritto deve procedere ad una interpretazione strettamente giuridica, ricostruendo il diritto positivo prescindendo dai propri sentimenti, rivolgendo attenzione anche alla fase in cui le norme ricevono applicazione e denunciando eventualmente le divergenze tra il dato normativo e quello applicativo: compito del giurista è dunque quello di tener conto degli elementi pregiuridici e metagiuridici solo in quanto vengano indicati dal legislatore. Sul terzo punto, relativo al rapporto tra l'àmbito scientifico e quello didattico, rilevato che i confini della disciplina « diritto ecclesiastico » sono delimitati, in modo incerto, soprattutto nei confronti del diritto canonico, l'autore rileva i frequenti « sconfinamenti » nel campo della storia ed osserva che questi sono utili soltanto quando dalle vicende passate dei rapporti tra Stato e Chiesa si cercano conclusioni valide per l'oggi.

Nella terza relazione dedicata all'approfondimento dei rapporti tra diritto e storia, quella di Enrico G. Vitali (*Diritto ecclesiastico e storia*), è contenuta un'analisi assai accurata, ricca di spunti intelligenti e di preziose indicazioni bibliografiche, sull'esperienza giuridica del passato, esaminata al fine di individuare, nell'evoluzione storica degli istituti, i momenti più significativi della disciplina. Vengono così considerati: la legislazione ecclesiastica ottocentesca ed il periodo del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

separatismo liberale, a proposito del quale viene ricordato il fecondo rapporto con la prassi giurisprudenziale; il sistema instaurato con la Conciliazione del 1929, caratterizzato dall'elaborazione degli schemi del diritto internazionale privato e dalla scomparsa di ogni utile riferimento al sistema del diritto ecclesiastico valutato come *legislatio libertatis*; l'ordinamento attuatosi con l'entrata in vigore della Carta costituzionale, quando il principio della specialità del diritto ecclesiastico continua a trovare applicazione, con la conseguenza della prevalenza riconosciuta agli articoli del Concordato su qualsiasi altra norma costituzionale e con il determinarsi di un *favor religionis* o addirittura di un *favor Ecclesiae*; soltanto di recente, pur in mancanza di una riforma della legislazione concordataria, si delinea la tendenza a considerare il Concordato sempre più come un episodio circoscritto della legislazione italiana ed assume sempre maggiore importanza, accanto alle norme del diritto ecclesiastico tradizionale, una normativa « sommersa», soprattutto a livello regionale. La conclusione di Vitali è che lo studioso del diritto ecclesiastico, come ogni altr giurista, debba acquistare sempre maggiore coscienza del legame che intercorre tra storia e dogmatica.

Mario Condorelli, nella relazione *Diritto ecclesiastico e storia giuridica nell'esperienza italiana*, dedica attenzione soprattutto alla manualistica e svolge un'analisi assai approfondita dell'evoluzione del rapporto tra studio del diritto ecclesiastico e metodologia storico-giuridica. Vengono esaminate in particolare le posizioni di Francesco Scaduto, sostenitore di una trattazione condotta con metodo giuridico-sistematico, dal quale fosse bandito qualsiasi riferimento alla storia, e di Francesco Ruffini, che affermò l'esigenza di fondere nel diritto ecclesiastico storia e dogmatica: l'impostazione seguìta dallo Scaduto aveva il pregio di porre in maggiore evidenza l'autonomia della disciplina, in un periodo in cui si cercava di limitarne lo sviluppo, ed anche per questa ragione esercitò una notevole influenza sulla dottrina posteriore. Per il periodo successivo viene ricordata la tesi di Vincenzo Del Giudice che, nel 1915, parlando di « diritto ecclesiastico in senso moderno », sostenne l'esigenza di spezzare ogni nesso tra storia e dogma, di distinguere, anche nella terminologia, il diritto ecclesiastico dal diritto canonico e di depurare il diritto ecclesiastico da ogni scoria che si era formata intorno ad esso. Vengono inoltre ricordate le posizioni assunte da altri illustri studiosi della disciplina come, tra gli altri, Mario Falco, sostenitore, anche con riguardo allo studio del diritto canonico, di una separazione rigorosa della storia dalla costruzione giuridica degli istituti, ed Arturo Carlo Jemolo che, pur caratterizzandosi per la viva sensibilità per i problemi storici, nello studio del diritto ecclesiastico si propose di distinguere l'esposizione dogmatica dalla storia.

Due relazioni erano dedicate, come s'è detto, all'esame di problemi irguardanti anche il diritto canonico. Nella prima Piero Bellini ha il-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lustrato il tema del rapporto tra *Magistero conciliare e diritto ecclesiastico civile*. In un'analisi condotta con la finezza e l'approfondimento che caratterizzano le ricerche dell'autore, vengono considerati i progressi del concetto canonistico di « *jus publicum ecclesiasticum externum* », in ordine al quale si sono avuti negli ultimi anni profondi mutamenti, determinati soprattutto dal rinnovato impegno della Chiesa cattolica nei confronti dei problemi della società contemporanea e dalla rivalutazione della funzione del laicato, che costituisce una delle più significative novità scaturite dal Concilio Vaticano II; un Concilio che ha « preso atto della nuova posizione dei *cives* nel seno della *civitas*: del nuovo ruolo che hanno saputo conquistarsi — con tenacia — nella esperienza politica e costituzionale dei nostri paesi occidentali ». Bellini espone tuttavia molte perplessità sulla tendenza ad utilizzare il complesso dei princìpi laici nati nel contesto pluralistico delle società statuali in un sistema monistico qual'è, e non potrebbe non essere, il sistema canonico. Quello della Chiesa cattolica è un pluralismo anomalo, orientato al monismo della cultura cattolica, ed è da respingere il tentativo di assumere *in civitate* l'insegnamento della Chiesa. Il secondo, Concilio Vaticano ha certo rappresentato una tappa di importanza straordinaria nell'itinerario della Chiesa ed è valso a riconciliare Chiesa e mondo, ravvicinandoli « dopo secoli di incomprensioni vicendevoli »: ma la Chiesa, qualunque evoluzione possa caratterizzare i suoi orientamenti, non potrà cessare di essere se stessa e di restare dunque « diversa » dallo Stato: una diversità questa che ne rende preziosa la presenza nella dialettica con gli uomini.

A Pedro Lombardia era affidato il compito di esaminare il tema de *Il rapporto tra diritto canonico e diritto ecclesiastico*. Inquadrato il problema in una prospettiva storica, rileva Lombardia che tale rapporto ebbe origine in una situazione di contrasto tra le autorità dello Stato e della Chiesa, e che la legislazione ecclesiastica si sviluppò proprio quale conseguenza dell'affermarsi del potere dello Stato in polemica con una Chiesa, che si riteneva titolare di una esclusiva competenza in materia religiosa. Vengono ricordati nella relazione i tentativi di una parte della dottrina ecclesiasticistica volti a superare il positivismo, a modificare la tradizionale concezione legata all'argomento delle relazioni tra ordinamenti giuridici primari e a rivalutare la problematica della tutela della libertà in materia religiosa: ad avviso del Lombardia, è l'idea stessa dei diritti umani, come prospettiva critica delle norme di diritto positivo, che determina il superamento del positivismo giuridico e l'azione del giusnaturalismo come base comune. Viene anche auspicata una maggiore attenzione dei cultori del diritto ecclesiastico per la protezione internazionale dei diritti umani, la cui applicazione nello studio della materia è destinata ad assumere sempre maggiore importanza nell'analisi dei temi della libertà e dell'uguaglianza in materia religiosa.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Le due relazioni di Francesco Finocchiaro e di Luigi De Luca riguardavano rispettivamente *Lo studio del diritto ecclesiastico negli ultimi venti anni* e *Il diritto ecclesiastico oggi*. Nella prima Finocchiaro, premesso che la scienza giuridica studia le norme sulla base dei princìpi che ne definiscono la giuridicità, esamina i temi considerati nell'ultimo ventennio dagli studiosi di diritto ecclesiastico per valutare in che modo esso possa essere considerato scienza. Vengono dunque ricordati: lo sforzo della dottrina di inquadrare i problemi della disciplina nel quadro della nuova normativa costituzionale, tentativo reso difficile dalla mancanza di una riforma della legislazione ecclesiastica concordataria che rendeva necessario studiare i vecchi istituti attraverso la lente dei princìpi costituzionali; l'attenzione dedicata alle novità intervenute nell'ordinamento canonico con il Concilio Vaticano II; le proposte di «ingegneria costituzionale» volte a modificare gli artt. 7 e 8 Cost.; la sensibilità dimostrata per i temi di *ius condendum* e per il diritto ecclesiastico straniero e comparato; i contributi relativi all'interpretazione dell'art. 2 Cost.; gli studi per la revisione del Concordato e per i princìpi affermati nelle sentenze della Corte costituzionale. Nessuno di questi tentativi, ad avviso del relatore, ha avuto però successo, come può dedursi dalla constatazione che nelle grandi linee il quadro è rimasto sostanzialmente immutato. Viene inoltre richiamata l'attenzione sul pericolo che l'affermarsi di alcune tendenze interpretative intese ad attribuire rilievo prevalente alle esigenze del pluralismo possano determinare una eccessiva tutela di interessi corporativi.

Nella relazione di Luigi De Luca, dedicata, come s'è detto, all'individuazione dei problemi e delle tendenze attuali della disciplina, viene sottolineata la funzione del diritto ecclesiastico come *legislatio libertatis*. Fra gli elementi di maggior interesse del diritto ecclesiastico oggi vengono ricordati: la mancanza di radicali modificazioni delle linee di fondo della realtà normativa che regola la materia; la circostanza che, pur dovendosi rilevare l'importanza della legislazione regionale, questa solo saltuariamente prende in esame il fenomeno religioso; l'affermarsi nella legislazione ordinaria della libertà religiosa in senso positivo; l'attualità del problema consistente nel precisare le situazioni di conflitto tra lealtà all'ordinamento statuale e lealtà al proprio credo religioso; la coesistenza del fattore religioso con altri valori tutelati dall'ordinamento. De Luca ribadisce la propria convinzione, già esposta in altri suoi noti contributi, che sia necessario considerare la tutela del sentimento religioso non solo avendo riguardo al momento della formazione delle norme, ma anche a quelli dell'interpretazione ed applicazione che tali norme ricevono dagli organi dello Stato nella prassi amministrativa e giudiziaria. Vengono infine posti in evidenza i segni di fermento che caratterizzano la situazione della disciplina nel momento attuale e le ragioni che inducono a ritenere

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per ora non prevedibile una regolamentazione del fattore religioso attuata mediante il ricorso al diritto comune.

3. *Importanza di una valutazione della realtà sociale del presente. Utilità della ricerca interdisciplinare e delle ricerche di diritto comparato.*

Una conclusione che emerge con chiarezza dalla lettura delle relazioni il cui contenuto si è sintetizzato nelle pagine che precedono è quella che sottolinea l'esigenza che anche il diritto ecclesiastico, come ogni altro ramo della scienza giuridica, tenga costantemente conto della realtà sociale dell'età presente.

Nello studio della disciplina giuridica del fenomeno religioso rappresenta una tendenza rilevabile nei più significativi contributi quella che ritiene necessari: un'adeguata considerazione della funzionalità dei vari istituti, capace di individuare il rendimento delle norme in rapporto alla realtà nella quale esse sono destinate ad operare; un costante collegamento della ricerca giuridica con la situazione concreta; un metodo di indagine che attribuisca importanza alla storia e al diritto comparato ([12]).

Una prima esigenza da rispettare, per chi voglia conseguire risultati apprezzabili nello studio del fenomeno religioso dal punto di vista giuridico, è quella che induce a tener conto, oltre che delle ricerche svolte dai giuristi nei settori contigui a quello che riguarda l'esperienza giuridica in materia religiosa, anche dei contributi provenienti da scienze diverse rispetto a quella che si definisce come « scientia iuris » e delle esperienze degli ordinamenti diversi da quello italiano.

Mentre troppo spesso si esprimono perplessità sull'adozione del metodo interdisciplinare, additando il pericolo che esso possa provocare un dissolvimento delle singole discipline, e si tende a « separare » e a rendere « autonomi » taluni settori di ricerca, nel quadro del sapere giuridico unitariamente considerato, è possibile, a mio avviso, constatare che i risultati più significativi sul piano della ricerca giuridica appartengono ad autori che hanno esplicitamente ritenuto di « rompere » con le specialità disciplinari troppo rigorosamente delimitate ([12 *bis*]).

Non soltanto occorre ribadire l'utilità di una ricerca interdisciplinare nell'àmbito dei vari rami in cui tradizionalmente si distingue l'ordinamento giuridico statuale, ma anche l'opportunità di procedere ad analisi capaci di arricchire la ricerca giuridica con i contributi provenienti da altre scienze sociali.

Come è noto, una tendenza che, così come in altri rami del diritto, aveva a lungo caratterizzato gli interessi e l'impegno degli studiosi

([12]) Per una lucida analisi dell'importanza che tali aspetti presentano per un'efficace comprensione conoscitiva dei problemi del diritto costituzionale, cfr. il saggio di M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi*, cit.

([12 *bis*]) Significativo è il contributo di un giurista come A. C. JEMOLO: cfr. il fasc. XI (1981) dei *Quaderni della Nuova Antologia* (*Jemolo testimone di un secolo*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del diritto ecclesiastico consisteva nella valutazione del diritto come un mondo di valori perenni ed autonomi, astratti dalle concrete contingenze storiche e dalla realtà sociale: nell'esercizio dell'attività del giurista « il ricorso all'apporto delle scienze storiche o sociali, più che pericoloso o antiscientifico, era da considerare del tutto inutile » (13).

La fedeltà dei giuristi italiani a tale metodo, se può rinvenirsi in tutti i settori della scienza giuridica (14), appare tuttavia più tenace in alcune materie, nelle quali si acquisisce con ritardo maggiore rispetto ad altri settori la consapevolezza dei legami con la ricerca storica, sociologica ed economica. Certo è possibile constatare e giustamente criticare l'approssimazione, l'oscurità e l'ambiguità di talune ricerche caratterizzate dall'intento di operare una saldatura tra la ricerca giuridica e l'indagine riguardante i dati provenienti da diverse esperienze; ma non può neppure sottovalutarsi l'importanza dei risultati conseguiti da quanti si sono dimostrati capaci di utilizzare i dati forniti dalle discipline storiche, economiche, sociologiche e della scienza politica, nella dimensione ricostruttiva che caratterizza l'indagine giuridica.

Vari fattori hanno esercitato influenza nel convincere sull'opportunità di un superamento di talune tendenze che avevano caratterizzato la ricerca sull'esperienza giuridica in materia religiosa nei primi cinquant'anni del secolo. È sufficiente qui ricordare quelli che sono stati i momenti più significativi che hanno determinato un mutamento dei metodi tradizionalmente adottati dagli studiosi di diritto ecclesiastico ed hanno favorito l'inserimento di tale disciplina in un più ricco contesto culturale: innanzi tutto le nuove esigenze poste dall'entrata in vigore di una Costituzione, come quella italiana, costruita mediante princìpi più che disposizioni analitiche; anche per il diritto ecclesiastico, come per ogni altro ramo del diritto italiano, « le norme costituzionali ... hanno messo in chiara evidenza i limiti di una cultura giuridica abituata ad operare sulla base di concetti astratti ed avente come punto di riferimento unicamente una legislazione di tipo regolamentare (costituita, cioè, non da indicazioni di principio, ma da prescrizioni puntuali e particolareggiate) » (15).

La novità determinata dall'esigenza di collegare l'attività di ricerca giuridica ad un testo costituzionale composto da norme anche strutturalmente diverse rispetto a quelle del periodo precedente provoca un complesso di conseguenze che, anche per il diritto ecclesiastico, sono di evidente constatazione: si analizza il ricco articolarsi della tipologia legislativa — notevole è in proposito l'importanza, anche in materia ecclesiastica, dei princìpi della legislazione regionale — e giurispru-

---

(13) S. RODOTÀ, *Gli studi di diritto contemporaneo*, cit., p. 94.

(14) Sulla posizione spesso conservatrice dei giuristi, cfr. G. GROSSO, *Il tradizionalismo dei giuristi*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, n.s., VI-VII (1953), p. 1.

(15) S. RODOTÀ, *Gli studi di diritto contemporaneo*, cit., p. 103.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

denziale, soprattutto con riguardo alla tipologia delle sentenze costituzionali [16]; si dedicano contributi all'ideologia degli scienziati e si raccolgono materiali sul processo di elaborazione di riviste e di manuali [17]; si riconosce l'importanza dell'applicazione delle norme [18] e dell'eventuale divario fra *teoria* e *prassi* delle libertà di religione, in coerenza con l'esigenza avvertita anche nell'analisi di altre libertà civili e democratiche [19]; si indaga sui sentimenti religiosi dei cittadini [20], sull'importanza dell'opinione pubblica [21], sulla rilevanza e tutela degli interessi religiosi [22]; si sottolinea il rilievo che assume l'influenza delle forze politiche e dei gruppi di pressione nel processo di attuazione delle norme [23]; si allarga l'àmbito delle ricerche ad esperienze diverse, attribuendo nuova attenzione alla comparazione giuridica [24]. Si avverte in sostanza l'insoddisfazione per le tecniche del legalismo formalistico e del formalismo giuridico [25], si acquisisce maggiore consapevolezza

---

[16] V. di recente sul problema A. ALBISETTI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto ecclesiastico*, Milano, 1983, ed ivi ulteriori indicazioni.

[17] Cfr. F. MARGIOTTA BROGLIO, *Stato e confessioni religiose, 2. Teorie e ideologie*, Firenze, 1978; S. FERRARI, *Ideologia e dogmatica*, cit.; M. TEDESCHI, *Contributo alla determinazione della scienza del diritto ecclesiastico*, cit.

[18] Può vedersi in proposito S. LARICCIA, *L'attuazione dei principi costituzionali in materia religiosa*, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, LXCII (1981), I, pp. 3-12.

[19] Cfr. il volume di P. BELLINI, C. CARDIA, P. COLELLA, G. FUBINI, L. GUERZONI, S. LARICCIA, G. PEYROT, P. PICOZZA, *Teoria e prassi delle libertà di religione*, Bologna, 1975.

[20] L. DE LUCA, *Diritto ecclesiastico e sentimento religioso*, in AA.VV., *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, vol. I, t. I, Milano, 1963, pp. 391-421.

[21] L. DE LUCA, *Il diritto ecclesiastico e l'opinione pubblica*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, n.s., VI-VII (1953), p. 78.

[22] S. LARICCIA, *La rilevanza giuridica dell'interesse religioso*, in AA.VV., *La legislazione ecclesiastica*, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, a cura di P. A. D'AVACK, Vicenza, 1967, pp. 293-323; ID., *La rappresentanza degli interessi religiosi*, Milano, 1967; P. RESCIGNO, *Interesse religioso e formazioni sociali*, in AA.VV., *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico*, Atti del primo convegno nazionale di diritto ecclesiastico, a cura di A. RAVÀ, Milano, 1973, pp. 51-69; C. MIRABELLI, *L'appartenenza confessionale*, Milano, 1975; P. MONETA, *Stato sociale e fenomeno religioso*, Milano, 1979; A. VITALE, *Ordinamento giuridico e interessi religiosi*, Milano, 1981; V. TOZZI, *Riforma amministrativa ed interessi religiosi. Il riassetto dell'assistenza e della beneficenza*, Napoli, 1983.

[23] L. DE LUCA, *Diritto ecclesiastico e sentimento religioso*, cit., p. 415; S. LARICCIA, *La rappresentanza degli interessi religiosi*, cit., spec. pp. 129-165.

[24] Cfr., soprattutto F. ONIDA, *L'interesse della comparazione negli studi di diritto ecclesiastico*, in AA.VV., *La legislazione ecclesiastica*, cit., pp. 601-619 e, in un àmbito più generale, AA.VV., *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, a cura di R. SACCO, Milano, 1980. Per indicazioni sul diritto ecclesiastico comparato cfr. S. LARICCIA, *Diritto ecclesiastico*, cit., pp. 376-378 e 484-491.

[25] La bibliografia sul punto, come è noto, è molto ampia. Per un primo orientamento cfr. M. PORZIO, *Formalismo e antiformalismo nello sviluppo della metodologia giuridica moderna*, in *Bollettino della Biblioteca degli Istituti giuridici della Università di Napoli*, VII (1961), 3, pp. 254-310, e VIII (1962), 2, pp. 203-262;

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che a determinate guarentigie formali di libertà non corrisponde (o comunque può non corrispondere) un « *sostanziale* ed *effettivo* appagamento dell'*appetitus libertatis* dell'uomo contemporaneo » [26], si attribuisce rilievo all'ordinamento giuridico nel suo complessivo articolarsi e all'individuazione della coerenza con i *principi generali* del diritto.

L'esigenza di una ricerca che, pur nell'ambito settoriale, eviti ogni considerazione unilaterale e parziale deve oggi poi collegarsi con le nuove tendenze che emergono nel panorama complessivo delle scienze sociali. Non si può dimenticare infatti che, nel dibattito metodologico che attualmente si svolge nell'àmbito delle scienze umane, è possibile individuare un elemento comune, consistente in una generale e crescente insofferenza per la « divisione tecnica » del sistema delle scienze in settori separati, qualificati ciascuno da una differente « chiave epistemologica » e da uno specifico àmbito d'analisi [27].

La domanda crescente di una « scienza umana totale », che caratterizza molti recenti contributi della ricerca storiografica, anche se appare in contraddizione con il processo di segmentazione e separazione del sapere sociale caratteristico del tempo presente, esprime l'esigenza di individuare un oggetto analitico più concreto ed integrale: si è consapevoli di andare in un certo senso « controcorrente », data la nota tendenza alla specializzazione nei vari settori delle scienze, e tuttavia si avverte l'esigenza di procedere ad una « diversa *ricomposizione* dei differenti saperi scientifici », nella convinzione che nessuna disciplina « separata » è in grado di affrontare « in esclusiva » i problemi che la realtà pone nell'indagine scientifica [28].

Questa esigenza, pur in una situazione che sembra porre contrarie indicazioni, può oggi rinvenirsi anche negli studi giuridici, dovendo oggi ritenersi sempre più necessario un processo di arricchimento della ricerca giuridica, determinato dal bisogno che oggi avverte il giurista di « lanciare sguardi non fuggevoli al di là degli spalti della cittadella, a tessere rapporti con chi lavora in terreni vicini » nella consapevolezza che « coscienza dell'autonomia e fedeltà a una non abdicabile specificità non debbono significare chiusura, impermeabilità, contemplazione narcisistica della propria purezza » [29].

E costituisce da tempo una constatazione che accomuna gli studiosi di molti rami del diritto che la consueta ripartizione in « materie » o

---

A. NEGRI, *Alle origini del formalismo giuridico. Studio sul problema della forma in Kant e nei giuristi kantiani tra il 1789 e il 1802*, Padova, 1962.

[26] L'espressione è tratta dalla premessa al volume su *Teoria e prassi delle libertà di religione* citato alla nt. (19), p. 18.

[27] M. REVELLI, *Introduzione* a *La ricerca interdisciplinare: metodi e risultati*, Parte IV del volume *Gli strumenti della ricerca, 2. Questioni di metodo*, nella collano *Il mondo contemporaneo*, edita da La Nuova Italia, Firenze, 1983, pp. 1301-1314, spec. p. 1310.

[28] M. REVELLI, *Introduzione*, cit., p. 1311.

[29] P. GROSSI, *Pagina introduttiva* al vol. X (1981) di questi *Quaderni*, pp. 1-5, spec. p. 4.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« gruppi disciplinari » adottata convenzionalmente, ai fini didattici e concorsuali dell'ordinamento universitario, non può tradursi in una corrispondente divisione del lavoro tra i giuristi. « Il quadro, oggi, è sostanzialmente mutato — osservava nel 1968 Stefano Rodotà —: la rigidità delle distinzioni cede di fronte ad una realtà in cui la Costituzione pone princìpi operativi comuni alle materie più diverse, la legislazione ordinaria accentua i modi e le forme dell'intervento statale, quest'ultimo nega l'esistenza di settori ontologicamente riservati al libero ed esclusivo dispiegarsi dell'attività dei privati, soggetti privati e pubblici sottostanno a discipline identiche » ([30]).

Significativo, con particolare riferimento alla materia dei rapporti e degli istituti di diritto ecclesiastico, è il frequente richiamo alle esigenze di un diritto « comune »: espressione adottata con significato parzialmente diverso rispetto ad altri rami del diritto ([31]), ma che induce a ritenere inadaguato lo strumento delle discipline « speciali » per la regolamentazione di rapporti che richiedono nuove forme di organizzazione degli interessi e nuovi strumenti di disciplina legislativa ([32]).

4. *Importanza della prospettiva storica. Il rapporto inscindibile fra i tre momenti della temporalità: passato-presente-futuro.*

Un'importanza non minore rispetto a quella che occorre riconoscere alla valutazione della realtà sociale del presente deve poi attribuirsi al rapporto inscindibile fra i tre momenti della temporalità: passato-presente-futuro.

Insistere sul nesso fra le dimensioni del passato, del presente e del futuro come costitutivo della coscienza storica che anche il giurista deve possedere significa non soltanto rivalutare la tesi crociana della

---

([30]) S. Rodotà, *Lo studio del diritto contemporaneo*, cit., p. 107.

([31]) Nella nostra epoca si assiste, secondo una valutazione che trova concordi pubblicisti e privatisti, alla « ricostituzione di un diritto comune » (la formula è di M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, p. 58) e alla trasformazione del diritto privato in « quel diritto comune a pubblici e privati operatori, che esisteva in forma massiccia in passato, che era diventato fievole creatura, e che ora starebbe rinascendo »: M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, pp. 855-871, spec. p. 866. Per importanti precisazioni e indicazioni sul problema cfr. F. Galgano, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, *sub* art. 11-35, Bologna-Roma, 1969, spec. pp. 102-106 e N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979, spec. pp. 11 ss.

([32]) Pagine di notevole interesse sono dedicate al problema da P. Bellini, del quale può vedersi in particolare *Verso un nuovo laicismo: per una legge comune sul « fatto religioso »*, in *Quaderni dell'Istituto di Studi giuridici, Annali della Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Perugia*, XIV (1977-'78), pp. 41-47 e in AA.VV., *Nuove prospettive per la legislazione ecclesiastica*, cit., pp. 167-182.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contemporaneità della storia (33), attribuire anche alla storia il valore di « esperienza » (34) e ribadire che il presente non può essere inteso senza il passato dal quale riceve illuminazione ed approfondimento, ma anche riconoscere che il giurista, come ogni altro operatore sociale, non può fare a meno di tener conto delle ansie e preoccupazioni che fermentano nel presente della realtà sociale e dei sentimenti che inducono gli uomini a proiettare le proprie aspirazioni e speranze verso il futuro.

Per una efficace conoscenza e comprensione del fenomeno religioso e della sua disciplina giuridica, la prospettiva storica assume fondamentale importanza, soprattutto in un periodo di transizione qual'è quello attuale: in proposito si deve riconoscere che una notevole influenza, nel favorire la coscienza del rilievo che tale prospettiva storica assume per la *scientia iuris*, è stata esercitata in questi anni dal contributo degli studiosi di storia del pensiero giuridico moderno, impegnati nel « sensibilizzare » il giurista ad acquisire maggiore consapevolezza dell'« intrinseca, ineliminabile storicità del sapere giuridico », ad « ammonirlo del rischio di considerare il diritto vigente *sub specie aeterni*, a far risaltare che la dimensione tecnica è soltanto una delle dimensioni del suo sapere e che il diritto è, in primo luogo, espressione fedele d'una civiltà che vive in tutta pienezza la sua storia » (35).

La consapevolezza della crescente « accelerazione della storia » e della dimensione di un mondo in sempre più rapida trasformazione e la constatazione di essere entrati in un tipo di civiltà nuovo e nettamente differenziato rispetto al passato hanno modificato, anche a nostra insaputa, i modi di pensare degli uomini, a tal punto che è inconcepibile che l'attività del giurista non ne sia toccata (36).

Il riferimento al futuro è costitutivo di qualsiasi attività umana ed è un riferimento che acquista sempre maggiore rilievo, sia nella pratica, sia a livello di analisi approfondita, ora che assume un ritmo

---

(33) La contemporaneità della storia è espressa da Croce secondo tre formulazioni: la storia è contemporanea perché il passato esiste solo nel pensiero dello storico; perché il presente contiene in sé il passato; perché lo stimolo a pensare il passato deriva allo storico da un bisogno attivo nel presente: cfr. sul punto G. BORSA, *Introduzione alla storia*, Firenze, 1980, pp. 38-39.

(34) Sulla necessità di considerare la stessa storia « come esperienza » ha richiamato l'attenzione soprattutto G. GUARINO, del quale cfr. in particolare *Lo svolgimento delle assemblee parlamentari*, Napoli, 1948, p. 248 ss.; *Oggetto funzioni e metodo della teoria generale del diritto*, in *Rassegna di diritto pubblico*, VIII (1953), pp. 1-16; ID., *Stato ed energia nucleare*, in *Rivista delle società*, 1959, pp. 19-54 e in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962, pp. 325-369, spec. pp. 325-329. Cfr. anche M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi*, cit., spec. p. 107.

(35) P. GROSSI, *Pagina introduttiva*, cit., p. 3.

(36) Interessanti considerazioni sull'importanza che l'« accelerazione della storia » assume a proposito di ogni tema di « ingegneria » politica, scientifica, sociale ed educativa possono leggersi in R. DOTTRENS, *Maestri per il mondo di domani*, trad. ital., Firenze, 1968, spec. pp. 77-78.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sempre più accelerato lo sviluppo scientifico, tecnico, sociale e politico e che, d'altra parte, ci si rende conto di quanto sia difficile disporre *oggi* delle conoscenze e delle strategie idonee ad influire sulle realtà economiche, sociali e politiche. In una società che anche al giurista assegna il compito di impegnarsi per un futuro democratico (37), tutte le « materie » potrebbero e dovrebbero coordinarsi interdisciplinarmente per contribuire, con il massimo impegno e la massima lealtà di ciascuno, al raggiungimento di questo essenziale risultato.

Anche la questione della rigorosa distinzione tra *ius conditum* e *ius condendum*, attribuiti rispettivamente alla competenza del giurista e del politico, e dei criteri per definire tale distinzione deve oggi valutarsi alla luce delle nuove esigenze che, nello svolgimento di un'attività con funzioni e caratteri operativi qual'è quella del giurista (38), richiedono nuovi livelli metodologici, tecnici, di atteggiamenti e valori.

In alcune tra le relazioni pubblicate nel volume che ha costituito lo spunto per queste considerazioni, viene ribadita con particolare insistenza la distinzione tra le competenze spettanti al politico e al giurista con l'intento, espressamente dichiarato, di contrastare « la tendenza ... volta a sostenere che le norme debbano essere calate nella realtà sociale » (39) e con l'osservazione che è sufficiente il comune senso giuridico per distinguere le indagini sullo *jus conditum* dalle istanze del *jus condendum* (40).

Ora è esatto affermare che « le rivoluzioni non si possono effettuare con delle sentenze o con interpretazioni distorte » (41), che « è estraneo al compito del giurista, il quale non sia il consulente del principe, formulare norme per la cui introduzione occorrono nuove disposizioni » (42) e che « il giurista non deve dimenticare la lezione di Stučka: il diritto segue la rivoluzione ed è illusorio pensare che la preceda » (43). Ma proprio gli autori delle precisazioni ora ricordate hanno d'altra parte sotto-

---

(37) Da un punto di vista generale cfr. P. ANGELA, G. CIVES, T. DE MAURO, M. TOMASSINI, *Competenze necessarie per un futuro democratico*, in *Scuola e Città*, XXXIII (1981), pp. 333-338 e *Il destino del nostro pianeta*, fasc. LXXXVII de *I problemi di Ulisse*, anno XXXIII (1979), vol. XIV.

(38) Sul carattere ' operativo ' della *scientia iuris* cfr. R. ORESTANO, *Progetto di una introduzione allo studio della « scientia iuris »*, cit., spec. c. 165, ove l'autore si propone di superare l'annosa *querelle* fra ' pratica ' e ' teoria ' e fra ' tecnica ' e ' scienza ' e rileva: « Il riconoscere la ' operatività ' di ogni manifestazione del concreto ' fare ' dei giuristi porta a superare sia l'una che l'altra distinzione in una risoluzione reciproca ».

(39) G. CATALANO, *Problemi metodologici nel diritto ecclesiastico tra storia e dogmatica*, p. 32 del volume qui recensito.

(40) F. FINOCCHIARO, *Lo studio del diritto ecclesiastico negli ultimi venti anni*, p. 152 del volume qui recensito.

(41) G. CATALANO, *Problemi metodologici*, cit., p. 33.

(42) F. FINOCCHIARO, *Lo studio del diritto ecclesiastico*, cit., p. 167.

(43) F. FINOCCHIARO, *Lo studio del diritto ecclesiastico*, cit., p. 174, ed ivi, nt. (58) la citazione di P. I. STUČKA, *La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato e altri scritti*, Introduzione e traduzione di U. CERRONI, Torino, 1967.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lineato con particolare efficacia l'importanza di una valutazione che tenga conto del diritto vivente e vissuto, costituito « dai comportamenti reali, dai fatti esistenziali nei quali le norme concretamente si verificano » (44), e l'utilità dell'imprescindibile esame della realtà sociale dell'età presente, che è « la realtà produttrice e insieme destinataria del diritto » (45).

La tendenza, rilevabile nella storia del pensiero giuridico degli ultimi decenni, a considerare *de iure condendo* taluni importanti problemi ha una sua spiegazione collegabile, nel particolare settore della disciplina giuridica del fenomeno religioso, con la volontà del legislatore di non procedere ad una riforma della legislazione elaborata nel passato regime e con la resistenza che, per molti anni, la magistratura, e più in generale, i pubblici poteri hanno rivelato nell'adempimento del compito ad essi spettante di prendere atto delle modifiche intervenute in Italia con l'entrata in vigore della nuova Costituzione.

Una delle cause maggiori del disagio di una società consiste nel mancato raccordo tra la lettera della legge e la sostanza delle vita quotidiana; tale situazione si è verificata in Italia anche con riferimento alla materia religiosa, perché al profondo mutamento delle concezioni emerse nella società sul *problema religioso* non è corrisposta una adeguata trasformazione dei princìpi legislativi che lo disciplinano (46).

L'esigenza di adeguarsi alle istanze espresse dalla dinamica della realtà sociale e di interpretare le norme giuridiche nel senso di ampliare le garanzie in esse contenute e di colmare le lacune eventualmente ravvisabili è avvertita soprattutto con riferimento alle disposizioni costituzionali, le quali sono suscettibili di dire, con il trascorrere del tempo, anche cose maggiori e diverse da quelle che sembravano potersi dedurre all'atto della formulazione del testo normativo (47). La Costituzione

---

(44) L'espressione, ricordata da G. CATALANO, *Problemi metodologici*, cit., p. 32, è di C. MAGNI, *Teoria del diritto ecclesiastico civile*, Padova, 1958, p. 30.

(45) F. FINOCCHIARO, *Lo studio del diritto ecclesiastico*, cit., pp. 173-174, ove l'autore con molta chiarezza precisa: « Non è che il giurista si debba trasformare in storico o in sociologo, ma è necessario che le analisi del giurista possano trovare riscontro in dati concreti, sia che si tratti di fare evolvere il diritto vigente, sia che si tratti di proporre soluzione *de jure condendo* ».

(46) Può vedersi sul punto S. LARICCIA, *Trasformazione della società e mutamenti della dimensione religiosa*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Macerata*, in onore di Attilio Moroni, n.s., IV (1982), I, pp. 289-300.

(47) Sul problema dell'attuazione costituzionale cfr., in generale, A. PREDIERI, *La Costituzione e il divenire della società italiana*, in *Foro amministrativo*, LII (1975), II, pp. 429-439; AA.VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1979; per quanto riguarda in particolare la materia religiosa, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, cfr. A. ALBISETTI, *La Corte costituzionale ed i problemi del diritto ecclesiastico: formalismo giuridico e attuazione della Costituzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Agostino d'Avack*, I, Milano, 1976, pp. 3-39; S. LARICCIA, *Stato e Chiesa in Italia. 1948-1980*, Brescia, 1981; ID., *L'attuazione dei principi costituzionali in materia religiosa*, cit.; E. G. VITALI, « *Legislatio libertatis* », cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

italiana, come è noto, è una carta costituzionale elaborata guardando verso l'avvenire, come si deduce dalla formulazione della norma contenuta nell'art. 3, 2° comma, nel quale si pone come meta da raggiungere il pieno sviluppo della persona umana, ed è dunque suscettibile di una interpretazione che storicamente evolve con l'evoluzione dei tempi e con lo sviluppo della vita democratica.

Nella materia religiosa l'ammissibilità di una interpretazione in coerenza con l'evoluzione dei tempi assume un rilievo particolare, perché proprio in tale àmbito il testo di alcune norme è formulato in modo tale da consentire anche interpretazioni restrittive: sono in proposito significativi l'omissione di qualunque riferimento al diritto di dissenso e alla libertà di coscienza del dissenziente in tema di religione, la mancanza di qualunque cenno nella Costituzione alla libertà di informazione, il riferimento, in tema di uguaglianza giuridica, ai soli cittadini e non anche ai gruppi sociali nei quali i singoli si collegano per la migliore soddisfazione delle esigenze individuali.

Proprio la particolarità delle condizioni venutesi a determinare nel paese con l'entrata in vigore della Costituzione e la singolare situazione per cui per molti anni il programma costituzionale è rimasto in larga parte il programma, come diceva Piero Calamandrei, di una rivoluzione non ancora attuata ma promessa per l'avvenire, spiegano le ragioni che hanno indotto una parte dei giuristi ad adottare metodi e criteri idonei a consentire una interpretazione evolutiva della normativa costituzionale.

Se poi ci si domanda quali motivi abbiano determinato il ritardo con il quale ci si è proposti di elaborare un sistema di diritto ecclesiastico coerente con le nuove esigenze espresse dalla Carta costituzionale, occorre sottolineare che tale conseguenza è stata anche prodotta dall'importanza forse eccessiva che la dottrina e la giurisprudenza prevalenti negli anni cinquanta hanno attribuito all'unica norma nella quale il problema religioso sia stato valutato e disciplinato guardando al passato, anziché al presente e al futuro della società italiana: intendo naturalmente riferirmi alla disposizione, contenuta nell'art. 7, 2° comma, Cost., con la quale il legislatore costituzionale ha stabilito che i rapporti tra Stato e Chiesa cattolica « sono regolati dai Patti lateranensi ».

5. « *Ideologia* » e « *dogmatica* ».

Ed è qui che è necessario accennare, sia pure nei limiti consentiti dalle finalità di questo scritto, al delicato rapporto fra « scienza » e « ideologia ».

Come ha evidenziato nella sua relazione Finocchiaro, che ha chiaramente esposto le ragioni che hanno indotto in questi anni lo studioso del diritto ecclesiastico a dedicare così spesso attenzione ai temi di *ius condendum*, l'attività scientifica deve tradursi nella coordinazione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

delle norme esistenti e nella proposta di una disciplina dei rapporti studiati dal diritto ecclesiastico in senso conforme alla Carta costituzionale: ed « è nella realizzazione di questo programma che si attua il rapporto fra scienza e ideologia, perché il giurista, svolgendo le sue analisi, ha la possibilità di cogliere quanta parte dell'ideologia sia (o possa farsi) esperienza giuridica praticabile e quanta parte, invece, costituisce mera aspirazione di un diritto avvenire » (48).

Per definire l'« ideologia » e precisarne l'influenza sullo svolgimento dell'attività del giurista, per la verità, non sembra opportuno esaminarla e collocarla in rapporto alla « scienza », giacché, come si è esaurientemente dimostrato, conoscere significa distruggere conoscenze mal fondate, ritornare su un passato di errori ideologici (49), cosicché nulla assicura che « la scienza di oggi non sia nutrita di ideologie che saranno smascherate dalla scienza di domani » (50).

Nella storia del pensiero giuridico, anche italiano, la problematica delle ideologie si impone soprattutto dopo la seconda guerra mondiale e dopo che, in circa due secoli, si era formata una sterminata letteratura comprendente scritti di « ideologi », storici delle ideologie, sociologi delle ideologie ecc. (51), nei quali l'espressione viene usata con un'incredibile varietà di significati: esattamente in proposito si è osservato che « l'unica affermazione da potersi fare senza tema di smentita » è che l'ideologia è « servita da bandiera, da brando e da bersaglio per operazioni culturali e ' ideologiche ' le più differenti, sovente opposte, a seconda del lato del campo da cui si muoveva e dal quale si lottava (e si lotta) » (52).

Il dibattito sul significato dell'espressione e sulla sua influenza sull'attività del giurista inizia però in tempi diversi nei vari settori della scienza giuridica ed è una constatazione che la lettura delle relazioni al convegno di Taormina consente di confermare quella secondo la quale nel diritto ecclesiastico tarda ad affermarsi più che in altre

---

(48) F. FINOCCHIARO, *Il diritto ecclesiastico negli ultimi venti anni*, cit., p. 161: « Pensare che il *jus condendum* — osserva l'autore — sia già *conditum* è solo una fuga in avanti che non può far *scienza* ».

(49) G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique*, Paris, 1932, p. 13.

(50) G. BURDEAU, *Ideologia*, in *Enciclopedia del Novecento*, III, Roma, 1978, pp. 505-515, spec. p. 505.

(51) Nell'impossibilità di fornire adeguate indicazioni si può rinviare ai due volumi di C. MONGARDINI, *Storia del concetto di ideologia*, Roma, 1968, che in una bibliografia selezionata elenca 800 titoli, e di F. DAL POZZO, *L'ideologia come modo di conoscenza e di relazione. Un contributo al superamento dell'ideologia, con particolare riguardo all'esperienza giuridica*, Milano, 1977, alle due voci di G. BURDEAU, *Ideologia*, cit., e M. STOPPINO, *Ideologia*, in *Dizionario di politica* [2], a cura di N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO, Torino, 1983, pp. 512-524, con molte indicazioni di bibliografia, e al saggio di R. ORESTANO, *Ideologia, parola da non far più paura. Per una ' radiografia ' della « scientia iuris »*, in *Foro italiano*, CV (1982), V, cc. 157-175.

(52) R. ORESTANO, *Ideologia, parola da non far più paura*, cit., c. 159.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

discipline l'idea che induce a ritenere « ogni *scientia iuris* ... intrinsecamente, strutturalmente ' ideologica ' checché pensi di se stessa, qualsivoglia ' ideologia ' affermi di se medesima, ivi compresa quella di non volerne avere o ammettere » (53).

Nello studio del diritto ecclesiastico la metodologia dogmatica prevale più a lungo che in altri settori del diritto e per un periodo più lungo si continuano ad interpretare i problemi e le esigenze del presente secondo la logica del passato.

Un elemento decisivo per un rinnovamento del diritto ecclesiastico italiano non è rappresentato dall'entrata in vigore della Costituzione, che avrebbe dovuto invece determinare un profondo mutamento dei metodi e dei criteri adottati in precedenza, ma dalla considerazione delle norme di derivazione concordataria come un complesso di disposizioni non assolutamente intoccabili: il che è avvenuto solo dopo che nel 1971 la Corte costituzionale, con le sentenze nn. 30, 31 e 32, ha per la prima volta affermato il principio dell'ammissibilità di una dichiarazione di illegittimità costituzionale nei confronti di norme di derivazione concordataria contrastanti con princìpi supremi dell'ordinamento costituzionale.

Non erano certo mancati negli anni precedenti i contributi di studiosi che si erano proposti di sottolineare l'importanza delle novità determinate dall'entrata in vigore della Costituzione, le conseguenze che l'interpretazione della Carta costituzionale comportava sul regime di libertà e di uguaglianza in materia religiosa e l'esigenza di un rinnovamento dei princìpi della disciplina (54). Ma è possibile constatare che gli orientamenti di alcuni tra gli studiosi della materia e, soprattutto, di quelli appartenenti alla cosiddetta « cultura cattolica » mutano solo quando l'attenzione al diritto delle libertà non è più funzionale alla tutela della Chiesa istituzione e quando, con il Concilio Vaticano II, l'evoluzione della Chiesa cattolica assume notevole importanza anche per la cultura « laica » e la società civile.

Emerge allora con sempre maggiore evidenza la contraddizione fondamentale del diritto ecclesiastico italiano, consistente nel rapporto e nel conflitto tra i « valori presenti nella Carta costituzionale, che prefigurano una società laica e pluralista » e la « legislazione ecclesiastica ordinaria fortemente privilegiaria verso una determinata confessione religiosa e discriminante verso gruppi confessionali minoritari e altre ideologie areligiose o irreligiose » (55).

Una tesi sostenuta in passato era quella favorevole ad una « netta distinzione dell'elemento giuridico da quello politico », sul presupposto

---

(53) R. ORESTANO, *Ideologia, parola da non far più paura*, cit., c. 159.

(54) Sui princìpi e garanzie costituzionali in materia religiosa può consultarsi la bibliografia riportata in S. LARICCIA, *Diritto ecclesiastico*, cit., pp. 401-408.

(55) Cfr. la premessa al volume *Teoria e prassi delle libertà di religione*, cit., p. 16.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che il problema delle relazioni fra lo Stato e la Chiesa e del collegamento fra gli ordinamenti giuridici di cui lo Stato e la Chiesa sono portatori fosse il banco di prova per una costruzione dogmatica che prescindesse « da perturbatrici valutazioni politiche, o comunque di ordine extragiuridico » (56). Ma oggi « nessuno pensa ormai che il diritto non abbia una dimensione storica e parole come ' pregiuridico ' e ' metagiuridico ', sono sempre meno usate » (57) ed anche gli studiosi del diritto ecclesiastico sono ben consapevoli che nella dogmatica, e cioè nel metodo con il quale si legano fra loro « scientificamente » i concetti con l'intento di comporre « unità strutturali », la componente ideologica è presente in misura assai notevole (58).

Ci si rende conto che i dogmi, veri argini che il metodo della scienza giuridica eleva contro ogni infiltrazione extragiuridica, spesso impediscono di comprendere la realtà e di avere una chiara visione dei problemi e che è quindi indispensabile una nuova sensibilità all'ambiente sociale nel quale le norme sono destinate ad operare, alla storia e alla comparazione giuridica (59).

---

(56) A. CHECCHINI, *L'ordinamento canonico nel diritto italiano*, in *Archivio di diritto ecclesiastico*, II (1940), p. 20, spec. p. 21. Sul pensiero di Aldo Checchini cfr. P. BELLINI, *Aldo Checchini e la dogmatica del diritto ecclesiastico italiano (con riferimento alla qualificazione della posizione del diritto italiano verso quello della Chiesa)*, in *Il diritto ecclesiastico*, LXX (1959), I, pp. 393-422.

(57) M. TEDESCHI, *Contributo alla determinazione della scienza del diritto ecclesiastico*, cit., p. 54.

(58) Cfr. le considerazioni svolte sul tema nel saggio di R. ORESTANO, *Ideologia, parola da non far più paura*, cit., c. 169, ove vengono ricordate la definizione che del procedere dommatico ne dava B. WINDSCHEID (*Lehrbuch des Pandektensrechts* [7], Frankfurt a. M., 1891, 24, p. 60 (trad. it., *Diritto delle Pandette*, I, Torino, 1930, p. 75): « Il ricondurre un rapporto di diritto ai concetti sui quali si fonda, si dice costruzione dello stesso ») e l'immagine matematica con la quale veniva descritto tale metodo: « Gli effetti giuridici che (le) norme stabiliscono si determinano e s'incrociano; la decisione finale è il risultato di un computo, i fattori del quale sono i concetti giuridici. Il computo, naturalmente, darà un risultato tanto più sicuro quanto più il valore dei fattori è certo ». Osserva in proposito ORESTANO che « ' sistema ' e ' dommatica ' sono per lungo tempo apparse agli occhi dei più ... come le forme nelle quali far consistere la quintessenza della *scientia iuris* e della sua ' scientificità ', parola che ricorre ossessivamente in quegli scritti. In essa sembra sublimarsi il fine stesso, il fine ultimo dell'operare nell'edificazione del giuridico, tanto che si bollano come ' empirici ' e ' pragmatici ' quanti operano altrimenti. Insultante illusione ». « Inutile è aggiungere — rileva l'autore — che proprio nella dommatica, nella ' arbitrarietà ' della cernita delle crete per i mattoni in cui vengono disposti e incatenati, della scelta dei leganti, del disegno in cui vengono realizzate le ' costruzioni ', la componente ideologica agisce e reagisce con la componente tecnica in una compenetrazione che ne determina ... direzione e verso ».

(59) Giustamente ha osservato di recente A. M. PUNZI NICOLÒ, *Gli enti nell'ordinamento canonico*, Padova, 1983, p. 19 che sia la storia che la comparazione « hanno la capacità di relativizzare e ridimensionare (nel contempo, affinandoli) gli strumenti di lavoro del giurista, i concetti ..., facendoli discendere dall'iperuranio delle realtà assolute e riportandoli alla loro limitata, ma degna, funzione autentica, quella di ' significare ' ». Sul rapporto che sussiste fra storia e compa-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Un sistema esclusivamente dommatico risulta inidoneo per una adeguata comprensione del fenomeno religioso e della sua disciplina giuridica: nella valutazione delle norme di diritto ecclesiastico è dunque necessario non perdere mai di vista la realtà concreta, con i problemi che pone e le soluzioni che suggerisce, mediante un'interpretazione che valuti adeguatamente gli elementi politico-sociali sottostanti alla normativa di diritto positivo e consideri sociologicamente il sistema giuridico e dogmaticamente la realtà sociale ([60]) ed un metodo di lavoro che tenga conto dei problemi economici e sociali, delle mutevoli condizioni politiche e dell'importanza che assumono determinati interessi nell'evoluzione della società ([61]).

6. *Importanza di un'analisi estesa alla complessiva esperienza giuridica in materia religiosa e non limitata alla sola considerazione delle relazioni tra « ordinamenti giuridici primari ».*

Un elemento che infine occorre precisare per avere un'idea più chiara sulle tendenze che, soprattutto nel periodo più recente, hanno caratterizzato lo studio del diritto ecclesiastico è quello che, già da alcuni anni, emerge in molte ricerche e che sottolinea: l'importanza della funzione del diritto ecclesiastico come *legislatio libertatis* ([62]),

---

razione, che « sono molto vicine » tra loro, cfr. G. GORLA, *Diritto comparato*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, pp. 928-946, spec. p. 940.

([60]) Cfr., sul punto N. LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica (Riflessioni sul metodo)*, in *Rivista di diritto civile*, XXIV (1968), I, pp. 297-338; ID., *Il problema dell'interpretazione giuridica*, in AA.VV., *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Bari, 1972, pp. 47-70.

([61]) Per una sintesi capace di fare intendere la chiusura che, nel clima culturale italiano, si è avuta nei confronti della scienza « nuova » del positivismo, la sociologia, cfr. R. TREVES (a cura di), *La sociologia del diritto: un dibattito*, Milano, 1976. Per un primo orientamento sull'esigenza di operare « aperture » alla sociologia, in un'equilibrata mediazione tra vecchio e nuovo, possono vedersi, oltre agli scritti citati alla nota precedente, G. GIUGNI, *Diritto e sociologia*, in *Notiziario di sociologia*, 1958, n. 4, pp. 17-21; S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Rivista di diritto commerciale*, LXIV (1967), I, pp. 83-125; G. COTTURRI, *Individuo e gruppi sociali*, in AA.VV., *Diritto privato*, cit., pp. 71-111. V. anche il volume di AA.VV., *Cinquant'anni di esperienza giuridica in Italia*, cit.

([62]) Per l'importanza che assume la funzione di *legislatio libertatis* del diritto ecclesiastico cfr., tra gli altri, L. SCAVO LOMBARDO, *Sulla condizionalità della trascrizione civile del matrimonio canonico alla volontà degli sposi*, in *Foro italiano*, LXXI (1947), I, c. 249; L. DE LUCA, *Il diritto ecclesiastico e l'opinione pubblica*, cit., p. 89; ID., *Diritto ecclesiastico e sentimento religioso*, cit., p. 394; ID., *Diritto ecclesiastico ed esperienza giuridica*, cit., p. 135; P. GISMONDI, *L'interesse religioso nella Costituzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, III (1958), pp. 1221-1242; A. RAVÀ, *Contributo allo studio dei diritti individuali e collettivi di libertà religiosa nella Costituzione italiana*, Milano, 1959; F. FINOCCHIARO, *Antiche e recenti prospettive di studio del diritto ecclesiastico*, cit., p. 233; S. LARICCIA, *La rappresentanza degli interessi religiosi*, cit., p. 110; ID., *Diritti civili e fattore religioso*, Bologna, 1978, p. 182; C. MIRABELLI, *L'appartenenza confessionale*, cit., p. 76; P. BELLINI,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'esigenza di superare la nozione della materia come complesso di norme riguardanti le relazioni tra « ordinamenti giuridici primari » (63) e l'utilità di indagini capaci di porre in rilievo i vari aspetti legati alla *dinamica sociale* del fenomeno religioso, come la vita familiare, i problemi sessuali, il controllo delle nascite, l'emancipazione femminile, il sistema scolastico e la questione dell'educazione, i diritti civili, i poteri e i diritti della persona, gli orientamenti delle forze politiche sul tema della disciplina dei rapporti tra Stato e confessioni religiose e, più in generale, la problematica extraconcordataria della disciplina giuridica del fatto religioso nel nostro Paese (64).

La validità di una scelta metodologica tendente a comprendere nello studio del diritto ecclesiastico la considerazione di argomenti come la questione femminile, la politica demografica, il controllo delle nascite, l'azione e la pressione dei gruppi e dei movimenti, temi ritenuti in passato estranei all'àmbito della disciplina, riflette l'esigenza di assumere come oggetto di riflessione l'« esperienza giuridica », e cioè l'insieme delle « concrete manifestazioni di un reale storico qual'è vissuto entro una determinata formazione sociale » (65).

Nuova problematica della libertà religiosa individuale nella società pluralistica, in AA.VV., *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico*, cit., pp. 1095-1151; L. SPINELLI, *Diritto ecclesiastico*, Parte generale, Torino, 1976, p. 18; F. MARGIOTTA BROGLIO, *Stato e confessioni religiose*, cit.; P. MONETA, *Stato sociale e fenomeno religioso*, cit., p. 10; E. G. VITALI « *Legislatio libertatis* », cit., p. 45. In senso critico sulla configurazione del diritto ecclesiastico come *legislatio libertatis*, cfr. A. VITALE, *Diritto ecclesiastico*, cit., p. 56, nt. (2).

(63) Cfr. in tal senso, oltre agli autori ricordati alla nota precedente, P. A. D'AVACK, *Il diritto ecclesiastico e le sue prospettive*, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, LXXXIX (1978), I, pp. 525-535; L. SPINELLI, *Libertas Ecclesiae*, Milano, 1979; A. RAVÀ, *Nuove prospettive per la legislazione ecclesiastica*, in AA.VV., *Nuove prospettive*, cit., pp. 7-59; F. ONIDA, *Sul concretamento giuridico del rapporto tra società divile e società religiosa negli anni settanta*, *ivi*, pp. 441-468; C. CARDIA, *Pluralismo (dir. eccles.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIII, Milano, 1984, pp. 983-1002. V. anche la nota seguente.

(64) Tra i contributi che hanno maggiormente approfondito i problemi del diritto ecclesiastico proponendosi di ampliare la prospettiva rappresentata dalla normativa speciale contenuta nelle disposizioni bilaterali tradizionalmente costituenti il nucleo fondamentale della materia, possono consultarsi S. LARICCIA, *Diritti civili*, cit.; ID., *Diritto ecclesiastico*, cit.; C. CARDIA, *Problemi di dinamica concordataria e sistemi di relazioni tra Stato e Chiesa*, in *Studi economico-giuridici della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari*, XLIX (1979), p. 213; ID., *Riforma del Concordato e rifondazione della legislazione ecclesiastica*, in *Il Mulino*, XXVIII (1979), pp. 110-121; ID., *La riforma del Concordato. Dal confessionismo alla laicità dello Stato*, Torino, 1980; P. MONETA, *Stato sociale e fenomeno religioso*, cit.; A. VITALE, *Diritto ecclesiastico*, cit.; E. G. VITALI, « *Legislatio libertatis* », cit.; F. ONIDA, *Sul concretamento*, cit. Per ulteriori indicazioni rinvio al mio scritto *Problematica extra-concordataria dei rapporti tra Stato e Chiesa in Italia*, in *Città e Regione*, VII (1982), pp. 173-184.

(65) R. ORESTANO, *Progetto di una introduzione allo studio della « scientia iuris »*, cit., c. 10. Sui problemi della nozione di ' esperienza giuridica ' cfr., dello stesso autore, *Della ' esperienza giuridica ' vista da un giurista*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XXIV (1980), pp. 1174-1237. Sull'esigenza di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È proprio con riferimento a questo importante settore di studio del diritto ecclesiastico che può constatarsi come, in questi anni caratterizzati da profonde trasformazioni della coscienza collettiva e da molti mutamenti del costume sociale, la legislazione italiana abbia subìto numerosi e rilevanti mutamenti; questi si sono avuti proprio negli àmbiti in cui le relazioni tra società civile e società religiosa sono state più intense: la scuola, l'assistenza, il diritto familiare, il controllo delle nascite, i princìpi di libertà dei singoli e dei gruppi, il riconoscimento e la garanzia dei nuovi diritti civili.

Può constatarsi come il motivo dominante del lavoro di ricerca di molti tra gli studiosi della materia sia la concretezza dell'esperienza giuridica, in conformità all'esigenza di non ridurre il problema del metodo a porre un ponte fra sociologia e scienza giuridica, bensì di affrontare i problemi della materia avendo ben presente la dimensione sociale del diritto e il costante collegamento del diritto ecclesiastico con la storia, da intendersi non come raccolta di dati ma come processo dinamico, e con il diritto comparato ([66]).

7. *Conclusioni.*

Molti e di notevole interesse sono dunque gli spunti che la lettura del volume su *Storia e dogmatica nello studio del diritto ecclesiastico* offre al lettore: non soltanto essa fornisce un contributo per la valutazione dei più importanti ed attuali problemi del diritto ecclesiastico, ma, per l'approfondita e documentata analisi contenuta nelle otto relazioni pubblicate nel volume, penso possa fornire un utile ausilio per chiunque ritenga che costituisca una pressante esigenza dei giuristi quella di ampliare ed arricchire le idee e le conoscenze sulla storia della letteratura giuridica.

In proposito mi sembra di poter ritenere che risulti confermata una linea di tendenza che, pur nella varietà e talora discordanza di giudizi e di opinioni, assume un rilievo sempre maggiore nelle analisi che riguardano il complesso delle attività praticate da coloro che conven-

---

verificare « idee e idealità nel contatto dissacrante col groviglio sotteso di fatti, istituzioni, ideologie » e di assumere un osservatorio capace di permettere « più d'ogni altro la percezione della globalità dell'esperienza giuridica in tutta la ricchezza delle sue sfaccettature », cfr. P. GROSSI, *Pagina introduttiva*, cit., p. 3.

([66]) Cfr. tra gli altri, E. PARESCE, *La dinamica del diritto. Contributi ad una scienza del diritto*, Milano, 1975. Sul diritto comparato « come esperienza » v. T. ASCARELLI, *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, spec. pp. 503 ss.; G. GUARINO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, cit., p. 255 ss.; ID., *Stato ed energia nucleare*, cit., spec. p. 326, ove l'autore sottolinea l'importanza della comparazione per valutare le quattro componenti dell'« esperienza giuridica », che sono: « il fatto da regolare, i fini da realizzare, il sistema normativo, il risultato ». Di recente cfr. soprattutto l'ampia e documentata indagine di G. GORLA, *Diritto comparato*, in AA.VV., *Cinquant'anni di esperienza giuridica in Italia*, cit., pp. 465-624.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zionalmente si qualificano « giuristi »: l'esigenza che il giurista sia capace di cogliere il reale contesto sociale delle norme positive ed i nessi che collegano le diverse componenti dell'ordinamento; che, per conseguire questo obiettivo, divenga sempre più necessario contestare le linee di confine tra aree interdisciplinari, favorire punti di contatto fra conoscenze, esperienze e metodologie diverse e individuare temi e metodi interessanti anche per altri settori delle scienze storico-sociali.

Oggi che costituisce patrimonio comune della cultura giuridica italiana la consapevolezza dell'importanza che assume la valutazione degli elementi pregiuridici ai fini della comprensione della realtà normativa; oggi che rappresenta una concezione accettata dalla generalità dei giuristi l'opinione favorevole a negare la rigida distinzione fra diritto e società e fra diritto e politica, è possibile evitare differenziazioni troppo rigorose fra valutazioni giuridiche e considerazioni di costume, riflessioni etiche, indagini volte ad individuare, utilizzando il concetto di « costituzione materiale » come strumento ermeneutico, i valori e gli interessi che muovono effettivamente le azioni e le iniziative di forze sociali e politiche (67), rilevazioni sui dati della coscienza individuale e sociale degli uomini (68), cioè degli unici soggetti capaci di avvertire le conseguenze di una disciplina giuridica: verifiche nelle quali ci si proponga di evitare un linguaggio eccessivamente specialistico, al fine di conseguire quella diffusione di cultura giuridica che assume notevole importanza per l'evoluzione di una società democratica (69).

---

(67) Sugli usi più frequenti dell'espressione « costituzione materiale », cfr. il saggio di S. BARTOLE, *Costituzione materiale e ragionamento giuridico*, in *Diritto e società*, n.s., V (1982), pp. 605-627, ed ivi gli autori citati. Sul problema del ricorso a fonti di conoscenze diverse, BARTOLE osserva che « due sono ... le alternative che sembrano aprirsi al giurista: o rinuncia a sostituirsi ad altri ricercatori nelle indagini loro proprie, e si affida, quindi, ai risultati dagli stessi conseguiti, ovvero si appropria delle tecniche caratteristiche delle singole discipline, e affianca alle ricerche specificamente giuridiche approfondimenti e sondaggi condotti secondo i modi propri di discipline diverse dalla sua ».

(68) Cfr. H. WAGNER, *Coscienza*, in *Enciclopedia del Novecento*, I, Roma, 1975, pp. 982-994. Si pensi al contributo che, per una conoscenza delle trame concettuali del diritto, può fornire un'analisi come quella condotta nel volume di P. HAZARD, *La crisi della coscienza europea* [2], trad. ital. a cura di P. SERINI, Milano, 1983, con riferimento ad un periodo, quello compreso tra il 1680 e il 1715, nel quale avvenne, nella coscienza europea, la crisi più importante che si conosce nella storia delle idee: « A una civiltà fondata sull'idea del dovere, i doveri verso Dio, i doveri verso il sovrano, i ' nuovi filosofi ' tentarono di sostituire una civiltà fondata sull'idea di diritto: i diritti della coscienza individuale, i diritti della critica, i diritti della ragione, i diritti dell'uomo e del cittadino »: pp. 12-13.

(69) Utili indicazioni sul problema del « linguaggio » nella società contemporanea possono trarsi dalla lettura dei contributi contenuti nel volume *Il linguaggio della divulgazione*, Atti del secondo convegno nazionale promosso da « Selezione dal Reader's Digest », tenutosi a Roma nei giorni 14-15 aprile 1983, Milano, 1983: cfr., in particolare, la relazione introduttiva di T. DE MAURO e gli interventi alla tavola rotonda *Il linguaggio della pubblica amministrazione*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In una prospettiva nella quale si cominci a dubitare che le « uniche » forme di attività « scientifica » siano rappresentate dal « sistema » e dalla « dogmatica », si consideri non auspicabile, e comunque non concretamente praticabile, l'esercizio di un'attività giuridica consistente nel lavoro di « scienziati » impegnati in esperimenti all'interno di laboratori di analisi e di mitizzate « torri d'avorio », si sia meno preoccupati per la paura ossessiva di contaminare con infiltrazioni « extragiuridiche » la « purezza » della « costruzione » giuridica, si rinunci infine a sopravvalutare le esigenze di specializzazione di « materie » e « discipline » con velleità più o meno egemoniche, sarà possibile forse conseguire l'obiettivo che « sociologia », « ideologia », « politica », « interdisciplinarietà » siano espressioni tali da suscitare meno timori rispetto al passato: un obiettivo importante per chiunque sia convinto che il giurista, nell'esercizio di un impegno critico mai puramente specialistico, deve proporsi di interpretare i problemi vivi ed attuali del suo tempo ([70]), mantenendo costantemente un'attenzione costruttiva ai fatti della società nella quale vive ed avendo sempre coscienza dei legami con la ricerca storica, sociologica, economica e politica.

([70]) Interessanti osservazioni sull'esigenza di adottare un'impostazione di carattere generale, per cui il sapere è non fine a se stesso, ma correlativo a scelte etiche e politiche attraverso le quali il soggetto assume posizione e responsabilità nei riguardi dei problemi del suo tempo, possono leggersi, con riferimento al processo educativo, in G. M. BERTIN, *Educazione alla coscienza storica*, Introduzione al convegno *L'educazione alla coscienza storica*, organizzato dalla sezione bolognese dell'A.S.P.E.I. nei giorni 18-19-20 maggio 1983 (relatore lo storico Carlo GINZBURG), in *Scuola e città*, XXXIV (1983), pp. 273-276.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

LUCA MANNORI

PER UNO STUDIO SU ROMAGNOSI GIUSPUBBLICISTA

A proposito di E. A. ALBERTONI, *La vita degli Stati e l'incivilimento dei popoli nel pensiero politico di Gian Domenico Romagnosi*, Milano, 1979 e R. GHIRINGHELLI, F. INVERNICI (a cura di), *Per conoscere Romagnosi*, Milano, 1982.

1. Questa nota è provocata da una duplice serie di sollecitazioni. Da un lato, infatti, si registra, negli ultimi anni, un risveglio di interesse sulla figura di Romagnosi come pensatore politico da parte di un gruppo di studiosi milanesi, i cui contributi sull'argomento sono oggi raccolti essenzialmente nei due volumi indicati in intestazione (1). Riesame, questo, che, pur preparato da alcune preziose indicazioni di Sergio Moravia nel corso degli anni Settanta (2), assume in qualche misura il significato di riscoperta di una personalità intellettuale estremamente rilevante nella vicenda politico-ideologica italiana nel secolo XIX.

D'altra parte, uno sguardo anche superficiale al più specifico settore della storia costituzionale ed amministrativa del nostro Ottocento

---

(1) Due opere, il cui carattere documentario e composito prelude «ad un lavoro scientifico che è in corso», come ci informa Ettore A. ALBERTONI (*Per conoscere Romagnosi*, Milano, 1982, p. 36). Il volume di E. A. ALBERTONI, *La vita degli Stati e l'incivilimento dei popoli nel pensiero politico di Gian Domenico Romagnosi*, Milano, 1979, contiene, oltre all'omonimo saggio, un'ampia ed utilissima cronologia degli scritti romagnosiani e delle loro edizioni, nonché l'edizione del manoscritto romagnosiano, stampato fino ad ora soltanto in edizioni mendose, *Della vita degli Stati*. Il volume a cura di R. GHIRINGHELLI, F. INVERNICI, *Per conoscere Romagnosi*, cit., contiene, a titolo di introduzione, il saggio di ALBERTONI, *Prelezione sul significato del pensiero di G. D. Romagnosi negli studi politici in Italia*; un prezioso *Profilo biografico*; una serie di brevi contributi su vari aspetti del pensiero romagnosiano di G. F. ROSSI, M. SCHIAVONE, P. NUVOLONE, M. BONESCHI, C. G. LACAITA, G. BEZZOLA, R. GHIRINGHELLI, A. AGNELLI, M. BRIGNOLI, G. TRAMAROLLO; un *Orientamento bibliografico*; un articolo di F. INVERNICI, *L'economia come scienza dell'ordine sociale delle ricchezze*; ed un articolo di R. GHIRINGHELLI, *Gian Domenico Romagnosi e gli Annali Universali di Statistica*, già apparso su *Il Risorgimento*, Milano, 1980, n. 3. Cfr. anche E. A. ALBERTONI, *Introduzione alla storia delle dottrine politiche. Tre saggi di ricerca*, Milano, 1977, pp. 41-46; ID., *Histoire des doctrines politiques en Italie*, Paris, 1981, pp. 106-108.

(2) S. MORAVIA, *Introduzione* alla antologia Gian Domenico Romagnosi, *Scritti filosofici*, Milano, 1974, voll. 2; ID., *Vichismo e ideologie nella cultura italiana del primo Ottocento*, di AA. VV., *Omaggio a Vico*, Roma, 1974.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rivela, per così dire, una zona in ombra, un anello che non tiene nella catena della riflessione istituzionale; il momento di passaggio, cioè dalla fase 'eroica' dell'edificazione dello Stato moderno, corrispondente all'elaborazione costituzionale di fine Settecento, a quella della nascita del diritto amministrativo e del sistema parlamentare, con l'attualizzarsi dell'ideologia settecentesca e rivoluzionaria in istituzione dotata di stabilità e continuità (3). La fase specifica, insomma, del divenire dello Stato liberale, con i grandi problemi teorico-pratici che essa proponeva alla consapevolezza dei contemporanei: dal positivizzarsi della legge naturale settecentesca, alle delicate questioni circa gli equilibri tra i poteri, al fenomeno della nascita di un diritto speciale per la Pubblica Amministrazione.

Romagnosi si pone appunto a questo delicato crocevia: il suo contributo giuspubblicistico attende ancora di essere inserito in una prospettiva che ne valorizzi a fondo i significati storici peculiari, nonostante siano già state indicate alcune stimolanti prospettive da parte di autorevoli studiosi (4).

In questa breve nota, vorremmo, dunque partendo dai più recenti spunti di ricerca sull'immagine globale del nostro pensatore, scendere a delineare alcune possibili tracce per un'interpretazione dei suoi contributi nei settori giuridici accennati.

2. Il dato che con maggior nettezza emerge da questa recente rilettura dell'opera romagnosiana è la sua appartenenza ad una tradizione anti-idealistica, il cui patrimonio è sostanzialmente estraneo alle correnti maggiori del nostro Risorgimento, alimentate soprattutto da una cultura romantico-letteraria più o meno volgarizzata, quando addirittura non gravate dei nostri meno brillanti retaggi umanistici. Una tradizione, invece, questa di Romagnosi, di marca galileiana ed illuministica, erede, a sua volta, di quella demistificante attenzione per la 'realtà effettuale', che rimane il messaggio più autentico del pensiero politico rinascimentale italiano (5).

Il neo-idealismo di fine Ottocento e del nuovo secolo, accomunando acriticamente in una generale condanna il pensiero romagnosiano al positivismo filosofico, svalutando la filosofia sensista, ed offren-

---

(3) Cfr., a questo proposito, C. GHISALBERTI, *Dall'antico regime al 1848*, Bari, 1974, pp. 121 ss.

(4) F. BENVENUTI, *Mito e realtà dell'ordinamento amministrativo*, in AA. VV., *L'unificazione amministrativa e i suoi protagonisti. Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi di unificazione*, Vicenza, 1962, vol. I, pp. 98 ss.; M. S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, II (1973); S. CASSESE, *Politica e cultura del diritto amministrativo*, Bologna, 1971, p. 3.

(5) ALBERTONI, *Prelezione*, cit., pp. 15-16.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

do una lettura di Vico in chiave idealistica, che ne trascura le importanti utilizzazioni settecentesche, emargina il filosofo salsese dalle maggiori linee di sviluppo della cultura italiana (6). Ed emarginato — occorre ammetterlo — il nostro giurista è rimasto ben oltre i limiti storici dell'idealismo gentiliano. Occorreranno gli interventi di Sestan negli anni Cinquanta, gli studi in occasione del bi-centenario della nascita del '61, e soprattutto i già citati contributi di Moravia per restituire la sensazione di un Romagnosi inserito in correnti di pensiero vitali per la nostra cultura (7).

Così, ora, Albertoni può indicare come punti di maggior impegno storiografico per una esatta comprensione del Nostro, da un lato l'indagine dei nessi di continuità che legano Romagnosi all'empirismo settecentesco e al giusnaturalismo europeo, e dall'altro una disamina dell'eredità culturale romagnosiana, che ponga al centro dell'attenzione soprattutto i rapporti con Cattaneo.

Prioritariamente, tuttavia, s'impone un'attenta esplorazione, irrobustita da un approccio filologico finora molto carente, della intera produzione romagnosiana (8).

Come leggere Romagnosi? Questo è il punto di partenza per ogni indagine su quella sorta di piccolo universo che è la sua opera. In una esperienza intellettuale così complessa, in cui si spazia dalla gnoseologia al diritto penale, dagli interessi antiquari alla scienza dello Stato, dalla filosofia della storia ad una minuta attività giurisprudenziale, già antichi lettori coglievano il senso di un'intima comunanza tra tutti questi contributi, di una loro reciproca funzionalità (9).

Studiosi più recenti sottolineano, invece, i rischi di interpretazioni troppo affrettatamente sistematiche ed unitarie di una produzione complessiva che si snoda per più di quarant'anni, in decenni densi di ripensamenti profondi e di avvenimenti decisivi, nonché di vicende

---

(6) ALBERTONI, *op. ult. cit.*, pp. 24-26.

(7) E. SESTAN, *Introduzione* a G. D. ROMAGNOSI, C. CATTANEO, G. FERRARI, *Opere*, Milano-Napoli, 1957; AA. VV., *Atti del convegno di studi in onore di Gian Domenico Romagnosi nel bicentenario della nascita*, in *Studi parmensi*, vol. X, Parma, 1961. Per una rassegna complessiva e documentata della amplissima bibliografia degli studi su R., non posso che rimandare ad ALBERTONI, *La vita degli Stati*, cit., pp. 4 ss., che offre una attenta e aggiornata disamina dei contributi più significativi sul Nostro; nonché all'orientamento bibliografico curato da GHIRINGHELLI, in AA. VV., *Per conoscere Romagnosi*, cit., pp. 129 ss.

(8) Anche sotto il profilo filologico, i contributi di ALBERTONI e GHIRINGHELLI rappresentano un notevole passo in avanti, ed un punto di riferimento ormai obbligato per qualunque approfondimento sul pensiero romagnosiano. Già in questa sede si fa tesoro di alcuni primi suggerimenti circa la scelta tra le edizioni. Importanti notizie sui manoscritti romanosiani in ALBERTONI, *La vita degli Stati*, cit., pp. 227 ss.

(9) Cfr. C. FERRARI, *La mente di G. D. Romagnosi*, Milano, 1915 (ma prima ed. Milano, 1835), pp. 80-81.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

personali estremamente travagliose per il Nostro ([10]). Ed è preoccupazione, in effetti, più che fondata.

Ma al di là di questo, resta un dato fondamentale: lui, Romagnosi, avvertiva profondamente la coerenza delle varie parti della propria opera, nel loro riferirsi ad un denominatore comune. È ciò che Albertoni, attraverso un'attenta analisi di alcuni celebri momenti-chiave della riflessione romagnosiana, pone in risalto con chiarezza ([11]). Tutto cospira, nella logica intima che Romagnosi attribuisce alla propria produzione, alla edificazione di una ' civile filosofia ', come studio globale sulla convivenza umana, e come centro focale di un pensiero che, anche nel presentarsi talvolta oscuro e contorto, conserva in ogni pagina una tensione ideale che ne rivela la comune matrice.

Dal punto di vista dello storico del diritto, dunque, si tratta di cogliere il ruolo assegnato, nel disegno complessivo, al dato giuridico. In questa sorta di antropologia integrale, o di sociologia *ante litteram*, qual'è la funzione riservata al dover essere, alla dimensione normativa del sociale? Quali sono gli atteggiamenti teorico-ideologici di un pensatore formatosi in ambiente illuminista e giusnaturalista, di fronte all'effettività del monopolio giuridico statale? Ed infine, in che misura incide, sulle opzioni teoriche del Nostro, la sua mai rinnegata vocazione di giurista di diritto positivo, a contatto con la viva realtà normativa e con i problemi dell'ordinamento vigente?

Per offrire qualche spunto alla soddisfazione di questi interrogativi, cerchiamo preliminarmente di chiarire che cosa Romagnosi intenda veramente per ' diritto '.

La sua risposta a questo fondamentale interrogativo procede per lui, se vogliamo, in senso diametralmente opposto alla storia: se l'età del codice e della costituzione ha sacralizzato la volontà trionfante del legislatore come unica fonte normativa, per il nostro autore il diritto è senz'altro qualcosa di molto diverso, o perlomeno di molto più ampio della legge positiva; esso si determina e si svolge « indipendentemente da ogni cognizione e da ogni arbitrio dell'uomo » ([12]).

Attingendo alla propria concezione nel cuore di una composita cultura settecentesca, Romagnosi capovolge i termini del positivismo giuridico: il diritto non è la norma del legislatore, ma, semmai, la sua ragione segreta e spesso inconsapevole, il suo *esprit*. La legge giuridica è scritta nelle cose, molto prima che dalla volontà umana; il mondo morale è regolato da leggi naturali che hanno lo stesso andamento delle leggi fisiche, e si presentano sotto la specie di *rapporti tra fatti*.

([10]) Cfr. SESTAN, *Introduzione*, cit., pp. VII ss.; G. SOLARI, *Il pensiero filosofico e civile di G. D. Romagnosi*, ora in *Studi storici di filosofia del diritto*, Torino, 1949, p. 406.

([11]) Cfr. ALBERTONI, *La vita degli Stati*, cit., pp. 39 ss.

([12]) *Assunto Primo della Scienza del Diritto naturale*, Firenze, Piatti, 1832-1839, tomo I, p. 36 (di qui in poi l'Edizione Piatti è indicata con la sigla EP).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Tutta l'opera romagnosiana, nel suo continuo e quasi martellante richiamo ai ' rapporti reali e necessari delle cose ' ([13]), come ad un complesso di relazioni imprescindibili per la volontà umana, si presenta come l'erede diretta della grande suggestione newtoniana settecentesca, da Montesquieu ai fisiocrati, che ora la cultura *idéologique* sta sistematizzando in scienza unitaria dell'uomo ([14]).

Riconosciuto, infatti, come unico principio determinante della realtà la legge fisico-biologica, cade necessariamente ogni frattura tra mondo morale e mondo naturale. Nello schema legale montesquiviano vengono a trovar posto i contenuti del pensiero sensista e materialista, superando così ogni dualismo tra morale ed interesse, senso e intelletto, mondo dell'uomo e mondo delle cose. La tendenza della volontà umana alla massimizzazione del piacere ed alla fuga dal dolore è rivendicata ad una completa naturalità, ed inquadrata in una legge fenomenica che ha lo stesso andamento descrittivo — e la stessa assoluta incontrovertibilità — di quella della caduta dei gravi. Tutta la natura — fisica e morale — è ridotta ad un unico, grande libro, che si esprime in un linguaggio formalmente omogeneo, in cui essere e dover essere, descrizione naturalistica dei fenomeni e prescrizione utilitaristica non sono che facce rovescie di una stessa medaglia.

Il risultato è dunque quello di una concezione della realtà morale indubbiamente deterministica — e perciò ferocemente avversa alla

---

([13]) O altre espressioni equivalenti (« rapporti reali della natura », « natura delle cose », e così via). La paternità montesquiviana di questo lessico è evidente: « Les Loix, dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses » (*Esprit des Loix*, I, chap. I). Romagnosi recepisce questa fondamentale componente culturale attraverso la mediazione bonnetiana, di cui rivela chiaramente l'influenza nel correggere la definizione offerta dal *Président* nel senso di intendere la legge non come rapporto, ma come « risultato di rapporti, e di rapporti attivi » (*Degli Enti morali*, in *Opere*, a cura di A. De Giorgi, Milano, 1841-52, vol. III, pt. I, p. 694; d'ora in poi indico questa edizione con la sigla DG). La precisazione può sembrare marginale, ma rivela, in realtà, una non indifferente manipolazione dell'originario concetto montesquiviano in senso deterministico. Cfr. A. Postigliola, *Montesquieu e Bonnet: la controversia sul concetto di legge*, in P. Casini (a cura di), *La politica della ragione. Studi sull'Illuminismo francese*, Bologna, 1978, pp. 43 ss. Romagnosi com'è noto, non cesserà mai di sottolineare il suo debito culturale nei confronti del naturalista e filosofo Charles Bonnet e del suo *Essai analythique sur les facultés de l'âme*, uno dei testi su cui si formò negli anni giovanili al Collegio Alberoni di Piacenza (cfr. ora, in breve, G. F. Rossi, *La formazione al Collegio Alberoni*, in AA. VV., *Per conoscere R.*, cit., p. 87). Su questi nessi, e più in generale sul significato filosofico del concetto di ' natura delle cose ' nel panorama culturale ottocentesco italiano, cfr. ampiamente il recente e documentato contributo di A. Tarantino, *Natura delle cose e società civile, Rosmini e Romagnosi*, Roma, 1983.

([14]) I rapporti tra l'*idéologie* francese ed il nostro autore sono stati efficacemente evidenziati da Moravia, nei contributi già citati. Sugli ideologi cfr. S. Moravia, *Il tramonto dell'Illuminismo*, Bari, 1968; Id., *Il pensiero degli idéologues*, Firenze, 1974; G. Gusdorf, *Introduzione alle scienze umane*, trad. it. R. Bussi, Bologna, 1972, pp. 345 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nuova etica kantiana della libertà —, ma non sempre e necessariamente determinata; negata, infatti, la libertà umana di scegliersi un fine diverso dalla propria soggettiva felicità, rimane un'ampia discrezionalità nella scelta dei mezzi più o meno idonei a conseguirla. Accanto alla legge naturale deterministica, alla quale l'agente è in tutto soggetto, se ne colloca un'altra, che egli stesso estrae induttivamente dall'universo dei fatti naturali, ed assume a norma della propria calcolata condotta.

Lungi dal comportare una mortificazione degli appetiti, la vera legge naturale 'conseguente' — cioè ricavata dalla conoscenza esperienziale dei rapporti naturali — si trasforma in uno strumento liberatorio, che potenzia la capacità appagativa di ognuno: essa non è altro, infatti, che « quel complesso di azioni e riazioni tra l'uomo e la natura, al quale per suo meglio debba ubbidire » ([15]).

Il rischio, apparentemente, può essere quello di una integrale sacralizzazione del reale; se il diritto è un riflesso immediato dei rapporti reali e naturali delle cose che si manifestano empiricamente nell'esperienza storica, quali garanzie vi saranno di una loro non-coincidenza? In un certo senso, in effetti, il diritto romagnosiano è continuamente schiacciato sul piano del fatto; ma occorre, tuttavia, aver ben precisa la percezione di *quale fatto* egli ci presenti. Il suo è ancora il fatto dei giusnaturalisti, la natura osservata in laboratorio, in condizioni sperimentali ideali, che si distingue dall'esperienza storica positiva come la condotta razionalizzata si distingue da quella puramente fortuita.

Non vi può essere diritto, replica Romagnosi a Hugo, ammiratore di Burke e precursore della Scuola Storica, « quando una massa d'uomini è incatenata come gli Indiani con istorte e desolanti fantasie religiose, o compressa dalla violenza altrui » ([16]). È la distinzione tra natura e pregiudizio, tra razionalità delle cose e irrazionalità umana, che, sulla scìa del giusnaturalismo illuminista, ben lungi dal condurre il Nostro verso il giustificazionismo storico, lo spinge a reperire una profonda qualificazione deontica nei 'rapporti reali e necessari' tra l'uomo e le cose. Essi, infatti, non esprimono soltanto, come propone Fassò, una prescrizione tecnica, moralmente neutra, di mezzo a fine ([17]), ma contengono un intero codice di giustizia e di moralità.

([15]) *Assunto Primo*, cit., EP tomo I, p. 36. Per un generale inquadramento dell'affermarsi del monismo causale, derivato dal modello newtoniano, nella cultura illuministica fino all'*Idéologie*, cfr. G. GUSDORF, *Les principes de la pensée au siècle des lumières*, Paris, 1971, pp. 200-210.

([16]) *Ragguaglio storico e statistico degli studi di diritto germanico e naturale in Germania*, EP tomo I, p. 27. Su Hugo cfr. G. MARINI, *L'opera di Gustav Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco*, Milano, 1969.

([17]) G. FASSÒ, *Sociologia e diritto nella filosofia giuridica di Romagnosi*, in *Studi parmensi*, vol. X, cit., pp. 29 ss. Fassò rintraccia nel pensiero di Romagnosi una componente inconsapevole ed irriflessa di tipo kantiano, in senso molto lato;

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Proseguendo sulla strada indicata dal giusnaturalismo empirista, la tendenza umana all'appagamento degli istinti individuali (il fine) non è solo una constatazione di fatto (come sarà nel positivismo benthamiano ([18]), ma una elementare regola morale, un incontrovertibile diritto naturale sanzionato dalla forza delle cose, quello — dettato dalla stessa costituzione fisica di ogni essere umano — a « star bene più che può », a godere la sua porzione di felicità nei limiti della compatibilità con quella altrui.

La libertà umana si riduce, in sostanza come in Helvetius, ad un errore nella corretta individuazione della propria utilità soggettiva, o dei mezzi per conseguirla ([19]). Il problema morale e politico acquista una dimensione essenzialmente intellettualistica, col conseguente recupero delle più note formule utilitaristiche, e della immancabile, correlativa funzione pedagogica dello Stato ([20]).

---

vincolato nei ' mezzi ' dalla natura delle cose, l'uomo non lo sarebbe nella scelta del ' fine ', che ricadrebbe in una sfera di completa autonomia razionale, a dispetto delle premesse sensiste di Romagnosi. Senza escludere, ora, che i fini globali della collettività prefigurati da Romagnosi possano apparire più sfumati rispetto al materialismo settecentesco (si pensi al concetto centrale di ' perfezionamento '), è tuttavia indubbio che l'impianto fondamentale della filosofia romagnosiana rimane saldamente ancorato a ben decise basi utilitaristiche; e l'utilitarismo è precisamente il veicolo attraverso il quale si nega l'autonomia umana rispetto al mondo fisico-biologico e si riconduce l'uomo sotto il grande ombrello della natura delle cose. Sostanzialmente d'accordo nel negare questo presunto influsso kantiano ora anche TARANTINO, *Natura delle cose*, cit., p. 341 nt. Cfr., per tutti i luoghi in cui Romagnosi definisce le « motivazioni dell'agire », *Introduzione allo studio del Diritto pubblico universale*, EP, t. II, p. 84.

([18]) Il diritto soggettivo è definito da Romagnosi come la « facoltà di fare o di ottenere tutto quello che è conforme all'ordine morale di ragione, in quanto non può essere senza ingiustizia contrariato da chicchessia » (*Introduzione allo studio*, cit., EP, t. II, p. 171). In un disegno generale identico nel suo determinismo utilitaristico, ciò che distingue i due pensatori è appunto l'attribuire o meno un significato di valore alla realtà naturale; che è poi quella tra positivismo giuridico e giusnaturalismo. Una differenza che Romagnosi stesso avverte lucidamente rispetto al pensiero del filosofo inglese (cfr. *Genesi del Diritto penale*, EP, pp. 317 ss.). Sul netto divario che separa, nel pensiero benthamiano, leggi naturali e leggi positive, cfr. M. SHAKANKIRI, *La philosophie juridique de Jeremy Bentham*, Paris, 1970, pp. 236-238; per un discorso complessivo sugli esiti del giusnaturalismo in Bentham e Kant (in riferimento anche alla nota precedente) cfr. G. SOLARI, *Individualismo e diritto privato*, Torino, 1959, pp. 290 ss.

([19]) È questa l'univoca conclusione che scaturisce dalla complessa, ma lucida architettura offerta nella prima parte del Primo Trattato dell'*Introduzione allo studio*, cit., EP, t. II, pp. 67-87. L'intelletto allo stesso modo che nel pensiero materialista settecentesco, è ridotto al ruolo di epifenomeno rispetto all'istinto naturale, che conduce inequivocabilmente ogni essere sensibile alla ricerca della propria felicità. Cfr. L. GIANFORMAGGIO, *Diritto e felicità. La teoria del diritto in Helvetius*, Milano, 1978, pp. 55 ss. Sulla riduzione della libertà a fallibilità cfr. ancora GUSDORF, *Les principes de la pensée*, cit., p. 203.

([20]) La legge positiva, conseguentemente, molto prima che manifestazione di autorità nei confronti dei sudditi, si riduce alla rivelazione — previa un'idonea

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Rispetto, però, ai materialisti settecenteschi, il modello di Romagnosi è estremamente più ricco e complesso; vi si è aggiunta la dimensione diacronica dell'*incivilimento*, e vi si ammette una continua interrelazione tra natura ed arte (questa, come ' seconda natura ', e non come termine dialettico della prima) ([21]). La percezione dell'utile ben inteso va ormai al di là di qualunque evidenza empirica, e richiede l'edificazione di una vasta scienza dell'uomo, il cui comune denominatore è rappresentato dalla ricerca della normatività di tutti i rapporti naturali, dallo sforzo di cogliere il profilo prescrittivo della realtà, in tutte le sue infinite forme e manifestazioni: dall'esplorazione della psicologia individuale, fino all'indagine dei costumi dei vari popoli e alla scoperta delle leggi del loro sviluppo.

Romagnosi definisce spesso il risultato di questo tipo di ricerche ' diritto naturale '; ed indubbiamente a ragione. Ma è evidente, tuttavia, che i legami con le più classiche costruzioni settecentesche sono stati molto allentati, quando non negati del tutto.

È indicativo, ad esempio, che non vi si parli più di contratto sociale, come momento di transizione, fondato sul consenso, dallo stato di natura a quello di società civile. Negato, infatti, il dualismo istinto-ragione, e riassorbiti i due termini in un *continuum* senza fratture, cade anche l'altro dualismo, sotteso alla costruzione giusnaturalistica, tra uomo animale ed uomo sociale, col suo centrale momento di artificialità rappresentato dal patto; di qui, un ritorno al modello aristotelico, alla naturalità della vocazione politica umana, ed un recupero della

---

analisi scientifica dei ' rapporti tra le cose ' — della via più breve per il conseguimento della felicità del maggior numero (*Introduzione allo studio*, cit., EP, t. II p. 89). Si tratta, com'è chiaro, della ripresa di classici temi settecenteschi, già ampiamente sviluppati, nel corso del secolo, a partire dai fisiocrati fino a D'Holbach ed Helvetius. In epoca rivoluzionaria troveranno un'idonea traduzione nell'ideologia della ' philosophie au pouvoir ' (per la quale cfr. MORAVIA, *Il tramonto*, cit., in partic., cap. III); sul pedagogismo statale settecentesco, e in particolare sui suoi esiti dispotici, nell'àmbito di una ormai vastissima letteratura, cfr., come posizioni paradigmatiche, J. L. TALMON, *Le origini della democrazia totalitaria*, Bologna, 1967; R. DERATHÉ, *La philosopie et le despotisme*, in AA. VV., *Utopie et Institutions au XVIIIe siècle. Le pragmatisme des lumières*, Paris-La Haye, 1963; M. HORKHEIMER, T. ADORNO, *Dialettica dell'illuminismo*, trad. it. di L. VINCI, Milano, 1966. Per una valutazione recente ed equilibrata del rapporto tra eudomenismo e costituzione politica nel Settecento, cfr. GIANFORMAGGIO, *Diritto e felicità*, cit., pp. 16 ss. Per cogliere altri esiti ottocenteschi del pedagogismo politico illuminista, cfr. M. BARBERIS, *Destutt de Tracy critico di Montesquieu, ovvero la scienza sociale settecentesca al bivio*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. X, n. 2, Bologna, dicembre 1980, pp. 388 ss.

([21]) Questo animarsi, nella dimensione storica, del modello giusnaturalista, è stato valorizzato come caratteristica peculiare di Romagnosi da SOLARI, *Il pensiero*, cit., p. 411.

L'affermarsi di una ' natura artificiale ', ed il suo interreagire con la natura prima ed originaria, è, ancora una volta, un carattere tipico della cultura *idéologique*; cfr. N. BADALONI, *La cultura*, in R. ROMANO, C. VIVANTI (a cura di), *Storia d'Italia*, Torino, 1973, vol. III, p. 890.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dimensione storica, con funzione surrogatoria del contratto, come educazione progressiva dell'uomo alla vita sociale, in comunità via via più complesse ([22]).

Così, questo rinnovato diritto naturale, ben lungi dal presentarsi come mera premessa dialettica rispetto allo Stato e alla legge positiva, non è affatto imperfetto, ed è vigente nella natura stessa delle cose, indipendentemente da ogni recezione legislativa. Esso è infatti dotato di un autonomo meccanismo sanzionatorio, consistente nella produzione di un danno — sotto specie di mortificazione degli appetiti — per chi non si conformi alla legge naturale ([23]); la quale, nella sua astratta razionalità, indica sempre la via più breve per il conseguimento del benessere collettivo, e dunque — se disattesa — si ' vendica ' irrogando la ' pena ' di un imperfetto appagamento dei bisogni sociali. Essa, in ultima analisi, convive tranquillamente col diritto positivo, relegandone l'invadenza su di un piano diverso dal proprio e non interferente.

Sviluppando un'osservazione di Bobbio, secondo il quale l'accostamento del dato giuridico alla natura delle cose « rappresenta la trasformazione che la dottrina del diritto naturale subisce passando dalle mani dei filosofi a quelle dei giuristi » ([24]), si può forse aggiungere che

---

([22]) La critica romagnosiana al patto, come elemento formale fondante della socialità, è contenuta già nella *Genesi del Diritto penale*, EP, pp. XIV-XVI; 74-75; 110, e rinnovata in *Introduzione allo studio*, cit., EP, t. II, pp. 198-200, nonché successivamente in *Istituzioni di civile filosofia*, EP, t. XIX, pp. 235 ss., per essere poi richiamata o data comunque per sottintesa in molti altri luoghi. A grandi linee, gli argomenti sono quelli ormai diffusi in tutta la cultura settecentesca sulla scia del pensiero humeano (carattere fantastico della convenzione, di cui « non avvi documento alcuno »; necessità logica di postulare come preesistente alla convenzione almeno la regola giuridica di rispettare i patti; cfr., per la diffusione di queste idee in Italia nel corso del Settecento, G. D'Amelio, *Illuminismo e scienza del diritto in Italia*, Milano, 1965, p. 58). Occorre, però, precisare che: *a*) Romagnosi non rinuncia affatto alla considerazione dell'uomo isolato in stato di natura, come ipotesi teorica ricavata attraverso un procedimento scompositivo di tipo condillachiano, al fine di stabilire le sue costanti psicologiche, da cui derivare logicamente i suoi diritti in società; *b*) criticando il patto rousseauviano, non esiterà a contrapporre ad esso i contenuti del classico modello contrattuale di origine lockiana, come ipotesi esplicativa — anche se non come modello genetico — della socialità.

Ciò che Romagnosi, in realtà, non è disposto ad ammettere del vecchio contrattualismo, è che la socialità possa basarsi sul libero consenso, come elemento razionalistico fondante di uno stato artificiale, che neghi, in tutto o in parte, la realtà dei rapporti naturali. Il che significherebbe, appunto, incrinare in qualche misura la continuità tra senso e ragione, che costituisce la premessa di tutto l'edificio romagnosiano.

Per una sintetica tipizzazione del modello giusnaturalistico, da confrontare con la costruzione di Romagnosi, cfr. N. Bobbio, M. Bovero, *Società e Stato nella filosofia politica moderna*, Milano, 1979, pp. 59 ss.

([23]) Cfr. *Assunto Primo*, cit., EP, t. I, pp. 41 ss.

([24]) N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965, p. 201. Sul tema della ' natura delle cose ' come fonte giuridica si può vedere l'ampia

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

essa è anche funzionale alla sopravvivenza dei contenuti del giusnaturalismo settecentesco in un'epoca di positivismo giuridico; è il segno di un diritto di natura di matrice illuministica che non vuol morire rispetto al frutto stesso del proprio travaglio teorico; la legge positiva come unica espressione di razionalità e di autorità sociale ([25]).

La questione non è di forma: ciò a cui Romagnosi non sa rinunciare è l'atteggiamento perennemente critico nei confronti del dato giuridico, che tutta la cultura di cui è nutrito lo spinge a conservare gelosamente, come eredità di un secolo del quale egli ha còlto molto più il messaggio ragionevolista che il razionalismo assolutizzante.

Sembra, dunque, che vi siano buoni motivi per non trascurare la filosofia giuridica di Romagnosi. Un attento studio, che tenga conto comparativamente degli altri esiti ideologici e formali del giusnaturalismo in Europa, può costituire un elemento importante per porre in risalto i nessi di continuità del pensiero giuridico tra Settecento e Ottocento, e per cogliere meglio le tendenze dello stesso pensiero illuministico. Qualche indicazione nel più specifico settore giuspubblicistico potrà estendere ancora l'orizzonte della ricerca.

3. Ammesso che il problema politico, secondo l'espressione di uno studioso contemporaneo, sia sempre riducibile all'alternativa teorica tra il *chi* e il *che*, cioè tra volontà politica e bene politico ([26]), è naturale concludere che lo Stato scaturito dall'esperienza rivoluzionaria sia imperniato molto più sul *chi* e non già sul *che*. L'idea fondamentale su cui esso si basa, infatti, è quella della legittimità del potere, che prelude logicamente al formalismo legislativo e al positivismo

---

bibliografia già offerta da TARANTINO, *Natura delle cose*, cit., pp. 288-289, ed in particolare, dello stesso autore, *La problematica odierna della natura delle cose*, 1981, che offre un'ampia panoramica critica delle tendenze attuali della filosofia giuridica nell'utilizzare questa nozione.

([25]) La tesi della complementarità, all'interno del pensiero illuministico, tra premesse giusnaturalistiche ed esiti giuspositivistici, è lucidamente compendiata da M. A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Milano, 1966. Occorre, tuttavia, ricordare (con G. REBUFFA, *Fisiocrazia, ordine naturale, diritti individuali*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. I, Bologna, 1970) che già lungo tutto il Settecento, accanto al modello giusnaturalista dialettico o dualista, è estremamente viva la consapevolezza di un ordine naturale oggettivo, come sistema di leggi-rapporto, che il diritto positivo si deve limitare a recepire. È, appunto, dallo sviluppo di questo modello parallelo, che gode credito più nell'àmbito degli economisti e dei filosofi impegnati nella edificazione della scienza sociale, che non presso i giuristi, che Romagnosi ricava il suo diritto naturale. Cfr., per l'ampiezza ed il significato che assume il concetto di legge naturale in alcuni tra i maggiori fisiocrati, P. CAPITANI, *Evidenza e legge naturale in F. Quesnay*, in *Casini, La politica*, cit., pp. 107 ss. Sul rapporto tra illuminismo e formalismo giuridico cfr. ora R. AJELLO, *Arcana juris, Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli, 1976, pp. 275 ss.

([26]) B. DE JOUVENEL, *La sovranità*, trad. ital. di E. SCIACCA, Milano, 1971, pp. 5 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giuridico, identificando senza residui la volontà politicamente 'buona' con quella legittimamente manifestata, e sulla base di questa presunzione assoluta, facendo coincidere tutto il diritto con la volontà formale del legislatore.

Al contrario, Romagnosi sviluppa una teoria coerentemente strutturata intorno al problema dei *risultati* del potere, subordinando completamente il modo di essere interno dell'istituzione politica all'effetto pratico, al fine che essa deve perseguire; quello, cioè, di procurare l'appagamento dei bisogni dei consociati mediante « una buona legislazione ed una fedele amministrazione » (27).

La mentalità di fondo di Romagnosi, escluso quel dualismo volontà-ragione che sta alla base di ogni logica nominalista, è estremamente oggettivizzante. Nelle vibranti pagine della polemica anti-rousseauviana (28) egli afferma appassionatamente i valori della ragione empirica individuale, ed il carattere univoco del messaggio promanante dalla natura delle cose, di contro alla stringente logica soggettivistica del ginevrino; la quale, dal canto suo, differisce, ma non risolve la questione fondamentale « se la volontà generale possa errare » (29).

Così, la libertà non si realizza affatto, per il Nostro, nella partecipazione ad un processo decisionale collettivo, l'autonomia umana (nel senso rousseauviano e kantiano di diritto all'autonormazione come caratteristica precipua della libertà) è del tutto irrilevante; ciò che conta è ubbidire ad una norma *oggettivamente* giusta, cioè conforme ai rapporti della natura (30).

Le soluzioni di Romagnosi, più o meno brillanti che siano, devono tutte, a mio parere, essere inquadrate in questa prospettiva fondamentale, che elude il problema della legittimità del potere e della validità della norma positiva nelle forme in cui era stato impostato dalla prevalente cultura rivoluzionaria, per accennare a strade diverse (31).

---

(27) *Della costituzione di una monarchia nazionale rappresentativa,* edizione critica a cura di G. ASTUTI, Roma, tomo I, p. 13.

(28) *Della costituzione,* ed. cit., tomo I, pp. 346-351; senza sostanziali variazioni in *Assunto Primo,* cit., EP, t. I, pp. 150-155; con rilevanti aggiunte in *Istituzioni di civile filosofia, ovvero di giurisprudenza teorica,* EP, t. XIX, pp. 317 ss. Già la semplice circostanza di aver mantenuto in tre opere della piena maturità questa discussione, in cui si esaminano analiticamente, per varie pagine, le famose clausole del patto (*Contrat social,* L. I, chap. VI), dimostra la centralità e l'importanza di questo confronto, in cui R. dà prova di una piena consapevolezza della totale antinomia del proprio disegno giuspolitico rispetto a quello del ginevrino.

(29) *Contrat social,* L. II, chap. III.

(30) Cfr. la definizione offerta da Romagnosi della legge positiva « quale deve essere », cioè conforme al diritto naturale, in *Assunto Primo,* cit., EP, t. I, pp. 144 ss., in cui, tra i caratteri della legge positiva ideale, non vi è alcun riferimento alla legittimazione dell'autorità che la emana.

(31) Strade che si può esser tentati di rivisitare seguendo le suggestioni schmittiane di un ridimensionamento critico dell'ideale liberal-democratico di legittimità, e di una parallela rivalutazione di moduli di governo decisionistici (C. SCHMITT,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ed è forse, nel focalizzare questi aspetti che può meglio risaltare il debito intellettuale di Cattaneo nei confronti del maestro ([32]). La cui impermeabilità, infatti, agli esiti ultimi del razionalismo settecentesco, col conseguente rifiuto di ogni apriorismo logico e politico, consente in qualche modo di continuare a tener aperto un dialogo con la cultura illuministica, mantenendo una nozione empirico-pratica della ragione politica, che la Rivoluzione da un lato, la filosofia kantiana dall'altro, venivano ormai cancellando dal comune orizzonte culturale ([33]).

Al di là degli artifici spesso pesanti, e della macchinosità di certe idee costituzionali, è un messaggio ancora limpido quello che Romagnosi consegna al nuovo secolo.

Al centro, sta un preciso ridimensionamento del ruolo della legge positiva. La rivoluzione, specie nel suo momento democratico, esaltandone la funzione di strumento di rivolta dell'uomo sulle cose, ne fa il luogo in cui si coagula una razionalità assoluta, proprio in quanto presuntivamente collettiva ([34]). Caduti gli ideali più schiettamente democratici, messo da parte il modello utopistico della *liberté des anciens*, rimangono in eredità al pensiero politico successivo due idee fondamentali, tra loro intimamente correlate: quella della legge, come fonte giuridica sacrale, dagli effetti potenzialmente illimitati, e quella del consenso sociale, come momento fondante della giuridicità. Il profilo sostanziale, quello della bontà effettiva della norma, è del tutto riassorbito nel secondo elemento formale, e ridotto a semplice presunzione ([35]).

Le categorie del 'politico', trad. it. di P. SCHIERA), Bologna, 1978, in part. *Legalità e legittimità*, pp. 210 ss.).

([32]) Sul carattere illuministico del pragmatismo cattaneano, e sulle sue derivazioni culturali, cfr. l'ormai classico libro di N. BOBBIO, *Una filosofia militante. Studi su C. Cattaneo*, Torino, 1971, pp. 124 ss.

([33]) Le latenti affinità tra il dottrinarismo rivoluzionario e la riflessione kantiana sono evidenziate, ad esempio, da V. MATHIEU, *Kant*, in L. FIRPO (a cura di), *Storia delle idee politiche, economiche e sociali*, Torino, 1975, vol. IV, t. II, pp. 745 ss. In ambedue le filosofie, infatti, la ragione politica è assoluta e incondizionata, si pone come fine la realizzazione della regola morale astratta, e rifiuta consapevolmente il 'ragionevolismo' del Settecento, col suo pragmatismo precettistico; proprio ciò che ritroviamo con tanta evidenza nel pensiero romagnosiano.

([34]) Cfr., per tutti CATTANEO, *Illuminismo*, cit., pp. 101-106.

([35]) La cultura moderata rivoluzionaria aderisce in pieno a questo schema sotto il profilo giuridico-formale (autorità legittima-norma valida), mentre è estremamente preoccupata delle sue conseguenze sul piano politico, paventando gli effetti del principio della sovranità popolare, che vi è sotteso, e soprattutto della sua potenziale illimitatezza (cfr., per tutti, le opinioni espresse da Sieyés nel discorso del 2 termidoro anno III, in SAITTA, *Costituenti e costituzioni della Francia rivoluzionaria e liberale*, Milano, 1975, pp. 455 ss., e da B. CONSTANT, *Principes de politique*, chap. I, in *Oeuvres*, a cura di A. ROULIN, Paris, 1957).

In Romagnosi, invece, come si vedrà, vengono, almeno implicitamente, rifiutati anche i canoni formali delle legalità rivoluzionarie.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Per Romagnosi, invece, l'autorità politica, chiunque ne sia titolare, non ha alcun titolo di necessaria infallibilità. Il valore di qualsiasi scelta politica è condizionato alla sua effettiva capacità di porsi come atto di conoscenza empirica rispetto ad una realtà naturale con la quale deve necessariamente raccordarsi ([36]).

Indipendentemente da certe specifiche conseguenze costituzionali che il nostro autore ricava da questa concezione, resta soprattutto un'importante conclusione: tutto all'opposto che nella logica rousseauviana, è essenziale mantenere una precisa distinzione tra governanti e governati, poiché l'identificazione dei due termini esclude qualunque possibilità di verifica sul merito delle opzioni politiche, sopprimendo il dualismo stesso che la rende pensabile ([37]).

Infatti, l'immagine dello Stato che Romagnosi ci offre non è quella di una volontà che si forma partendo dalla società, e che vi ritorna con la propria esecuzione, secondo il duplice movimento della sovranità descritto da Sieyès ([38]); ma l'altra, tipica dell'assolutismo illuminato, di un potere autonomo rispetto alla collettività, che si auto-legittima sul piano pratico, in relazione alle funzioni che espleta, alla sua oggettiva capacità di soddisfare bisogni sociali ([39]). La legge, in quanto espressione di volontà sociale, si presenta come semplice « giunta » di un edificio politico già dato, e svolge un ruolo esclusivamente « assicurativo », cioè di indirizzo e controllo, rispetto all'anima dello Stato, che rimane l'amministrazione ([40]). La concezione romagnosiana della legalità, sotto

([36]) Cfr. *Assunto Primo*, cit., EP, t. I, pp. 138-141.

([37]) Tutto lo schema costituzionale proposto da Romagnosi è costruito sulla base di questa premessa implicita. Per un'impostazione in termini generali del problema, suscitato dalla comparsa stessa, sulla scena politica, del principio della sovranità popolare, cfr. DE JOUVENEL, *La sovranità*, cit., pp. 266-267, ove si accenna anche, in un rapido colpo d'occhio, al rilievo che la questione riveste nel primo pensiero liberale ottocentesco.

([38]) Cfr. P. BASTID, *Sieyés et sa pensée*, Paris, 1939, pp. 362 ss. La teoria di Sieyès non è che uno sviluppo, in chiave rappresentativa, dell'impianto rousseauviano, postulante la coincidenza formale tra governanti e governati. Il famoso grido di rivolta dell'88, d'altronde, secondo cui la volontà nazionale « n'a besoin que de sa realité pour être toujours légale, elle est l'origine même de la legalité », non è altro che una brillante volgarizzazione dei capitoli del *Contrat* sul patto sociale e sul corpo sovrano.

([39]) Il ' reggente ', l'elemento centrale della costituzione immaginata da Romagnosi non è altro, in fondo, che il monarca *primo funzionario* della tradizione assolutistica. Nonostante che l'impianto della costituzione romagnosiana sia formalmente mutuato su quello esposto da Sieyès nel già citato discorso del 2 termidoro anno III (cfr. *Della costituzione*, cit., Tomo I, p. 236, e A. SAITTA, *Costituenti e costituzioni*, cit., pp. 456), quella che ne scaturisce è una concezione del potere del tutto diversa.

([40]) « ... Il sistema rappresentativo di cui trattano i moderni non si riferisce veramente al potere *governativo* ma al potere *assicurativo*. Il potere governativo ... fu, è, e sempre sarà *rappresentativo* ... I moderni dunque che proclamavano il sistema rappresentativo per contenere il dispotismo dei governatori non possono intendere di ridurre a rappresentativo il potere dei governatori, ma bensì di porre in rappresentazione il potere *raffrenante* questi stessi governatori. Ciò posto si

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questo profilo essenziale, non ha molto in comune con quella accreditata dalla comune ideologia rivoluzionaria. La legge è, sì, il risultato di una capacità normativa della società civile, ma non aspira affatto, per questo, al primato nella gerarchia della razionalità e dell'autorità politica, limitandosi a svolgere una funzione meramente correttiva nei confronti del monarca e della sua amministrazione, con cui lo Stato continua sostanzialmente a identificarsi, come nel corso del Settecento.

La società, in altre parole, non avanza affatto un diritto assoluto ad impadronirsi del potere politico-amministrativo, sovraordinandovi il proprio: quello legale, ma si limita a garantirsi del proficuo e corretto esercizio del primo, attuando, a livello costituzionale, un meccanismo che ne sanzioni il carattere funzionale e non dispotico.

La costituzione, dunque, come nell'antico schema contrattualistico del *pactum unionis*, rappresenta ancora, innanzitutto, l'accordo bilaterale tra un popolo ed il suo monarca; accordo che aggiunge ora alla delega del potere politico una clausola volta ad assicurare il controllo popolare sul suo 'buon' impiego, attraverso l'istituzione di una rappresentanza nazionale elettiva (41).

La ripresa di questo modello degli equilibri tra i poteri, estraneo tanto alla concezione montesquiviana, quanto ai suoi adattamenti rivoluzionari, rivela un Romagnosi indubbiamente ancora influenzato dal credo filo-assolutista della cultura settecentesca, e deciso a non rinunciare alle formidabili capacità funzionali dello Stato — *machine à administrer* — che quel pensiero poneva in risalto (42).

Occorrerebbe, naturalmente, valutare a fondo le origini e le derivazioni di questo disegno, leggendolo in controluce rispetto al sistema costituzionale napoleonico, dal quale è senza dubbio condizionato in qualche misura, e soprattutto confrontandolo accuratamente con i diversi sistemi giuspolitici che la cultura post-rivoluzionaria (da Sieyès a Vincenzo Cuoco, a Constant, a Destutt de Tracy) viene modellando nel corso della sua complessiva rimeditazione sulla vicenda rivoluzionaria (43). È sufficiente, qui, aver indicato una possibile linea interpre-

---

vede che la giunta all'edificio sociale tentata dai moderni si restringe solamente alla rappresentanza del potere *assicurativo* ben sapendo essi che la rappresentanza del potere governativo si trova già fatta ... », *Della costituzione*, cit., t. I, pp. 355-356.

(41) Idee analoghe a quelle qui espresse dal Nostro circolavano già, in polemica con Rousseau, ma anche col cetualismo montesquiviano, nell'àmbito delle correnti di pensiero settecentesche, di cui Romagnosi, secondo quanto si è già detto, è indirettamente più debitore; cfr., a proposito della teoria della rappresentanza politica in D'Holbach, W. TEGA, *D'Holbach, o l'utopia della riforma*, in CASINI, *La politica*, cit., p. 309.

(42) Per questi aspetti della cultura settecentesca, cfr. ancora MIGLIO, *Le origini della scienza*, cit., pp. 10-13.

(43) Oltre ai contributi già citati, cfr., sul pensiero costantiniano, P. BASTID *Benjamin Constant et sa doctrine*, Paris, 1966; A. ZANFARINO, *La libertà dei moderni*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tativa, della quale si può trovare conferma in più specifici settori del pensiero del nostro autore.

4. Tra questi, quello che più direttamente subisce l'influenza dell'impostazione generale che si è venuta delineando, è costituito, senza dubbio, dalla sua riflessione sul tema della amministrazione pubblica e della sua funzionalità. È certo che, qui, il nostro autore si muove su binari molto diversi da quelli seguiti da Chaptal, o, ancor prima, dagli uomini dell'anno II, padri della nuova amministrazione burocratica accentrata (44). Nonostante, infatti, l'enorme distanza ideologica che li separa, essi sono perfettamente concordi nel ridurre essenzialmente ogni problema amministrativo al trasferimento e alla puntualizzazione, a livello periferico, di una volontà che si forma al centro, e risulta investita di un crisma di legittimità, basato a sua volta, più o meno indirettamente o pretestuosamente, sul consenso collettivo. Qualunque sia la volontà generale, e chiunque ne sia l'esponente, una volta dichiarata, essa « rétombe ensuite, avec tout le poids d'une force irrésistible, sur les volontés elles mêmes qui ont concouru à (la) former », secondo l'incisivo lessico sieyèsiano (45).

Ciò implica che l'attività amministrativa sia riducibile senza residui ad una meccanica e del tutto impersonale esecuzione di norme e di ordini in cui il profilo della cura degli interessi concreti da parte dell'amministratore è assorbito completamente dalla definizione che di quegli stessi interessi offre la legge, o comunque l'autorità di vertice che la surroga.

Ora, niente è più estraneo di questo alla ideologia romagnosiana. Il Nostro non pone per niente in discussione, di tutta questa ideologia, il presupposto della natura gerarchico-burocratica dell'amministrazione, che, anzi è sempre valorizzata come elemento di efficienza e di funzionalità (46); ma la interpreta sulla base di una concezione del tutto diversa della legalità e degli equilibri tra i poteri.

---

nel costituzionalismo di Benjamin Constant, Milano, 1962; ID., *Introduzione* a B. CONSTANT, *Antologia di scritti politici*, Bologna, 1982.

(44) È di Chaptal, relatore della legge 28 piovoso anno VIII sull'amministrazione locale, la famosa immagine dell'attività esecutiva come ' fluide électrique ' dal centro alla periferia. Cfr., per una panoramica storica sul sistema di amministrazione territoriale francese, P. LEGENDRE, *Stato e società in Francia. Storia dell'amministrazione dal 1750 al 1950*, trad. it. M. GIGANTE, Milano, 1978, pp. 106 ss.; per i nessi tra il centralismo della Convenzione e quello napoleonico cfr. J. GODECHOT, *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, Paris, 1951, pp. 282-290; 508-520.

(45) P. BASTID, *Sieyès et sa pensée*, cit., p. 364.

(46) Su questo piano, è indubbia una sostanziale adesione, da parte di Romagnosi, al sistema amministrativo napoleonico, come perfezionamento di quello assolutista. Vedi con quanta convinzione ripete il noto assioma di Roederer « giudicare è affare di molti, amministrare di uno solo » (*Principi fondamentali di diritto amministrativo, onde tesserne le istituzioni*, EP, t. IV, p. 19). Le simpatie

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Posta, infatti, l'autonomia originaria del potere amministrativo, e il carattere non necessario, anzi, tutto sommato, occasionale dell'intervento legale (47), ne scaturisce, di conseguenza un'immagine ben differente dell'attività del pubblico funzionario, non più considerabile soltanto come esecuzione di norme, ma da valorizzarsi anche sotto il profilo della cura di interessi, e, perciò, dell'impegno quotidiano ad integrare la legge positiva col diritto naturale; in un contatto, quindi, con la 'natura delle cose', non necessariamente mediato attraverso lo schermo della legalità (48).

Di qui, tutto l'impegno scientifico-didattico romagnosiano nel settore gius-amministrativo (49), volto a dosare in un delicato equilibrio diritto naturale e diritto positivo, collocando in un unico *continuum*

---

per un ordinamento autonomistico dei Comuni, e la conseguente critica al sistema napoleonico sotto questo profilo, sono riconducibili nell'àmbito di una tendenza comune a gran parte del pensiero liberale contemporaneo (a partire dall'89 fino alla monarchia di Luglio) che, assegnando ai Municipi una personalità di diritto privato, li escludeva completamente dalla P.A.; senza con questo pensare minimamente di mettere in discussione il carattere gerarchico e burocratico di questa ultima. Cfr. BASTID, *Sieyès*, cit., pp. 458-59; H. DE PANSEY, *Du pouvoir municipal et de la police des communes*, Paris, 1818; CONSTANT, *Principes de politique*, cit., chap. XII; LEGENDRE, *Stato e società*, cit., pp. 115 ss. In ogni caso, un approfondimento delle opinioni romagnosiane in questa materia (espresse essenzialmente in *Istituzioni di civile filosofia*, EP, t. XIX, pp. 533 ss.) è comunque indispensabile per accertare specifiche peculiarità rispetto alla mentalità comune che si è indicata.

(47) Oltre alle accennate premesse costituzionali, vi è anche da considerare, a questo proposito, lo scetticismo con cui il nostro autore si pone nei confronti di ogni ideologia di chiusura e di autointegrazione del sistema legale, specie nel settore amministrativo, « che comprende una folla di oggetti essenzialmente variabili con le circostanze economiche e politiche dello Stato. Essi quanto meno possono essere regolati da leggi o da ordinanze fisse, tanto più abbisognano d'un criterio e d'un corredo da parte dell'amministratore » (*Discorso sul soggetto e l'importanza dell'Alta Legislazione*, DG vol. VII, pt. II, p. 1282; cfr. anche *Saggio sull'istruzione pubblica legale*, DG vol. VII, pt. II, p. 1144).

(48) In sostanza, il diritto naturale è sempre conservato come fonte integrativa del diritto positivo; cfr. le definizioni stesse che Romagnosi offre dell'attività giurisprudenziale in *Assunto Primo*, cit., EP, t. I, pp. 142-43.

(49) L'oscurità e la complessità dei *Principi fondamentali* è stata, ormai, più volte lamentata, e ancora impedisce, in effetti, una ricostruzione limpida dei contributi amministrativistici del Nostro. Per motivi su cui non è qui il caso di congetturare, l'opera è stata composta evidentemente in maniera estremamente frettolosa, cucendo insieme (molto male) contributi precedenti al 1814 (in specie, articoli già apparsi sul *Giornale di Giurisprudenza Universale* tra il 1811 e il 1812, il cui ordine, peraltro, risulta invertito rispetto a quello cronologico, nonché rimaneggiamenti— spesso confusi— di lezioni tenute dalla cattedra di Alta Legislazione delle Scuole Speciali di Milano). Per una rilettura complessiva dell'opera amministrativistica romagnosiana, si dovrebbe forse, a mio avviso, sfruttare il materiale offerto da De Giorgi nel vol. VII, pt. II delle *Opere*, tentando di ricostruire un intero corso universitario romagnosiano, secondo l'ordine fornito da Romagnosi stesso in *Prolegomeni dell'Alta Legislazione dell'anno scolastico 1812-13*, e in *Breve prospetto delle materie insegnate nella scuola di Alta Legislazione l'anno 1810*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

logico-sistematico princìpi generali di ragione e minuta realtà normativa. Un tentativo di raccordo indubbiamente originale, come rileva Benvenuti ([50]), ed estremamente sintomatico del momento di transizione di cui Romagnosi è l'interprete. Contrapponendosi vistosamente all'*habitus* descrittivo che sarà proprio, di lì a poco, dei primi amministrativisti francesi, il nostro autore, nelle pagine dei Principi, si impegna ad individuare una via intermedia tra la vecchia *science de la police*, come tecnica del benessere tipica dello Stato assoluto ([51]), e il nuovo diritto amministrativo, scaturito dalla legislazione napoleonica e dalla prima giurisprudenza del Consiglio di Stato in Francia ([52]).

Nel risultato di questo sforzo, si riscontrano alcuni tipici caratteri della ' Polizei ' settecentesca, che non poteva certo dispiacere a Romagnosi, come sistema di regole pratico-tecniche: intima connessione tra economia e diritto (cui il nostro autore rimarrà fedele fino alla più tarda polemica con Jean Baptiste Say) ([53]); indistinzione di amministrazione e giustizia: classificazione sistematica ordinata secondo il criterio metalegale dei fini dello Stato. Il che non impedisce, però, al Nostro, di offrirci anche uno dei primissimi inquadramenti sistematici dell'atto amministrativo, figura del tutto estranea al cosmo dello Stato di Polizia, e figlia in tutto e per tutto di quel primato formale della legalità con cui, bene o male, ogni giurista post-rivoluzionario dovrà fare i suoi conti ([54]).

L'impianto fondamentale, comunque, rimane, a nostro giudizio, essenzialmente giusnaturalistico, e si raccorda con i lineamenti che Romagnosi fornisce del suo diritto naturale nelle opere maggiori. Il diritto positivo è costretto — entro i limiti del possibile — in categorie non desunte induttivamente dal sistema legale, ma direttamente dalla ' natura delle cose ', secondo il metodo « ... risolutivo, e non compositivo, come lo appellarono i vecchi logici: metodo unico nelle dottrine pratiche, nelle quali si tratta di proporre un fine, e di subordinarvi i particolari mezzi convenienti » ([55]). Il diritto è una disciplina pratica,

---

([50]) Cfr. BENVENUTI, *Mito e realtà*, cit., pp. 104 ss.

([51]) Cfr. MIGLIO, *Le origini*, cit., pp. 19 ss. Più specificamente, sullo Stato di benessere tedesco, cfr. P. SCHIERA, *Il cameralismo e l'assolutismo tedesco. Dall'arte di governo alla scienza dello Stato*, Milano, 1968.

([52]) Giurisprudenza che Romagnosi conosce e già domina perfettamente. Per una sintesi sulla nascita del sistema del contenzioso in Francia, cfr. il vecchio, ma ancora esauriente A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei ovverni liberi*, Roma, 1904, pp. 96 ss.

([53]) Cfr. S. LA SALVIA, *Giornalismo lombardo: gli Annali Universali di Statistica*, Roma, 1977, pp. 249 ss., che ne offre un'efficace analisi.

([54]) Cfr. essenzialmente *Principi fondamentali*, EP, t. IV, pp. 145 ss.

([55]) *Breve prospetto*, cit., DG V vol. VII, pt. II, p. 1343. Poco prima aveva scritto: « Siccome alla scienza importa di conoscere le cose nella loro natura e nei loro rapporti di ragion naturale; così tutti gli enti amministrativi dovranno essere conosciuti in sé medesimi, anteriormente alla combinazione e al maneggio che ne piacque fare al Legislatore ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che non si conosce attraverso la lettura del testo legale, ma si scopre nei rapporti oggettivi della natura, acquisendo una conoscenza tecnico-funzionale.

Dottrina originale od ambigua? Residuo di un passato definitivamente sconfitto, o intuizione di una via nuova? Ciò che si può dire con certezza, è che la scienza amministrativistica ottocentesca, certamente, nelle sue linee maggiori, ha seguito un cammino diverso.

I primi amministrativisti francesi, di pochissimo posteriori a Romagnosi ([56]), si muovono già, senza incertezze, sulla base pura e semplice del diritto positivo; lo descrivono, lo ricostruiscono sulla base della sua logica interna; ne estrapolano induttivamente i princìpi generali ([57]). Pur praticando, molti di loro, accanto all'attività scientifica, una intensa attività politico-amministrativa, al Consiglio di Stato o alla Camera, non si pongono minimamente il problema di un raccordo teorico tra le due dimensioni, di una scienza globale della cosa pubblica. Quando, più i meno occasionalmente, affrontano il problema dello Stato, della sua natura o della sua funzionalità, ripetono senza originalità vecchie opinioni settecentesche ([58]).

In Italia, com'è noto, la vicenda fu diversa, e fino ad Orlando si potrà ancora parlare di una fortuna romagnosiana nell'àmbito della scienza amministrativistica ([59]). Siamo, d'altronde, nella fase costi-

---

([56]) La celebre prolusione di De Gerando, in occasione dell'istituzione della prima cattedra di diritto amministrativo in Francia è del 1819. Da quella data, i contributi della prima generazione di amministrativisti francesi si succedono a distanza di pochi anni l'uno dall'altro. Per una cronologia d'insieme di queste opere, cfr. R. DRAGO, *Gli studi del diritto amministrativo in Francia*, in *Gli studi di diritto amministrativo in Belgio, Francia, Spagna, Svizzera e Repubblica Federale Tedesca*, Milano, 1965, pp. 5 ss.

([57]) L'opera forse più celebre e paradigmatica di questo periodo è il *Cours de droit administratif*, di L. A. MACAREL, Paris, 1848; minuta ed analitica descrizione del sistema giuspositivo realizzata sulla base del criterio sistematico delle competenze degli organi (dal *Ministre* fino al *Maire*). Un impegno di carattere diverso, ma legato alle stesse premesse giuspositivistiche è quello diretto alla sistematizzazione della prima giurisprudenza degli organi del contenzioso (cfr. soprattutto L. M. A. DE CORMENIN, *Questions de droit administratif*, Paris, 1822).

([58]) Cfr. L. A. MACAREL, *Elémens de droit politique*, Bruxelles, 1834 (ma frutto di una serie di lezioni tenute nel 1828); un vero *collage* di citazioni di autori giusnaturalisti e di politologi contemporanei (soprattutto Constant e Daunou) Ben inteso, non si vuole affatto minimizzare il contributo di questi autori, che fu estremamente importante a livello sia di sistematizzazione scientifica che di discussione politico-giuridica (basti pensare al grande dibattito sulla giustizia amministrativa nel corso degli anni '20); vogliamo solo rilevare una precisa tendenza nel loro modo di porsi rispetto alla realtà normativa.

([59]) Cfr. BENVENUTI, *Mito e realtà*, cit., pp. 106 ss. Più specificamente, l'influsso romagnosiano si rivelò particolarmente penetrante nell'àmbito della giuspubblicistica meridionale preunitaria, la quale, operando in un contesto politico assolutamente sordo ad ogni esigenza di rinnovamento costituzionale, si sforzò di canalizzare le proprie istanze ideologiche liberaleggianti nell'àmbito degli studi amministrativistici, facendo ovviamente tesoro di un messaggio come quello del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tutiva dello Stato, in cui manca ancora un diritto positivo in grado di imporsi alla coscienza dei giuristi come espressione compiuta di tutta una società nazionale, con caratteri di definitività e completezza. Una situazione particolarmente idonea al recepimento di un messaggio dai contorni così sfumati, e fecondo di stimolazioni progettuali, come quello romagnosiano. Nell'89, in una situazione istituzionale ormai assestata, Orlando potrà parlare, e a ragione, dal suo punto di vista, di una fondazione *ex novo* della scienza del diritto pubblico, come elaborazione tutta giuspositivistica, e *proprio in questo* scientifica (60).

Ma la sconfitta della linea romagnosiana è, in realtà, molto antecedente. È la Rivoluzione stessa a sanzionare la fine di ogni filosofia empirica. e ragionevolistica, a negare la conciliabilità di ragione e passione, scavando così un solco profondo tra la politica, come elemento del mondo della storia e della forza, di cui non si dà, ne si può dare, scienza alcuna, ed il diritto, collocato, invece, nella sfera delle astrazioni formali, dei prodotti dell'autonomia umana.

Il razionalismo ha vinto, e la sua ragione segreta, che è quella di « ammettere l'irrazionalità di tutti gli impulsi » (61), non consente alternative. La legge capace di indicare univocamente il bene politico sarà pur bene iscritta già nella natura delle cose, ma la sua interpretazione autentica non potrà che esser offerta da una volontà generale, in cui si annulli l'atomismo degli ' amor propri ' individuali; l'oggettività conoscitiva nel campo politico non può più esser credibilmente presentata come appannaggio di una scienza elitaria, di una classe di tecnici del benessere collettivo, la cui volontà è sospetta al pari di ogni altra volontà particolare. Essa diviene invece esclusivo attributo della società civile stessa — sia pure di quella classista del *pays légal*, non importa, lo schema formale è lo stesso —, che non conosce, fuori di sè, altra autorità legittima capace di dettarle diritti e doveri.

5. A titolo di provvisoria conclusione di questo rapidissimo *excursus*, mi pare che vi siano le premesse per una lettura integrata e globale del complesso pensiero romagnosiano, che ne valorizzi tutti i fitti

---

Nostro, singolarmente capace di abbinare la tecnica giuridica con più vaste ed ariose prospettive di politica del diritto. Cfr. L. MARTONE, *La scienza amministrativa nel Regno delle Due Sicilie (1815-1848). Diritto e politica*, in *Riv. trim. di diritto pubblico*, n. 3, 1980; G. REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo in Italia. Profili di amministrativisti preorlandiani*, Bologna, 1981 (in particolare, su G. Manna, cap. II); E. ROTELLI, *Recensione* a G. LANDI, *Istituzioni di diritto pubblico del Regno delle Due Sicilie*, Milano, 1977, in *Riv. trim. di diritto pubblico*, 1978.

(60) Sulla celebre prolusione orlandiana del 1889 cfr. M. FIORAVANTI, *La vicenda intellettuale del 'giovane' Orlando*, Firenze, 1979; G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V. E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1980, pp. 122 ss.

(61) DE JOUVENEL, *La sovranità*, cit., p. 14.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

collegamenti tra premesse filosofiche, convinzioni politiche, e specifiche conseguenze a livello giuridico-istituzionale.

Il contributo di Albertoni, Ghiringhelli e Invernici procede effettivamente in questa direzione; senza proporsi ancora lo scopo di una ricostruzione compiuta dell'opera del nostro autore, ne costituisce una consistente premessa sul piano metodologico. Rispetto ad esso, credo sia prematura qualsiasi valutazione critica più approfondita, da riservare, eventualmente, al lavoro scientifico in corso, del quale ci informa lo stesso Albertoni, e di cui gli articoli in esame rappresentano un momento propedeutico (62).

Ci limiteremo, perciò, ad un rilievo di carattere estremamente generale, a proposito di una linea interpretativa che sembra affiorare già da questi primi approcci.

L'immagine a nostro avviso evidenziabile dai contributi più squisitamente giuridici di Romagnosi, rivela una profonda vocazione settecentesca nel pensiero del nostro autore; per certi versi, calcando un po' gli accenti, ne possiamo ricavare la fisionomia di un intellettuale europeo del XVIII secolo, costretto a vivere in un'epoca in cui si trova a disagio.

È ovvio che, allargando l'orizzonte alla storia politica e sociale, e collocando il nostro autore nel cuore del quotidiano impegno civile degli *Annali* (in un periodo in cui, non dimentichiamolo, l'attenzione per i temi specificatamente giuridici tende a smorzarsi a favore di altri interessi), il quadro deve cambiare sensibilmente. Crediamo, tuttavia, che anche qui, nel vivo della lotta risorgimentale, il ruolo dell'eredità settecentesca non possa mai essere perso di vista.

Tra le righe, invece, dei recenti contributi di Ghiringhelli ed Invernici, si avverte, talvolta, una sorta di pudore nello scoprire le *radici* del nostro pensatore, come un retaggio ormai ingombrante nel nuovo secolo. Ghiringhelli, anzi, nel concludere la sua efficace sintesi sulla collaborazione romagnosiana all'esperienza degli *Annali*, si pronuncia per « un sostanziale distacco dal secolo dei vinti, dai dettami teorici dell'illuminismo. Non più ragione per la ragione, ma ragione per l'azione » (63); osservazione di per sè fondata, ma che forse impedisce di cogliere a fondo tutto un aspetto del sostrato culturale di Romagnosi; il cui maggior sforzo teorico sta proprio nel vagliare con cura il patrimonio illuminista, conservandone tutti gli elementi pragmatici, per escluderne appunto, in Rousseau e Kant, — per eccellenza i due campioni della ' ragione per la ragione ' — gli ultimi esiti razionalisti.

Una conclusione, ci pare, che si può ricavare già dalla stessa rassegna di contributi romagnosiani offerta dal saggio di Ghiringhelli. L'attenzione per il sociale, ad esempio, che connota così caratteristica-

(62) Cfr. ALBERTONI, *Prelezione*, cit., p. 36.

(63) R. GHIRINGHELLI, *Gian Domenico Romagnosi e gli Annali Universali di Statistica*, cit., p. 214.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente il nostro autore rispetto a tanti suoi contemporanei, deve, probabilmente, essere valutata proprio muovendo da tutta una tradizione settecentesca (da Wolff a Helvetius) che, mantenendo autonomi, sul piano soggettivo, lo Stato e la società civile, può costruire i fini della attività pubblica sulla base di una ricerca pratica degli effettivi bisogni della collettività, e delle sue dinamiche interne. Così pure, l'incapacità di concepire formalisticamente l'economia politica, e l'esigenza di raccordarla al diritto in una disciplina unitaria — evidenziata ora da Invernici (64) — non implica, forse, in qualche misura, quel modo strenuamente antiformalistico di concepire la regola giuridica come strumento precettistico, e non come limite formale dell'attività amministrativa che è tipico, ad esempio, del Cameralismo tedesco? Domande che meritano, forse, un qualche approfondimento.

Con queste ed altre notazioni, derivando certe posizioni romagnosiane dalla tradizione assolutistica, non si vuole certo porre in discussione la fede liberale del Nostro.

Il suo credo eudemonista, infatti, non giustifica assolutamente alcuna invadenza statale nella sfera del privato, che è mantenuta, secondo i più classici dettami della dottrina liberale contemporanea, del tutto al di fuori della zona di competenza del pubblico (65).

Anzi, il continuo richiamo ad una realtà oggettiva di rapporti naturali, lungi dal giustificare, sulla base della sua stessa evidenza, il dispotismo legale, secondo l'atteggiamento che fu tipico del pensiero fisiocratico, e anche di altra cultura settecentesca (66), acquista il preciso significato che avrà di lì a poco con i *doctrinaires*, di decisa affermazione, cioè, dei valori della ragione individuale, di contro alla pretesa del potere politico di porsi come unico ed assoluto interprete della natura.

Il richiamo della tradizione assolutistica, dunque, non vale affatto, qui, come riferimento ad un modello filosofico, che Romagnosi non poteva che aborrire; quanto, invece, ad una forma di assetto istituzionale che, rifiutando la coincidenza giuridica tra potere politico e società civile, e mantenendo ben distinto, sul piano soggettivo, lo Stato dalla collettività, consente ancora di individuare gli obbiettivi dell'attività pubblica sulla base di una verifica empirica dei bisogni della società, e non già a seguito del verdetto oracolare della volontà generale. È proprio in questo dualismo che Romagnosi reperisce la garanzia di libertà del privato, e del corretto funzionamento della macchina pubblica.

---

(64) F. INVERNICI, *L'economia come scienza dell'ordine sociale delle ricchezze*, cit., pp. 144-148.

(65) « Tutto considerato, si trova che nel contratto sociale io non *pongo in comune* fuorché le mie *forze*, ed i miei *beni secondo il bisogno* e dentro i *limiti* del bisogno; ma non pongo in comune veruno dei miei *diritti* » (*Istituzioni*, EP, t. XIX, p. 325). Cfr. per tutti CONSTANT, *Principes de politique*, chap. I.

(66) Cfr. DERATHÉ, *La philosophie*, cit., pp. 73 ss.; per un pensatore italiano tipico di questo indirizzo, cfr. S. COTTA, *G. Filangieri e il problema della legge*, Torino, 1954, pp. 143 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

UGO PETRONIO

UNA CATEGORIA STORIOGRAFICA DA RIVEDERE

(a proposito di G. ZORDAN, *Il codice della veneta mercantile marina*, e di A. SCIUMÈ, *I tentativi per la codificazione del diritto commerciale nel regno italico*)

I lavori di Giorgio Zordan e Alberto Sciumè dedicati a due diversi tentativi di codificazione (1) offrono l'occasione per effettuare qualche riflessione e per spendere qualche parola intorno ad un canone classificatorio ormai tradizionale.

Si tratta, com'è intuitivo, della 'coppia' consolidazioni/codificazioni, che è stata proposta da Mario Viora in anni ormai lontani e alla quale è toccata, come notava argutamente egli stesso nella prefazione alla terza edizione del suo volumetto, «una fortuna che l'autore non s'attendeva» (2).

La riflessione si impone, a distanza di anni, non solo per verificare se quel canone sia utilizzabile ancor oggi, ma soprattutto perché la proposta del Viora è venuta assumendo il valore di una vera e propria 'categoria storiografica' che, lo confesso, mi persuade poco, anche per l'uso che se ne fa.

Un invito al ripensamento ci viene, in fondo, dallo stesso Zordan. Nella premessa al libro, che è accurato per la ricerca d'archivio come è accurato quello di Sciumè, egli osserva: «Di fronte al perdurante vivo interesse scientifico per le dottrine codicistiche, per la storia della codificazione in genere ... troppo spesso intesa riduttivamente come attività sorretta da una ben individuata ideologia e finalizzata ad operare fondamentali scelte socio-politiche cristallizzatesi nei 'codici borghesi', ci è sembrato non inutile contributo volto ad ampliare il valore semantico e concettuale di quel termine [codice] eleggere a oggetto di studio la formazione e la vigenza di un codice ... d'epoca ma non d'ambiente illuminista, voluto e redatto da membri del ceto nobiliare, non funzionale ad una riforma politica generale e, per di più, indirizzato a sistemare una branca del diritto, il gius nautico, per sua natura 'con-

(1) G. ZORDAN, *Il codice per la veneta mercantile marina*, Padova 1981; A. SCIUMÈ, *I tentativi per la codificazione del diritto commerciale nel regno italico (1806-1808)*, Milano 1982.

(2) M. VIORA, *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazione*, Torino 1967^3, p. VIII; la prima edizione, senza data, è pubblicata a Bologna presso Zanichelli.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

suetudinario ' e scarsamente influenzato tanto dal pensiero dei *philosophes* ... quanto dalle dottrine giuridiche rivoluzionarie » (3).

Con ciò, se capisco bene, si vuole affermare che anche i conservatori veneziani del tardo settecento seppero metter mano, in barba all'illuminismo e al giusnaturalismo, a un buon codice che fosse, proprio come i suoi promotori o i suoi autori, conservatore, riuscendo anche a condurre a termine l'impresa.

Pur con tutto il rispetto per i conservatori in genere, e per quelli del settecento veneziano in particolare, non mi sembra che lo studio di quella vicenda di codificazione del diritto marittimo giovi, di per sè, ad ' ampliare ' il valore semantico e concettuale di codice, e nemmeno a chiarirlo. Essa dimostra semmai, al pari del tentativo di codificare il diritto del processo dovuto a Gabriele Verri (4), che in tanti ambienti si erano ormai affermate alcune ' idee-forza ' — la semplificazione, la chiarificazione, la razionalizzazione del sistema normativo vigente — che erano di matrice giusnaturalistica e illuministica; e dimostra anche che con queste idee dovevano fare i conti anche coloro che non erano né illuministi né progressisti - e Dio solo sa quanto Gabriele non fosse né l'uno né l'altro.

A meno che, invece, non si riesca a dimostrare che quel codice veneziano, non funzionale ad una riforma politica, non illuminista, non influenzato da quella cultura che, piaccia o non piaccia, allora era moderna ed ha dato frutti importanti e progressisti, sia migliore o almeno non peggiore di altri codici, magari proprio perché esso era di ambiente e di stampo conservatore. Se questa dimostrazione non si prova o non si riesce a darla, si è di fronte ad un'affermazione e a una scelta di campo tutta ideologica, almeno come quella di chi pensa, me compreso, che i codici del settecento siano il frutto della cultura e della polemica illuminista o di quanto fu provocato e sollecitato dagli illuministi; e se si tratta di ideologia, allora ciascuno si tiene la sua, progressista o conservatrice o reazionaria che sia. Comunque, vorrei chiarire subito che non credo che ci sia nulla di ideologico nello stabilire un rapporto tra illuminismo e codificazione — o non è stato Voltaire a proclamare che se si vogliono buone leggi bisogna farne di nuove? e non è stato Kaunitz a scrivere, a proposito di un nuovo codice al quale egli pensava da un po', che per alzare la fabbrica nuova bisognava prima abbattere quella vecchia? (5) —; su questo punto dirò qualcosa

---

(3) G. ZORDAN, p. IX.

(4) V. U. PETRONIO, *Un tentativo moderato di codificazione del diritto del processo civile e penale in Lombardia: Il ' Nuovo Piano ' di Gabriele Verri*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Firenze 1977 (= Atti del terzo congresso internazionale della società italiana di storia del diritto), II, pp. 975 ss.

(5) V. rispettivamente F. M. AROUET de VOLTAIRE, *Dizionario filosofico*, v. *Leggi*, Torino 1978, p. 115; e Kaunitz a Firmian 29.12.1765, in A. VISCONTI, *La pubblica amministrazione nello Stato milanese durante il predominio straniero (1541-1796)*, Roma 1913, p. 215.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

più avanti, mentre credo che adesso sia il caso di tornare alla ' coppia ' consolidazioni/codificazioni.

A quanto mi sembra di capire, oggi non tutti gli autori la utilizzano al medesimo fine, e non tutti le attribuiscono il medesimo significato. Ne sono un esempio proprio Zordan e Sciumè, i quali la pongono a presupposto delle proprie indagini, dichiarando di mutuarla da Viora, e tuttavia sembrano in disaccordo tra loro.

Si legga quanto scrive Zordan: « per il momento quanto si riusciva a prevedere ed auspicare era una consolidazione-raccolta ... » per soggiungere poi, alla nota, che si tratta di « una terminologia proposta in epoca ormai remota da M. Viora ... e adottata ormai pressocché generalmente da parte della storiografia giuridica ... » (6). Come si vedrà, consolidazione-raccolta indica, nel linguaggio di Viora, quel particolare precipitato storico della normativa tradizionale che si compendia, a un dato momento, in un testo unitario e per questo verso nuovo, ma sempre tradizionale quanto ai contenuti; ad esso fa riscontro il codice, che è innovativo.

Prendiamo adesso Sciumè il quale, rinviando a Viora com'è consueto, scorge nel tentativo di codice commerciale degli anni 1806-1808 un particolare connotato di novità, che lo differenzia da altri testi normativi e che consiste nel presentarsi « come strumento giuridico esauriente e completo per l'operare del soggetto destinatario ... L'esaustività come postulato dogmatico del codice ... rivoluziona il rapporto tra i soggetti e gli operatori del diritto da una parte e la legge dall'altra, ancor più dell'esistenza di contenuti innovativi nella disciplina degli istituti giuridici » (7).

Qui si è su un piano diverso da quello sul quale si muoveva Zordan quando, parlando di consolidazione-raccolta, faceva questione di contenuti; Sciumè, per altro, si premura di segnalare, in nota, che è stato Cavanna a porre il luce « il minor rilievo della novità del materiale normativo, rispetto all'innovazione rappresentata dalla completezza del testo codificato » (8).

A questo punto mi sembra che s'imponga la rilettura di qualche passo di Viora, il quale probabilmente si era limitato a proporre, nell'ottica naturalistica e positivistica che lo ispirava (9), uno strumento per classificare, magari alla buona, le diverse raccolte di leggi che si erano susseguite nel tempo e che spesso erano tutte quante etichettate ' codice '. Non credo che egli volesse, né potesse, fare di più in un saggio così breve, che doveva servire a porre, con una certa dose di giusta approssimazione e di sano empirismo, alcuni semplici punti di riferimento per le analisi successive. E nemmeno credo — sia detto

(6) G. ZORDAN, *op. cit.*, p. 7 e n. 20.
(7) A. SCIUMÈ, *op. cit.*, p. 176.
(8) A. SCIUMÈ, *op. cit.*, p. 176, n. 15.
(9) V. M. VIORA, *op. cit.*, p. 1 e *passim*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per inciso — che abbiano fatto un buon servizio a lui e alla causa della chiarezza concettuale coloro che hanno cercato, più tardi, di ' categorizzare ' la sua proposta finendo per stravolgerla nei contenuti.

Innanzi tutto, Viora aveva ragionato in termini di contenuto normativo, che distingueva i codici dalle antiche consolidazioni, facendone delle entità ben diverse « dacché queste ultime contenevano, soltanto, in gran parte, materiale legislativo preesistente. I codici invece contengono materiale legislativo nuovo (10).

Poi, come a parare l'obiezione che spesso anche il materiale dei codici era tradizionale, egli aveva affermato che « le norme antiche, accolte nel codice, erano state regolarmente animate da uno spirito nuovo e ... piegate ad un significato diverso dall'antico, meglio consono con i principii rivoluzionari; e d'altra parte quelle norme, pur rannodantesi a fonti diverse, avevano perduto nel codice la loro individualità, ed erano divenute semplici elementi di una legge unica e nuova » (11).

Il tratto fondamentale di questa legge, infine, era dato dal suo essere *sistema*: « sistema che, appunto per ciò, voleva essere considerato divergente dal precedente sistema del diritto comune, e quasi antitetico ad esso, onde, nel momento stesso in cui trionfò, gli si venne compiutamente a sostituire ». Qui s'imponeva il richiamo all'art. 7 della legge 30 ventoso anno XII, abrogatrice del diritto comune e di ogni altra fonte estranea al codice; e qui, con l'abrogazione del sistema millenario del diritto comune e l'entrata in vigore dei nuovi codici francesi, il discorso poteva dirsi concluso (12).

In sintesi, sembra di poter dire che, per Viora, quel che induce a etichettare come ' codice ' questo o quel complesso di norme è soprattutto la novità dei contenuti, tenendo pur presente che contenuti tradizionali in sé possono assumere un tratto di novità per il contesto generale nel quale si inquadrano, in virtù del loro farsi elementi di una legge unica; in questa prospettiva, assume rilievo particolare la organica compiutezza del codice, soprattutto per il suo escludere ogni apporto integrativo esterno.

Che il criterio sia prevalentemente empirico, l'ho già detto, e a dare la misura dell'empirismo che lo pervade credo possa bastare una considerazione. Nella proposta di Viora si mescolano due tipi di valutazioni, che andrebbero tenute distinte, almeno secondo me: una più propriamente storico-giuridica, che concerne i contenuti del codice e quindi il suo rapporto con il complesso dei contenuti normativi che lo hanno preceduto; l'altra più propriamente dogmatica, che ha l'occhio rivolto al sistema delle fonti nel quale il codice si inserisce poi dopo la sua

(10) M. VIORA, *op. cit.*, p. 41.
(11) M. VIORA, *op. cit.*, pp. 41-42.
(12) M. VIORA, *op. cit.*, pp. 42-43.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

entrata in vigore — sistema autointegrato o eterointegrato — e che, come cercherò di mostrare più oltre, ha poco o punto a che vedere con la vicenda storica che ha portato alla codificazione.

Da Viora hanno preso le mosse altre proposte che, nel comune riferimento a lui, si sono sempre più diversificate, contribuendo la loro parte a rendere sempre meno utilizzabile, almeno sotto il profilo della chiarezza, la ' coppia ' consolidazione-codificazione, che ha assunto significati sempre meno univoci.

Si pensi, per un verso, a Guido Astuti, che pure aveva già polemizzato con Viora (13); egli ha lasciato cadere ogni riferimento ai contenuti, e quindi al dato che ritengo più propriamente storico-giuridico, e da giurista attento e rigoroso qual'era ha affermato, ancora di recente, che « carattere tipico della codificazione è la unificazione del diritto civile, attuata sostituendo al preesistente sistema pluralistico di fonti normative un unico testo legislativo organicamente compiuto, di valore generale. Questo concetto ci fornisce un criterio orientativo per distinguere i codici del secolo XIX dalle compilazioni legislative del secolo XVIII che ... sono semplici raccolte o consolidazioni parziali del diritto positivo, compiute a scopo di riunione e revisione della precedente legislazione, ma pur sempre inserite nel sistema tradizionale delle fonti ... » (14).

Il criterio è indubbiamente chiaro, ed è anche sicuro; ed è il criterio del giurista moderno che valuta oggi, dopo un'esperienza codificatoria di quasi due secoli, se un certo testo normativo sia « organicamente compiuto » e « di valore generale », e allora e non altrimenti lo dice ' codice ', collocandolo in una particolare prospettiva dogmatica del sistema delle fonti. Non altrettanto chiara e sicura mi sembra, invece, la sua utilizzabilità da parte dello storico delle codificazioni ancora *in fieri*, che deve fare i conti con una realtà ben più sfumata e sfuggente; ma anche su questo dovrò ritornare.

Tutta diversa, invece, è la proposta di Tarello, che ha avvertito, con l'acume che gli è proprio, gli equivoci teorici e le insidie storiche del criterio adottato da Viora, e che, pur conservandone la terminologia, ha completamente spostato i termini della questione, affermando: « questa distinzione terminologica è opportuna, quantunque di solito le consolidazioni avessero il nome di *codex* ... Inopportuno è invece riferire la distinzione prevalentemente al carattere innovativo dei ' codici ' e conservativo delle ' consolidazioni ', perché solletica discussioni quantitative (quantità di vecchie norme incluse nei codici moderni) anziché qualitative (caratteri propri della codificazione moderna borghese, come

---

(13) G. Astuti, *Legislazione e riforme in Piemonte nei secoli XVI-XVIII*, in *La monarchia piemontese nei secoli XVI-XVIII*, Roma 1951, pp. 103 ss.

(14) G. Astuti, *La codificazione del diritto civile*, in *La formazione*, cit., II, p. 857.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il soggetto unico di diritto ...) ([15]). Si potranno fare, se si crede, tutte le riserve possibili sulla tesi ben nota di Tarello, che ha adottato il problema dell'unificazione del soggetto di diritto come criterio privilegiato di valutazione dei codici settecenteschi — qualcuna, per parte mia, l'ho già fatta in questi stessi ' Quaderni ' ([16]) — ma certo si tratta, ancora una volta, di un criterio che si segnala, insieme, e per il suo distacco da quello di Viora e per l'indubbia ricchezza di problematiche che sollecita in chi legge.

Meno convincente, invece, mi sembra il tentativo di Cavanna il quale cerca, secondo un certo eclettismo dal quale non è alieno, di sposare insieme i diversi criteri, quanto meno quelli di Viora e di Astuti. A proposito delle celebri *ordonnances* di Colbert e di Daguesseau, delle costituzioni sabaude del 1723-1729-1770, delle costituzioni modenesi del 1771, che tutti considerano tradizionalmente consolidazioni e che anch'egli ritiene tali, Cavanna scrive: « ciò che ... impedisce radicalmente un'assimilazione di queste costruzioni normative ad un codice (inteso nel senso tecnico e moderno del termine) è soprattutto il fatto che esse presuppongono necessariamente la sopravvivenza del diritto comune e dei diritti particolari, e da queste fonti tollerano di essere sistematicamente integrate ... È qui dunque significativamente assente un tipico requisito moderno, vale a dire la non eterointegrabilità del codice. Assenza che si spiega, in quanto siffatte compilazioni non si sorreggono sul fondamentale postulato dogmatico che caratterizza positivisticamente (?) il codice, cioè il principio della completezza » ([17]).

Se ho inteso il suo pensiero, Cavanna afferma che questi corpi normativi che non sono codici nascono nel presupposto della perdurante vigenza del diritto comune, il quale non potrà quindi essere abrogato anche perché essi non si presentano, sul piano dei contenuti, come potenzialmente completi, e quindi non possono aspirare a diventare fonte unica di diritto; in tal modo vicenda storica di formazione, contenuto del codice e problema dogmatico di unificazione del sistema delle fonti cercano di saldarsi insieme, realizzando una sorta di unificazione di prospettiva che è sostanzialmente lontana sia dalla proposta di Viora, sia dalle posizioni di Astuti.

Questi, infatti, e lo si è visto, aveva ragionato in termini di pura dogmatica; quel dato testo non è un codice perché ammette ancora l'eterointegrazione, quell'altro invece lo è perché non l'ammette; il contenuto, a questi fini, è irrilevante, come è del pari irrilevante la vicenda che ha portato alla formazione del testo in questione.

([15]) G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*. I. *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, p. 192, n. 3.

([16]) U. PETRONIO, *rec.* a G. TARELLO, *op. cit.*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 7 (1978), pp. 500-508 e i riferimenti bibliografici che vi ricorrono.

([17]) A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*. I. *Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano 1979, pp. 255-256.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Detto questo, è da vedere se si possa trovare un bandolo per dipanare questo intrico; secondo me un criterio di classificazione ha valore in quanto giovi a mettere ordine nelle nostre idee, e quindi andrebbe usato in modo univoco e facendo riferimento sempre allo stesso ordine di problemi, altrimenti finisce col giovare poco.

Un punto di partenza può essere rappresentato da quella *ordonnance* processuale di Luigi XIV del 1667 che viene pacificamente etichettata come ' consolidazione ' da Viora come da Astuti o da Cavanna. Orbene, noi sappiamo che il contenuto di questa *ordonnance* fu trasfuso quasi completamente nel *code de procedure* del 1806, il quale si ispirò direttamente ad essa senza passare attraverso un processo di rielaborazione particolarmente approfondito. Purtuttavia quest'ultimo testo, il *code*, per quegli autori è un codice in senso moderno, ossia « un complesso di norme che si presenta come tendenzialmente completo e organico, ed abroga tutte le fonti normative precedenti prevedendo una disciplina generale ed unitaria del processo civile ». E va pure aggiunto, come fa lo stesso Taruffo dal quale ho citato, che l'unificazione del diritto processuale fu solo tendenziale, non piena, perché dal *code* mancava « la disciplina del giudizio presso la *cour de cassation*, che costituisce oggetto della successiva legge 16 settembre 1807, nonché di altre leggi (30 luglio 1828 e 1 aprile 1837), che progressivamente modificano l'istituto » ([18]).

C'è da chiedersi, allora, se sia possibile che due testi assai simili tra loro possano essere classificati in modo diverso, l'uno ' consolidazione ', l'altro ' codificazione ', in relazione ad un dato sostanzialmente esterno ad essi e alla loro vicenda di formazione, qual'è il sistema delle fonti nel quale si inseriscono; tanto più, poi, che la pretesa unificazione di questo sistema delle fonti, che è il criterio discriminante, non è neppure stata completa.

L'alternativa sarebbe quella di ammettere che, realizzata o solo abbozzata, l'unificazione del sistema delle fonti abbia costituito l'obbiettivo perseguito coerentemente e consapevolmente dal legislatore del *code*, il quale costruì quel complesso normativo in modo che esso potesse contenere una risposta esauriente a tutti i problemi posti dal processo civile.

La questione andrebbe studiata, anche se forse sarà difficile fare veramente luce su ciò, dato che i lavori preparatori del codice di procedura sono molto sommari ([19]); ma il dubbio che le cose possano essere andate ben diversamente io ce l'ho, e mi viene dall'esperienza della vicenda per cui passò il *code civil*, quello che da un certo momento in poi divenne il codice per antonomasia e che certo esercitò un'influenza notevole sugli altri codici francesi, e non solo su quelli.

([18]) M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna 1980, p. 63 e *ivi*, n. 17.

([19]) M. TARUFFO, *op. cit.*, p. 62.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Quanto al *code civil*, ho già accennato in un'altra occasione ([20]), che il celebre e celebrato art. 7 della L. 30 ventoso XII (21 marzo 1804) che abrogò in blocco il diritto comune e gli altri diritti preesistenti non fu il coronamento e lo sbocco naturale delle scelte operate dal legislatore mentre approntava il testo del codice.

Gli indizi sono tanti, e c'è pure, io credo, qualche prova. Nella seduta del 5 luglio 1790 l'assemblea costituente decretò « que les lois civiles seraient revues et réformées par les législateurs, et qu'il serait fait un code général de lois simples, claires et appropriées à la constitution »; e ciò fu confermato nella costituzione del 1791, dove si affermò che « il sera fait un code de lois civiles, communes à tout le royaume » ([21]).

Ma quelle che sono inequivocabili sono le discussioni dei giorni 17 e 19 ventoso XII (8 e 10 marzo 1804) ([22]). La tesi di Maleville era stata di abrogare unicamente le norme contrarie al *code*, lasciando in vita le altre, perché — egli notava — con l'abrogazione di tutte le altre fonti « pour ne pas donner aux juges d'autre règle que le code, on serait livré à l'arbitraire pour une infinité de contestations. Mais, d'autre part aussi, si on laisse subsister ensemble et ce code et ces lois, en abrogeant seulement ce que ces lois ont de contraire au code, on n'aura fait qu'ajouter à cette immense législation dont nous étions accablés » ([23]). Anche contrario all'abrogazione in blocco era Cambacérès, in base alla considerazione che « il est impossible que le code civil contienne la solution de toutes les questions qui peuvent se présenter. Dès-lors, on ne doit pas priver les tribunaux de l'avantage de puiser leurs décisions dans d'autres autorités » ([24]).

E quando si passò alla redazione dell'articolo, Cambacérès insistette ancora sul proprio punto di vista, che mirava a conservare « aux lois anciennes leur autorité, par rapport aux questions et aux cas qui ne se trouveraient pas décidés par le code civil » ([25]); contro di lui, e a favore di un'abrogazione globale di tutte le fonti precedenti, si levò la voce di Bigot Préameneu, il quale dichiarò che « si on laissait aux lois antérieures leur force, il en résulterait des procès, même sur les cas

---

([20]) U. PETRONIO, *rec.* a G. TARELLO, *op. cit.*, p. 507, nt. 13 e nt. 14.

([21]) V. in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, Paris 1827 (rist. an. Osnabrück 1968), I, p. XXXVI; e v. anche in M. VIORA, *op. cit.*, p. 35.

([22]) Per tutto questo dibattito intorno all'art. 7 v. J. G. LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des codes français*, Paris 1827-1832, I, p. 102 ss., e v. anche *Recueil complet des discours prononcés lors de la présentation du code civil par les divers orateurs du conseil d'état et du tribunat, et discussion particulière de ces deux corps avant la rédaction définitive de chaque projet de loi*, Paris 1838, II. *Discussion*, p. 740 ss.; per un sunto v. J. MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du code civil au conseil d'état*, Paris 1805, IV, pp. 413 ss.

([23]) J. G. LOCRÉ, *op. cit.*, I, p. 102.

([24]) J. G. LOCRÉ, *op. cit.*, I, p. 103.

([25]) J. G. LOCRÉ, *op. cit.*, I, p. 108.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prévus par le code civil, dont les dispositions deviendraient moins décisives » (26).

Ma l'affermazione vincente fu, probabilmente, quella che richiamò l'attenzione sul fatto che la mancata abrogazione del diritto preesistente avrebbe conservato alla Francia la distinzione tra *pays de droit écrit* e *pays de droit coutumier*, facendo fallire quel disegno di *unificazione* legislativa che aveva ispirato il codice sin dall'inizio: « dans les cas non prévus, on ne peut laisser au droit romain la force qu'il avait dans les pays de droit écrit sans introduire dans le tribunal de cassation une grande diversité de principes et de jurisprudence. Il serait forcé de prononcer la cassation du jugement rendu par certains tribunaux, parce qu'ils auraient contrevenu au droit romain qui faisait loi dans leur ressort, tandis que la même décision ne donnerait pas ouverture à la cassation, lorsqu'elle aurait été rendue par d'autres tribunaux aux quels le droit romain a toujours été étranger » (27).

Qualcosa bisognava pur concedere agli ultimi fautori del diritto romano, e fu ancora Bigot Préameneu a riconoscere che « le droit romain aura toujours partout l'autorité de la raison écrite, et, renfermé dans ces limites, il n'en sera que plus utile, en ce que, dans l'usage, on pourra n'employer que les maximes d'équité qu'il renferme, sans être forcé de se servir des subtilités et des erreurs qui s'y mêlent quelquefois; mais il faut que sur aucun point de la république, il ne fournisse des moyens de cassation » (28).

Su questa base si giunse ad un compromesso sottoscritto anche da Cambacérès, che fu disposto ad accettare che « l'infraction aux lois anciennes ne donne pas ouverture à cassation, pourvu qu'on ne refuse pas d'ailleurs aux juges la faculté de les prendre pour guides ». E risulta a verbale che « l'article est adopté dans ce sens » (29).

Commentando questo dibattito ancora a botta calda, il Maleville, che era stato tra i fautori di una diversa redazione dell'art. 7, scrisse che se nella discussione si era parlato solo del diritto romano e non del *droit coutumier*, ciò non significava certo che questo non fosse stato considerato allo stesso modo di quello, e non ne avesse condiviso la sorte, « parce que l'empire ne peut plus être régi que par des lois générales et uniformes, et que ces coutumes ne peuvent être citées tout au plus, ainsi que le droit romain, que comme raison écrite » (30).

Anche Portalis si schierava su queste posizioni che ponevano come esigenza prioritaria il superamento della divisione tradizionale della Francia tra aree di diversa tradizione giuridica; se egli affermava a piena voce che l'art. 7 costituiva « la disposition la plus essentielle »

(26) J. G. Locré, *op. cit.*, I, p. 108.
(27) J. G. Locré, *op. cit.*, I, pp. 108-109.
(28) J. G. Locré, *op. cit.*, I, p. 109.
(29) J. G. Locré, *op. cit.*, I, p. 109.
(30) J. Maleville, *op. cit.*, IV, p. 416.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del progetto di legge per la promulgazione del *code civil*, ribadiva e confermava a più riprese che a fondamento del *code* stava « l'idée d'une législation uniforme » (31).

Per giungere a tanto egli ripercorreva a grandi linee la storia dei popoli, secondo moduli culturali che sono di chiara ispirazione giusnaturalista e illuminista; e se i popoli semplici avevano potuto accontentarsi di qualche massima generale e di qualche usanza, con lo sviluppo della civiltà non era più stato così, perché « des lois différentes n'engendrent que trouble et confusion parmi des peuples ... vivant sous le même gouvernement et dans une communication continuelle ... » (32); né poteva protrarsi l'assurdo che vi fossero persone che dipendevano dalla medesima autorità e tuttavia non erano soggette al medesimo diritto, diventando così estranee le une alle altre.

In questo modo i popoli finivano col non avere più nemmeno una patria comune, e questa comunanza di patria potevano ritrovarla solo riunificando il proprio diritto: « Aujourd'hui une législation uniforme fait disparaître toutes ces absurdités et ces dangers; l'ordre civil vient cimenter l'ordre politique. Nous ne sommes plus provençaux, bretons, alsaciens, mais français » (33).

Tutta la discussione che si svolse intorno al tenore e alla portata da attribuire all'art. 7, che ho voluto riportare con una certa larghezza perché fossero soprattutto le fonti a parlare, dimostra, secondo me, due cose. Innanzi tutto, il codice rischiò di essere promulgato senza che contemporaneamente fosse abrogato il diritto romano, e con esso anche tutto l'altro diritto preesistente. Certo, la storia non si fa con i 'se', ma non è nemmeno vero che essa si snodi secondo linee provvidenziali o che ciò che è stato dovesse necessariamente essere; ed è pur possibile, secondo me, che quello che gli uomini fanno sia calato in « una fondamentale dimensione di scelta » (34). Resta, in ogni caso, il fatto indiscutibile che quella particolare formulazione dell'art. 7 fu il frutto di una decisione dell'ultima ora, e questo fatto mi sembra che debba farci rivedere qualche idea e qualche affermazione tradizionale intorno alla storia della codificazione.

In secondo luogo, il problema intorno al quale si discusse soprattutto non era se realizzare o non realizzare un sistema autointegrato,

---

(31) J. E. M. PORTALIS, *Exposé de motifs fait par M. P. dans la séance du 28 ventose an XII* [19 marzo 1804] *du corps législatif, en présentant le projet de la loi du 30, relative à la reunion des lois civiles en un seul corps; sous le titre de* code civil des français, in J. G. LOCRÉ, *op. cit.*, I, p. 339 e pp. 344-45.

(32) J. E. M. PORTALIS, *Exposé*, cit., in J. G. LOCRÉ, *op. cit.*, I, p. 348.

(33) J. E. M. PORTALIS, *Exposé*, cit., in J. G. LOCRÉ, *op. cit.*, I, p. 348.

(34) Prendo a prestito un'espressione usata da P. ROSSI, *Introduzione* a M. WEBER, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Torino, 1958, p. 25, per indicare un aspetto peculiare del metodo weberiano, che presuppone che anche i fatti umani siano frutto di scelte operate liberamente; su ciò v. in particolare M. WEBER, *L'« oggettività » conoscitiva della scienza sociale e della politica sociale*, ora *ivi*, pp. 59 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tutto imperniato su un testo « organicamente compiuto » e « di valore generale », per usare di nuovo le parole di Astuti.

Intanto, non erano pochi quelli che nutrivano dubbi sulla compiutezza del *code*; poi, e soprattutto, stava il fatto che il vero nodo da sciogliere era quello di unificare il sistema normativo, superando la divisione tra *pays de droit écrit* e *pays de droit coutumier*, e facendo piazza pulita di quell'intrico di leggi, di consuetudini, di dottrine che veramente davano luogo ad un edificio « gotico e deforme », secondo un'immagine felicissima di Pietro Verri (35).

Se tutto ciò è vero — ed io ho l'impressione che lo sia — non credo che la concezione dogmatica di codice possa giovarci per comprendere i problemi e gli sforzi e la mentalità di quanti misero mano, nel settecento e nei primissimi anni dell'ottocento, alla realizzazione dei codici, perché questa nostra concezione dogmatica era in buona parte estranea a quella mentalità, a quegli sforzi, a quei problemi di allora; e sarebbe « follìa » — come diceva Herder — « strappare dalla sua terra, dalla sua epoca e dall'adolescenza dello spirito umano una singola egizia virtù per misurarla poi col metro di un'altra età » (36).

L'adolescenza dei codici è segnata da altre tensioni, che sono poi tutt'uno con le tensioni ed i sogni di quei *philosophes* che dapprima cominciarono a raffigurarseli in mente e che poi cercarono, quando ciò fu possibile, di realizzarli. Sono le tensioni tra la vigenza di un sistema confuso e farraginoso, ed un'esigenza di chiarezza e di semplicità che si fa canone dell'azione umana; sono le tensioni tra l'esistenza di uno Stato ancora contrassegnato dal dispotismo, e che dovrà essere sostituito da uno Stato nel quale sia realizzato una buona volta « il governo delle leggi » (37); sono, ancora, le tensioni tra una società di diseguali e un modello di uguaglianza che sembra e si vuole che sia conforme a natura.

Queste, ed altre ancora che sono state proprie di quel particolare patrimonio culturale e ideale che noi chiamiamo illuminismo, queste mi sembrano le « egizie virtù » che ci possono dire cosa fosse un codice per gli uomini del settecento.

L'idea di codice è ancora lontana, come è lontano il dogma. Certo, se potessimo avere, per il linguaggio giuridico del settecento, un qualche studio approfondito come quello di cui dispongono altre discipline (38),

---

(35) P. VERRI, *Pensieri sullo stato politico del milanese del 1790*, in P. VERRI, *Scritti vari*, a cura di G. Carcano, Firenze 1854, II, pt. II, p. 35.

(36) J. G. HERDER, *Ancora una filosofia della storia per l'educazione dell'umanità*, introduzione e traduzione di F. Venturi, Torino 1951, p. 13.

(37) P. VERRI, *Memorie storiche sulla economia pubblica dello Stato di Milano*, in P. VERRI, *op. cit.*, I, pp. 472-473.

(38) Per il linguaggio della scienza v. *Scienziati del seicento*, a cura di M. L. ALTIERI BIAGI e di B. BASILE, Milano-Napoli 1980 (= *La letteratura italiana. Storia e testi*, XXXIV, t. II); *Scienziati del settecento*, a cura di M. L. ALTIERI BIAGI e B. BASILE, Milano-Napoli 1983 (= *op. cit.*, XL, p. 11). E v. anche M.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

le nostre ricerche sarebbero più semplici; ma non credo che vi siano dubbi che allora codice era soprattutto una parola che non si era ancora fatta compiutamente termine.

Lo attesta, tra le tante fonti che si possono citare, l'*Encyclopedie*, dove *code* « signifie en général *recueil de droit*; mais on donne ce nom à plusieurs sortes de recueils fort différens les uns des autres ». Però, se è vero, come si afferma per il *code fréderic* che « ce qui a porté ce prince [Federico] à faire cette loi nouvelle, est l'incertitude et la confusion du droit », allora su *code* s'incrosta già un connotato particolare, perché esso « établit un droit certain et universel » (39).

In questa particolare concezione, fatta di certezza, di semplicità e di uniformità, prende corpo l'essenza vera dei codici illuministi, mentre non credo che si vada oltre; va pur detto, tuttavia, che l'illuminismo è fenomeno complesso come pochi altri, ed ha avuto anch'esso la sua storia interna, sicché non c'è da meravigliarsi se la concezione che allora si ebbe del codice è venuta crescendo e modificandosi man mano che andava avanti la lotta per la codificazione.

Più tardi, quando i codici escono dall'adolescenza e si fanno adulti, quando la rivoluzione ha realizzato modificazioni profonde sul piano dei rapporti sociali, quando anche gli Stati che, come l'Austria, ne sono rimasti immuni hanno dovuto fare i conti con essa, quando per realizzare l'uniformità e la certezza del sistema normativo si è creduto di dover sciogliere il nodo gordiano del diritto romano con il famoso art. 7, allora si sono creati i presupposti per un nuovo modo di concepire il codice, e l'archetipo è stato rappresentato dal *code civil*, che più e meglio di altri codici è sembrato realizzare le aspirazioni e l'ideologia di quegli anni.

Ed è proprio dopo quegli anni che si può applicare senza forzature l'interpretazione che Astuti ha dato della ' coppia ' consolidazioni/codificazioni, perché è stato *dopo* il codice di Napoleone che si sono affermati come valore coessenziali al codice la organicità, la compiutezza e la generalità. La storia dell'emersione di questa nuova idea di codice, pronta poi a farsi dogma, mi sembra ancora da scrivere; e forse non sono stati nemmeno i primi commentatori del *code civil* a svolgere un ruolo determinante in questa vicenda, se Laurent, ad esempio, è ancora convinto che « le législateur a codifié le droit pour mettre fin à l'incertitude funeste qui régnait dans l'ancienne jurisprudence », che l'art. 7 è stato voluto per « mettre fin à la diversité qui regnait dans

---

L. ALTIERI BIAGI, *Lingua della scienza fra sei e settecento*, in *Letteratura e scienza nella storia della cultura italiana*, Palermo 1978, pp. 103 ss.

(39) V. *Code*, in *Encyclopédie, ou dictionnaire raisonné des sciences des arts et des metiers*, Lausanne-Berne, 1782, VIII, p. 364; e *Code fréderic*, *ivi*, VIII, pp. 368-369.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'ancien droit. Tel a été le but de la codification » (40), e del codice come dogma non vi è ancora traccia.

Anche dal punto di vista dei codici, mi sembra che i due secoli — settecento e ottocento — siano « l'un contro l'altro armati ». Il primo è come la stagione dei ' cento fiori ', nella quale germogliano, sbocciano o addirittura fioriscono esperienze codificatorie diverse; l'altro è più composto, più raccolto, più uniforme: a comporre il dissidio tra i due diversi modi di guardare ai codici e di concepirli c'è ancora una volta Napoleone, il quale mentre dava ai cittadini di Francia il ' loro ' — o il ' suo ' — codice civile, che era « le plus grand bien que les hommes puissent donner et recevoir » faceva rammentare loro da Portalis il caos normativo dei tempi passati, perché a ciascuno fosse chiaro « ce que nous étions et ... ce que nous sommes » (41).

(40) F. LAURENT, *Cours élémentaire de droit civil*, Bruxelles-Paris 1887, I, pp. 6 e 38, e v. anche F. LAURENT, *Principes de droit civil francais*, Bruxelles-Paris 1878³, I, pp. 36 ss.; a p. 37 egli però osservava che il codice era completo, in quanto ammetteva una sola lacuna in tema di enfiteusi e superficie.

(41) J. E. M. PORTALIS, *Exposé*, cit., in J. G. LOCRÉ, *op. cit.*, I, p. 347 e p. 339.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MARIO PROTO

GLI ITALIANI E BENTHAM

Il V Convegno degli storici del pensiero economico, svoltosi a Macerata dal 15 al 17 settembre 1981, ha avuto per tema principale l'analisi dei rapporti fra la cultura economica italiana e Bentham dal tardo Settecento fino ai primi anni di questo secolo. Vi hanno partecipato economisti, storici, filosofi, giuristi, a riprova della necessità di una prospettiva interdisciplinare nei confronti di un autore non facilmente racchiudibile in un « piegeon-hole ».

Gli atti recentemente pubblicati, a cura di R. Faucci, *Gli italiani e Bentham. Dalla « felicità pubblica » all'economia del benessere* (due volumi, Milano, Angeli, 1982), consentono una riflessione sul significato di quel dibattito, in un momento di rinnovato interesse per l'utilitarismo inglese.

Una prima impressione che si ricava dalla lettura è che la conoscenza di Bentham in Italia sia stata assai lacunosa e molto spesso utilizzata malamente, a fini polemici, come ha messo in rilievo R. Faucci nella nota introduttiva al I volume.

L'unico settore della cultura italiana, che ha avuto un rapporto costante e significativo con l'utilitarismo benthamiano, è stato quello espresso dalla linea M. Gioia - G. D. Romagnosi - C. Cattaneo.

Si tratta di un filone di pensiero che va letto ed analizzato in tutta la complessità delle sue componenti, nei suoi rapporti con la cultura franco-inglese, e nella originalità dei suoi presupposti metodologici.

Aveva ragione Aurelio Macchioro, alcuni anni fa, in un saggio su *L'economia politica di M. Gioia*, a definire l'economista piacentino un gigante del pensiero, nonostante i limiti evidenti e certe ingenuità delle sue posizioni intellettuali. Gioia è stato un ammiratore-imitatore di Bentham, un attento lettore delle sue opere, apparse in Francia agli inizi dell'Ottocento a cura dell'allievo Dumont. Gli influssi benthamiani sono particolarmente visibili nell'impostazione dei problemi di metodo statistico, nell'analisi delle questioni economiche, nella indicazione delle riforme istituzionali nel campo scolastico e giudiziario e della ricerca scientifica.

M. Gioia ha voluto incarnare lo spirito dell'economista riformatore, più attento agli aspetti politici e sociali che a quelli analitici della

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scienza economica, atteggiamento che gli sarà continuamente rimproverato proprio da quel settore del pensiero economico italiano (Ferrara) che, pur rifacendosi all'utilitarista inglese, ne terrà lontano lo spirito riformatore.

G. D. Romagnosi ha, nell'*Elogia storico di M. Gioia* del 1828, sottolineato l'importanza della figura intellettuale del piacentino, l'ampiezza della sua formazione culturale, ma anche il suo eccessivo e costante bisogno d'imitare Bentham. Romagnosi ritiene, al contrario, necessario un atteggiamento critico, più confacente alla necessità di elaborare una scienza della società calata nella realtà del presente. In tal senso il suo rapporto con Bentham, che pur esiste, ed è notevole, assume una rilevanza secondaria ai fini di una prospettiva politica che si preoccupi del benessere e della felicità dello « Stato sociale » (espressione adoperata da Romagnosi).

Scrive R. Ghiringhelli nel saggio *Il concetto di 'felicità pubblica' nella « Genesi del diritto penale » di Romagnosi, e il rapporto Romagnosi-Bentham,* qui raccolto: « Vanno in questa sede aggiunti come prima, approssimativa, serie di indicazioni di confronto ed analisi i continui richiami, sia espliciti che impliciti, a Bentham negli scritti romagnosiani che appaiono sugli Annali Universali di Statistica » negli anni trenta dell'Ottocento » (vol. I, p. 87). Nel pensiero di C. Cattaneo la presenza di Bentham comincia ad appannarsi, ma non scompare del tutto. Nel saggio sulle *Interdizioni israelitiche* lo scrittore lombardo propone una sua riflessione sulla « questione ebraica », distinguendo gli aspetti economici da quelli politici, ma non separandoli mai, ben consapevole che solo una riforma, benthamianamente intesa, sul piano politico, sociale e del costume, può ridare agli Ebrei una dignità di vita civica completa e soddisfacente. L'interesse cattaneano per Bentham è pure presente negli scritti filosofici, nella rielaborazione della categoria del vantaggio e dell'utilità, in polemica con quelle filosofie malferme sulle stampelle della metafisica (Rosmini).

Nella relazione introduttiva al convegno, intitolata *Jeremy Bentham: Contemporary Interpretations,* M. D. A. Freeman, dello University College di Londra e membro del Bentham Project, ha evidenziato il continuo spaziare di Bentham dalla riforma politica alla teoria sociale, dall'etica alla concezione della libertà, dalla teoria giuridica alla economia politica. Il materiale giacente presso l'University College di Londra è ancora tutto da riordinare, da ripubblicare in nuove edizioni critiche, mentre alcuni manoscritti inediti recentemente apparsi hanno creato grossi problemi agli studiosi, finora confrontatisi con l'edizione inglese di Bowring degli anni trenta-quaranta dell'Ottocento e con quella americana di Stark degli anni cinquanta di questo secolo.

Alla luce di queste considerazioni si può facilmente intuire quali e quanti siano stati i condizionamenti, politici e culturali, che hanno

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

impedito alla cultura italiana dell'Ottocento e del tardo Settecento di avere un rapporto documentato e credibile con Bentham.

Notevole è stato l'impegno dei relatori, al Convegno di Macerata, di individuare filoni di pensiero e correnti che si sono incrociati con l'utilitarismo benthamiano, con obiettivi ora di semplice ricezione ora di polemica corrosiva. « L'utilitarismo ha esercitato nell'Ottocento e nel primo Novecento sulla cultura del mondo occidentale una vasta influenza, che ha interessato numerose scienze sociali. Basti ricordare quanto debbono ad esso indirizzi filosofici (l'intuizionismo di Sidgwick, il positivismo logico del Circolo di Vienna, il pragmatismo di Dewey), scuole sociologiche (come quella comportamentistica di Bentley) e dottrine giuridiche (la giurisprudenza degli interessi tedeschi e l'empirismo giuridico scandinavo) »)vol. II, p. 17). La relazione di Duccio Cavalieri, a cui appartengono le riflessioni dianzi riportate, coglie con indubbia originalità il senso e la portata dei contributi italiani alla critica della concezione edonistica dell'economia, ben consapevole dei limiti ma anche delle sollecitazioni che la teoria edonistica ha esercitato sulla cultura italiana, ed in particolare sul pensiero economico.

Quanto ai rapporti degli italiani con Bentham sin dal tardo Settecento un chiarimento appare necessario. I due princìpi dell'utilità generale e della maggior felicità del maggior numero, come tali, cioè come concetti filosofici, sono ampiamente presenti in certi orientamenti della cultura illuministica italiana. Manca, però, in essi, il rigore scientifico, la visione complessiva di un sistema di Morale e di Legislazione, che appunto Bentham riesce a definire.

Come rileva L. Gianformaggio occupandosi dei rapporti Helvétius-Bentham-Beccaria, « le concezioni edonistiche e l'utilitarismo non sono stati in Italia il frutto della sola diffusione del pensiero di Bentham » (vol. I, p. 53).

Una esemplificazione diretta in questa direzione è rappresentata dal pensiero di P. Verri, teorico di una concezione sociale ed utilitaristica della morale, orientato verso il progresso e la felicità collettiva, indipendentemente da Bentham, ma nell'àmbito di influssi filosofici ed economici tipici della tradizione italiana. V. Polignano ha sottolineato con notevole chiarezza l'esigenza di un'analisi preliminare, per evitare che il rapporto di Bentham con la cultura italiana sia visto in una luce riduttiva di prestiti o di precursori.

Se da un discorso in termini generali, filosofici o culturali, si scende nello specifico della evoluzione storica delle dottrine economiche, ci si accorge come la svolta nella delineazione dei paradigmi scientifici della scienza economica italiana avvenga dopo, a metà Ottocento, e per effetto di mutamenti che non sono solo teorici, ma anche politici e sociali. Ed è proprio qui che il confronto con Ferrara e Pantaleoni appare ineludibile e necessario. La teoria economica di Ferrara, grande esti-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

matore di Bentham, ha messo in evidenza elementi analitici che avranno notevole rilevanza nella svolta degli anni '70; Pantaleoni ha ereditato gli interrogativi lasciati aperti dalla tradizione soggettivistica ed ha indicato una soluzione nella « nuova » scuola di Gossen, Jevons e del primo Marshall.

« Mi pare di poter affermare — scrive D. Parisi Acquaviva occupandosi del concetto di utile in Ferrara e Pantaleoni — che nonostante la netta dichiarazione iniziale anti-benthamiana i legami di tradizione teorica riscontrabili tra Bentham e Pantaleoni sono molto più forti che non quelli tra Bentham stesso e Ferrara che pure gli dedica molta attenzione e dichiara di apprezzarne molti contributi » (vol. I, p. 119).

Pantaleoni, però, rifiuta di Bentham la concezione che pone l'utile come unico criterio guida di tutta l'attività razionale dell'uomo; per Jevons, invece, a cui guarda Pantaleoni, piaceri e pene sono variabili per l'analisi della sola prospettiva economica dell'attività umana.

Un capitolo a sé, nella storia dei rapporti tra gli Italiani e Bentham, è quello del socialismo fino Ottocento, rappresentato da E. Leone, Art. Labriola e A. Graziadei e caratterizzato dal confronto del marxismo con l'edonismo. Un altro capitolo è costituito dal « caso » A. Loria.

La posizione teorica di Leone — di cui trattano i due saggi di V. Gioia e di E. Santarelli — appare incentrata su due scelte problematiche, che lo spingono in una duplice direzione: da una parte egli insiste sulla validità della teoria dell'equilibrio generale walrasiano, dall'altra rivendica la rilevanza della teoria marxiana del plusvalore, cui prova a dare veste marginalistica con la sua teoria della « plusmarginalità » (cfr. vol. II, pp. 55 e 83-87).

Sul « caso » Loria il Convegno di Macerata ha dato contributi rilevanti, con interventi sulla scuola loriana di E. Pesciarelli e sui rapporti A. Loria - « Critica Sociale » di C. Ottaviano, entrambi compresi nel II volume.

Nonostante la stroncatura crociana, i giudizi negativi di Engels nella prefazione al III libro del *Capitale*, le note gramsciane dei *Quaderni*, il discorso su Loria è ancora largamente da rifare. L'economista mantovano ha avuto il merito, che gli va riconosciuto, di aver favorito la diffusione di Marx nel pensiero economico italiano, anche se i risultati sono lungi dall'essere soddisfacenti. In un saggio del 1978 R. Faucci ha ricostruito con ampiezza di documentazione il rapporto Loria-marxismo nell'analisi della teoria loriana della proprietà, sottolineando la ascendenza ricardiana di Loria nella sua critica alla teoria marxiana del valore.

La fortuna americana di Loria, nella storiografia e nell'economia politica, è stata ricostruita in un saggio di C. Ottaviano, apparso in altra sede. Si tratta di indicazioni di ricerca che, a mio avviso, colgono nel segno poiché prospettano l'esigenza di una riconsiderazione com-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

plessiva di intellettuali molto spesso più bistrattati pregiudizialmente che letti e seriamente conosciuti.

Sulla scienza delle finanze e sul pensiero sociale cattolico (su Toniolo in particolare, di cui qui si sono occupati L. Avagliano e A. Camaiti) l'influsso dell'edonismo è stato vario e di diversa ascendenza. La scuola italiana di scienza delle finanze (De Viti De Marco, Barone, Einaudi), le cui tendenze sono state ricostruite in altra sede da J. Buchanan, mantiene nei suoi rappresentanti un rapporto assai diversificato con l'edonismo, toccando con la teoria einaudiana dell'« ottima imposta » il massimo di criticismo nei confronti della « boria utilitaristica » (cfr. il saggio di G. Stefani nel II vol.); il che è tanto più significativo se si pensi che Einaudi era viceversa un grande ammiratore di Stuart Mill.

Si può dire, concludendo, che gli atti del convegno sugli *Italiani* e *Bentham* danno l'idea di un considerevole sforzo analitico e culturale, delineando con realismo un'immagine italiana di Bentham che, tutto sommato, sembra assai più attendibile di quella risultante da certe pasticciate operazioni di un neo-utilitarismo da rotocalco oggi in voga.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

BERNARDO SORDI

GIURISDIZIONE ORDINARIA E GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA IN LORENZO MEUCCI E GIUSEPPE MANTELLINI

(A proposito di Massimo STIPO, *Le origini del riparto di giurisdizione verso la pubblica amministrazione e la doppia tutela*, Roma, Studium Urbis, 1979; di Giorgio REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo in Italia. Profili di amministrativisti preorlandiani*, Bologna, Il Mulino, 1981; di Marco D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, Jovene, 1981).

La rilevanza delle scelte maturate nel pensiero giuspubblicistico italiano, a partire dall'unificazione nazionale, per la formazione e la successiva evoluzione delle discipline amministrativistiche, è confermata dall'interesse che, sempre più di frequente, viene dedicato a tali vicende dagli studiosi di diritto positivo (1).

Il riconoscimento del ruolo « onorario », « normativo », svolto dalla giurisprudenza (2) nella configurazione del rapporto tra amministrazione e cittadino, che è stato poi delineato nelle sue forme generali dalla funzione sintetica e creatrice della scienza giuridica, ha indotto i giuristi più sensibili a respingere schemi di approccio alla materia amministrativa troppo rigidamente formalistici.

La stessa ricostruzione dogmatica degli istituti, apparsa insufficientemente fondata se operata a partire dalla sola interpretazione delle norme vigenti, ha richiesto così che ci si confrontasse con le soluzioni offerte, negli ultimi decenni del secolo scorso, da giurisprudenza

(1) Esiste, però, anche un rinnovato interesse degli storici del diritto per il periodo in esame. Sull'argomento si può vedere la recensione di G. REBUFFA, *A proposito di storia della cultura giuridica amministrativa*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. XI, 1981, n. 2, pp. 529-535, nella quale oltre al volume di D'Alberti considerato nel testo, si fa riferimento a G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di Vittorio Emanuele Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1980, e a C. MOZZARELLI - S. NESPOR, *Giuristi e scienze sociali nell'Italia liberale. Il dibattito sulla scienza dell'amministrazione e l'organizzazione dello Stato*, Venezia, 1981.

Per una valutazione globale dei risultati e delle prospettive di ricerca della storiografia italiana più recente relativa alla giuspubblicistica ottocentesca si veda il denso scritto di M. FIORAVANTI, *La scienza italiana di diritto pubblico del diciannovesimo secolo: bilancio della ricerca storiografica*, in *Ius commune*, X (1983), pp. 201-243.

(2) Si cfr. le osservazioni di M. S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, pt. I, in *Riv. dir. proc.*, 1963, pp. 533 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e dottrina, in una parola che si riscoprisse la storicità della norma (3). Così anche nelle opere esaminate in questa sede, che pure si riferiscono a temi fortemente caratterizzati dalla loro tecnicità, il riparto di giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione nel libro di Massimo Stipo e il problema delle concessioni amministrative in quello di Marco D'Alberti, lungi dall'essere relegata in brevi pagine introduttive, la storicità dell'esperienza giuridica dell'Italia liberale emerge ed assurge ad elemento fondamentale per la stessa comprensione degli istituti vigenti.

Anche nel volume di Giorgio Rebuffa sulla formazione del diritto amministrativo, che è più specificamente legato ad una ricerca sull'evoluzione culturale della giuspubblicistica preorlandiana, l'attenzione preminente dell'autore ruota intorno alle concettualizzazioni operate, nella seconda metà del secolo scorso, da una scienza giuridica ormai in grado di offrire del fenomeno amministrativo una lettura che ne enucleasse i princìpi generali, fondasse una teoria giuridica.

Si tratta, quindi, di libri fra loro diversi, persino eterogenei e che proprio per questo non potranno essere seguiti nelle articolazioni specifiche dei temi affrontati, ma che crediamo possano essere accomunati, senza eccessive forzature, proprio per il rilievo unanime che in essi è attribuito all'importanza, per le successive vicende teorico-scientifiche ed istituzionali del diritto amministrativo italiano, del ruolo giocato da giurisprudenza e scienza giuridica nel periodo storico corrispondente al consolidamento dello Stato unitario.

Lo storico del diritto incontra, quindi, in queste trattazioni nuove occasioni di confronto, nuove soluzioni ricostruttive, che, anche quando sono direttamente orientate per un intervento sul presente, costituiscono, comunque, un allargamento delle problematiche affrontate, un invito ad una maggiore consapevolezza dei reali spessori esistenti.

In quel torno di anni che corre tra la seconda metà degli anni '70 e il finire del secolo, i temi della riforma dello Stato non si chiusero, però, nella ristretta cerchia dei giuristi, ma divennero momento centrale di verifica sulla rappresentatività della classe politica, sulle prospettive di uno Stato liberale che, risolti i problemi dell'unificazione del paese, affrontava i molteplici fermenti di una società in espansione, i temi dello sviluppo industriale e della questione sociale.

In quest'atmosfera culturale, particolare rilievo assunse il tema della giustizia nell'amministrazione, che, nato all'interno di una riflessione della classe dirigente sull'aggiornamento del proprio « progetto » e ben lontano dall'essere problema formalizzato, tecnico, si fuse, sempre

(3) Si veda, a titolo di esempio, proprio il libro di D'Alberti, nel quale il capitolo intitolato significativamente « una ipotesi di ricostruzione dogmatica », si presenta come la conclusione di una lunga e documentata ricerca storica sull'evoluzione delle posizioni di scienza giuridica e giurisprudenza sul tema delle concessioni amministrative dall'indomani delle leggi d'unificazione del Regno d'Italia.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sul terreno della riforma dello Stato, insieme a proposte diverse, ora rivolte ai temi del decentramento, ora ai problemi posti dalla raggiunta forma di governo parlamentare.

Si trattava di riforme prevalentemente istituzionali congrue ad analisi della società italiana del tempo incentrate sul cattivo funzionamento degli ordinamenti rappresentativi e diffusesi in seguito alla « rivoluzione parlamentare » del 1876, che cambiavano di tono e di prospettiva solo in quegli autori, nei quali tali analisi portavano allo scoperto lo scontro tra « paese legale » e « paese reale », tra una classe dirigente fondata su basi sociali ristrette e l'emersione di sempre più vistose contraddizioni sociali: in questo caso i modelli stranieri, specialmente quello tedesco, cessavano di essere possibili soluzioni tecnico-istituzionali ai problemi del controllo giuridico dell'amministrazione, per divenire concrete proposte politiche per la creazione di blocchi di potere capaci di riunificare organicamente Stato e società (4).

---

(4) Queste affermazioni vogliono avere solo carattere esemplificativo della varietà di prospettive politiche e culturali presenti nel dibattito degli anni '80.

L'effetto di stimolo prodotto, da una parte, dalle vicende istituzionali e dall'inaugurazione, coll'avvento della Sinistra al potere, della prassi del trasformismo, dall'altra, dalla « scoperta delle classi popolari » attraverso la stagione dell'inchiesta e dall'emersione dei problemi dello sviluppo industriale, fu notevole e si tradusse in un rinnovato interesse per gli aspetti giuridici, sociali ed economici della società italiana del tempo.

Nel testo facciamo riferimento alle diverse prospettive presenti in S. SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione*, discorso pronunziato all'Associazione Costituzionale di Bergamo il 7 maggio 1880, ora in ID., *La politica della Destra. Scritti e discorsi raccolti da Benedetto Croce*, Bari, 1910, pp. 55 ss., e in M. MINGHETTI, *I partiti politici e l'ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, Bologna, 1881, entrambi rivolti alla ricerca di strumenti giuridici capaci di rafforzare lo Stato liberale, e in P. TURIELLO, *Governo e governanti in Italia*, Bologna, 1882, nel quale le proposte istituzionali, allontanandosi dal complesso dei correttivi della forma di governo parlamentare, fissano le linee di uno Stato autoritario in grado di assorbire le forze disgreganti, di risolvere « organicamente » le questioni sociali.

Per un'impostazione ancora diversa si cfr. C. F. FERRARIS, *La scienza della amministrazione: oggetto, limiti ed uffcio*, prolusione letta nella Regia Università di Pavia il 2 aprile 1878, in *Saggi di economia, statistica e scienza dell'amministrazione*, Torino, 1880, nel quale il problema dell'autonomia scientifica della « scienza dell'amministrazione » diviene analisi del ruolo dello Stato nella promozione dello sviluppo economico della società (Su Ferraris cfr. S. LANARO, *Nazione e lavoro. Saggio sulla cultura borghese in Italia (1870-1925)*, Venezia, 1979, pp. 184-190 e MOZZARELLI-NESPOR, *Giuristi e scienze sociali nell'Italia liberale*, cit., pp. 47 ss.).

Su questi temi esiste, ormai, un'ampia pubblicistica. Molto importante per lo studio delle istituzioni amministrative è ancora *Stato e Amministrazione*, in *Quaderni storici*, sett.-dic. 1971.

Sull'influenza nel pensiero economico dei problemi posti dallo sviluppo industriale, si veda, invece G. ARE, *Alle origini dell'Italia industriale*, Napoli, 1974 e ID., *Economia e politica nell'Italia liberale*, 1890-1915, Bologna, 1974.

Per un quadro sintetico dell'atmosfera culturale di quegli anni, infine, R. FAUCCI, *Finanza, Amministrazione e pensiero economico. Il caso della contabilità di Stato da Cavour al fascismo*, Torino, 1975, pp. 61 ss., e R. ROMANELLI, *L'Italia liberale (1861-1900)*, Bologna, 1979, pp. 338-354.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Una volta calati nel sapere tecnico-giuridico, questi temi perdono i loro caratteri politici più appariscenti, sfumano a favore d'impostazioni dai toni diversi, condizionate dal riferimento obbligato alle norme del diritto positivo.

Se la dimensione politica si scolora e il « giuridico » rivendica la sua autonomia, il discorso recupera altre valenze inserendosi, certo, in un dibattito più tecnico, ma capace di affrontare la problematica delle riforme amministrative alla luce delle soluzioni proposte ed avviate con le leggi d'unificazione nazionale.

Il problema della giustizia nell'amministrazione venne così a rappresentare un momento essenziale della riflessione della scienza giuridica dell'età della Sinistra, nel quale si convogliarono quasi tutti gli altri temi del diritto amministrativo sostanziale, dalla responsabilità della pubblica amministrazione alla discrezionalità amministrativa (5).

Nel panorama della giuspubblicistica dell'epoca le figure di Lorenzo Meucci e di Giuseppe Mantellini che, nei volumi qui presi in considerazione, sono state troppo rigidamente contrapposte sino al punto di arrivare ad impersonare due linee ideologicamente e tecnicamente alternative nella formazione della scienza italiana di diritto amministrativo e che meritano perciò di essere riesaminate, occupano un posto di tutto rilievo. E non solo perché le loro opere, che furono subito tra le più citate e diffuse, si collocano cronologicamente a cavallo degli anni '80 e sono apparse, quindi, ideali per capire come il tema della giustizia nell'amministrazione fu vissuto dalla scienza giuridica, ma anche perché queste stesse opere, e specialmente il manuale di Meucci, rappresentarono il punto più alto di realizzazione della giuspubblicistica prima della svolta metodologica orlandiana (6).

---

(5) Puntuale l'osservazione di A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. del dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, pp. 67-68: « il problema della discrezionalità, anziché essere studiato per se stesso, sotto il profilo di una analisi della struttura dei fatti propri dell'amministrazione », si risolveva nella giuspubblicistica ottocentesca, nell'« accentrare le indagini relative all'azione amministrativa sull'analisi del valore positivamente riconosciuto (o da riconoscersi) al principio di tendenziale azionabilità delle pretese del cittadino nei confronti dell'amministrazione ».

Nello stesso senso le conclusioni di STIPO, *Le origini del riparto di giurisdizione*, cit., pp. 260-61.

(6) Il primo volume delle *Instituzioni di diritto amministrativo*, viene pubblicato a Roma, per i tipi di Salviucci nel 1879. Il secondo volume seguirà, invece, solo nel 1884 e sarà pubblicato a Torino dall'editore Bocca. Già nel 1887, appare una seconda edizione del manuale, poi ristampato fino alla VI edizione, nel 1892, nel 1898, nel 1905 e infine nel 1909. Le nostre citazioni, salvo diverso avvertimento, si riferiscono alla I edizione.

Lo *Stato e il codice civile* di Mantellini viene pubblicato a Firenze, dalla Casa editrice Barbera, in tre volumi tra il 1880 e il 1882.

Per la collocazione delle opere sopra citate alla vigilia della svolta metodologica orlandiana, cfr. M. S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi Sassaresi*, 1940, ora in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1973, 2, pp. 179 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La scienza giuridica di fine secolo ci ha offerto del dibattito degli anni '80 una rappresentazione pacificata, ci ha consegnato un diritto amministrativo sapientemente organizzato in « complesso di princìpi giuridici sistematicamente coordinati » (7), in una teoria generale che, se era debitrice delle scienze privatistiche per la costruzione dogmatica degli istituti (8), tendeva a privilegiare gli aspetti di « specialità » del diritto amministrativo nei confronti del diritto comune.

Il soffermarsi sul periodo immediatamente precedente ci permette, anche, di constatare la presenza di reali alternative all'indirizzo formalistico prevalente, di saggiare la consistenza di « altri » modi di concettualizzare il diritto amministrativo.

Potremo, così, verificare se le opere di Lorenzo Meucci e di Giuseppe Mantellini, rappresentarono, come sostiene Rebuffa, due diversi modi di descrivere tecnicamente gli istituti amministrativi e due differenti approcci ideologici tendenti, nel primo, a privilegiare la libertà e l'interesse privato su quello pubblico, nel secondo, invece, le strutture amministrative e il momento autoritativo (9), o, ed è la tesi di D'Alberti, se Mantellini fu autore di una estesa « pubblicizzazione » della materia amministrativa, inizio di una catena dottrinale di successive e sempre più ampie « pubblicazioni » concluse, prima in Orlando e poi in Ranelletti, in sistemazioni dogmatiche, che, poco rispondenti al dettato delle norme positive, enucleavano princìpi giuridici privilegianti l'unilateralità, l'imperatività e l'autorità dell'azione amministrativa (10).

---

(7) L'espressione è di V. E. ORLANDO, *I critici tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, Palermo, 1889, ora in *Diritto pubblico generale. Scritti varii coordinati in sistema (1881-1940)*, Milano, 1940, pp. 3 ss., e sintetizza il risultato dell'applicazione del « metodo giuridico » alle discipline pubblicistiche. Per il rilievo del programma metodologico nell'opera del giurista palermitano si rimanda a M. FIORAVANTI, *La vicenda intellettuale del « giovane » Orlando*, Firenze, 1979, oltre al già ricordato CIANFEROTTI, *Il pensiero di Vittorio Emanuele Orlando*, cit.

(8) Fondamentale ancora GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, cit.

Per l'analogo *Methodenwandel* nel diritto amministrativo tedesco, si veda il recente articolo di M. STOLLEIS, *Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungslehre, 1866-1914*, in *Die Verwaltung*, 15. Band, 1982, I, pp. 45 ss.

(9) La storia della scienza amministrativa sarebbe così scandita da « una prima fase in cui il contenuto prescrittivo della dottrina è liberale, giusnaturalistico, privatistico », e da « una seconda fase (della quale Mantellini è rappresentante), in cui la dottrina pare voler legittimare l'evoluzione delle strutture amministrative ». Così REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo*, cit., p. 211, che sviluppa alcune considerazioni di S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971.

Per gli effetti di tali impostazioni sul problema della ricerca del « metodo giuridico » nelle scienze giuspubblicistiche, si cfr. FIORAVANTI, *La vicenda intellettuale del « giovane » Orlando*, cit.

(10) Sintetizziamo le conclusioni di D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., pp. 49-110. Le argomentazioni dell'autore relative specificamente al tema

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Le posizioni manifestate dai due autori considerati sul problema della tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, ci permetteranno, così, anche una verifica della loro reale contrapposizione o, come vedremo meglio nelle pagine seguenti, la loro riconduzione alle linee già manifestate nella legge abolitiva del contenzioso amministrativo.

Fu l'applicazione di questa legge, che determinava le competenze rispettive dell'autorità giudiziaria e della pubblica amministrazione — e qui ci aiuterà particolarmente il volume di Massimo Stipo — a coagulare l'interesse della giuspubblicistica.

Fra intoccabilità del sistema di giurisdizione unica e necessità di un suo superamento e completamento si arriva anche a configurare il rapporto fra cittadino e pubblica amministrazione secondo quei princìpi poi divenuti assiomi di una teoria generale.

La prevalenza dell'atto amministrativo come forma giuridica « speciale » utilizzata dall'amministrazione per il raggiungimento degli interessi pubblici [11] è vicenda storica che si snoda anche all'interno della evoluzione dei sistemi di tutela, proprio perché questa fu l'occasione di maggior peso in cui la scienza giuridica si confrontò con i problemi posti dalla configurazione del potere amministrativo, dai modi della sua sindacabilità, dal contrasto tra interesse privato e pubblico [12].

Ricollegando, quindi, questi due protagonisti della giuspubblicistica preorlandiana ai temi posti dal « movimento politico e dottrinale per la giustizia nell'amministrazione » [13], avremo modo di rintracciare indicazioni utili anche per la comprensione della successiva evoluzione della scienza amministrativa e per rivalutare il peso degli interventi dei singoli giuristi [14] alla luce delle vicende precedenti.

L'interpretazione delle disposizioni contenute nell'allegato *E* della legge n. 2248 del 20 marzo 1865 costituì, come è noto, tutt'altro che

---

dei rapporti concessori, tendono però ad assumere contenuto generale e a porsi come chiave di lettura dell'evoluzione della scienza amministrativa dell'ultimo ventennio del secolo scorso.

[11] Si tratta per D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., pp. 94-95, di un principio che con Oreste Ranelletti è ormai divenuto parte integrante di una teoria generale dell'atto amministrativo.

[12] Il modo in cui tale tutela fu realizzata in Italia, « come controllo, a finalità obiettive e con struttura essenzialmente cassatoria, della legalità dell'atto amministrativo considerato nella sua natura essenziale di esercizio di potere sovrano », ha poi esaltato il rilievo del provvedimento amministrativo nel rapporto col cittadino. Citiamo da M. NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, p. 741.

[13] La definizione, che ha avuto molto successo, risale al titolo di un capitolo del libro di A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904, una delle prime e ancora oggi una delle più complete ricostruzioni della vicenda che portò all'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato.

[14] Pensiamo essenzialmente a Vittorio Emanuele Orlando e a Oreste Ranelletti, che nella ricostruzione di D'Alberti sono i diretti continuatori della « pubblicizzazione » mantelliniana.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una vicenda priva di tensioni tra magistratura ordinaria da una parte e pubblica amministrazione dall'altra (15), contrasti che puntualmente trovarono eco e riscontro nella dottrina e in molteplici scritti di occasione.

Le opere di Mantellini e di Meucci non si sottraggono a questo stato di cose ed anzi sono tutte incentrate su un dibattito a distanza che, ben lontano dall'assumere toni personalistici, è però legato essenzialmente ai temi dell'estensione del sindacato del giudice ordinario ed alla necessità o meno dell'affiancamento di altre forme di tutela a quella già assicurata nel sistema di giurisdizione unica.

Leggendo parallelamente le due opere ci accorgiamo che le soluzioni di compromesso fornite al momento dell'unificazione nazionale erano ben lontane dall'aver risolto in modo duraturo la composizione delle controversie tra interesse pubblico e privato e ci è più facile capire come mai in un torno di tempo abbastanza ristretto il legislatore fosse portato a ridefinire, con principi almeno in parte contraddittori a quelli che avevano ispirato la riforma del 1865, tutta la materia.

Vediamo sinteticamente di ricostruire il pensiero di Giuseppe Mantellini. In un volume che si riproponeva di offrire un quadro generale sull'applicabilità delle norme di diritto civile alla attività amministrativa (16), i problemi posti dal sindacato del giudice ordinario occupavano, di necessità, uno spazio preminente. Dando voce scientifica alla giurisprudenza seguìta del Consiglio di Stato in sede di organo risolutore dei conflitti di attribuzione, il giurista toscano provvedeva a disegnare un quadro dell'attività amministrativa tutta incentrata sulla distinzione tra atti d'impero e di gestione (17).

---

(15) Per i singoli problemi posti dal riparto di competenze tra pubblica amministrazione e giudice ordinario, fra i contributi più recenti, si vedano STIPO, *Le origini del riparto di giurisdizione*, cit., pp. 193 ss.; V. CERULLI-IRELLI, *Il problema del riparto delle giurisdizioni. Premessa allo studio del sistema vigente*, Pescara, 1979, pp. 19-55.

Lo strumento tecnico col quale l'Amministrazione difese la propria autonomia fu, com'è noto, costituito dalla possibilità per il Prefetto di sollevare il conflitto di attribuzioni facendo intervenire la decisione del Consiglio di Stato (dal 1877 della Corte di Cassazione) sull'esistenza o meno di una pretesa del cittadino tutelabile dal giudice ordinario. Sull'argomento cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna 1983, pp. 205-231.

Per la partecipazione di Mantellini al movimento di opinione che portò alla approvazione della l. 31 marzo 1877, n. 3761, da ultimo REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo*, cit., pp. 120-128.

(16) In questo senso D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 51.

(17) Interessante l'osservazione di G. VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo italiano* a cura di V. E. ORLANDO, Milano, 1901, vol. III, pp. 282-292 e 437, che considera la distinzione di origine francese. In un sistema però, come quello transalpino, nel quale la competenza sulle liti amministrative era affidata alla stessa amministrazione, la formula aveva l'effetto di mitigare il divieto, sanzionato anche penalmente, per il giudice ordinario di conoscere dell'atto almeno

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il costrutto, che non era di derivazione normativa ed era apparso in diverse pronuncie giurisdizionali ([18]) come criterio di riparto tra giudice ordinario e pubblica amministrazione, viene da Mantellini elevato a dogma indiscutibile, a logica e naturale conseguenza del principio di divisione dei poteri.

L'operazione, che sul piano pratico aveva il preciso effetto di limitare le ipotesi di competenza del giudice ordinario ed era indubbiamente « eversiva » del dettato della legge del 1865, veniva effettuata in modo particolarmente disinvolto e sostanzialmente elusivo delle disposizioni delle norme vigenti.

L'evidente diversità di funzioni tra magistratura e amministrazione — « il giudice decide, il ministro agisce » — serviva a Mantellini per concludere, in vero assai semplicisticamente, per una sostanziale impossibilità di interferenza e di controllo reciproci; « ad ambedue le autorità con indipendenza e però senza sindacato, per verun titolo né per verun effetto, né dei giudicati da parte dell'amministrativa, né dei provvedimenti da parte dell'autorità giudiziaria » ([19]).

Gli effetti pratici di tale impostazione sono immediatamente evidenti: lasciati alla competenza del giudice ordinario quegli atti nei quali la pubblica amministrazione svestiva i propri panni di autorità per usare delle forme del diritto civile, lo spazio lasciato alla competenza riservata dell'amministrazione si estendeva decisamente. L'articolo 3 della legge del 1865 acquisiva la natura di vera e propria norma di chiusura del sistema a scapito della competenza tendenzialmente generale prevista dall'art. 2 della stessa legge. L'àmbito occupato dal provvedimento si estendeva a danno di quello occupato dalla sentenza.

Gli stessi poteri cognitivi del giudice sull'atto amministrativo venivano sostanzialmente spuntati a favore dell'integrità del provvedi-

---

in quei casi in cui questo fosse riconducibile ad una attività di diritto privato dell'amministrazione.

Effetto opposto ebbe la formula nel sistema italiano di giurisdizione unica, nel quale fu utilizzata allo scopo di limitare l'azionabilità delle pretese del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione ai soli atti di diritto comune, eludendo, così, il dettato dell'art. 2 della legge abolitiva del contenzioso.

Anche M. S. GIANNINI - A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. del dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 278 in nota, riconoscono l'originario carattere liberale della formula, che risalirebbe, però, alla « distinzione, corrente soprattutto in Francia, tra fisco e patrimonio nello Stato assoluto ».

Nello stesso senso già le indicazioni di L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. I, *Teoria e sistema della giurisdizione civile*, Milano, s.d., ma 1899, p. 151.

([18]) Sulla base dei risultati relativi allo spoglio della giurisprudenza dell'epoca, STIPO, *Le origini del riparto di giurisdizione*, cit., pp. 193-195, considera che la distinzione tra atti di gestione e atti d'impero non costituì un criterio di riparto così diffuso come lascia credere « la troppo disinvolta opinione del Vacchelli, secondo il quale l'uso di (tale) distinzione era divenuto generale e comune ».

([19]) MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, vol. III, cit., p. 182.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mento: « né l'articolo 4 né l'articolo 5 mettono in causa l'atto amministrativo né per la sua legittimità né per la sua giustizia ». Il giudizio sugli effetti dell'atto doveva avere il ben limitato risultato di verificare « se nell'atto governativo si mescolò la gestione da poterne venire un danno risarcibile » (20).

Lo svuotamento del contenuto di tutela assicurato dal sistema di giurisdizione unica, che in sostanza di questo si trattava, operato da Mantellini, non era però solo il frutto dell'utilizzazione di costrutti giurisprudenziali tendenzialmente rivolti a garantire l'intoccabilità del potere amministrativo.

Si consideri un attimo la definizione data dal giurista toscano nel terzo volume della sua opera: « la giustizia amministrativa si distingue dalla giustizia civile nella materia, nei fini e nei criteri. È materia della giustizia civile il diritto soggettivo, fine l'utilità individuale, giuridico il criterio; della giustizia amministrativa è materia il diritto obiettivo, fine l'utile pubblico, è politico il criterio » (21).

In queste affermazioni si gioca qualcosa di più importante di quello che rappresenta un semplice problema di riparto di competenze, una questione d'interpretazione.

Ci sembra che in questo caso si manifesti, in tutta evidenza, il fulcro della 'specialità' del diritto amministrativo. In un intreccio di problemi fra loro diversi, tra responsabilità della pubblica amministrazione, insindacabilità dell'atto di governo, estensione dei poteri di cognizione del giudice ordinario, è la stessa configurazione del potere amministrativo a divenire il vero momento di discrimine.

La rilevanza della discrezionalità nell'attuazione del potere diventa, al tempo stesso, motivo di sottrazione di controversie alla cognizione del giudice ordinario e indice di quella libertà dell'amministrazione che pure deve essere sottoposta a controllo. Se da una parte gli spazi di tutela si chiudono e il giudice ordinario diventa inadatto alla stessa protezione dell'interesse individuale, perché nella norma attributiva del potere « il canone vi doventa elastico, la regola perde la sua rigidezza », questi spazi si aprono altrove, all'interno della stessa pubblica amministrazione, in quelle forme amministrative che, già delineate nell'articolo 3 della legge del 1865, aspettano di divenir contenziose e di venir concluse da una vera deliberazione (22).

L'interpretazione mantelliniana della legge del 1865 va letta parallelamente ai passi nei quali le sollecitazioni che vengono dagli esempi stranieri, in questo caso prevalentemente riconducibili al modello fran-

---

(20) MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, vol. III, cit., p. 214 e 219.

(21) MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, vol. III, cit., p. 307.

(22) Concretamente si sarebbe trattato di rendere deliberanti « in forma e con effetti contenziosi » quei Consigli amministrativi, come il Consiglio di Stato dei Lavori pubblici, di Guerra, della Pubblica Istruzione, che per il momento avevano solo potere consultivo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cese di giustizia amministrativa, costituiscono un pressante invito alla individuazione dei limiti, anche garantistici certo, del sistema di giurisdizione unica e all'indicazione di possibili rimedi legislativi ([23]).

Era lo stesso motivo che farà concludere Silvio Spaventa circa l'impossibilità di « un diritto soggettivo di ragion pubblica » ([24]) nel sistema nato nel 1865, cioè l'eccessiva indeterminatezza delle norme giuridiche attributive del potere amministrativo, la prevalenza della discrezione sulla regola, l'essenza dell'attività di governo che tanto spazio lascia agli apprezzamenti e ai giudizi tecnici, a spingere Mantellini all'integrazione delle forme di tutela al di fuori dell'estensione del sindacato già esercitato da un magistrato indipendente dall'amministrazione.

Poiché questo era il retroterra concettuale che spiegava combinatamente l'inidoneità del giudice ordinario alla valutazione dell'apprezzamento di « governo » e la parallela necessità di individuare nuove e diverse forme di controllo, si può capire come mai la « politicità » dell'azione amministrativa tendesse a privilegiare, in sede di tutela, il « criterio del merito » e il « riesame di opportunità » sull'uso delle facoltà attribuite alla pubblica amministrazione ([25]).

([23]) Lo stesso Mantellini elaborò un progetto di legge nel corso della 1ª sessione della XV legislatura che non risulta, però, presentato. Dal testo riportato in SALANDRA, *La giustizia amministrativa*, cit., pp. 75-77, emerge che la riforma si sarebbe incentrata sull'istituzione di un ricorso in via contenziosa al Consiglio di Stato, per la legittimità e il merito, contro alcune categorie di provvedimenti, di polizia, relativi alle opere stradali, concessioni, e in genere contro gli atti per i quali era previsto il ricorso gerarchico. Legittimava al ricorso oltre che un interesse individuale anche uno collettivo. Il progetto molto analitico scendeva poi a regolare i rapporti con il giudice ordinario e con gli altri corpi amministrativi a cui si attribuiva potere deliberante o il potere di risolvere le questioni di discrezionalità tecnica insorte nel giudizio civile, e, derogando alla legge del 1877 (cfr. nota 15), riconduceva il mezzo straordinario del regolamento di competenza alle forme ordinarie.

Questo ruolo di protagonista nel movimento per la giustizia nell'amministrazione — che indubbiamente Mantellini ebbe — non diviene oggetto dell'attenzione di Rebuffa troppo decisamente orientato a negare ogni possibile forma di tutela degli interessi privati nella sistemazione « autoritaria » del giurista toscano.

Al progetto di legge Mantellini si riferiscono, invece, GIANNINI - PIRAS, *Giurisdizione amministrativa*, cit., p. 241; F. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. del dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 600 e da ultimo STIPO, *Il riparto di giurisdizione*, cit., pp. 296-97.

([24]) SPAVENTA, *Per l'inaugurazione della IV sezione del Consiglio di Stato*, in *La politica della Destra*, cit., p. 443. Questo discorso inaugurale, che risale al 1890, non fu pronunziato e quindi rimase incompleto perché i lavori della nuova istituzione iniziarono il 13 marzo del 1890 in forma non solenne. Il discorso, che rimase inedito fino al 1909 anno in cui fu pubblicato sul primo numero della *Rivista di diritto pubblico*, costituisce, ma non solo cronologicamente, l'anello di passaggio tra le origini e le motivazioni del movimento di riforma, e le prime interpretazioni dei giuristi sul testo della legge istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato.

([25]) Così BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 600. Significativa, a tale proposito, la critica di V. E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La libertà di apprezzamento connaturale all'attività amministrativa rendeva insufficiente il solo controllo di legittimità, anzi per Mantellini persino difficilmente praticabile la distinzione tra legittimità e merito, e richiedeva l'introduzione di quel sindacato sull'eccesso di potere ([26]) che, già praticato con successo in Francia ([27]), importava una verifica della corrispondenza dell'azione amministrativa agli interessi pubblici affidati dalla legge alla cura dell'amministrazione.

La discrezionalità del potere, sottovalutata dal legislatore dell'unificazione, che si era limitato ad assicurare protezione ai « diritti civili e politici » attribuiti alla cognizione del giudice ordinario, lasciando gli

---

Firenze, 1891, p. 355, alla legge istitutiva della IV sezione colpevole di non avere sviluppato a pieno « le considerazioni teoriche » dalle quali era partito il movimento di riforma in quanto « la tutela dell'interesse privato a cui corrisponde il giudizio sul merito intrinseco e sulla convenienza dell'atto amministrativo non fu tenuta se non in un conto affatto sussidiario e subordinato ».

([26]) Mantellini era venuto a conoscenza della giurisprudenza francese sull'eccesso di potere dall'opera di L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Paris, 1869. Su Leone Aucoc cfr. GIANNINI, *Profili storici del diritto amministrativo*, cit., p. 222 e sulla progressiva estensione del ricorso per eccesso di potere nel sistema francese si cfr. J. CHEVALLIER, *L'élaboration du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, 1970, pp. 177 ss.

([27]) L'interesse di Mantellini per il modello amministrativo francese è considerata da REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo*, cit., pp. 165-66, tipico di « coloro che mettevano l'accento in un'organizzazione amministrativa volta a privilegiare gli interessi collettivi e pubblici », di contro ad una tendenza opposta che « trovava nel modello del *selfgovernment* una più alta capacità di tutela degli interessi individuali ».

Ci sembra, però, che, almeno per il periodo che qui interessa, il modello inglese del *selfgovernment* fosse conosciuto in Italia prevalentemente attraverso le opere di Rudolf von Gneist, apparse per la prima volta al pubblico italiano, in una serie di recensioni stampate sulla *Nuova Antologia*, nel 1869-70, ad opera del Consigliere di Stato Costantino Baer e nella traduzione di *Budget und Gesetz* fatta a Firenze da Ruggero Bonghi nel 1869.

Molto citato e molto diffuso anche un decennio più tardi — la traduzione di *Der Rechtsstaat*, ad opera del Senatore Isacco Artom, è del 1884 e reca il significativo titolo *Lo Stato secondo il diritto ossia la giustizia nell'amministrazione politica* — Gneist costituì una delle fonti culturali principali del movimento per la giustizia nell'amministrazione influenzando notevolmente, anche se in modo diverso, sia il pensiero di Spaventa che di Minghetti.

Nello scrittore berlinese, e specialmente nell'opera maggiore, il modello del « funzionario onorario », che, distinguendosi dall'impiegato pubblico gerarchicamente ordinato del sistema francese, impersonava il *selfgovernment*, si legava, infatti, inscindibilmente, attraverso la figura del « giudice di pace », ai temi della giustizia amministrativa.

Il giudizio negativo di Gneist sul Consiglio di Stato francese, perché composto di soli funzionari amministrativi, non gli impedì, però di riconoscere la necessità, anche nel sistema tedesco, di un tribunale supremo amministrativo, istituzione del tutto estranea all'ordinamento inglese. Per la compresenza, in Gneist, di principi derivanti dallo Stato parlamentare inglese e di altri più direttamente riconducibili all'assolutismo tedesco, cfr. H. HEFFTER, *Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert*, Stuttgart, 1950, pp. 521-524.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

altri « affari » all'autorità amministrativa, « abbandonati alle informazioni camerali e alle risoluzioni del ministro », esigeva quindi un completamento del sistema di giurisdizione unica con l'affiancamento di nuove e diverse forme di tutela.

Se a questo punto consideriamo, invece, le affermazioni di Lorenzo Meucci, il quadro che ci troviamo di fronte presenta, indubbiamente, toni, accenti e persino conclusioni sostanzialmente diverse da quelle del giurista toscano.

La legge del 1865 trovava nelle pagine delle « Instituzioni » una interpretazione che valorizzava il principio di unicità della giurisdizione, la signoria del giudice ordinario, la sua competenza tendenzialmente generale anche nei confronti dell'attività amministrativa.

Le scelte compromissorie tra libertà del cittadino e intoccabilità del potere operate dal legislatore dell'unificazione incontravano in Meucci un critico severo e deciso.

Il divieto per il giudice ordinario di annullare l'atto oggetto della sua cognizione ([28]) veniva sprezzantemente definito « temperamento d'ordine politico (che) non ha punto indole giuridica », una ingiusta deviazione dal principio che affida « al giudice l'esecuzione del proprio giudicato », un'assurda eccezione colpevole di condannare « l'atto giudiziario a una accademica, platonica e inerme dichiarazione di diritto » ([29]).

Sorte non diversa incontrava l'altra formula, quella del giudizio sugli « effetti dell'atto » che nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, puntualmente interpretata da Mantellini, si era tradotta nell'impossibilità di un sindacato di legittimità e nella rilevanza processuale di quei soli effetti indipendenti dal valore dell'atto e consistenti in indennità e risarcimenti conseguenti all'attività dell'amministrazione lesiva del diritto del cittadino. Anche in questo caso il potere del giudice di dichiarare l'illegittimità dell'atto lesivo veniva chiaramente affermata all'interno di una interpretazione tutta tesa ad impedire che i mezzi di difesa assicurati al « diritto civile e politico » si traducessero in una giurisdizione illusoria e sostanzialmente inefficace.

Il quadro che emerge è quello di una giurisdizione tendenzialmente generale e assoluta, ingiustamente e illogicamente limitata dal legislatore del 1865, prima, dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, poi, imperniata sulla centralità del sindacato del giudice ordinario: non a caso nel manuale scarso sviluppo hanno tutti gli strumenti di tutela

---

([28]) Il divieto per il giudice ordinario di revocare o modificare l'atto amministrativo è stabilito dall'art. 4 comma 2, della L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. *E*. Sui problemi tecnici posti da tale limite e sul c.d. giudizio di ottemperanza, cfr. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 238-247.

([29]) MEUCCI, *Instituzioni di diritto amministrativo*, cit., pp. 100-101. La critica di Meucci alla legge del 1865 è giustamente rilevata da REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo*, cit., pp. 188-190.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

interni all'amministrazione dal ricorso gerarchico al ricorso straordinario al Re, e limitatissima è l'attenzione prestata ai problemi posti dal movimento per la giustizia nell'amministrazione ([30]).

Meucci non s'inseriva nel coro di coloro che chiedevano, sulla falsariga degli esempi stranieri, l'istituzione anche in Italia di un giudice amministrativo, eppure, se scostiamo il velo dei princìpi che garantivano l'unicità e la generalità della cognizione del magistrato ordinario, una sostanziosa messe di controversie tra cittadino e amministrazione si dimostrava, anche nella sua interpretazione, sostanzialmente priva di tutela.

È vero, il diritto amministrativo non è altro che « una grande applicazione del diritto a' rapporti della vita pubblica », un ramo del diritto comune, ma è anche vero che rappresenta quella branca del diritto che è costretta a difendersi da un'obiezione che mina addirittura la sua scientificità, tanto è prevalente « l'elemento materiale » su quello « formale ». L'amministrazione è stata sì sottoposta alla legge, al controllo del giudice ordinario come qualsiasi altro soggetto privato, ma questa sottoposizione non è totale: nel diritto amministrativo ci sono « due parti distinte: una giuridica, l'altra regolamentare, l'una dove vive l'elemento giuridico scientifico; l'altra dove campeggia l'arte della politica e dell'amministrazione, il meccanismo e il tecnicismo degli istituti » ([31]).

Il diritto amministrativo potrà ispirarsi ai princìpi del diritto comune, potrà, addirittura, arrivare a concludere che l'espropriazione per

---

([30]) L'attualità del tema costringerà Meucci nell'edizione del 1887 a dar conto, in un passo poi espunto nelle successive edizioni, dell'esistenza di una « quistione di cui si stanno occupando i pubblicisti e gli uomini di Stato », che « si usò invocare col nome di giustizia nell'Amministrazione ».

Dall'edizione del 1892 il manuale riproduceva, invece, un importante articolo, apparso subito dopo l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato, intitolato *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, pubblicato in *Giustizia amministrativa*, 1891, pt. IV, pp. 1 e ss.

L'articolo che rappresentava una prima sistemazione giuridica della nuova legge conteneva anche una lucida requisitoria contro i difetti della riforma, poi rimasta famosa: è stata, infatti, integralmente ripresa sia da SALANDRA, *La giustizia amministrativa*, cit., pp. 560-61, sia da GIANNINI-PIRAS, *Giurisdizione amministrativa*, cit., p. 244.

([31]) MEUCCI, *Instituzioni di diritto amministrativo*, cit., pp. 14-18. L'obiezione di cui nel testo risaliva ad un'impostazione di G. CARMIGNANI, *Cenni per un nuovo programma di completo e sistematico insegnamento del dritto*, Torino, 1841, pp. 70 e ss.

Carmignani, come ricorda REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo*, cit., pp. 177-178, era stato, a Pisa, anche maestro di Mantellini. Per i problemi relativi alla scientificità del diritto amministrativo, negli autori risalenti al periodo preunitario, spunti in C. MOZZARELLI - S. NESPOR, *La codificazione del diritto amministrativo. Giuristi e istituzioni nello Stato liberale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, pp. 1093 e ss. Sulla figura del criminalista pisano cfr., invece, A. MAZZACANE, *Giovanni Carmignani*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, vol. 20, pp. 415-420.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pubblica utilità, tipico esempio di esercizio da parte del Principe del proprio « dominium eminens », non sia in realtà altro che una vendita nella quale « il consenso del venditore è supplito dalla legge », ma al prezzo di riconoscere una sfera di libertà riservata al potere discrezionale dell'amministrazione ([32]). Ed è proprio questa « area grigia » ([33]) che correndo per tutti gli istituti amministrativi delimita ora la cognizione del giudice ordinario, ora la sua competenza, ora le ipotesi di responsabilità per fatto illecito.

Certo, la distinzione tra atti di gestione e d'impero è falsa *in nuce*, negando il principio affermato nella legge del 1865 che assicura contro ogni atto lesivo di un diritto civile e politico la protezione giudiziaria: lo Stato forma « una sfera giuridica, come quella di ogni altra libertà privata, la quale non può essere trasgredita senza che sia luogo alla riparazione del diritto offeso », se « libero anche esso dentro la sua sfera sia pur lata della sua azione legittima, se la passa ed offende il diritto altrui, deve ripararlo » ([34]).

([32]) Per osservazioni di carattere generale cfr. P. LEGENDRE, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, Paris, 1968, trad. ital., *Stato e società in Francia*, Milano, 1978, p. 430, il quale osserva che il giuridicismo dei liberali del XIX secolo, che portò alla sottomissione alla legge dell'amministrazione, si dovette piegare a certe necessità ed in particolare al riconoscimento dell'esistenza di un « irriducibile potere discrezionale ».

Sul rapporto tra funzione amministrativa e Stato di diritto si vedano P. SCHIERA, *Il cameralismo e l'assolutismo tedesco. Dall'arte di governo alle scienze dello Stato*, Milano, 1968, pp. 129 ss.; W. HENKE, *Das subjektive öffentliche Recht*, Tübingen, 1968, pp. 11-23.

([33]) L'espressione è di BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 591.

([34]) MEUCCI, *Instituzioni di diritto amministrativo*, cit., p. 319. La conclusione era in linea coll'interpretazione che la giurisprudenza ordinaria aveva dato della formula diritti-interessi, con la quale la legge del 1865 aveva determinato le competenze rispettive di magistratura e pubblica amministrazione. Si cfr. le osservazioni del Procuratore generale G. DE FALCO, *Discorso pronunziato presso la Corte di Cassazione di Roma nell'assemblea generale del 3 gennaio 1884*, Roma, 1884, pp. 24-25.

STIPO, *Le origini del riparto di giurisdizione*, cit., p. 213, riconosce che « l'indirizzo che contro gli atti d'impero, in determinati casi, è ammessa azione ha avuto, fin dalle origini, una formulazione precisa e rigorosa da parte della giurisprudenza », anche se « l'esistenza di diritti soggettivi dei privati verso l'amministrazione pubblica è strettamente legato al concetto di discrezionalità allora in auge ».

Si tratta, com'è evidente, della stessa impostazione che al problema aveva dato Meucci. Ove esistevano dei parametri di controllo fissi e univoci ai quali commisurare l'azione dell'autorità amministrativa, la sindacabilità da parte del giudice ordinario dell'atto di governo non poteva essere posta in discussione.

Si consideri l'ipotesi dell'espropriazione per pubblica utilità: la conclusione che Stipo trae (p. 211) per la giurisprudenza ordinaria in materia, è analoga alla affermazione di Meucci che riconosce al giudice ordinario il potere di dichiarare l'illegittimità del decreto di espropriazione senza però arrivare ad attaccare « la stessa dichiarazione di pubblica utilità la quale è tutta di competenza amministrativa » (p. 118) e vicina a quanto dice lo stesso Mantellini, indubbiamente il più restìo a riconoscere ipotesi di competenza del giudice ordinario: « ai tribunali

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Non era necessario ricorrere al principio di divisione dei poteri per giustificare tale sfera di discrezionalità: « la libertà del potere che dicesi autorità, non è cosa essenzialmente diversa dalla libertà del privato che dicesi semplicemente libertà ».

Si trattava di una conseguenza logica, naturale della configurazione del rapporto tra cittadino e amministrazione come il rapporto tra due sfere di libertà.

Così, se necessariamente scattava la competenza del giudice ordinario di fronte ad un atto appartenente alla sfera di libertà dell'amministrazione ma lesivo della corrispondente sfera di libertà del cittadino, reciprocamente non poteva che essere irrilevante all'esterno dell'amministrazione e condannato alla scarna tutela del ricorso gerarchico quell'atto amministrativo illegittimo e inopportuno che tale diritto non violasse: bastava applicare il principio generale del « qui iure suo utitur neminem laedit » ([35]).

---

compete il conoscere se l'atto, che dichiara la pubblica utilità, sia legittimo nelle forme e per competenza ». Per le questioni relative all'indennità di esproprio, infine, non « poteva contradirsi, né fu mai contradetta la competenza dei tribunali » (*Lo Stato e il codice civile*, cit., vol. II, pp. 450-457).

([35]) « L'autorità amministrativa ha dalla legge facoltà discrezionali, di moderare interessi e diritti in certe date condizioni e a certi fini per certi scopi o di alto ordine pubblico o tali che richiedono apprezzamenti puramente tecnici e di fatto. Dentro la sfera di tali attribuzioni l'atto dell'amministrazione è presuntivamente giusto, è un diritto, a petto del quale le pretensioni del privato si convertono in semplici interessi ». Se il cittadino fosse libero di « discutere in giudizio l'uso che fece l'autorità amministrativa delle sue facoltà ..., evidentemente sarebbe l'autorità medesima non solo inceppata ne' suoi movimenti, ma rinnegata nella sua essenza di autorità, cioè di facoltà ordinante e statuente ». Così, MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., p. 109.

Il passo che così estrapolato dal contesto potrebbe costituire un ulteriore conferma dell'imperatività ormai acquisita dal provvedimento amministrativo, va letto, però, parallelamente agli altri brani nei quali il diritto soggettivo si dimostra capace di azionare una tutela anche nei confronti dell'atto d'impero dell'amministrazione (v. *retro*, nt. 34).

Per questo ci sembra che il famoso modello gianniniano dell'« equiparazione » (cfr. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, cit., pp. 530-539), basato sull'efficacia estintiva del diritto soggettivo anche da parte del provvedimento invalido, con tutte le ben note conseguenze in sede di riparto di giurisdizione, costruito proprio a partire dalla giurisprudenza del periodo successivo al 1865, nella sua rigidità interpretativa sacrifichi, forse un po, le faticose ed anche confuse mediazioni tra esigenze autoritarie ed esigenze garantistiche presenti nella giuspubblicistica e nella giurisprudenza degli anni '80, che avevano individuato nel potere discrezionale, al tempo stesso, l'indice della libertà dell'amministrazione ed il limite della corrispondente sfera di libertà del cittadino.

Le stesse conclusioni, del resto, di STIPO, *Le origini del riparto di giurisdizione*, cit., p. 278, che finisce per ammettere che il vero modello seguito dalla giurisprudenza post-abolitiva fu quello dell'« equiparazione », non ci sembrano direttamente consequenziali al riconoscimento, operato dall'autore, dell'esistenza, nel sistema di giurisdizione unica, di una tutela del diritto soggettivo del cittadino anche nei confronti dell'atto d'impero dell'amministrazione.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

E le conseguenze pratiche non erano di poco conto: falle consistenti si aprivano nella tutela assicurata dal giudice ordinario ([36]) e la stessa responsabilità per fatto illecito che doveva costituire l'ennesima ipotesi di applicazione delle regole del diritto comune all'azione amministrativa ([37]) risultava alla fine fortemente condizionata da quel « potere amministrativo » che dovendo avere « di sua natura un potere discrezionale » non poteva che limitare l'esistenza della responsabilità civile « ai casi in cui questa discrezionalità non sia offesa » ([38]).

Meucci potrà anche avvertire, nel proprio intimo, nella discrezionalità una forma di pericolo alla « omogeneità di un ' sistema di diritto ' ispirato alla tutela delle libertà dei privati » ([39]), ma questa è già divenuta, all'interno stesso della sua opera, l'indice della peculiarità del potere, l'elemento determinante la « specialità » del diritto amministrativo, il principio ineliminabile e condizionante i rapporti con il cittadino.

Simbolo della stessa libertà della pubblica amministrazione, la discrezionalità veniva a costituire quel nocciolo del potere amministrativo resistente ad ogni controllo sull'uso del potere stesso. Il disinteresse di Meucci per tutto quello che si svolgeva all'interno del potere pubblico, la rilevanza giuridica di questo solo nel momento in cui si faceva lesivo del diritto del cittadino, rispondeva, indubbiamente, alla logica civilistica della possibilità di regolare autonomamente, nei limiti del diritto obiettivo, un rapporto giuridico ([40]), ma lasciava inso-

([36]) Per un'esemplificazione, sicuramente non esaustiva, ma sufficientemente significativa, si consideri che i provvedimenti principali che, nella ricostruzione di Meucci, risultavano sottratti alla cognizione del giudice ordinario, erano costituiti: nel pubblico impiego, dai provvedimenti relativi a promozioni licenziamenti, aspettative; nell'espropriazione (v. sopra nt. 34), dalla dichiarazione di pubblica utilità ed infine dall'insieme dei provvedimenti di polizia, di igiene e di sanità.

([37]) Così REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo*, cit., pp. 198-201. Opposto, invece, il giudizio di STIPO, *Le origini del riparto di giurisdizione*, cit., p. 206, per il quale Meucci « pone un numero rilevante di eccezioni, per ragioni eminentemente pratiche, al principio di responsabilità, che tutto sommato risulta alla fine molto più vicino di quanto si possa supporre alla teoria degli atti d'impero e di gestione ». Quest'ultima distinzione oltre che per i problemi di riparto della giurisdizione era infatti utilizzata anche in sede di responsabilità per fatto illecito della pubblica amministrazione.

([38]) MEUCCI, *Instituzioni di diritto amministrativo*, cit., p. 268 e *ibid.*, p. 357. Una osservazione conclusiva, sempre in tema di responsabilità dell'amministrazione, interessante per capire come, al di là delle diverse affermazioni di principio, fosse presente spesso una identità di sostanza; al genere dei « fatti leciti perché discrezionali crediamo riferibili molti dei casi decisi il più delle volte sotto il principio di irresponsabilità per fatti governativi ».

([39]) REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo*, cit., p. 207 e si confronti l'osservazione di MEUCCI, *Instituzioni di diritto amministrativo*, cit., pp. 356-357.

([40]) Cfr. la definizione di atto amministrativo riportata in F. CAMMEO, *Della manifestazione di volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, vol. III, cit., p. 40, il quale, però, riconosceva, *ivi*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

luto il problema del controllo sull'attuazione delle facoltà attribuite all'amministrazione quando norme giuridiche esplicitamente limitatrici della sua azione non esistessero.

Era questo, in fondo, il tema che accomunava la riflessione della scienza giuspubblicistica dell'epoca e quindi anche Mantellini e Meucci. Se nel primo l'elasticità della norma, lo spazio lasciato alla libertà dell'amministrazione diventava addirittura la giustificazione principale della sottrazione di competenze al giudice ordinario, ed il motivo dell'istituzione di altre forme di controllo peculiari al diritto amministrativo, nel secondo lo stesso problema costituiva l'elemento irrisolto del sistema di giurisdizione unica, il solido limite ad una sua possibile estensione.

La stessa soluzione adottata dal legislatore dell'unificazione, al momento dell'abolizione del contenzioso, determinava una sostanziale duplicità del diritto amministrativo (41). La suddivisione della materia amministrativa in due sfere completamente distinte, quella del diritto del singolo, inviolabile anche di fronte all'interesse pubblico e quindi tutelata dal magistrato ordinario, e quella dell'amministrazione « pura », caratterizzata da quella specificità degli interessi pubblici che si traduceva in discrezionalità del potere ed in inesistenza di situazioni soggettive del cittadino e che quindi non arrivava alla soglia necessaria per la celebrazione del giudizio (42), rappresentava una distinzione che non era, sostanzialmente, messa in dubbio da nessuno.

Diritto e interesse (43) avevano costituito i due termini di confronto sui quali si era sviluppato il movimento per la giustizia nell'amministrazione.

Il sistema disegnato dal legislatore nel 1865 non doveva essere rovesciato ma solo completato (44) e sui modi di questa integrazione il dibattito era stato vivace.

---

p. 129, alla facoltà regolamentare dell'amministrazione un ampio ruolo garantistico, proprio perché capace di imbrigliare giuridicamente la discrezionalità nell'attuazione del potere.

(41) Cfr. M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, in *Enc. del diritto*, vol. XII, Milano, 1964, pp. 862-63.

(42) Tale suddivisione si era tradotta nel testo legislativo nella contrapposizione tra l'art. 2 e l'art. 3. Molto interessante la formulazione originaria di questo ultimo nel disegno di legge Borgatti, prima della stesura definitiva. La si veda in NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 81.

(43) Giustamente REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo*, cit., pp. 190-192, sottolinea la critica di Meucci alla formula « diritto-interesse » considerata « equivoca » perché inadatta a definire precisamente i rapporti tra potere giudiziario e amministrativo. Non ci sembra, però, che la critica, come invece sostiene Rebuffa, arrivasse al punto di negare l'esistenza di una sfera di libertà dell'amministrazione corrispondente a quella degli interessi non garantiti dalla legge « nella quale essa spazia scegliendo e attuando quello che nella sua discrezionalità più opportuno le sembri allo scopo » (MEUCCI, *Instituzioni di diritto amministrativo*, cit., p. 111).

(44) ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Trattato di diritto amministra-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Fra le tante voci di giuristi e di uomini politici che si confrontarono sulla « giustizia nell'amministrazione », quella di un personaggio indubbiamente minore, ma ben inserito nel dibattito degli anni '80, ci sembra particolarmente significativa per il problema oggetto della nostra indagine. In un libretto metodologicamente eterogeneo, tra gli spunti di digressioni storico-comparative e analisi giurisprudenziali, Raffaele Cardon [45] interveniva nel 1884, sui temi proposti dalle opere di Meucci e di Mantellini.

Il sistema di giurisdizione unica incentrato sulla distinzione diritto-interesse, che ha « fondamento di distinzione naturale e scientifico generale », interpretato alla luce di soluzioni tecniche spesso derivate dalle « Instituzioni » di Meucci, rappresentava il « miglior criterio », rispetto ai paralleli sistemi stranieri, col quale si erano risolti i problemi posti dalle controversie tra cittadino e pubblica amministrazione. Il settore, però, degli atti di governo, degli atti di amministrazione « pura », che « sfuggono necessariamente alla giurisdizione giudiziaria » aveva dimostrato come nella tutela riservata ai meri « interessi » privati la legge fosse stata « insufficiente e difettosa » [46].

Si può aderire, certamente, alla proposta di Mantellini, modificando la « giurisdizione graziosa » e renderla più garantistica, ma il fulcro della tutela deve essere riservato al « diritto » ed alla cognizione del giudice ordinario.

Quindi « quegli atti che possono essere soggetti ad azione o a reclamo giudiziario e che ora non hanno la guarentigia di un giudizio » [47] vanno ricondotti al sistema di giurisdizione unica e agli interessi privati più importanti e ora non tutelati va accordata l'azione. Si trattava di una proposta alternativa a quella di Mantellini, di un'integrazione della tutela del cittadino ancora impostata sul sistema di giurisdizione unica, minoritaria, certo, presto dimenticata dal dibattito e definitivamente accantonata dalla legge del 1889, ma significativa della esistenza di altre possibilità, forse anche solo accademiche, sulle quali la riforma si poteva incanalare.

---

tivo, vol. III, cit., p. 634: il sistema del 1865 « non parve in se stesso dannoso: apparve soltanto insufficiente. Né si chiese che fosse abolito, ma che fosse completato ».

[45] Non molte le notizie biografiche su questo personaggio minore del movimento di riforma. Raffaele Cardon era entrato giovanissimo nella carriera diplomatica poi abbandonata per motivi di salute dopo aver raggiunto il grado di segretario di legazione. Collaboratore della *Nuova Antologia*, oltre al volume *La giustizia e l'amministrazione*, Torino, 1884, che qui direttamente ci interessa, aveva al suo attivo un lavoro sulla genesi del governo di gabinetto in Inghilterra, *Il governo nella monarchia costituzionale*, Bologna, 1882, e uno studio sullo *Svolgimento storico della costituzione inglese dalle origini ai nostri tempi*, 2 voll., Torino, 1883. Cardon morì a Nizza nel 1884.

[46] CARDON, *La giustizia e l'amministrazione*, cit., pp. 232-255.

[47] CARDON, *La giustizia e l'amministrazione*, cit., p. 276.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Se la proposta, però, accennava a linee diverse, il problema col quale ci si confrontava era sempre lo stesso: ancora una volta il potere discrezionale, il tema della libertà del potere era al centro dell'attenzione della giuspubblicistica.

Sia che ci si fosse indirizzati verso una revisione delle leggi amministrative ([48]), sia che si fosse puntato all'elevazione a diritti soggettivi tutelati dalla legge di interessi meritevoli non protetti, sia che si fossero valorizzati i profili di tutela interni alla stessa amministrazione, il problema centrale era rimasto quello della configurazione del potere, della possibilità di individuare delle forme di tutela anche nei confronti di manifestazioni di autorità.

Per questo ci sembra che la molteplicità delle voci della giuspubblicistica preorlandiana, la diversità di accenti, di toni, di sfumature e anche indubbiamente d'interpretazione delle norme positive, con la conseguente varietà e differenza di effetti pratici ([49]), se non può essere sottovalutata, non può però neanche giustificare come sostiene Giorgio Rebuffa, una sua rigida divisione in liberali e autoritari, in conservatori e progressisti.

Le esigenze di autorità e di autonomia del potere amministrativo ben presenti nel tessuto normativo della legge abolitrice del contenzioso amministrativo accanto alle esigenze di tutela del cittadino, si ritrovano fuse anche nella riflessione della giuspubblicistica a conferma di quella convergenza di autorità e libertà divenuta l'elemento essenziale e caratterizzante la « specialità » del diritto amministrativo ([50]).

([48]) Si tratta di una delle proposte contenute nel famoso discorso di Bergamo di SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione*, cit., pp. 69-71. Le altre due proposte condensavano, come si è visto, le argomentazioni rispettivamente di Raffaele Cardon e di Giuseppe Mantellini.

([49]) Si consideri, per esempio, il caso delle controversie relative al pubblico impiego, per MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, vol. I, cit., pp. 153-154, incompatibili, contrariamente all'opinione dominante, con la competenza giudiziaria anche nell'ipotesi che vertessero sui soli aspetti economici del rapporto.

Per rimediare a questo ampio vuoto di tutela Mantellini, nel ricordato (v. sopra n. 23) progetto di legge, aveva proposto che tutto il contenzioso del pubblico impiego, esclusi i casi già spettanti alla Corte dei Conti, fosse attribuito ad un'apposita competenza del Consiglio di Stato.

Sono giuste, quindi, le osservazioni di D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., pp. 60 e 284: ma, se è vero che in questo caso la « pubblicizzazione ha svolto anche un ruolo preparatorio nei confronti dell'istituzione della quarta sezione del Consiglio di Stato », è anche indubbio che nella vicenda processuale questa stessa « pubblicizzazione », trovando la propria base nel settore di amministrazione pura, risaliva per forza di cose al sistema inaugurato coll'unificazione (Per quest'ultimi aspetti cfr. M. BERTETTI, *Il contenzioso amministrativo in Italia*, Torino, 1865, p. 117).

([50]) Si vedano le osservazioni di LEGENDRE, *Stato e società in Francia*, cit., pp. 434 ss., relative al caso francese, ma sicuramente generalizzabili, sulla dialettica originata da una parte dal progresso dello statalismo e dall'altra dal parallelo tentativo di mantenere la garanzia costituzionale di un efficace sistema di limiti del potere.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Se allora riprendendo il tema della « pubblicizzazione » al quale avevamo accennato all'inizio, valutiamo il peso che su questo ha giocato la vicenda processuale della tutela del cittadino nei confronti dell'attività amministrativa, vediamo che la « specialità » del diritto amministrativo acquista nuove sfaccettature.

Non si tratta di negare l'esistenza di una « funzione creatrice » della scienza giuridica e quindi di una responsabilità dei singoli esponenti per conclusioni non direttamente riconducibili al dettato normativo ([51]), quanto di valutare tale responsabilità alla luce della presenza di un'area di attività amministrativa sottratta al sindacato del giudice ordinario, del riconoscimento unanime di una sfera di libertà della pubblica amministrazione. La necessità di sottoporre ad una qualche forma di tutela anche la sfera del potere discrezionale, che fra la varietà di proposte e di accenti era stata nel corso degli anni '80 unanimemente riconosciuta, si era scontrata con un potere già formato in manifestazione di sovranità ([52]) e conseguentemente già riduttivo delle eventuali posizioni d'interesse del privato che non potevano che tramutarsi in interessi secondari rispetto al preminente interesse pubblico. La sottoposizione a controllo della stessa discrezionalità amministrativa finì, così per costituire una spinta decisiva alla sottolineatura dei caratteri « speciali » del diritto amministrativo.

Il tema « giustizia nell'amministrazione », del resto, come abbiamo visto all'inizio, lungi dal chiudersi nel ristretto àmbito giuridico, nacque e si sviluppò sull'onda di una riflessione più generale sui rapporti tra potere politico e amministrazione, all'interno di un tentativo di aggiornamento del « progetto » liberale nel senso della riforma dello Stato, particolarmente sentito dopo le vicende della cosiddetta « rivoluzione parlamentare » del 1876 e sulla base dell'influenza di quel « germanismo amministrativo », che attraverso le opere di Rudolf von Gneist, diffuse in Italia i temi del « selfgovernment » e del « governo

---

([51]) Responsabilità che è evidente per Mantellini se solo si pensa alla sua lettura della legge abolitiva del contenzioso fortemente riduttiva delle possibilità di tutela del cittadino.

Qualche dubbio ci sembra, invece possa sussistere sul ruolo « pubblicizzatore » di Vittorio Emanuele Orlando (cfr. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., pp. 75 e ss.) almeno per l'affermazione relativa alla reciproca esclusione di diritto soggettivo e potere discrezionale.

Come diciamo nel testo, questa conclusione aveva incontrato l'unanimità della giurisprudenza e della giuspubblicistica che nel primo ventennio postunitario si era posta il problema di definire le linee del sistema di giurisdizione unica. La difesa di questo sistema, la critica alla legge istitutiva della IV sezione accusata di aver sottovalutato il rilievo dell'esame del merito nel controllo dell'azione amministrativa (v. *retro* nt. 25) e la difficile comprensione e giustificazione della competenza generale di legittimità, come emergono dai *Principi di diritto amministrativo*, cit., pp. 325-355, ci presentano un Orlando più propenso a difendere la centralità del giudice ordinario che non quella del nuovo giudice speciale.

([52]) BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 590.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giuridico » come possibili rimedi all'antitesi e alla separazione di Stato e società (53).

Il rilievo predominante dato ai profili istituzionali, alla problematica generale dell'assetto dello Stato e quindi alla salvaguardia della stessa amministrazione dall'ingerenza dei partiti politici, aveva indirizzato la riforma sulle linee di una giurisdizione a tipo oggettivo incentrata essenzialmente sulla verifica a posteriori dell'uso del potere e nella quale il rilievo dell'interesse privato scontava una evidente accidentalità e accessorietà (54).

L'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato rappresentava tutto questo: sorto sul presupposto dell'esistenza di un'area di attività amministrativa sottratta al sindacato del giudice ordinario e competente proprio su quelle controversie che erano rimaste al di fuori del sistema di giurisdizione unica perché irriducibili allo schema del processo civile (55), il nuovo giudice dell'amministrazione sintetizzava lo sviluppo della tutela nel senso meno favorevole all'interesse privato e non poteva che confermare ed estendere i caratteri « speciali » del diritto amministrativo rispetto al diritto comune.

Quando poi nel corso degli anni '90, sulla spinta della necessità di dare un contenuto alla competenza generale di legittimità sugli atti amministrativi, attribuita dalla legge alla nuova istituzione, e sulla scorta, ma in un periodo leggermente successivo, delle nuove formulazioni d'oltralpe, specialmente germaniche, del rapporto Stato-citta-

---

(53) Accenniamo a queste tematiche genericamente e solo per ricordare che il coronamento della « giustizia nell'amministrazione » in una giurisdizione a tipo oggettivo rappresentava l'immediata traduzione giuridica dell'atmosfera culturale nella quale il dibattito era nato e si era sviluppato.

Spunti interessanti in FAUCCI, *Finanza, amministrazione e pensiero economico*, cit., pp. 61 ss. e, per l'influenza sulle scelte istituzionali delle spinte contrapposte verso l'« autonomia del politico » e verso la « limitazione del politico », in R. RUFFILLI, *Lo Stato liberale in Italia*, in *Il liberalismo in Italia e in Germania dalla rivoluzione del '48 alla I guerra mondiale*, a cura di R. LILL e N. MATTEUCCI, Bologna, 1980, pp. 485-506.

NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, cit., pp. 728-729, si limita a riconoscere che tale atmosfera culturale rappresentò « l'occasione » in cui emerse il tema della giustizia amministrativa.

(54) Fondamentale, a tale proposito, SPAVENTA, *Per l'inaugurazione della IV sezione del Consiglio di Stato*, cit., pp. 452-456, per il quale si dimostra decisiva l'influenza di GNEIST, *Lo Stato secondo il diritto*, cit., p. 24.

Su Gneist e sulla sua collocazione all'interno della Giuspubblicistica tedesca si vedano le ottime pagine di M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*, Milano, 1979, pp. 224-231.

(55) Sia che questa fosse l'intenzione del legislatore del 1865 (in tal senso cfr. S. SAMBATARO, *L'abolizione del contenzioso nel sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 1977, pp. 66 e ss.), sia che l'ampliamento di controversie sprovviste di tutela fosse determinato dalla tendenza autoritaria della magistratura ordinaria che dimostrò grande « timidità nell'esercizio delle attribuzioni che pareva limitassero la libertà del potere esecutivo ». Così il classico giudizio di ORLANDO, *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 635 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dino nel senso del diritto pubblico soggettivo ([56]), la giuspubblicistica si pose concretamente il problema del rapporto tra interesse privato e attuazione del potere, la soluzione che fu data privilegiava ancora una volta la « specialità » del diritto amministrativo: accanto al diritto soggettivo emergeva addirittura una nuova e diversa situazione giuridica soggettiva ([57]): l'interesse legittimo.

La compresenza di interessi pubblici e di interessi privati nella norma attributiva del potere aveva indotto i giuristi a coniare un concetto dogmatico nuovo, che condensava gli spazi di tutela possibili nei confronti della pubblica amministrazione e che riconosceva il diritto del cittadino « di pretendere che il potere discrezionale (fosse) esercitato con legittimità » ([58]).

([56]) In questo senso proprio il saggio di O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XIV, 1895, pp. 3 ss., oggetto dell'attenzione di D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., pp. 98-110, rappresentava l'ingresso delle teorie sostenute da G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1892, nella dottrina amministrativistica italiana.

Si trattava di un progresso, sia pure solo formale e sostanzialmente illusorio, quindi, di un aggiornamento dogmatico, nel senso del diritto pubblico soggettivo, della tesi della giurisdizione oggettiva fino ad allora prevalente in Italia.

([57]) L'espressione è generica: non possiamo affrontare in questa sede il problema sollevato da STIPO, *Le origini del riparto di giurisdizione*, cit., pp. 568-569 che considera la nozione di interesse legittimo, utilizzata dalla giuspubblicistica italiana di fine secolo, come semplice fatto di legittimazione processuale e non come situazione soggettiva.

([58]) L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. I, cit., p. 50.

Sui limiti della funzione garantista del concetto di legittimità, cfr. G. BERTI, *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, p. 1875.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MICHAEL STOLLEIS und INGA SCHMITT

ZUR ENTSTEHUNG DER ZEITSCHRIFTEN DES ÖFFENTLICHEN RECHTS SEIT 1848

I.

Seit es das moderne Phänomen der « öffentlichen Meinung » gibt, also seit dem ausgehenden 18. Jahrhundert (1), sind Zeitungen und Zeitschriften die wichtigsten Instrumente der Meinungsbildung. Das gilt auch für die Wissenschaft und für das spezielle Feld des Staats- und Verwaltungsrechts. Betrachtet man die heute noch existierenden Zeitschriften des öffentlichen Rechts, so fällt auf, daß die meisten und wichtigsten von ihnen in den Jahrzehnten zwischen der Reichsgründung von 1870-71 und dem ersten Weltkrieg entstanden sind. Diese Jahrzehnte sind auch für das öffentliche Recht die « Gründerjahre ». Gewiß gibt es einige ältere Zeitschriften sowie Neugründungen in der Weimarer Zeit, im NS-Staat und in der Bundesrepublik. Aber im Kaiserreich liegt der Schwerpunkt.

Die Gründung von Zeitschriften ist ein Vorgang, der offenkundig sehr eng mit politischen Entwicklungen zusammenhängt. Jeweils nach den « Wendepunkten » der Geschichte (1848, 1866 und 1871, 1919, 1933, 1945) sind Zeitschriften in Gang gesetzt worden, hat man Herausgeber ausgewechselt, Titel geändert und programmatische Vorworte geschrieben.

Leider ist dieses reizvolle Kapitel der Wissenschaftsgeschichte des öffentlichen Rechts bisher nahezu unbearbeitet geblieben. Zeitschriften sind, wenn überhaupt, meist nur punktuell beobachtet worden (2),

---

(1) L. HÖLSCHER, *Öffentlichkeit*, in *Geschichtliche Grundbegriffe* (hrsgg. von O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck) Bd. 4, Stuttgart 1978, 413 ff. (448 ff.) m.w. Nachw.

(2) E. V. HEYEN, *Die Anfangsjahre des « Archiv für öffentliches Recht », Programmatischer Anspruch und redaktioneller Alltag im Wettbewerb*, in DERS. (Hrsg.), *Verwaltung zwischen Recht und Wissenschaft*, Frankfurt 1984. Die neueren Veröffentlichungen zur Velwartungsgeschichte enthalten zum Thema nahezu nichts: R. MORSEY (Hrsg.), *Verwaltungsgeschichte. Aufgaben, Zeilsetzungen, Beispiele* (Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 66), Berlin 1977; E. V. HEYEN (Hrsg.), *Geschichte der Verwaltungsrechtswissenschaft in Europa. Stand und Probleme der Forschung* (Ius Commune, Sonderheft 18), Frankfurt 1982; K. G. A. JESERICH, H. POHL, G. Ch. v. UNRUH (Hrsg.), *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, Bde 1 und 2, Stuttgart 1983.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

obwohl sie als « strategische Positionen » im Wissenschaftsbetrieb größte Bedeutung haben und die Analyse ihrer Entwicklung tiefe Einblicke in das Selbstverständnis des ganzen Faches ermöglichen könnte. Die folgenden Bemerkungen geben deshalb auch nicht mehr als erste Hinweise und Beobachtungen.

Normalerweise pflegt die Staatsrechtslehre auf staatliche Umwälzungen schneller zu reagieren als das Verwaltungsrecht. Neue Verfassungen sind zu schreiben und zu kommentieren, die « Grundlagenprobleme » stehen im Vordergrund. Erst wenn sich hier Lösungen gefunden haben und akzeptiert worden sind, rückt das Verwaltungsrecht nach und beginnt, die neuen Verfassungsgrundlagen in die kleinere Münze verwaltungsrechtlicher Normen umzusetzen. Diese Regel gilt für alle oben genannten historischen « Wendepunkte », nicht jedoch für das Jahr 1848. Das Scheitern des Versuchs, eine konstitutionelle Monarchie auf nationaler Ebene zu errichten, hat die Staatsrechtslehre nicht herausgefordert, sondern in Resignation versinken lassen. Die Wiederbelebung des Deutschen Bundes und die Rückkehr zu den politischen Zuständen vor 1848 wurden als Niederlage, nicht als geistige Herausforderung verstanden. An eine Neugründung *staatsrechtlicher* Zeitschriften war in diesem Zeitpunkt nicht zu denken.

1. Deshalb beginnt die Reihe der neuen Zeitschriften nach 1848 mit dem *Verwaltungsrecht*. Einen deutlichen Vorsprung haben hier die drei süddeutschen Staaten, die als erste liberale Verfassungen erhalten hatten (Bayern und Baden 1818, Württemberg 1819) und deren Universitäten während des ganzen Vormärz liberal gesinnt waren. Dort haben Klüber und K. S. Zachariä, Rotteck und Welcker, Behr und Mohl auf jeweils eigene Weise aufklärerische und liberale Ideen vertreten und versucht, die Verfassungs- und Verwaltungswirklichkeit den konstitutionellen Postulaten anzunähern.

Bayern: « *Blätter für administrative Praxis zunächst in Bayern* » ab 1851-1862 (Hrsg. Karl Brater); 1863-1894 unter dem Titel « Blätter für administrative Praxis und Polizeigerichtspflege zunächst in Bayern » (Hrsg. August Luthardt); 1895-1922 unter dem Titel « Blätter für administrative Praxis » (ab 1914 hrsgg. v. Karl von Krazeisen).
1925 wurde die Zeitschrift unter dem Titel « *Bayerische Verwaltungsblätter* » neu gegründet (Hrsg. zunächst noch Karl von Krazeisen, ab. 1927 dann Ottmar Kollmann). Sie veränderte 1934-1937 ihren Titel in « Deutsche Verwaltungsblätter », blieb aber weiter unter der Leitung von Ottmar Kollmann (3). Von 1938-1945 war sie vereinigt mit der Zeitschrift « Reich und Länder ».

(3) O. KOLLMANN (1886-1969), Dr. jur., seit 1912 im bayerischen Staatsdienst, 1925 Neubegründer der « Bayerischen Verwaltungsblätter », Staatsrat, 1934 aus dem bayer. Innenministerium ausgeschieden, 1937-1943 Präsident der Bayer. Versicherungskammer, ab 1946 wieder im Innenministerium, Mitarbeit am Verfassungskonvent von Herrenchiemsee, 1950-1954 Präsident des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1955 wurde sie wiederbegründet (Hrsg. Jakob Kratzer, Johann Mang, Theodor Maunz) und besteht bis heute.

Baden: « *Zeitschrift für badische Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege* » ab 1869 bis 1941. Die ersten beiden Jahrgänge wurden herausgegeben von Edgar Löning, die Jahrgänge 3-26 von Friedrich Wielandt, 27-31 von A. Joos, 32 von K. Schenkel und J. Wirth. Von 1900 bis 1914 leitete F. Lewald die Zeitschrift, von 1914 bis 1927 Karl Glockner und von 1928 bis 1941 Karl Schneider.

Württemberg: « *Württembergisches Archiv für Recht und Rechtsverwaltung mit Einschluß der Administrativjustiz* », 1858-1882 herausgegeben von O. v. Sarwey und, vom 2. Band ab, F. Ph. F. Kübel.

« *Monatsschrift für die willkührliche Gerichtsbarkeit und das Notariat in Württemberg* », 1859-1861, hrsgg. v. G. Beutelspacher und R. Dann, fortgesetzt dann als

« *Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung (in Württemberg)* » 1862-1941, hrsgg. zunächst von J. S. A. Boscher, später auch von A. v. Jetter, H. Fortenbach und K. Mayer. 1921 wurden die « *Jahrbücher der württembergischen Rechtspflege* » (1888-1920) eingegliedert.

Nachdem die mit der Frankfurter Nationalversammlung verbundenen Hoffnungen gescheitert waren, blieben « Rechtsstaat », « rechtsstaatliche Verwaltung » und « Kontrolle der Verwaltung durch unabhängige Richter » als bürgerliche Minimalforderungen an den ab 1850 wieder installierten « Neoabsolutismus » erhalten. Das Bürgertum legte hierauf umso mehr Gewicht, als es sich in den Fragen der nationalen Einheit und der politischen Mitwirkung enttäuscht sah. Die oft betonte Wendung des deutschen Bürgertums zu ökonomischer Entfaltung, sozusagen « ersatzweise » für die versagte Politik, würde mißverstanden, wenn man in ihr auch einen vollständigen politischen Gesinnungswandel sehen wollte. Wesentliche Teile der Errungenschaften des März 1848 blieben erhalten, eine einfache Rückkehr zu den Zuständen des « Vormärz » war praktisch undurchführbar. Eine der wichtigsten liberalen Forderungen verdichtete sich in der Formel « Rechtsstaat » (O. Bähr, R. v. Gneist) und gewann solche Allgemeingültigkeit, daß auch die Vertreter des « monarchischen Prinzips » dieses Stichwort aufnahmen (F. J. Stahl).

Auf diesem Hintergrund vollzog sich die Wendung vom Staatsrecht zum « Administrativrecht », und es trennten sich die Elemente der alten Polizeiwissenschaft von den Rechtssätzen des Verwaltungsrechts (4). Deshalb entstanden auch in den süddeutschen Staaten, in denen sich der vormärzliche Liberalismus am stärksten erhalten hatte, die ersten Lehrbücher des Verwaltungsrechts, von Mohls « Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats » (1832/33) bis zu Pözls « Lehrbuch des Bayerischen Verwaltungsrechts » (1856) und Friedrich Franz Mayers « Grundzüge des Verwaltungs-Rechts

(4) M. STOLLEIS, *Verwaltungslehre und Verwaltungswissenschaft 1803-1866*, in JESERICH, POHL, v. UNRUH (Anm. 2), Bd. 2 (1983), 55-94.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

und -Rechtsverfahrens » (1857). Deshalb begann auch dort die moderne Verwaltungsgerichtsbarkeit (Baden 1863) und in diesem Kontext die literarische Pflege des « Administrativrechts » durch entsprechende Zeitschriften.

2. Die folgende Phase der Entwicklung öffentlichrechtlicher Zeitschriften war nun allerdings wieder von den Veränderungen des *Staatsrechts* bestimmt. Mit dem Jahr 1866 verschoben sich schnell und unerwartet die politischen Gewichte und bald zeigte sich, daß dieses Jahr auch in der Wissenschaftsgeschichte eine deutliche Zäsur darstellte (5). Der Deutsche Bund brach auseinander, der Norddeutsche Bund entstand, das öffentliche Recht des Deutschen Bundes, ein von Klüber bis Zachariä und Zöpfl wissenschaftlich gepflegtes Gebiet, hörte auf zu existieren. Als Gegenstück zu dem dort aufgehäuften reichen Material erschienen 1865 Carl Friedrich von Gerbers « Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts » ein ganz auf die Herausarbeitung einer allgemeingültigen staatsrechtlichen Dogmatik konzentriertes Werk. Es wurde sofort als epochemachend empfunden (6).

So bestanden an der Wende des Jahres 1866 die alte und die neue Richtung des Staatsrechts nebeneinander. Ausdruck dieser Situation des Übergangs ist die nach Erscheinen des ersten Bandes wieder eingestellte

> *Zeitschrift für Deutsches Staatsrecht und Deutsche Verfassungsgeschichte*, hrsgg. v. L. K. Aegidi, Berlin 1867 (7).

Von da an setzte sich schnell die neue « juristische Methode » durch. Der Bedarf an Information über Verfassungsrecht und Gesetzgebungstätigkeit des Norddeutschen Bundes sowie des Deutschen Reiches ab 1871 wuchs schlagartig. Neue Zeitschriften reagierten hierauf:

> *Annalen des Norddeutschen Bundes und des Deutschen Zollvereins für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik*, ab 1868, von Band 3 an (1870-1901) als « Annalen des Deutschen Reiches für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik », von 1902-1932 als « Annalen des Deutschen Reiches für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft ». Herausgeber bis 1880 war Georg Hirth (deswegen meist zitiert als « Hirth's Annalen »), ab 1881 trat Max (v.) Seydel hinzu. Von 1901 an waren K. Th. (v.) Eheberg und Anton Dyroff Herausgeber, letzterer ab 1920-21 allein.

---

(5) K. G. FABER, *Realpolitik als Ideologie. Die Bedeutung des Jahres 1866 für das politische Denken in Deutschland*, HZ 203 (1966), 1-45; M. STOLLEIS, *Verwaltungswissenschaft und Verwaltungslehre 1866-1914*, in *Die Verwaltung* 15 (1982), 45 ff., sowie in JESERICH, POHL, v. UNRUH (Anm. 2), Bd. 3 (1984), § 3.

(6) FRICKER, *Die juristische Construction im öffentlichen Recht*, ZgStW 21 (1865), 465-482.

(7) R. SMEND, *Deutsche Staatsrechtswissenschaft vor hundert Jahren und heute* in *Festschr. A. Arndt*, 1969; P. v. OERTZEN, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*, 1974, 154 ff.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtspflege des Deutschen Reiches, 1871-1874 herausgegeben v. Franz v. Holtzendorff, 1877-1912 dann als « Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich » herausgegeben von Franz v. Holtzendorff und Lujo Brentano, ab 1882 dann von Gustav Schmoller, der 1919 von Hermann Schumacher und Arthur Spiethoff abgelöst wurde. 1939 übernahm der Nationalökonom Jens Jessen die Herausgeberschaft. Nach dem zweiten Weltkrieg entstand « Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft », herausgegeben von Georg Jahn und (ab 1963) Alfred Kruse, neu (1949-1967). 1968-1971 änderte es nochmals seinen Titel in « Schmollers Jahrbuch für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften », um schließlich ab 1972 als « Zeitschrift für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften » zu firmieren.

Archiv für öffentliches Recht ([8]), 1885-1910, seither als « Archiv des öffentlichen Rechts ». Herausgeber waren zunächst die Gründer Felix Stoerck und Paul Laband, ab 1899 Otto Mayer. Nach dem ersten Weltkrieg Robert Piloty, Albrecht Mendelssohn Bartholdy, Heinrich Triepel und Otto Koellreutter; ab 1927 Günther Holstein und Rudolf Smend, während Piloty ausschied. 1931 trat Johannes Heckel an die Stelle des verstorbenen Günther Holstein.

Mit der Reichsgründung vergrößerte sich auch der Markt für derartige Zeitschriften. Es gelang ihnen, feste Abonnentenstämme zu bilden, die sowohl in die Verwaltung als auch in die Universitäten hineinreichten. Die starke finanzielle Förderung der Universitäten ab 1871, speziell der Ausbau des Staatsrechts an den Juristischen Fakultäten wirkte sich hier aus. Die Tatsache, daß es den meisten öffentlichrechtlichen Zeitschriften in diesen Jahren auf Anhieb gelang, die normalen wirtschaftlichen Anlaufschwierigkeiten zu überwinden und sich in gediegener Ausstattung auf Dauer zu präsentieren, beweist, daß die verlegerische Einschätzung des Marktes richtig war ([9]).

Die staatsrechtlichen Veränderungen der Jahre 1866-1871 sind ohne Zweifel das vordergründig wichtigste dynamische Element für die Entwicklung des öffentlichen Rechts. Von größerer praktischer Bedeutung für die Verwaltung sind allerdings die dadurch ausgelösten *Verwaltungsreformen* und die Einrichtung der *Verwaltungsgerichtsbarkeit*. Beide Faktoren steigern den Informationsbedarf nochmals in die Breite. Die Bürgermeister, Landräte, Regierungspräsidenten und Oberpräsidenten, die Ministerialbeamten sowie die Richter an den Verwaltungsgerichten brauchten die neuesten Erlasse, Verwaltungsrichtlinien, Verordnungen, Gesetze und Gerichtsentscheidun-

([8]) Oben Anm. 2.

([9]) E. V. HEYEN (Max Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt a.M.) wird mit seinem Forschungsprojekt « Die Deutsche Verwaltungsrechtswissenschaft in ihren Zeitschriften 1871-1914, Studien zur Profilierung einer neuen juristischen Disziplin » hierzu weitere Materialien beisteuern. Zur Förderung der Universitäten grundlegend B. vom BROCKE, *Hochschul- und Wissenschaftspolitik im Preußen und im Deutschen Kaiserreich 1882-1907 - das « System Althoff »*, in: P. BAUGMART (Hrsg.), *Bildungspolitik in Preußen zur Zeit des Kaiserreichs*, Stuttgart 1980, 9-118.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gen. Auch hier gelang es deshalb schnell, genügend Abonnenten zu finden.

Deutsche Gemeindezeitung (1862-1930), hrsgg. von Hermann Stolp, ab 1876 versehen mit einer Beilage *Archiv für Verwaltungsrecht* (1876-1930), hrsgg. von Hermann Stolp, H. Klinckmüller und H. Rousseau.

Verwaltungsarchiv, Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit, ab 1893. Herausgeber zunächst Max Schultzenstein und Alfred (v.) Keil; ab 1925 v. Keil und Erich Kaufmann; 1929-1933 Kaufmann, H. Lindenau, Gerhard Lassar und Hans Peters.

Jahrbuch des Verwaltungsrechts, 1905-1912, hrsgg. von Fritz Stier-Somlo. Das Jahrbuch führte ab 1907 den Untertitel « unter Einschluß des Staats- und Völkerrechts » und ab 1908 den Untertitel « unter Einschluß des Staatsverfassungs-, Staatskirchen- und Völkerrechts ».

Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, 1907-1938; Neue Folge 1951 bis zur Gegenwart. Herausgeber waren zunächst Georg Jellinek, Paul Laband und Robert Piloty; ab 1912 Max Huber, Laband und Piloty; ab 1920 Piloty und Otto Koellreutter; ab 1927 Koellreutter, Viktor Bruns und Heinrich Triepel.

Mitteilungen der Zentralstelle des Deutschen Städtetages, 1907/09-1926, 1927-1933 als « Der Städtetag ». Als NF1 (1934) - 10 (1943), fortgeführt ab 1949.

Kommunales Jahrbuch, 1908-1913/4; Kriegsband 1919, hrsgg. von H. Lindemann und A. Südekum, fortgeführt 1927-1932 von H. Lindemann, O. Most und O. Mulert. Nach 1933 als *Jahrbuch der Kommunalwissenschaft,* hrsgg. von K. G. A. Jeserich.

Damit war ein gewisser Abschluß erreicht. Die wichtigsten Gebiete des Staats- und Verwaltungsrechts hatten « ihre » überregionalen Organe erhalten, von den Spezialzeitschriften für Völkerrecht, Rechtsvergleichung und Kirchenrecht abgesehen. Auch in methodischer Hinsicht waren — vorerst endgültige — Differenzierungen eingetreten. Nachdem sich die herrschende Richtung der Staatsrechtslehre nach 1881 für eine prinzipielle Trennung von Recht und Politik entschieden hatte, traten Staatsrecht und Staatswissenschaften auseinander. Die traditionsreiche ehemals Tübinger

Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft (1844-1944; 1948/49 bis zur Gegenwart).

konzentrierte sich unter ihren zahlreichen Herausgebern von Robert von Mohl (1844 ff.) bis zu Georg Brodnitz (1924-1933) vor allem auf nationalökonomische, finanz- und sozialwissenschaftliche sowie statistische Themen. Der Kontakt zum öffentlichen Recht wurde auf diese Weise immer schwächer. In ähnlicher Weise wurde die Trennung von Staatsrecht und Politik von Seiten der politischen Wissenschaft mit der Gründung einer eigenen Zeitschrift beantwortet:

Zeitschrift für Politik, ab 1908, hrsgg. von Richard Schmidt und Adolf Grabowsky.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

3. *Verwaltung* ist in Deutschland traditionell eine Sache der Region, eine Aufgabe des Territorialstaats. Nicht zuletzt deshalb waren die ersten verwaltungsrechtlichen Zeitschriften in Bayern, Württemberg und Baden auf Länder begrenzt. Hieran änderte sich auch durch die Reichsgründung nichts. Das Landesverwaltungsrecht blieb dominierend, verlor aber doch allmählich mit der Ausbildung eines verwaltungsrechtlichen « Allgemeinen Teils » an Bedeutung.

Nach der Reichgründung gab es jedoch zunächst im Rahmen der mittel- und norddeutschen Länder einen Nachholbedarf an Pflege des Verwaltungsrechts. Etwa gleichzeitig mit der Durchsetzung des Verwaltungsrechts als Lehrfach an den Universitäten ([10]) entstanden dort zahlreiche neue Zeitschriften.

Zeitschrift für Staats- und Gemeindeverwaltung im Großherzogtum Hessen (1876-1915/16), hrsgg. von J. Diemer.

Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, zunächst für das Königreich Sachsen (1880-1941), zunächst hrsgg. von Otto Fischer, von 1900 bis 1923 hrsgg. von Walter Schelcher als « Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung ». 1924-1941 lautete ihr Titel « Fischers Zeitschrift für Verwaltungsrecht ». Ab 1938 wurde sie von Herbert Schelcher herausgegeben.

Zeitschrift für Verwaltung und Rechtspflege im Grossherzogtum Oldenburg (1874-1918), hervorgegangen aus dem « Archiv für die Praxis des gesammten im Grossherzogtum Oldenburg geltenden Rechts » und dem « Magazin für die Staats-und Gemeindeverwaltung im Grossherzogtum Oldenburg ». Sie wurde fortgesetzt als « Zeitschrift für Verwaltung und Rechtspflege in Oldenburg » (1919-1939). Gründer und erste Herausgeber waren die oldenburgischen Praktiker Barnstedt, Janssen, Hullmann, Schomann.

Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogthume Braunschweig, 1854-1919, hrsgg. von E. Gotthard und C. Koch, später auch von A. Dedekind. Fortgesetzt 1920-1936 als *Braunschweigische Zeitschrift für Rechtspflege.*

Hanseatische Rechts-Zeitschrift für Handel. Schiffahrt und Versicherung, Kolonial- und Auslandesbeziehungen, sowie für hansestädtisches Recht, 1917/18-1927, hrsgg. von M. Mittelstein, ab 1922 zusammen mit E. Bruck. Ab 1928 vereinigt mit *Hanseatische Gerichtszeitung* (1880-1927, die ihrerseits hervorgegangen war aus *Hamburgische Handelsgerichtszeitung*, 1868-1879, und *Hamburgische Gerichts-Zeitung*, 1861-1868), fortgeführt bis 1943.

Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft, 1881-1922, hrsgg. von J. F. Budde, A. Moeller und C. Birkmeyer. Fortgesetzt als *Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung*, hrsgg. von P. Labes und E. Schlesinger, bereits ab 1925/26 unter dem Titel *Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege, Rechtswissenschaft und Verwaltung*, hrsgg. ab 1930 von F. Schlesinger.

([10]) Die Anfänge (1844-1855) liegen in Tübingen (1844), München, Würzburg und Heidelberg. In Preußen beginnt E. v. Meier 1865, dem 1872 R. v. Gneist folgt. 1881 wird Verwaltungsrecht in das Pflichtprogramm preußischer Universitäten aufgenommen. In den Staatsprüfungen spielt Verwaltungsrecht erst nach dem ersten Weltkrieg eine Rolle.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Der Bayerische Bürgermeister, 1912-1936, 1937 aufgegangen in *Die Landgemeinde*, die ihrerseits in *Die Nationalsozialistische Gemeinde* (1943/44) aufging. Neubegründung 1947/48, hrsgg. v. H. Bornkessel, bis zur Gegenwart.

Bayerische Gemeindezeitung, 1891-1919, hrsgg. v. G. Ziegler u. a., fortgesetzt als *Bayerische Gemeinde- und Verwaltungszeitung*, 1920-1941.

Württembergische Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, 1907/08-1931, hrsgg. v. F. Haller und E. Natter, fortgesetzt als *Württembergische Zeitschrift für Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege*, 1931-1938, dann vereinigt mit *Württembergische Verwaltungszeitschrift*, 1929-1941.

Danziger Juristen-Zeitung, 1922-1925, hrsgg. von Mitgliedern der Danziger Richter- und Rechtsanwaltschaft, von 1925 bis 1933 als *Danziger juristische Monatsschrift*, hrsgg. v. O. Loening u.a., von 1934 bis 1939 wieder unter dem vorigen Titel.

Preußisches Kommunalarchiv, 1910-1917, hrsgg. von K. v. Rohrscheidt.

Wichtigstes Organ des Landesverwaltungsrechts mit Vorbildfunktion für ganz Nord-, West- und Mitteldeutschland war jedoch.

Preussisches Verwaltungsblatt. Wochenschrift für Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege in Preussen (ab 1879, hrsgg. von dem Banksyndikus und Bürgermeister a.D. Dr. Binseel; ab 1894/95 von J. Hoffmann, ab 1907/08 von B. v. Kamptz, ab 1915/16 von K. Hempfing, ab 1925/26 von P. Jesse. Von 1927/28 an nannte sich die Zeitschrift *Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt*. 1930 waren Herausgeber H. Lindenau, G. Kaisenberg, E. Kaufmann und G. Lassar, 1932 schied Kaufmann aus und Hans Peters trat an seine Stelle.

Das Programm dieser dominierenden Zeitschrift lautete: « Die Kenntnis des Preußischen Staats- und Gemeindeverwaltungswesens zu erweitern, die Staatsverwaltung, Selbstverwaltung und Verwaltungsrechtspflege in Preußen vom Gesichtspunkte des praktischen Bedürfnisses aus für diejenigen, welche geschäftlich und persönlich mit den Angelegenheiten des staatlichen und Gemeindelebens befaßt sind, gemeinverständlich darzustellen » (Vorwort). Dieses Ziel ist vor allem durch die kontinuierliche Mitarbeit von Praktikern erreicht worden. In der stufenweisen Wandlung des Titels vom « Preussischen Verwaltungsblatt » zum « Reichsverwaltungsblatt » (1934) kam der staatsrechtliche Vorgang der allmählichen Einschmelzung Preußens in das Reich bildhaft zum Ausdruck. Als schließlich der Nationalsozialismus durch die sog. « Gleichschaltung der Länder » ([11]) auch die Eigenstaatlichkeit Preußens zur Bedeutungslosigkeit herabdrückte, verschwand auch der letzte Hinweis auf Preußen aus dem Titel.

4. Das folgenschwere Jahr 1866 zog die staatsrechtliche Trennlinie zwischen Deutschland und Österreich. Gewiß blieb der wissen-

([11]) Gesetz über den Neuaufbau des Reichs v. 30.1.1934, RGBl I, 75.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

schaftliche Austausch intensiv, und es schien keinen Grund zu geben, davon abzurücken. Aber gerade im Staats- und Verwaltungsrecht mußte es sich auswirken, daß die Aussagen zum positiven Recht beider Länder ihre praktische Bedeutung verloren hatten. Die Pflege des Allgemeinen Verwaltungsrechts und der Staatslehre konnte dieses Problem nicht verdecken. Speziell im praxisbezogenen Verwaltungsrecht zeigten sich daher Folgen der politischen Ereignisse im Bereich der Zeitschriften. So entstanden die

Zeitschrift für Verwaltung (1868-1924), hrsgg. von Jäger

Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart (1874-1916), hrsgg. von C. S. Grünhut, meist zitiert als « Grünhut's Zeitschrift ».
Centralblatt für Verwaltungspraxis (1885-1891), hrsgg. von Leo Geller, später aufgegangen im (österreichischen) *Zentralblatt für die juristische Praxis*.

5. Das Bild der « Gründerjahre » des öffentlichen Rechts zwischen 1866 und etwa 1910 ist trotz aller historisch begründeten Unterschiede zwischen Süden und Norden im Ergebnis relativ einheitlich. Überall bildeten die Reichsgründung, die Verwaltungsreformen der 80er Jahre und die Einrichtung der Verwaltungsgerichtsbarkeit die wesentlichen Anstöße für die Schafung eines Informations- und Diskussions- forums. Wissenschaftsgeschichtlich konvergieren diese Ereignisse mit dem Übergang von der sog. « staatswissenschaftlichen » zur « juristischen Methode », mit der erfolgreichen Propagierung des rechtswissenschaftlichen Positivismus und mit dem Beginn der Lehre des Verwaltungsrechts an den Universitäten.

Wichtig ist dabei die Feststellung, daß die Zeitschriften des öffentlichen, speziell des Verwaltungsrechts weniger Hervorbringungen der Universitäten als vielmehr der Praxis sind. Auch da, wo Hochschullehrer als Herausgeber fungierten, war die Dominanz der Praxis unübersehbar. Als primäre Aufgabe der Zeitschriften wurde es überall angesehen, den Verwaltungspraktiker zu informieren, ihn mit den neuesten Gesetzen und Gerichtsentscheidungen bekannt zu machen. Dogmatische Durchdringung des Stoffs und rechtspolitische Programme traten demgegenüber zunächst noch zurück.

Erst allmählich fanden Differenzierungen statt, so etwa die stärkere Verwissenschaftlichung des Archivs des öffentlichen Rechts nach der Jahrhundertwende oder die wachsende Bedeutung der überregionalen Blätter gegenüber den landesrechtlich orientierten.

Gleichzeitig zeigte sich, daß allzu umfassend angelegte Projekte, wie etwa Grünhuts Zeitschrift oder Stier-Somlos Jahrbuch des Verwaltungsrechts auf die Dauer nicht lebensfähig waren. Die Zukunft gehörte der überregionalen *und* fachlich spezialisierten Zeitschrift. Zwei Beispiele dieser Art sind etwa

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Zeitschrift für Bergrecht (1860-1983), begr. von H. Brassert und H. v. Achenbach, heute hrsgg. v. H. Zydek und W. Heller.

Die Polizei (1904-1983), begr. von Tejessy, 1948-1954, 1955-1960 *Die Polizei. Polizeipraxis*, 1960-1983 *Die Polizei. Mitteilungen der Zentralstelle des Deutschen Städtetages*, 1907-1919/20, fortgesetzt als *Mitteilungen des Deutschen Städtetages*, 1921-1927 und als *Deutscher Städtetag*, 1927-1933.

Deutsche Steuer-Zeitung, 1912/13-1983, zunächst hrsgg. von R. Ritter, ab 1934 von Staatssekretär F. Reinhardt. 1934 ging die Zeitschrift *Wirtschaftlicher Beobachter* und 1937 das *Steuer-Archiv* darin auf.

II.

1. Die Revolution von 1919 und der Übergang von der Monarchie zur Republik veränderten die Landschaft der öffentlichrechtlichen Zeitschriften nicht entscheidend. Es fanden zwar einige Umschichtungen und Neugründungen statt.

Zeitschrift für öffentliches Recht (1919/20-1943), begr. von E. Bernatzik, M. Hussarek, H. Kelsen, H. Lammasch, A. Menzel. Weitergeführt als NF 1 (1946/48) - 27 (1976), seither unter dem Titel *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*, hrsgg. von L. Adamovich, R. Köstler, A. Verdross, ab 1981 von F. Kaja.

Staats- und Selbstverwaltung, 1919/20-1941, zunächst hrsgg. von der Freien Vereinigung für Rechts- und Verwaltungskunde, wiederbegründet 1950, 1955 vereinigt mit *Der Kommunaldienst* und *Der Öffentliche Dienst* zu *Staats- und Kommunalverwaltung* (1955-1977), danach fortgesetzt als *Verwaltungsrundschau*.

Die Verwaltungspraxis, 1927-1937 (1938-1941 vorübergehend aufgegangen in *Württembergische Verwaltungszeitschrift*), 1950-1973, dann vereinigt mit *Baden-württembergisches Verwaltungsblatt* (1956-1973) zu *Baden-württembergische Verwaltungspraxis* (1974 ff.).

Aber die Mehrzahl der Blätter setzte den bisherigen Kurs — meist auch mit den bisherigen Herausgebern — fort. Dies lag deshalb in der Logik der Ereignisse, weil aus der Sicht der Verwaltungsjuristen weniger von einer echten Revolution als von einem Wechsel der Staatsform gesprochen werden konnte.

Gewiß konnte man sich nicht verhehlen, daß durch das Kriegsverwaltungsrecht Verschiebungen großen Ausmaßes stattgefunden hatten und daß auch Verwaltungsorganisation und Verwaltungsstil sich unter republikanischen Vorzeichen ändern mußten. Aber es bestand gerade im Verwaltungsbeamtentum, das wichtigster Träger dieser Zeitschriften war, die verbreitete Neigung, diese Änderungen nicht allzu entschieden zu betonen, sondern so zu tun, als wäre nichts geschehen. Dies war eine diskrete, die « verfassungsunabhängige » Fachlichkeit der Verwaltung unterstreichende Form der inneren Reserve gegenüber der Republik.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Charakteristisch für das Erscheinen der öffentlichrechtlichen Zeitschriften zwischen 1919 und 1932 ist die Wahrung der äußeren Kontinuität zur Vorkriegszeit bei gleichzeitiger inhaltlicher Öffnung für die Probleme jener turbulenten Jahre. Die Praxisorientierung der Zeitschriften erlaubte keine inhaltliche Distanzierung. Demobilmachung, Inflationsgesetzgebung, neue Zweige der Arbeits- und Sozialverwaltung sowie die neue Wirtschaftsverwaltung bestimmten das Bild. Die Masse des gedruckten Materials vermehrte sich um ein Vielfaches gegenüber der Vorkriegszeit. Immer häufiger gaben die Zeitschriften Rechtsprechungsübersichten und sonstige « Berichte » über die Entwicklung in den einzelnen Sektoren der Verwaltung, weil anders die Flut der Informationen nicht zu bewältigen war. Auch der bereits angedeutete Trend zur Spezialisierung setzte sich deshalb fort. Kleine und kleinste Blätter entstanden am Rande, während die großen Zeitschriften, wie etwa « Archiv des öffentlichen Rechts », « Jahrbuch des öffentlichen Rechts », « Verwaltungsarchiv », « Reichs- und Preußisches Verwaltungsblatt », äußerlich unverändert blieben.

2. Anders als 1919 war jedoch das Jahr 1933 eine ganz entscheidende Wendemarke. Zahlreiche Juristen, die auch Herausgeber von öffentlichrechtlichen Zeitschriften waren, wurden in die Emigration gezwungen oder gaben ihre Ämter ab. Die organisatorischen Umbrüche vollzogen sich, wie bei Parteien und Verbänden, mit verblüffender Schnelligkeit.

Die Zeitschriften standen sofort im Mittelpunkt des Interesses, weil sie weithin wirkende und sichtbare Bastionen der Einflußnahme auf die Verwaltung waren. Die Parteijuristen der NSDAP und andere Protagonisten der « nationalen Revolution » versuchten deshalb, die Herausgebergremien entweder komplett auszutauschen oder sie begnügten sich — speziell in den ersten Jahren — mit der Einschleusung von « Aufpassern ». Dieser Vorgang betraf ausnahmslos alle wichtigeren Zeitschriften. Unterschiede gab es allenfalls im Ausmaß, in der Intensität der inhaltlichen Anpassungen und in der Lautstärke, mit der diese Veränderungen nach außen mitgeteilt wurden. Einige Einzelheiten seien hier skizziert:

Im *Archiv des öffentlichen Rechts* wurden ab 1934 die Begründer Felix Stoerck und Paul Laband nicht mehr erwähnt. Heinrich Triepel, Rudolf Smend und Johannes Heckel schieden ab 1935 aus, Bartholdy ab 1934. Neben Koellreutter, der ab 1921 Mitherausgeber gewesen war und nun als Nationalsozialist eine Schlüsselstellung einnahm, traten Hans Gerber, F. A. Medicus und Helmut Nicolai.
Letzterer, der als Regierungspräsident von Magdeburg in einen Konflikt mit der Partei verwickelt wurde, schied nach einem Jahr wieder aus und zog sich ins Privatleben zurück.

Parallele Entwicklungen vollzogen sich beim *Preußischen Verwaltungsblatt* bzw. *Reichsverwaltungsblatt* und im *Verwaltungsarchiv*. Schon Ende April 1933 schieden H. Lindenau, G. Lassar und H. Peters aus; im

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Oktober 1933 folgte G. Kaisenberg. Die neuen Herausgeber A. Mirow, H. Lammers, O. Koellreutter, H. Pfundtner, F. A. Medicus und H. Nicolai garantierten eine enge Anbindung dieser wichtigsten Zeitschrift an die Parteilinie. Auch hier spielte Nicolai nur eine Gastrolle bis zum Februar 1935. Im *Verwaltungsarchiv* wurden außer Lassar, Peters und Lindenau auch Erich Kaufmann, der Jude war, verdrängt. Dieselben Herausgeber wie beim Reichsverwaltungsblatt traten an ihre Stelle.

Ein Beispiel für die Einschleusung von « Aufpassern » bieten die bayerischen *Blätter für administrative Praxis*, die unter dem neuen Namen *Deutsche Verwaltungsblätter* (1934-1937) ihren seit 1925 wirkenden Herausgeber Ottmar Kollmann behielten, aber in den Kreis der « Mitwirkenden » nun auch orthodoxe Nationalsozialisten aufnahmen.

Noch fehlte allerdings ein ausgesprochenes Parteiorgan für das Verwaltungsrecht. Die NS-Juristen schufen es sich, indem sie ein unbedeutendes Blatt (*Mitteilungen des Reichsverbandes der akademischen Finanz- und Zollbeamten*, ab 1923) umformten und in « *Deutsche Verwaltung* » umtauften. Diese Zeitschrift wurde das Organ der Fachgruppe « Verwaltungsrechtswahrer » (so die Terminologie ab 1939) im NS-Rechtswahrerbund. « Sie diene den Feierstunden, der tieferen Besinnung ... der Politik, der Weltanschauung ... die eigentliche Verwaltungsjuristerei soll den hierfür schon bestehenden Zeitschriften überlassen bleiben », schrieb Helmut Nicolai 1933 in der Einführung.

Wie auf anderen Rechtsgebieten setzte auch hier ein Konzentrationsprozeß ein. Ab 1938 sollte die *Deutsche Verwaltung* zum Zentralorgan des Verwaltungsrechts ausgebaut werden. Sie übernahm zwei andere Zeitschriften (*Reich und Länder*, *Deutsche Verwaltungsblätter*).

Die Übernahme der landesrechtlichen Zeitschriften des Verwaltungsrechts durch zentrale, ideologisch engstens auf der Parteilinie geführte Zeitschriften drückte aus, was sich verfassungsrechtlich inzwischen ereignet hatte. Die Länder waren seit 1934 ihrer Eigenständigkeit beraubt, alle Verwaltung war « Reichsverwaltung » geworden. Die Bedeutung der Verwaltungsgerichtsbarkeit sank kontinuierlich, desgleichen die praktische Relevanz wissenschaftlicher Auseinandersetzungen. Entsprechend sinn- und funktionslos wurde die ehemalige Vielstimmigkeit und Vielfalt der öffentlichrechtlichen Zeitschriften. Soweit die landesrechtlichen Zeitschriften nicht in Organe mit zentraler Orientierung aufgenommen wurden (Bayern, Württemberg, Preußen), sanken sie stufenweise ab und waren am Ende wenig mehr als amtliche Mitteilungsblätter (*Sächsisches Verwaltungsblatt*, 1921-1943; *Zeitschrift für badische Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege*, 1869-1940).

Eine Sonderolle spielten schließlich die von NS-Juristen neugeschaffenen Zeitschriften, die speziellen Zwecken dienten bzw. eigene Machtzentren innerhalb der « Polykratie » des NS-Staates markierten.

Die *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht* (1936-1943) ist engstens mit der Person von Hans Frank verknüpft. Sie diente als Mitteilungsblatt der Akademiearbeit und Frank versuchte, dort ein rechtspolitisches Forum des NS-Staates auszubilden. Sein eigenes Schwanken zwischen Loyalität und einer zunehmend hilflosen Betonung des Rechtsstandpunktes teilte sich der Zeitschrift mit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Reich- Volksordnung-Lebensraum, Zeitschrift für völkische Verfassung und Verwaltung, hrsgg. von W. Stuckart, W. Best, G. Klopfer, R. Lehmann, R. Höhn (1941-1943), diente als geopolitisches und verwaltungswissenschaftliches Organ der SS. Die Verwaltung künftig zu erobernder Gebiete im Ostraum sollte hier vorweggedacht und -geplant werden.

Recht des Reichsnährstandes, 1933-1942, hrsgg. ab 1935 von W. Saure; 1943 und 1944 als *Deutsches Agrarrecht*, hrsgg. von H. Backe.

Die Nationalsozialistische Gemeinde, 1933-1944, hrsgg. von K. Fiehler, Oberbürgermeister in München.

Der Gemeindetag, 1933-1943, hrsgg. v. Deutschen Gemeindetag; *Die Landgemeinde*, Ausg. B, 1937-1942.

III.

Die Wiederbegründung der Zeitschriften des Öffentlichen Rechts nach 1945 kann in dem hier gezogenen Rahmen nicht mehr behandelt werden. Vorarbeiten für eine solche Darstellung gibt es kaum, ausgenommen einige verlagsinterne Rückblicke (12). Die juristische Zeitgeschichte, die ohnehin noch auf schwachen Füßen steht (13), hat sich des Themas bisher nicht angenommen, während Germanistik und Kulturgeschichte sehr wohl bemerkt haben, welche bedeutende historische Fundgrube die Vorgänge um die Neu- und Wiederbegründung literarischer, kunst- und kulturpolitischer Zeitschriften in den Jahren von 1945 bis 1949 darstellen (14). Es ist zu hoffen, daß die Rechtshistoriker diesen Rückstand allmählich verringern und auf dieses Weise die Wissenschaftsgeschichte der Öffentlichen Rechts an die Gegenwart heranführen.

Für die Zeit vor 1945 lassen sich jedoch jetzt schon einige Ergebnisse thesenartig zusammenfassen:

1. Die Zeitschriften des öffentlichen Rechts sind Hervorbringungen des liberalen Rechtsstaats nach 1848. Ihre Anfänge liegen im süd-

---

(12) Hundert Jahre Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1966; Recht im Wandel - 150 Jahre Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bon-München 1965; W. Schmitt Glaeser (Hrsg.), 50 Jahre Richard Boorberg Verlag, Stuttgart-München-Hannover 1977.

(13) B. Diestelkamp, *Rechts- und verfassungsgeschichtliche Probleme zur Frühgeschichte der Bundesrepublik*, in *Juristische Schulung* 1980, 401-405, 481-485, 790-796; 1981, 96-102, 409-413, 488-494; M. Stolleis, *Rechtsordnung und Justizpolitik 1945-1949*, in *Festschr. H. Coing*, München 1982, Bd. I, 383-407; H. Hege, *Recht und Justiz*, in W. Benz (Hrsg.), *Die Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 1, Frankfurt 1983, 92-125, alle m.w. Nachw.

(14) « Als der Krieg zu Ende war », *Literarisch-politische Publizistik 1945-1950*, Marbach 1973; G. Hay, *Wiederkehr und Aufbruch in der Literatur*, in *Westdeutschlands Weg zur Bundesrepublik: 1945-1949*, München 1976, 135-149; W. Benz (Hrsg.), *Die Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 3 « Kultur », Frankfurt 1983.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

deutschen Konstitutionalismus. Ihr primärer Gegenstand ist die *Verwaltungspraxis*.

2. Norddeutscher Bund und Reichsgründung begünstigen die Entstehung *staatsrechtlicher* Zeitschriften und Jahrbücher. Gleichzeitig gewinnt das öffentliche Recht mit dem Übergang zur sog. « juristischen Methode » ein neues Selbstbewußtsein, das sich in neuen Zeitschriften zu artikulieren sucht.

3. Zwei Jahrzehnte später — um 1895 — wiederholt sich dieser Vorgang im *Verwaltungsrecht*. Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, die Verwaltungsreformen, die von der Reichsverwaltung ausgehenden Zentralisierungseffekte sowie auch hier der Übergang zur « juristischen Methode » (O. Mayer) schaffen einen breiten Bedarf für verwaltungsrechtliche Information und Diskussion.

4. Der seit der Mitte des 19. Jahrhunderts sichtbare Prozeß der Differenzierung einzelner Zweige der gesamten Staatswissenschaften in Rechtswissenschaft, Politik, Nationalökonomie, Finanzwissenschaft, Sozialwissenschaften zieht nicht nur vielfältige Zeitschriftengründungen auf allen diesen Gebieten nach sich, sondern setzt sich auch innerhalb der Rechtswissenschaften fort. Es trennen sich Staats- und Verwaltungsrecht, vom Staatsrecht sondern sich wiederum Völkerrecht und Kirchenrecht ab; vom Verwaltungsrecht das Kommunalrecht, Polizeirecht, Steuerrecht usw., jeweils wieder begleitet von eigenen Zeitschriftengründungen.

5. Die zunächst reichentwickelte Pflege des territorialen Staats- und Verwaltungsrechts wird allmählich schwächer; die überregionalen Zeitschriften gewinnen an Bedeutung. Hierfür sind vor allem drei Gründe erkennbar: Ökonomische Überlegungen der Verleger, für die ein Blatt mit potentiellem Abonnentenkreis im gesamten Reichsgebiet viel attraktiver war (1), die ab 1871 allmählich steigende Bedeutung der Reichsverwaltung und Reichsgesetzgebung, intensiviert nochmals durch die Reichsverfassung von 1919 (2), schließlich die Ausbildung eines « Allgemeinen Teils » des Verwaltungsrechts, dessen Grundsätze in allen Landesrechten anwendbar waren (3).

6. Zeitschriften unterliegen im Regelfall den ökonomischen Gesetzen des Marktes. Im Bereich der öffentlichrechtlichen Zeitschriften sind diese Gesetze allerdings teilweise ausgeschaltet (im Falle der amtlichen Mitteilungsblätter und « Staatsanzeiger », durch relativ sichere Abonnements der Behörden und Verwaltungsgerichte sowie durch die Beamteneigenschaft von Herausgebern und Mitarbeitern). Deshalb ist das « Aufblühen » und « Verwelken » dieser Blätter vom komplizierten Zusammenwirken vieler Faktoren bestimmt, vor allem von Leistung, Ansehen und « Linie » der Herausgeber, von dem in der Abonnentenzahl ausgedrückten « Bedarf » und nicht zuletzt — gerade bei deutschen

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Zeitschriften in drastischer Weise sichtbar — von der politischen Entwicklung. Der Wandel von der Monarchie zur Republik, von dieser zum Führerstaat und von diesem wiederum zu den beiden deutschen Staaten der Gegenwart hat die öffentlichrechtlichen Zeitschriften zutiefst beeinflußt. Daß sie trotz aller Krisen Bestand gehabt haben, belegt die zentrale Stellung des öffentlichen Rechts im modernen Rechts- und Sozialstaat. Daß sie — mindestens an der Oberfläche — gleichzeitig in der Lage waren, chamäleonartig ihre Farbe zu wechseln, beweist nicht nur die Wandlungsfähigkeit ihrer Verleger, sondern die bis ins das Zentrum des öffentlichen Rechts hineinreichende Abhängigkeit von der Politik.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

SEGNALAZIONI

Per Norberto Bobbio.

Per la biografia essenziale del filosofo torinese — quella che è legata alle capacità espressive e alla sensibilità etico-politica — il momento del distacco formale dai 'ruoli' universitari non ha che un minimo significato anagrafico. Il 'ruolo' culturale di Norberto Bobbio continua, come continua la sua presenza vigile, come resiste all'usura il suo sguardo di osservatore impareggiabile, come torna ripetutamente a scandirsi sonora la sua voce alta sui tetti di questa nostra Italia talvolta disordinata e disorientata. Ed è rassicurante, per ogni uomo di buona fede, per ogni personaggio di cultura che faticosamente ma autenticamente interpreta la propria vicenda come ricerca della sua verità, pensare a quella presenza, contare su quello sguardo attento e impietoso, restare in attesa di quella voce sempre pronta ad alzarsi — forte ma non violenta, penetrante ma non acre, severa ma non didascalica — sopra le storture della realtà quotidiana.

L'appuntamento con i settantacinque anni di Bobbio non meriterebbe pertanto di essere segnato, se, nella letteratura filosofico-giuridica, non avesse costituito l'occasione per un omaggio a lui reso nel modo culturalmente più accettabile e civile, senza untuose cerimonie: un ripensamento della sua cinquantennale operosità di studioso, un primo tentativo di inserirla nel contesto della filosofia giuridica novecentesca, nella quale si pone come forza di sicura vivacità.

Ecco, recentemente, nella Collana 'L'Ircocervo' diretta da Francesco Gentile, il contributo critico di Annalisa ZACCARIA (*Norberto Bobbio - Per una filosofia militante*, Napoli, E.S.I., 1981, pp. 110).

Ecco oggi, il ricco volume *La teoria generale del diritto - Problemi e tendenze attuali - Studi dedicati a Norberto Bobbio* (Milano, Edizioni di Comunità, 1983, pp. 444), felice raccolta curata da Uberto Scarpelli, non coacervo occasionale di scritti slegati tenuti assieme soltanto da una fragile finalità di culto, ma armonico complesso di saggi sostanzialmente e non formalmente dedicati a Bobbio, cioè rivolti ad analizzare, criticare, storicizzare la sua opera di costruttore in Italia di una moderna e filosoficamente fondata teoria generale del diritto.

Ecco, oggi, inoltre, nei 'Quaderni di filosofia analitica del diritto' pubblicati sotto la guida di Scarpelli, il contributo bibliografico di Patrizia BORSELLINO (*Norberto Bobbio e la teoria generale del diritto* -

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Bibliografia ragionata 1934-1982, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 133, previsto dapprima come appendice alla raccolta di studi e uscito invece — assai opportunamente per comodità del lettore — in veste autonoma; uno strumento davvero prezioso per seguire adeguatamente, passo passo, l'itinerario bobbiano. E dobbiamo esser grati all'Autrice di avere adottato « un criterio ampio ed elastico » nella selezione del materiale da ordinare. Forse, l'oggetto della bibliografia non ha confini rigorosi, ma poiché di bibliografia si tratta, e cioè di un complesso di dati proposti alla consultazione degli studiosi, è questa una circostanza positiva, giacché consente, con la sua ricchezza, più compiuta interpretazione di un itinerario senza dubbio assai sfaccettato ma riconducibile a solide motivazioni unitarie. Certo, ha ragione la brava Autrice nel ritenere rilevanti per la comprensione del Bobbio ' teoretico ' i ' corsi ' sul Giusnaturalismo, sul Positivismo e su Kant, i saggi su Hobbes e su Locke, e tanti contributi storici inseriti in bibliografia; ma allora, visto che la lena non le mancava, perché non accollarsi uno sforzo maggiore e offrire il volto unitario della riflessione scientifica di Bobbio, lasciando da parte i soli interventi legati all'azione politico-sociale? Sarebbe stato un grosso passo innanzi rispetto alla precedente bibliografia bobbiana, che il Violi redasse nel 1965.

P. G.

Le categorie della cultura medievale.

Un libro — questo del Collega sovietico A. J. Gurevic — che, a voler essere formalisti, dovrebbe esulare dalla nostra attenzione. Già il titolo indica chiaramente l'interesse esclusivamente medievistico: *Le categorie della cultura medievale*, Torino, Einaudi, 1983, pp. VIII-328 (apparve originariamente a Mosca, in russo, nel 1972, con la intitolazione ' Kategorii srednevekovoj kultury ' e per motivi di impenetrabilità linguistica restò ai più ignorato fino a questa provvidenziale traduzione). Sono pagine dedicate appieno all'universo medievale, dominate dalla convinzione (fondatissima!) della « irripetibile specificità della civiltà medievale nell'Europa occidentale » (vedi p. VII della Prefazione alla edizione italiana), tutte tese — in questa dimostrazione — a spostare le premure dello storico più sulla fucina dei secoli alti che sui territori di confine con l'età nuova. Abbiamo di fronte, insomma, un libro assai poco ispirato ai valori diacronici e incentrato, per proprie consapevoli scelte storiografiche, più sulla statica di un'esperienza che sulle sue proiezioni intertemporali.

Se ne parliamo qui e lo segnaliamo al nostro lettore è perché questo libro ha costituito per noi una gradita sorpresa, facendo spicco tra una letteratura storiografica contemporanea di tutt'altra pasta: scritto da uno storico della cultura, pur avendo ad oggetto le grandi linee del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tessuto culturale medievale, concede una attenzione centrale alla dimensione giuridica, tanto che uno dei cinque grandi capitoli, forse il capitolo portante, è interamente dedicato alle fondazioni giuridiche di una civiltà. Se si aggiungono due elementari riflessioni: che lo scrittore è un esponente di prestigio della scuola sovietica e che il diritto è considerato autonomamente nel volume, si capisce la sorpresa cui or ora si accennava.

La recente storiografia — in particolare la ' nouvelle histoire ' di calco francese — ci aveva abituato a ben altro: pur avendo abbandonato la storia dei grandi avvenimenti per un esame minuzioso della sepolta realtà quotidiana, pur avendo pertanto dovuto valorizzare l'economico, il sociale, lo strutturale, ha omesso — o ha, comunque, sostanzialmente evitato — di fare i conti con le intelaiature giuridiche, precludendosi, a nostro avviso, uno strumento insostituibile per l'interpretazione e la verifica di quella realtà.

Non si può non lamentare qui la persistenza in questi nuovi storici — pur così disponibili ad apporti interdisciplinari, come dimostra la loro sensibilità per l'etnologia, la sociologia, l'economia, la demografia — di una immagine deformata del diritto tipica ai non-giuristi, ma che vorremmo limitata all'uomo della strada e non all'operatore di cultura: quella che identifica il diritto nella regola del tiranno, che si impone soltanto per la sua violenza; nella legge generale ed astratta, che piove sulla comunità non aspettata e non auspicata, pertanto sgradita e subìta e perciò sostanzialmente non accettata; nei ricami formali di dottori e di giudici impegnati in esercizi di logica astratta e la cui *ars* è talvolta più una raffinata tecnocrazia che non la ricerca del *bonum et aequum*. È questa una immagine negativa ma viziata irrimediabilmente dal peccato capitale di assumere certe inevitabili dimensioni patologiche del diritto per rappresentare la sua fisiologica costituzione; una immagine che — se vogliamo andare in cerca di generose attenuanti — potrebbe trovare qualche appiglio in certi aspetti peculiari del diritto moderno post-settecentesco e in certi suoi difficili rapporti coi movimenti e mutamenti sociali, ma che senza ombra di dubbio è affatto inadeguata per una realtà quale quella medievale dove il diritto è al centro della società, permeante di sé tutto l'universo sapienziale e strutturale in grazia d'un indiscusso primato epistemologico.

Gurevic ha il merito di avvertire pienamente questa degnità metodologica e di farla sua. Il quadro culturale delineato ne acquista in vivezza e in solidità. Guardando con dovizia alle fondazioni giuridiche, egli scende alle radicazioni più autentiche del mondo medievale, giungendo al risultato di una soddisfacente storicizzazione. Se i nostri ' Quaderni ' fossero una rivista medievalistica e se queste righe fossero qualcosa di più di una stringata segnalazione, non potremmo non discutere a lungo, sull'approccio interpretativo del Collega sovietico, avanzando anche alcune riserve su certe scelte di fondo (per esempio,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sul rifiuto del primitivismo come conveniente categoria interpretativa per i secoli alto-medievali). Ma in questa sede sarebbe un fuor d'opera. Arrestiamoci pure alle considerazioni liminali or ora segnate, paghi di avere indicato al lettore un libro con cui lo storico del diritto non può non misurarsi.

P. G.

La nuova edizione di un fortunato ' Curso de Historia del derecho español '.

José Manuel Perez-Prendes è un Maestro, che vive il rapporto fra ricerca scientifica e didattica universitaria come un nesso inscindibile, convinto che allentarlo significa correre il rischio grande di isterilire la prima e vanificare la seconda. Né si dica che questo è un canone metodico elementare: troppe volte, infatti, e con conseguenze disastrose, il canone è calpestato nelle nostra Università. La vicenda di Perez-Prendes, storico del diritto e docente di storia del diritto, ha dei tratti esemplari, giacché le tappe della sua carriera accademica si scandiscono addirittura nelle edizioni del suo ' Corso ' per gli studenti. La prima edizione si fonde con la prima esperienza didattica: si data nel 1972 e si propone come la traccia sensibile dei primi esperimenti nella prima sede della Università di Tenerife; la seconda, 1976, è legata al periodo — fertile di tante iniziative — dell'Ateneo granadino; la terza, e ultima e recentissima (1983), alla sede di approdo definitivo nella Università Complutense di Madrid. È la redazione che abbiamo sotto gli occhi e che segnaliamo volentieri al lettore: José Manuel Perez-Prendes y Muñoz de Arraco, *Curso de Historia del Derecho Español* - volumen I - parte general, Madrid, Universidad Complutense, 1983.

Dispiace che la consuetudine dei nostri ' Quaderni ' riserbi la recensione alle pubblicazioni munite del sigillo della novità e ci costringa per questa terza edizione del ' Curso ' di Perez-Prendes nei limiti ristretti di una segnalazione. Siamo infatti di fronte a un ' manuale ' universitario, che chiederebbe di essere discusso per i criterii peculiarissimi con i quali è stato costruito. Il progetto dell'Autore prevede — programmaticamente — la divisione in due volumi: il primo — il presente — dedicato a « las corrientes del pensamiento que han permitido nacer y provocado el nacimiento de la historia del derecho: el concepto de esta; sus limites; su sentido; sus metodos; su cultivo y sus fuentes de creacion y conocimiento »; il secondo, dedicato a « el estudio sobre las diferentes instituciones agrupadas en sistemas juridicos ». In fondo, un disegno non dissimile da quello che sorresse Francesco Calasso nel progettare il suo incompiuto ' Medioevo del diritto » (1). Dobbiamo esser franchi: si tratta di una separazione usuale

(1) F. Calasso, *Medioevo del diritto*, I. *Le fonti*, Milano, 1954.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nella storiografia ma che ci lascia non da oggi un po' perplessi, che rischia di spingere lo storico nelle secche dell'astrattezza. È vero che sia Calasso sia Perez-Prendes, parlando delle fonti hanno costantemente vivo e presente il tessuto sottostante dell'ordinamento, ma è anche vero che fonte e vita del diritto sono un tutto inscindibile nella concretezza dell'esperienza storica; la fonte è la dimensione sotterranea, la radice vitale dell'istituto. E il rischio di irrigidire le fonti in una sorta di galleria statuaria resta. La separazione lascia indenne soltanto chi si pone su un piano di ragguaglio erudito, come fu dichiaratamente per le « Lezioni » del compianto Guido Astuti (2); ma è chiaro che, in questo caso, il terreno è quello di una semplice erudizione strumentale e non di un approccio già storiograficamente compiuto con l'esperienza del passato; siamo — didatticamente — sul piano della corretta e precisa informazione (come Astuti dichiaratamente volle) più che su quello della formazione culturale di studenti in Giurisprudenza.

Una singolarità — e un pregio — del ' Curso ' di Perez-Prendes è l'esigenza, che all'Autore proviene dall'insegnamento di Hans Thieme, di fondare sotto il profilo speculativo l'esplorazione storico-giuridica, discorrendo ampiamente del complesso ' mestiere ' dello storico del diritto, dei suoi difficili rapporti con storici e con giuristi, dei suoi ardui problemi metodologici, tutto alla luce dei grossi movimenti di pensiero che hanno agitato e vivificato, negli ultimi cento anni, la cultura dell'Occidente europeo. Se si pone mente al fatto che i primi quattro capitoli — per più di trecento pagine — sono dedicati a questi essenziali fondamenti interpretativi, si constata già da questo che il ' Curso ' qui segnalato fa spicco su tutti gli altri ' corsi ' o ' manuali ' che conosciamo.

Ammirevole l'informazione aggiornatissima che il volume offre, e sempre a livello internazionale: fortunatamente l'insigne Collega madrileno dà una interpretazione non miope di quella etichetta « Historia del derecho español », che si pone certamente angusta per Perez-Prendes tanto quanto quella di « Storia del diritto italiano » lo è per il redattore delle presenti righe.

Un volume, insomma, che conferma l'ottimo livello della odierna manualistica storico-giuridica spagnola (3), un valido strumento di lavoro per ogni storico del diritto.

P. G.

---

(2) G. ASTUTI, *Lezioni di storia del diritto italiano. Le fonti. Età romano-barbarica*, Padova, 1953.

(3) Un eccellente esempio — assai diverso per finalità e per impostazione — è il ' manuale ' di Tomas y Valiente (del 1979) già ampiamente recensito in questi ' Quaderni ' (v. *Quaderni fiorentini*, X (1981), p. 361 ss.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Quaderni di storia dell'economia politica.

Segnalare al lettore dei « Quaderni fiorentini » la pubblicazione (presso Angeli) del primo numero di una rivista quadrimestrale dedicata alla storia dell'economia politica (« Quaderni di storia dell'economia politica ») non vuole assolvere semplicemente ad un onere di informazione relativa ad un settore di ricerca genericamente interessante per il giurista e per lo storico del diritto. L'interesse, in questo caso, è specifico e sta innanzitutto nel programma esplicitamente sotteso all'impresa culturale sfociata nei « Quaderni di storia dell'economia politica »: un programma formulato, come afferma una nota della Direzione, « all'insegna dell'incontro fra storici ed economisti, per verificare la possibilità di una comune ricerca, come pure di un confronto fra metodi ed esperienze intellettuali diverse ».

Circola insomma, nel progetto della nuova rivista, l'esigenza di superare quella barriera fra enunciazioni teoriche e ricerche storiche che ha condizionato non poche vicende interne al settore delle scienze storico-sociali con esiti, oggi, manifestamente infruttuosi. Il contatto, auspicato dai « Quaderni fiorentini », fra giuristi e storici del diritto, sembra sostanzialmente omologo, pur nella peculiarità delle due diverse tradizioni disciplinari, all'incontro fra economisti e storici delle dottrine economiche, programmaticamente ricercato dai « Quaderni di storia dell'economia politica », realizzato *in apicibus* attraverso una direzione condivisa da un economista (Duccio Cavalieri) e uno storico delle dottrine economiche (Riccardo Faucci), assunto infine ad oggetto esplicito di riflessione nel saggio di apertura (di Ferruccio Marzano).

Se poi, al di là dell'assunto programmatico, continuiamo a leggere i saggi ospitati nel primo numero della rivista cercando in essi motivi di interesse di carattere non più metodologico ma tematico, è facile trovare conferme dei frequenti scambi ed intrecci fra le diverse zone (rispettivamente giuridica ed economica) di una determinata cultura: si pensi soltanto al problema dell'utilitarismo sociale (affrontato nel saggio di Francesco Di Battista) o a quello, ancora più emblematico, del corporativismo economico (studiato nella rassegna di Enrico Santarelli).

Dai « Quaderni di storia dell'economia politica », dunque, la storico della cultura giuridica può legittimamente attendersi suggestioni e stimoli sia sul fronte della enunciazione teorica e della riflessione metodologica che sul fronte dell'analisi storicamente determinata dei contenuti tematici.

PIETRO COSTA

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ragguagli fiorentini

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ATTIVITÀ DEL 'CENTRO DI STUDI PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO' NELL'ANNO ACCADEMICO 1983

Con il 1983 si è definito il profilo formale del nostro Centro e può dirsi concluso un itinerario organizzativo più che decennale: in data 13 settembre 1983 infatti il Consiglio di amministrazione della Università di Firenze — convinto dalla serietà scientifica e dall'indubbio successo dell'iniziativa — ha acquisito all'Ateneo i « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno ». Essi divengono pertanto da questo momento una delle non molte Riviste, che vedono la luce sotto il patrocinio diretto della Università fiorentina assai rigorosa e selettiva nei riconoscimenti ufficiali; divengono anche formalmente l'organo del nostro Centro di Studi: se hanno sempre costituito la voce autentica della nostra comunità di lavoro, oggi, ufficialmente, è suggellato il vincolo indissolubile fra 'Centro' e 'Quaderni'.

Nella vita culturale due sono gli eventi da segnalare.

Il 15 e 16 aprile 1983 si è finalmente tenuto nelle sedi ospitali del Salone dei Dugento in Palazzo Vecchio gentilmente concesso dal Sindaco di Firenze e dell'Aula Magna dell'Ateneo fiorentino — con larghissima partecipazione di colleghi provenienti da tutte le sedi universitarie italiane, di magistrati, di avvocati — l'atteso incontro di studio su « La cultura delle riviste giuridiche italiane ». Paolo Grossi (Univ. Firenze) ha fornito alcuni 'chiarimenti preliminari' sulle motivazioni dell'Incontro e soprattutto sul significato di una 'cultura' delle Riviste nell'àmbito della riflessione giuridica italiana dell'ultimo secolo. Dopo una lucida e pensosa Introduzione di Massimo Severo Giannini (Univ. Roma) sono seguite le testimonianze di Giorgio Berti (Univ. Cattolica di Milano), Sabino Cassese (Univ. Roma), Enzo Cheli (Univ. Firenze), Giorgio Gaja (Univ. Firenze), Cesare Pedrazzi (Univ. Bocconi di Milano), Pietro Rescigno (Univ. Roma), Stefano Rodotà

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(Univ. Roma), Umberto Romagnoli (Univ. Bologna). Nella discussione sono poi intervenuti, fra gli altri, Vittorio Denti (Univ. Pavia), Nicolò Lipari (Univ. Roma), Sergio Lariccia (Univ. Perugia), Mario Bretone (Univ. Bari), Gino Giugni (Univ. Roma), Aldo Schiavone (Univ. Firenze), Angelo Lener (Univ. Perugia), Rodolfo Sacco (Univ. Torino), Raffaele Ajello (Univ. Napoli), Vittorio Angiolini (Univ. Pavia), Umberto Santarelli (Univ. Pisa), Carlo Alberto Graziani (Univ. Macerata).

Mentre si redigono questi ragguagli (dicembre 1983) sono in corso avanzato di stampa gli 'Atti' congressuali, che appariranno presso l'Editore Giuffrè nella Biblioteca « Per la storia del pensiero giuridico moderno » che si affianca a questi Quaderni.

Il 24 giugno una festosa e solenne cerimonia ha piacevolmente coinvolto il nostro Centro di Studi: la laurea *honoris causa* in Ginrisprudenza della Università di Firenze a Franz Wieacker. Se, formalmente, l'ente che ha proposto il conferimento è la Facoltà giuridica fiorentina, non v'è dubbio che esso ha trovato nel nostro Centro il promotore più convinto (1). Molto infatti si deve all'illustre Maestro dell'Ateneo di Göttingen nel tentativo recente di dare un volto a quell'intricato nodo di idealità, di ideologie e tecniche che è il pensiero giuridico moderno. Basterebbe a giustificare questa asserzione la fortunata « Privatrechtsgeschichte der Neuzeit », non un semplice manuale sia pure pionieristico ma uno scavo e una messa a fuoco tanto incisivi da rappresentare un cospicuo momento di stimolo e di attenzione nella storia della letteratura giuridica tedesca e non soltanto tedesca; un momento ricco ancora di vivacità a trent'anni esatti dal suo manifestarsi, come provano le traduzioni italiana e portoghese appena di ieri. Basterebbero soprattutto le indagini sulla Pandettistica sette-ottocentesca còlta non all'interno di una arida e metastorica *Dogmengeschichte*, ma al centro di una società industriale in straordinaria espansione. Merito grande per uno storico di educazione e impostazione romanistiche come Wieacker, che non si

(1) È invece merito esclusivo della Facoltà e soprattutto del suo Preside Bernardo Santalucia — che lo ha ideato, progettato e realizzato splendidamente — il contemporaneo riuscitissimo convegno su « Le Pandette di Giustiniano - Storia e fortuna di un codice illustre », nell'àmbito del quale Franz Wieacker ha svolto una apprezzata relazione.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

è lasciato condizionare dai suoi forti modelli culturali. La mattina del 24 giugno, nell'Aula Magna dell'Ateneo fiorentino, sotto la presidenza del Magnifico Rettore prof. Franco Scaramuzzi si è svolta la garbata cerimonia: Giangualberto Archi ha illustrato i grandi meriti dell'Onorato come antichista e Paolo Grossi ha messo in adeguata luce gli apporti originali nel campo della storia del diritto moderno. Nella sua replica, in un felicissimo italiano, Wieacker ha sottolineato i legami — e di varia indole — che da tempo lo legano all'Ateneo fiorentino; ha sottolineato, in particolare, la stretta collaborazione con il nostro Centro di Studi. Il Maestro è stato infatti sempre attento e partecipe alle nostre iniziative: ci piace qui ricordare la sua presenza come relatore al Convegno su « La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno » del 1972 e il suo diretto coinvolgimento nel seminario su Savigny del 1980, dove tenne un ammirevole intervento; ancor più ci piace constatare la collaborazione offerta con liberale amicizia ai ' Quaderni fiorentini ' e la traduzione in lingua italiana della ' Privatrechtsgeschichte der Neuzeit ' curata dal nostro Centro per generoso consenso dell'Autore che volle privilegiare la proposta fiorentina. Sia consentito alla Redazione dei ' Quaderni ' esprimere anche da queste pagine a Franz Wieacker il nostro grazie, il nostro augurio, il nostro sentimento di fedele amicizia.

Un fatto, infine, da non passare sotto silenzio è l'espletamento del primo concorso nazionale per l'attribuzione delle quattro borse di studio assegnate dal Ministero della Pubblica Istruzione al Corso di dottorato in « Storia del diritto moderno », che ha sede presso l'Università di Firenze. Si erano iscritti ben 17 candidati provenienti dalle più disparate Università italiane. Dalle prove — svoltesi il 25 e 26 ottobre nei locali del Centro e del Dipartimento di teoria e storia del diritto — sono risultati vincitori, nel seguente ordine, i dottori: Luca Mannori (laureato nell'Univ. di Firenze) con punti 111; Bernardo Sordi (laureato nell'Università di Firenze) con punti 110; Paola Balestreri (laureata nell'Università di Roma) con punti 98; Ferdinando Treggiari (laureato nell'Università di Perugia) con punti 95. A tutti i vincitori vadano felicitazioni e auguri schiettissimi.

P. G.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Indice

pag.

PAOLO GROSSI. *Pagina introduttiva* VII

STORIA E SOCIOLOGIA DEL DIRITTO
a cura di Alberto Febbrajo

ALBERTO FEBBRAJO, *Prefazione* 3

ALBERTO FEBBRAJO, *Storia e sociologia del diritto* 7

NIKLAS LUHMANN, *Zum Begriff der sozialen Klasse* 35

ADAM PODGORECKI, *The three levels of operation of the law* 81

GUNTHER TEUBNER, *Das regulatorische Trilemma. Zur Diskussion um post-instrumentale Rechtsmodelle* 109

GÜNTER DUX, *Egalität als Selbstbehauptung. Zur Genese von Norm und Recht* 151

GIORGIO REBUFFA, *Costituzionalismo e sociologia* 205

CARLA FARALLI, *Sociologia e storia* 223

LA DIMENSIONE GIURIDICA

JULIUS KIRSHNER - KIMBERLY LO PRETE, *Peter John Olivi's treatises on contracts of sale, usury and restitution: minorite economics or minor works?* 233

DANILO MARRARA, *La giustificazione del diritto romano comune in alcuni autori dell'età moderna con particolare riguardo al Settecento toscano* 287

MARIO A. CATTANEO, *Il diritto penale nel pensiero di Ludwig Heinrich Jakob* 331

PIERANGELO SCHIERA, *Dahlmann e il primo costituzionalismo tedesco* . . 383

CARLA DE PASCALE, *Sovranità e ceti in Friedrich Julius Stahl* 407

LUIGI CAPOGROSSI COLOGNESI, *Eduard Meyer e le teorie sull'origine dello Stato* 451

LETTURE

I. BIROCCHI, *Per la storia della proprietà perfetta in Sardegna* (U. Santarelli) 473

B. CLAVERO, *El código y el fuero. De la Cuestión regional en la España contemporanea* (F. Tomas y Valiente) 485

M. CONDORELLI, *La cultura giuridica in Sicilia dall'Illuminismo all'Unità* (E. Mazzarese Fardella) 494

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pag.

G. CORNI, *Stato assoluto e società agraria in Prussia nell'età di Federico II* (V. Hunecke) 496

G. FASSÖ, *Scritti di filosofia del diritto* (G. Marini) 498

Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, III. Band, 2. T. (U. Santarelli) 512

W. PLEISTER, *Persönlichkeit, Wille und Freiheit im Werke Jherings* (W. Naucke) 515

Il pluralismo e il diritto del lavoro. Studi su Otto Kahn-Freund (G. Pera) 520

R. SCHRÖDER, *Abschaffung oder Reform des Erbrechts* (W. Schubert) . . 534

A. F. J. THIBAUT - F. C. SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione* (P. Caroni) 540

Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert. VI. (H. Schlosser) 542

A PROPOSITO DI ...

PAOLO CAPPELLINI, *Cinque secoli di giurisprudenza tedesca: presenze e assenze* 549

BARTOLOMÉ CLAVERO, *Del pensamiento jurídico en el estudio de la historia* 561

PIERO CRAVERI, *A proposito di pluralismo e neocorporativismo nelle relazioni industriali* 579

MAURIZIO FIORAVANTI, *Storia costituzionale, storia amministrativa e storia della scienza giuridica* 591

RAFAEL GIBERT, *El curso de don Galo* 641

PAOLO GROSSI, *' Istituzioni di diritto privato ' e tradizione romanistica* . . 651

SERGIO LARICCIA, *Storia, ideologia e dogmatica nello studio del diritto ecclesiastico* 657

LUCA MANNORI, *Per uno studio su Romagnosi giuspubblicista* 683

UGO PETRONIO, *Una categoria storiografica da rivedere* 705

MARIO PROTO, *Gli italiani e Bentham* 719

BERNARDO SORDI, *Giurisdizione ordinaria e giustizia amministrativa in Lorenzo Meucci e Giuseppe Mantellini* 725

MICHAEL STOLLEIS - INGA SCHMITT, *Zur Entstehung der Zeitschriften des öffentlichen Rechts seit 1848* 747

Segnalazioni 763

RAGGUAGLI FIORENTINI

Attività del ' Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno ' nell'anno accademico 1983 771

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

I collaboratori del tredicesimo « Quaderno »

Alberto FEBBRAJO
Prof. Ordinario di Sociologia del diritto - Università di Macerata

Niklas LUHMANN
Ord. Professor für Soziologie - Universität Bielefeld

Adam PODGORECKI
Professor of Sociology - Carleton University, Ottawa

Gunther TEUBNER
Ord. Professor für Privatrecht un Rechtssoziologie - Universität Bremen

Günter DUX
Ord. Professor für Soziologie - Universität Freiburg im Breisgau

Giorgio REBUFFA
Prof. Ordinario di Sociologia del diritto - Università di Genova

Carla FARALLI
Prof. Associato di Filosofia del diritto - Università di Bologna

Julius KIRSHNER (in collaborazione)
Professor of Medieval and Renaissance History - University of Chicago

Danilo MARRARA
Prof. Ordinario di Storia delle istituzioni politiche - Università di Pisa

Mario A. CATTANEO
Prof. Ordinario di Filosofia del diritto - Università di Ferrara

Pierangelo SCHIERA
Prof. Ordinario di Storia delle dottrine politiche - Università di Trento

Carla DE PASCALE
Ricercatrice nel Dipartimento di Filosofia - Università di Firenze

Luigi CAPOGROSSI COLOGNESI
Prof. Ordinario di Storia del diritto romano - Università di Roma I

Umberto SANTARELLI
Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Pisa

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Francisco TOMAS Y VALIENTE

Catedràtico de Historia del derecho español - Magistrado del Tribunal Constitucional - Madrid

Enrico MAZZARESE FARDELLA

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Palermo

Volker HUNECKE

Ord. Professor im Institut für Geschichtswissenschaft - Technische Universität Berlin

Giuliano MARINI

Prof. Ordinario di Filosofia della politica - Università di Pisa

Wolfgang NAUCKE

Ord. Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie und Rechtsphilosophie - Universität Frankfurt am Main

Giuseppe PERA

Prof. Ordinario di Diritto del lavoro - Università di Pisa

Werner SCHUBERT

Ord. Professor für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Römisches Recht und Rechtsgeschichte der Neuzeit - Universität Kiel

Pio CARONI

Prof. Ordinario di Storia del diritto e Diritto privato svizzero - Università di Bern

Hans SCHLOSSER

Ord. Professor für Deutsche Rechtsgeschichte, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit und Bürgerliches Rechts - Universität Augsburg

Paolo CAPPELLINI

Ricercatore di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

Bartolomè CLAVERO

Catedràtico de Historia del derecho - Universidad de Càdiz-Jerez

Piero CRAVERI

Prof. Ordinario di Storia delle istituzioni parlamentari - Università di Napoli

Maurizio FIORAVANTI

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Modena

Rafael GIBERT

Catedràtico de Historia del derecho español - Universidad a Distancia de Madrid

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Paolo GROSSI

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

Sergio LARICCIA

Prof. Ordinario di Diritto ecclesiastico - Università di Perugia

Luca MANNORI

Borsista del Corso di dottorato di ricerca in Storia del diritto moderno - Università di Firenze

Ugo PETRONIO

Prof. Ordinario di Storia degli ordinamenti degli Stati preunitari italiani - Università di Roma I

Mario PROTO

Prof. Incaricato di Storia contemporanea - Università di Lecce

Bernardo SORDI

Borsista del Corso di dottorato di ricerca in Storia del diritto moderno - Università di Firenze

Michael STOLLEIS (in collaborazione)

Ord. Professor für Öffentliches Recht, Rechtsgeschichte und Kirchenrecht - Universität Frankfurt am Main

Pietro COSTA

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano