

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

21
(1992)



giuffrè editore milano

PAOLO GROSSI

PAGINA INTRODUTTIVA

Con questo volume si apre e si avvia il terzo decennio di vita della nostra Rivista; e ci sorregge una non immotivata speranza per il futuro. Abbiamo infatti chiuso il volume ventesimo con un indice ventennale straordinariamente ricco, che dimostra in modo convincente — grazie alla quantità e alla qualità degli apporti collaborativi — in qual misura i ‘Quaderni’ abbiano messo radici in questi loro primi venti anni, e ben al di là delle frontiere italiane, in un orizzonte che ci fa piacere constatare effettivamente mondiale. È pertanto con un legittimo sentimento di fondata soddisfazione e di fondata speranza che il redattore scrive la breve ‘pagina introduttiva’ per il 1992.

Ma v'è un ulteriore motivo di soddisfazione: quando, nel giugno 1971, fu diffuso un primo foglio progettuale — quello che sarebbe divenuto, di lì a un anno, nel '72, la ‘pagina introduttiva’ del primo volume —, qualcuno, di fronte a una intitolazione e a una pagina in cui esplicitamente, ostentatamente, si parlava di ‘pensiero giuridico’ e si valorizzava anche la dimensione ‘tecnica’ sottostante quel pensiero, poté ritenerlo un esperimento passatista (o, tutt'al meno, stonato) destinato a cadere in breve tempo. Era un momento dove tutto sembrava bruciarsi nella fiamma del politicismo totalizzante e del panideologismo. Quella fiamma si è spenta e in essa si sono consumate tante esperienze nate all'insegna della moda e del luogo comune, peccati mortali che allignano bene nella cattiva coscienza di molti uomini di cultura. I ‘Quaderni’ hanno scelto un'altra strada: sorretti da sincere esigenze conoscitive; certamente non sordi al messaggio proveniente dalla fiammata del '68, ma insofferenti a insensate scelte unilaterali e a insensate iconoclastie e consapevoli che i semplicismi sono tradimenti — ingenui o maliziosi — della

perenne complessità della storia; consapevoli che il lungo, più che bimillenario cammino della conoscenza umana sul piano del diritto è stato anche un'avventura intellettuale meritevole di attenzione e di rispetto nella sua ricerca di costruzioni e architetture ordinanti la realtà sociale; i 'Quaderni' hanno cominciato a lavorare con umiltà e senza prevenzioni, all'insegna della più sostanziale disponibilità culturale e del più autentico pluralismo ideologico. Diremmo: con una sola assoluta intolleranza, quella verso le prevenzioni, le visioni manichee, le condanne al rogo, tanto più se esse venivano da quello sguaiato movimento che appariva appena ieri protervo e trionfante. È proprio con la forza che nasce da questa umiltà e da questa disponibilità che i 'Quaderni' possono affrontare con serenità il prossimo decennio.

Quest'anno, 1992, è anno di ricorrenze per il giurista: è il centenario della morte di Rudolf von Jhering; è il cinquantenario del vigente Codice Civile italiano. Non si poteva trascurare il ricordo di un giureconsulto che ha inciso in modo penetrante, in tutto il mondo, la storia del pensiero giuridico moderno (pensiamo, per arrestarci a due esempi che ci sono vicini, all'influenza sul francese François Gény, cui abbiamo consacrato il passato 'Quaderno', e sul brasiliano Tobias Barreto, cui è rivolto un saggio di Mario Losano nel presente volume); un nucleo apposito di saggi è ben volentieri dedicato a Jhering. Non si poteva mancar di sottolineare il ricordo di una codificazione, che certamente si impone nel panorama legislativo europeo del Novecento e che ancora oggi resiste — malgrado i mutamenti politici e il molto tempo trascorso — proprio perché fu opera cui concorse provvidamente ed efficacemente la migliore scienza giuridica italiana. Mentre in tutta Italia si moltiplican le liturgie celebrative, siamo grati a Giovanni Battista Ferri — un civilista che celebra il Codice studiandolo da anni, nella sua formazione, anche con preziose ricerche archivistiche ⁽¹⁾ — di averci consentito una memoria non formale ⁽²⁾.

(1) Si veda un primo, corposo risultato in: G.B. FERRI, *Le annotazioni di Filippo Vassalli in margine a taluni progetti del libro delle obbligazioni*, Padova, Cedam, 1990.

(2) Quando questa 'pagina' era già stata redatta e quando era ormai troppo tardi per organizzare una commemorazione più degna, ci è giunta dal Brasile la notizia ferale della morte improvvisa e prematura, ad appena sessantuno anni, di Clovis do Couto e

Silva, Catedrático de Direito civil nella ' Universidade Federal do Rio Grande do Sul' in Porto Alegre. Dotato di una eccezionale familiarità con le maggiori lingue moderne, munito di una grossa preparazione culturale e tecnica, eccellente conoscitore della tradizione giuridica europea e, in particolare, della grande riflessione pandettistica, Couto e Silva poteva essere considerato uno dei più eminenti civilisti del continente sudamericano. La sua aperta dimensione culturale lo aveva avvicinato al nostro laboratorio dei ' Quaderni fiorentini ', di cui è stato anche collaboratore. Rimane, ohimè, cancellato da questa morte il disegno di un ' corso ' di post-graduazione dedicato alla storia del pensiero giuridico moderno, da realizzarsi nella Facoltà giuridica di Porto Alegre, teso ad offrire ai civilisti brasiliani quelle fondazioni culturali di cui il nostro amico scomparso avvertiva l'esigenza improcrastinabile.

La dimensione giuridica

CLAES PETERSON

RECHTSVEREINHEITLICHUNG DURCH
NATURRECHT?
ZUR FRAGE DES NATURRECHTS
IN DER SCHULPHILOSOPHISCHEN
RECHTSTHEORIE DES 18. JAHRHUNDERTS.

Einleitung.

Vor der historischen Rechtsschule und der Entstehung der modernen Rechtswissenschaft wurde das Rechtsstudium in Naturrechtslehre und positive Rechtslehre eingeteilt. In der Naturrechtslehre wurde das Naturrecht dargelegt, das auch als «*ius necessarium*» charakterisiert wurde, d.h. das notwendige und unveränderliche Recht, das für alle Völker und Zeiten bindend war, während das «*ius voluntarium*» oder das zufällige und in Zeit und Raum veränderliche Recht das Objekt der positiven Rechtslehre war. Die Aufteilung des Rechts in zwei im Verhältnis zueinander verschiedene Rechtsordnungen gründete sich auf eine Wissenschaftsauffassung, die mit ihren Wurzeln in der aristotelischen Erkenntnislehre normalerweise als Wesensmetaphysik bezeichnet wird. Bezeichnend für die Wesensmetaphysik, die ihren Höhepunkt mit der sogenannten Schulphilosophie des 18. Jahrhunderts erreichte, war eine dualistische Ansicht der Erkenntnis, die in sich eine Aufteilung der Erkenntnis in zwei im Verhältnis zueinander entgegengesetzte Sphären schloß. Die höhere Erkenntnis oder die Wissenschaft war Erkenntnis aus Gründen und Erkenntnis des Notwendigen, d.h. das was nicht anders sein kann, während die Erkenntnis des Zufälligen und Veränderlichen eine niedrigere Form der Erkenntnis darstellte, die folglich nicht vom Kriterium der Wissenschaft umfaßt wurde. Dieser Lehre lag die Auffassung zugrunde, daß auch die Objektwelt in zwei entgegengesetzte Be-

reiche aufgeteilt war. Der eine Bereich bestand aus Dingen an sich oder Wesen, die nur im Denken erfaßt werden konnten. Die Dinge an sich waren von Zeit und Raum nicht beeinflußbar, sondern waren unveränderlich und ewig. Der andere Bereich stellte sinnlich erfaßbare Dinge dar, die Zeit und Raum unterworfen und folglich mit begrenzter Lebensdauer veränderlich waren. Wenn der Erkenntnis eine wissenschaftliche Qualität zuerkannt werden sollte, mußte sie sich gemäß der Wesensmetaphysik auf das Wesen des Dinges einrichten. Demnach war wissenschaftliche Tätigkeit dasselbe wie Wesensanalyse. Die wesensmetaphysische Wissenschaftslehre prägte das Rechtsstudium bis zum Ende des 18. Jahrhunderts. Auf dem Gebiet des Rechts stellte das Naturrecht das Wesen dar, während das positive Recht sein sinnlicher Ausdruck war. Laut dieser naturrechtlichen Tradition war es die Aufgabe der Rechtswissenschaft, hinter dem zeitlich und räumlich veränderlichen positiven Recht die wahre Essenz des Rechts zu finden. Das ist ein für immer geltendes, absolutes Naturrecht. Um diese Rechtstradition verstehen und ihre Folgen für das Rechtsstudium beurteilen zu können, ist eine Analyse im Rahmen des wesensmetaphysischen Kontextes eine notwendige Voraussetzung.

I. DIE PHILOSOPHISCHEN VORAUSSETZUNGEN DES NATURRECHTS

1. *Das Wesen als Grund der Erkenntnis.*

Essentia primum est, quod de ente concipitur, nec sine ea ens esse potest ⁽¹⁾.

Mit diesem axiomatischen Satz hat Christian Wolff den Kernpunkt der wesensmetaphysischen Erkenntnislehre angegeben: das Wesen des Dinges stellt den exklusiven Grund der Erkenntnis dar. In jedem existierenden Ding kommt eine allgemeine apriorische Natur zum Ausdruck, das Wesen des Dinges, das in der Erkenntnis bestimmend wirkt. Die apriorische Qualität bedeutet, daß das Wesen als Erkenntnisgrund keinem Beweis unterworfen werden kann. Es liegt in der Natur des Grundes etwas Autonomes zu sein,

⁽¹⁾ WOLFF, C., *Philosophia Prima sive Ontologia, methodo scientifica pertractata*, Frankfurt & Leipzig 1736, § 144.

das nicht von etwas anderem hergeleitet werden kann. Wenn der Mensch sichere oder wissenschaftliche Erkenntnis erreichen will, muß er sein Denken gegen dieses apriorische Wesen richten. Wissenschaftliche Erkenntnis wird deshalb dasselbe wie ein Abbild vom Wesen des Dinges. Einer der einflußreichsten Denker der Neuzeit, René Descartes, hat diese aus dem Ding an sich dominierende Erkenntnislehre auf folgende klärende Weise beschrieben: mein Denken zwingt dem Ding keine Notwendigkeit auf, vielmehr zwingt mich die Notwendigkeit der Sache so zu denken, denn

quoties volo figuram rectilineam tres tantum angulos habentem considerare, necesse est ut illi ea tribuam, ex quibus recte infertur ejus tres angulos non majores esse duobus rectis, etiamsi hoc ipsum tunc non advertam ⁽²⁾.

Mit seinem geometrischen Beispiel beabsichtigte Descartes zu zeigen, daß es in jedem wahrnehmbaren Objekt eine «natura, sive essentia, sive forma, immutabilis & aeterna, quae a me non efficta est, nec a mente mea dependet» ⁽³⁾ gibt. Diese Natur ist in dem Sinne notwendig, als sie die Vernunft zwingt, in diesen Bahnen zu denken. Das Wesen ist mithin das erste in der Erkenntnis, es ist apriorisch. Wenn man postuliert, daß die Erkenntnis ihren Grund in der Natur oder dem Wesen des Objektes hat, so bedeutet das, daß die Erkenntnis ihre Einheit im gleichen Wesen hat. Das heißt, daß es das Wesen ist, das aus den disparaten Sinneseindrücken Erfahrungserkenntnis schafft, d.h., daß es der Vernunft ermöglicht, Dinge zu erkennen. Die Art, wie wir ein Objekt auffassen, stützt sich mit anderen Worten auf die Beschaffenheit des Objektes an sich, weshalb die Erkenntnis mit der Natur, die immanent im Objekt ist, übereinstimmt. Wenn wir z.B. einen Turm betrachten, ist es das Wesen des Turmes, das der vielschichtigen Beobachtung seinen notwendigen Zusammenhang und seine Einheit gibt. In seinem jeweiligen Wesen ist jedes Objekt notwendig: es kann nicht auf irgendeine andere Art sein, ohne gleichzeitig seine Wesensidentität zu verlieren. Den notwendigen und folglich unveränderten Charakter veranschaulicht Wolff mit folgendem Beispiel:

⁽²⁾ DESCARTES, R., *Meditationes de prima philosophia*, 1642, V, 10; 11.

⁽³⁾ DESCARTES, *Meditationes*, V, 5.

Wenn ich mir aber eine mögliche Veränderung in dem Wesen eines Dinges gedencken kan; so ist dadurch das Wesen des Dinges nicht verändert worden, sondern ich bin nur durch dessen Erkänntnis des Wesens eines andern Dinges gekommen. Z.E. das Wesen eines Dreyeckes besteht darinnen, daß der Raum in drey Seiten eingeschlossen wird. Es ist möglich, daß man anstatt drey Seiten vier Seiten nehmen kan, und einen Raum einschliessen: allein dadurch wird das Wesen des Dreyeckes nicht geändert. Denn wenn vier Seiten einen Raum einschliessen, so hat man ein Vierecke, und also ein anderes Ding ⁽⁴⁾.

Es ist das Lebensprinzip des Wesens nach seiner Verwirklichung in Zeit und Raum zu streben. Diese Verwirklichung kann als eine Transformierung von *Essentia* in *Existentia* oder von *Potentialität* in *Realität* beschrieben werden. Wenn sich das Wesen verwirklicht, d.h. wenn es für unsere Sinne konkretisiert wird, bekommt es eine Reihe Eigenschaften die nicht notwendig, sondern durch äußere Umstände bedingt sind. Die wesensmetaphysische Auffassung der Relation notwendig-zufällig kann durch ein kleines Beispiel veranschaulicht werden. «*Homo animal rationale est*» so lautet die Definition des menschlichen Wesens. Außer der für die Wesensdefinition notwendigen Bestimmung Vernunft, wird der in Zeit und Raum existierende Mensch Sokrates von einer Reihe Eigenschaften, die nur ihm zu eigen sind, charakterisiert. Diese Eigenschaften sind zufällige, sie sind sog. Akzidenzen. Das akzidentielle Dasein ist folglich, nach Aristoteles, «nicht notwendig, sondern unbestimmt und seine Ursachen sind ungeordnet und unbegrenzt» ⁽⁵⁾. In seiner Existenz kann das Objekt deshalb eine unvorhersagbare Anzahl Variationen aufzeigen, in seiner Essenz sind sie jedoch immer dieselben, sie sind notwendig. Im Hinblick auf den notwendigen Charakter des Wesens hebt Wolff hervor, daß

da die Welt anders hätte seyn können als sie ist; so gehöret sie unter die zufälligen Dinge und ist daher in Ansehung ihrer Würcklichkeit nicht nothwendig. Ich sage mit Fleiß, in Ansehung ihrer Würcklichkeit: denn in Ansehung ihres Wesens ist und bleibt sie wie alle übrige Dinge nothwendig. Wie denn zugleich hieraus erhellet, daß nichts in Ansehung der Würcklichkeit zufällig ist. Nemlich da das Wesen in der Möglichkeit

⁽⁴⁾ WOLFF, C., *Vernünfftige Gedancken von Gott, der Welt und der Seele des Menschen, auch allen Dingen überhaupt*, 3. Auflage, Halle 1725, § 42 (wird weiterhin als Deutsche Metaphysik zitiert).

⁽⁵⁾ ARISTOTELES, *Die Metaphysik*, 1065a 25.

besteht; so gehet es nicht an, daß etwas zugleich möglich und auch unmöglich seyn kan (6).

2. *Der Ausdruck des Wesens.*

Grundlegend für die aristotelische Wesensmetaphysik ist das Prinzip der Bewegung (7). Die Relation zwischen Grund und Folge, zwischen Idee und Ausdruck, hat den Charakter einer zweckgerichteten Bewegung. Im Wesen liegt eine Triebkraft, die auf eine Verwirklichung dieser Möglichkeit zielt. Diese Zweckrelation kommt am deutlichsten in der Natur zum Ausdruck, wo nichts ohne Zweck und Sinn geschieht (8). Also ist z.B. die voll ausgewachsene, sinnlich erfäßbare Eiche der Zweck, zu dem die in der Eichel enthaltene Möglichkeit oder Potenz strebt. Die Bewegung kann deshalb auch als Vollendung eines Zwecks beschrieben werden. Die Vollendung der in der Eichel vorgegebenen Form ist also sowohl die Ursache zur Bewegung als auch Zweck dieser Bewegung. Ein in Wirklichkeit existierendes Wesen des Dinges nennt Aristoteles bezeichnenderweise 'entelechie', d.h. was in einer ungebrochenen Bewegung seinen Zweck (en-telos) erreicht. Vollendung bedeutet sowohl Anfang als auch Ende zu haben.

Die Veränderlichkeit der existierenden Welt ist mithin das Resultat des Strebens der Wesenswelt seinen Zweck zu vollenden. Das Wesen macht den Grund zu allem Werdenden aus, und damit zu allem zufälligen, sinnlich Wahrnehmbaren in der Erkenntnis:

Alle diejenigen aber, die wie die Pythagoreer und Speusippos der Auffassung sind, daß das Schönste und Beste nicht im Prinzip enthalten sei, weil bei Pflanzen und Tieren die Prinzipien zwar Ursachen seien, das Schönste aber und das Vollendete in dem beinhaltet sei, was daraus hervorgeht, vertreten nicht die richtige Meinung. Denn der Same geht aus einem von ihm Verschiedenen, das früher und vollendet ist, hervor, und das Erste ist nicht der Same, sondern das Vollendete; wie man etwa sagen darf, daß ein Mensch früher ist als der Same nicht der Mensch, der aus dem

(6) WOLFF, *Deutsche Metaphysik*, § 576.

(7) Über das Prinzip der Bewegung bei Aristoteles, siehe KAULBACH, F., *Der philosophische Begriff der Bewegung*, Köln 1965, S. 1-29.

(8) Siehe z.B. ARISTOTELES, *Die Physik*, 199a 7; *De caelo*, 291b 13.

Samen hervorgeht, sondern ein von ihm verschiedener Mensch, aus dem der Same hervorgeht (9).

Die Zweckbewegung setzt voraus, daß der Zweck bereits zu Anfang der Bewegung gegeben ist:

der Zweck ist « dessentwegen », [alles geschieht], und der Anfang geht von der Definition oder dem Wesen aus (10).

Die Zweckmäßigkeit ist für die Natur, die in Kausalrelationen aufgebaut ist, charakteristisch. In der Natur hängt alles auf eine sinnvolle und zweckmäßige Weise zusammen:

Alles werdende bahnt sich seinen Weg aus etwas zu etwas anderem, von Anfang zu Anfang, von einem ersten, was bewegt, was bereits eine bestimmte Gestalt hat, wieder fort zu einer Gestalt oder einem ähnlichen Telos (11).

Das Sein kann überhaupt nicht ohne Bewegung und Zweck erfaßt werden:

Natur ist das, was auf Grund eines immanenten Prinzips in kontinuierlicher Bewegung seinem Zweck entgegensteht (12).

Man kann deshalb sagen, daß jedes Ding lebendig — oder tot — eine Natur hat, die dessen Wesen und Zweck ausmacht. Mit Rücksicht auf den verwirklichenden organischen Charakter ist es verständlich, daß Aristoteles den Begriff Natur, *fysis*, benutzt, um das Wesen zu bezeichnen, das durch die Bewegung ausgedrückt wird:

die erste Natur und die Natur im eigentlichen Sinne des Wortes das Wesen derjenigen Dinge ist, die in sich selbst über das Prinzip der Bewegung verfügen, sofern sie diese Dinge sind, die sie sind. Denn der Stoff wird Natur genannt, da er für das Wesen aufnahmefähig ist, die Entstehungen und das Wachsen aber daher, weil sie Bewegungen sind, die vom Wesen ausgehen (13).

(9) ARISTOTELES, *Die Metaphysik*, 1072b 30.

(10) ARISTOTELES, *Die Physik*, 200a 30.

(11) ARISTOTELES, *De partibus animae*, 646 a 30.

(12) ARISTOTELES, *Die Physik*, 199b 15.

(13) ARISTOTELES, *Die Metaphysik*, 1015a 15.

Der Ausdruck 'Natur der Sache' gehört in diesen wesensmetaphysischen Kontext und denotiert, daß hinter der sinnlich konstatierbaren Wirklichkeit eine andere, konstante, dingliche Dimension vorliegt, die sich im ständig veränderlichen Dasein ausdrückt.

Die Bewegung repräsentiert mithin das selbstformende Prinzip des Wesens oder dessen Kraft. Es ist mit anderen Worten das Wesen des Dinges, das durch die Bewegung wirkt und seinen Ausdruck bestimmt bekommt. Das Wesen kann auch als ein inneres Band, das den Ausdruck zu einer Einheit zusammenhält, beschrieben werden. Die Bewegung des Wesens wird deshalb mit dessen Natur identisch. Wolff unterstreicht, daß Natur die Kraft ist, die durch das Wesen eines Dinges bestimmt wird, und daß die Bewegung natürlich ist, durch die ein Ding sich selbst zu seiner Einheit bringt ⁽¹⁴⁾.

Die durch die Bewegung zustande gekommenen Modifikationen, der Ausdruck, ist also im Ding selbst, im Wesen begründet:

Ein jedes einfache Ding hat eine Kraft und also eine Quelle der Veränderungen in sich und ist daher ein vor sich bestehendes Ding ⁽¹⁵⁾.

Weil das Wesen ewig und in sich selbst Grund ist, hat es einen allgemeinen Charakter oder eine allgemeine Form. Das Wesen ist apriorisch und steht folglich über Raum- und Zeitbestimmungen. Wenn das Wesen verwirklicht wird, bedeutet das gleichzeitig eine Begrenzung in Zeit und Raum. Die transzendente Wahrheit geht in eine « Wahrheit » über, die eine zeitliche und räumliche Begrenzung hat. Die individuelle Eigenheit kommt über die Wesensbestimmung hinaus und hat eine aposteriorische Qualität. Die Konsequenz dieser Betrachtungsweise wird, daß auch Raum und Zeit in sich zufällig sind. Sie stellen lediglich Ordnungsprinzipien in der zufälligen Sinnenwelt dar. Über die Raumdimension sagt Wolff deshalb:

so müssen wir den Raum für die Ordnung derer Dinge annehmen, die zugleich sind. Und also kan kein Raum seyn, wenn nicht Dinge vorhanden sind, die ihn erfüllen ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁴⁾ WOLFF, *Deutsche Metaphysik*, §§ 628, 724.

⁽¹⁵⁾ WOLFF, *Deutsche Metaphysik*, § 127.

⁽¹⁶⁾ WOLFF, *Deutsche Metaphysik*, § 46.

Dasselbe gilt der Zeit, die Ordnung für die Dinge die aufeinanderfolgen ist:

Tempus se habet ad res successivas sicuti numerus ad res numeratas... Numerus adeo differt a rebus numeratis, non tamen datur, nisi existentibus rebus (17).

Wenn das Wesen verwirklicht wird und zu einem zeit- und raumbestimmten Ausdruck übergeht, sagt Wolff, daß das Ding an sich handelt. Aus diesen Handlungen, d.h. Ausdrücken, erkennt man das Ding wieder und kann es von anderen Dingen trennen. Der Ausdruck ist das Kennzeichen des Wesens. So wie Descartes nimmt Wolff die Seele als Beispiel, um das Handlungsvermögen des Wesens zu beschreiben: die Seele kann etwas tun, nämlich denken und durch das Denken erhalten wir Kenntnis über die Seele und dadurch können wir sie auch von anderen Dingen trennen, in denen wir keine Gedanken beobachten können, cogito ergo sum (18).

3. *Wie schafft das Ding einen Eindruck auf die Vernunft?*

Die Dinge an sich sind demnach freie Wesen, die durch eigenes Handeln verwirklicht werden. Die Kraft verbindet das Wesentliche und schließt das, was nicht zum Wesen gehört aus. Durch seinen Ausdruck tritt das Ding an sich angesichts der Vernunft auf eine nahezu diktatorische Weise auf. Wenn das Wesen seine Freiheit und seinen Charakter von der Erkenntnis apriori behalten soll, setzt es voraus, daß die Vernunft sich dem Machtanspruch des Wesens unterwirft. Die Rolle der Vernunft wird dazu eingeschränkt die freien Wesen bloß abzubilden. Das Maß für diese Handlung der Vernunft liegt dabei in der Form des Wesens und innerhalb seiner

(17) WOLFF, *Prima Philosophia sive Ontologia*, p 587; *Vernünfftige Gedancken von den Krafftten des menschlichen Verstandes und ihrem richtigen Brauche in der Erkänntnis der Wahrheit* (wird weiterhin als *Deutsche Logik* zitiert), Halle 1719, Vorbericht von der Welt-Weißheit, § 2.

(18) WOLFF, *Deutsche Metaphysik*, § 116.

Grenzen ⁽¹⁹⁾. Die Vernunft kann mit Platons Höhlengefangenem verglichen werden, der in Fesseln geschlagen das Objekt nicht anders auffassen kann, als es auf den Höhlenwänden erscheint. Das Objekt stellt die Bedingung für die Erkenntnis und es ist die Aufgabe der Vernunft sich anzupassen.

Wie soll man erklären, daß der Ausdruck des Dinges ein Eindruck auf die Vernunft wird? Oder anders formuliert, wie wird der Ausdruck des Dinges in eine Aussage der Vernunft über das Ding vermittelt? Gemäß dem wesensmetaphysischen Ausgangspunkt begründet sich der Zusammenhang zwischen dem allgemeinen Charakter des Wesens und dem Begriff der Vernunft darauf, daß die gleiche formgebende Kraft sowohl im Wesen als auch in den Vorstellungen der Vernunft, d.h. der Erkenntnis, wirkt. Die Vernunft hat eine Fähigkeit, sich ein Ding vorzustellen, ein 'facultas recipiendi vel cognoscendi'. Die Fähigkeit ist in ihrem Charakter nur reproduktiv — die Vernunft bildet ab.

Die Fähigkeit der Vernunft, die Schranken der sinnlichen Welt zu überwinden und Erkenntnis a priori zu erhalten, d.h. ein wahres Abbild der Wesenswelt zu schaffen, begründet sich — gemäß der antik-mittelalterlichen Tradition — auf angeborene Anlagen oder «angeborene Ideen (ideae innatae)», wie Descartes sie nennt ⁽²⁰⁾. Die angeborenen Ideen stellen nach Descartes keine spezielle Erkenntnis in der Seele dar, sondern sind formelle Erkenntnisrelationen, die unmittelbar von der Vernunft eingesehen werden können ⁽²¹⁾. So erklärt Wolff, daß die Formen des Dinges latent in der Vernunft liegen und

bloß durch eigene Krafft der Seele auf Veranlassung der Veränderungen die auswärtige Dinge in unserem Körper verursachen, hervorgebracht werden ⁽²²⁾.

⁽¹⁹⁾ Über die Problematik der wesensmetaphysischen Beschreibung siehe besonders KAULBACH, F., *Philosophie der Beschreibung*, Köln 1968, S. 90.

⁽²⁰⁾ DESCARTES, *Méditationes*, III, 7, 13; *Principia Philosophiae*, 1644, I, 13. Über die Lehre von den angeborenen Ideen und die theorationalistische Erkenntnisauffassung, siehe KAULBACH, F., *Einführung in die Metaphysik*, Darmstadt 1982, S. 86, 122.

⁽²¹⁾ DESCARTES, *Erläuterungen über das Program von Henricus Regius*, *Oeuvres de* DESCARTES. Publ. par. C. Adam et Tannery, vol. I, Paris 1897, S. 494 ff.

⁽²²⁾ WOLFF, *Deutsche Logik*, cap. 1, § 6.

Die Kraft der Seele bedeutet ein Bewußtmachen der angeborenen Ideen, die die erstrebte Reproduktion von Wesenseinheiten ermöglichen. Die Erkenntnis besteht mit anderen Worten aus Abbildern einer außerhalb der Vernunft liegenden dinglichen Ordnung. Die Vernunft wird damit zu einem Mittel für das Ding sich auszudrücken reduziert. Die untergeordnete Rolle, die dieser Vernunft zugeteilt wird, wird sogar durch den Ausdruck des Dinges festgelegt. Nicht einmal der Ausdruck setzt ein bewußtes Sein voraus, er existiert ohne die Mitwirkung der Vernunft. Die Tätigkeit der Vernunft wird dadurch gekennzeichnet, daß sie sozusagen im Nachhinein versucht Einsicht in eine bereits vorgegebene Wahrheit zu gewinnen, in die ein für alle Mal festgelegte Ordnung der Dinge⁽²³⁾. Die Vorstellungen der Vernunft werden damit Produkte der Dinge. Die Vernunft ist passiver Empfänger und Reproduzent, während das Wesen, das die Vorstellungen hervorbringt, aktiver Produzent ist. Das Wesen hat also eine Fähigkeit zu produzieren oder zu schaffen, eine 'facultas producendi vel efficiendi'.

Wenn es darum geht, die Modalität des Ausdrucks zu bestimmen, führt indessen die Machtstellung, auf die das Wesen Anspruch erhebt, im Verhältnis zur Vernunft zu einem Widerspruch. Es ist das Lebensprinzip des Wesens, sich in der sinnlichen Welt auszudrücken oder sich zu verkörperlichen. Das Verwirklichen von z.B. dem allgemeinen Wesen der Eiche zu einem konkreten, in Zeit und Raum existierenden Baum stellt den Zweck dieses Wesens dar. Im Verhältnis zum Wesen erhält der Ausdruck eine eigene Qualität, er wird etwas in Zeit und Raum Begrenztes, etwas Besonderes und damit sinnlich erfaßbar. Diese Qualität von 'Besonderheit', die dem allgemeinen Charakter des Wesens entgegengesetzt ist, bedeutet jedoch nicht, daß der Ausdruck als etwas an sich betrachtet werden kann. Der Ausdruck muß statt dessen als Ergebnis einer kontinuierlichen, zweckgerichteten Bewegung verstanden werden, die vom Wesen ausgeht. Im anderen Fall wird es unklar, auf welche Art das Wesen Ursache zu einem in der Sinnenwelt bestimmten Ding sein kann. Wesen und Ausdruck stellen allerdings verschiedene Qualitäten dar, aber in der Konsequenz mit der wesensmetaphysischen Annahme, daß das Wesen den exklusiven Grund der Erkenntnis

(23) WOLFF, *Deutsche Metaphysik*, § 368.

darstellt, muß man sich einen ungebrochenen Zusammenhang zwischen diesen vorstellen. Der Umstand, daß es unmöglich ist, sich einen Ausdruck vorzustellen ohne gleichzeitig einen Eindruck auf etwas anderes vorauszusetzen, nämlich eine auffassende Vernunft, macht diesen Gedankengang äußerst problematisch. Eine Intelligenz muß also hinzukommen, damit der Zweck des Wesens, d.h. der Ausdruck, erfüllt werden kann. Damit entsteht die für die Wesensmetaphysik unakzeptable Situation, daß das Wesen durch seinen Ausdruck in ein Abhängigkeitsverhältnis zur Vernunft gerät. Das Wesen kann nicht gleichzeitig selbständig und abhängig sein.

Erkenntnis über ein Ding zu haben bedeutet, gemäß der wesensmetaphysischen Auffassung, seinen Begriff zu besitzen ⁽²⁴⁾. Der Begriff ist die Erkenntnisform, in der die Vernunft das Wesen erfaßt:

Notae desumendae sunt ab essentialibus & attributis. Omnis nota est quidpiam rei intrinsicum, per quod res agnoscitur & ab aliis rebus discerni potest. Desumendae igitur sunt notae ab iis, quae constanter insunt, vel essentialia sint, vel attributa; notae desumendae sunt ab essentialibus atque attributis ⁽²⁵⁾.

In einer korrekten Definition eines Dinges müssen deshalb die logischen Attribute oder erkenntnisrelatierenden Bestimmungen mit den ontologischen zusammenfallen, d.h. die in dem Wesen liegenden Bestimmungen. Die Definition eines Dinges offenbart mithin sein Wesen ⁽²⁶⁾. Die logische Wahrheit ist ein Abbild der transzendentalen Wahrheit, d.h. einer Wahrheit, die in ihrem eigenen Sein begründet ist und die Grenzen der Erfahrung und der sinnlich wiedererkennbaren Welt überschreitet:

Veritas adeo, quae transcendentalis appellatur et rebus ipsis inesse intelligitur, est ordo in varietate eorum, quae simul sunt ac se invicem consequuntur, aut, si mavis, ordo eorum, quae enti conveniunt ⁽²⁷⁾.

⁽²⁴⁾ WOLFF, *Deutsche Metaphysik*, § 273.

⁽²⁵⁾ WOLFF, C., *Philosophia Rationalis sive Logica*, Frankfurt & Leipzig 1740, § 100.

⁽²⁶⁾ WOLFF, *Deutsche Logik*, cap. 1, § 48: «Woraus ferner folgt, daß die Erklärungen der Sachen ihr Wesen vor Augen legen».

⁽²⁷⁾ WOLFF, *Philosophia Prima sive Ontologia*, § 495.

Die Konsequenz wird deshalb, daß die logische Wahrheit des Begriffs oder der Definition keine Selbständigkeit hat, sondern die transzendente Wahrheit voraussetzt. In ihrer Eigenschaft als Abbild ist die Erkenntnis mit anderen Worten ganz vom Wesen abhängig.

4. *Das Vermittlungsproblem.*

Die neuzeitliche Erkenntnisphilosophie wird vom Streben geprägt, einen ursprünglichen, nicht angreifbaren Grund für die Erkenntnis des Wesens, *essentia*, zu finden, der nicht durch Skepsis widerlegt werden kann. Descartes suchte einen «archimedischen Punkt», der den Weg zu sicherer und wahrer Erkenntnis weisen sollte. Durch eine Analyse des «Nächsten» von allen Objekten, nämlich der Vernunft selbst, fand Descartes sowohl seinen archimedischen Punkt als auch eine Bestätigung der Annahme, daß das sinnlich erfaßbare Objekt eine dahinterliegende apriorische Einheit ausdrückt. Descartes Argumentation geht von einer Analyse der spezifischen Art der Vernunft sich auszudrücken aus, nämlich das Denken. *Cogito ergo sum* — ich denke, also bin ich — ist die Formel, in welche Descartes seinen Beweis zusammenfaßt. Auch die Vernunft ist ein Ding, das aus Wesen und Ausdruck besteht. Die Seele oder die Vernunft stellen das Wesen dar und das Denken bildet seinen Ausdruck ab. In der Sache repräsentiert Descartes Vernunftsauffassung nichts Neues im Verhältnis zur vorherrschenden Philosophietradition. Er hat nicht die Vernunft zu einem neuen Grund der Erkenntnis qualifiziert, sondern hat sie nur zum Ausgangspunkt für seine Analyse der Wesenswelt genommen. Mit Hilfe des Vernunftsbeispiels glaubte Descartes zeigen zu können, daß man von dem sinnlichen Ausdruck auf sichere Kenntnis über das Wesen und sein Charakteristikum schließen kann. Das Einzige, was nicht bezweifelt werden kann, ist das Denken, d.h. der Ausdruck, woraus man Schlußsätze über die Vernunft ziehen kann. Die methodologische Bedeutung des *Cogito*-Satzes ist hauptsächlich Induktion: von den sinnlichen Ausdrücken kann der Mensch sichere Schlüsse über das Ding an sich ziehen. 'Cogitatio' wurde damit der archimedische Punkt nach dem Descartes gesucht hat. Die Skepsis machte bei der Einsicht halt, daß die Existenz des

denkenden Ichs außer jeden plausiblen Zweifels steht. Das Bewußtsein des Ichs über sich selbst machte den festen Grund aus, auf den eine wissenschaftliche Methodik bauen konnte ⁽²⁸⁾.

Außer von sich selbst hat das Ich Vorstellungen auch über andere Dinge. Wie kann ich wissen, daß diese Dinge wirklich existieren, getrennt von mir selbst, daß sie nicht nur Ideen sind, geschaffen von meiner Vernunft, oder daß sie sich nur in meinem Kopf vorfinden? Wenn man, wie der Wesensmetaphysiker, postuliert, daß das Ding an sich der erste Grund der wahren Erkenntnis ist, ist die Antwort auf diese Frage gegeben. Dadurch, daß ich teils durch mein Denken meiner eigenen Existenz bewußt bin, teils Vorstellungen habe, d.h., daß ich anderer Dinge bewußt bin, so sehe ich Kraft des Gesetzes des Widerspruches, daß ich nicht beides sein kann, ich, *res cogitans*, und gleichzeitig die Dinge außerhalb von mir, *res extensae*. Die Gedanken, die Art des Bewußtseins sich auszudrücken, sind von den Dingen getrennt, weil die Gedanken nicht sowohl A als auch nicht-A sein können. Das Gesetz des Widerspruches lehrt, daß das bewußte Sein und das Sein getrennt sind.

Der nächste Schritt in dieser Gedankenkette wird anerkennen, daß das, was ich durch meine Wahrnehmung bewußt bin, möglich sein muß und eine Ursache hat, die es zur Existenz bringt. Jede Vorstellung muß einen Grund haben, weil nichts aus nichts entstehen kann, *ex nihilo nihil fit*. Es muß etwas geben, woraus man verstehen kann, weshalb etwas entsteht und existiert. Wolff konstatiert, daß dieser Satz aus der Erfahrung herrührt, weshalb er auch nicht widerlegt werden kann:

Was weder ist, noch möglich ist, nennt man Nichts. Da nun das Unmögliche nicht seyn, folgens nicht zu etwas werden kan: so kan auch nicht Nichts zu etwas werden, oder aus nichts etwas werden ⁽²⁹⁾.

Das in Zeit und Raum Existierende (*existentia*) hat seinen Grund in etwas anderem, was zugleich die Ursache zu seiner Existenz ist (*essentia*). Die Vorstellung muß verbunden werden können zu einem Grund der möglich und damit notwendig ist, weil

⁽²⁸⁾ DESCARTES, *Méditationes*, III, 1.

⁽²⁹⁾ WOLFF, *Deutsche Metaphysik*, § 28.

das Mögliche nicht gleichzeitig unmöglich sein kann (vgl. das Gesetz des Widerspruches). Von der Vorstellung soll man also auf einen Grund schließen können, der außerhalb der Vernunft selbst liegt, im anderen Fall ist die Vorstellung bloß ein Phantasieprodukt oder ein Traum. Der Weg der Erkenntnis geht vom Ausdruck (a posteriori) zum Wesen (a priori). Folglich kann kein Stein, der bisher nicht da war, plötzlich zu existieren beginnen, wenn er nicht von etwas herbeigeführt wird, das das Sein besitzt in gleichem oder höherem Grade. Ich kann mir den Stein auch nicht vorstellen, wenn er nicht durch eine Ursache in mich gesetzt wird, die gleich viel Realität beinhaltet, wie ich sie mir im Stein befindlich denke. Der Gedankengang, der einen der zentralen Beweisketten in der wesensmetaphysischen Erkenntnistheorie darstellt, wurde von Gottfried Wilhelm Leibniz als das Prinzip des zureichenden Grundes (ratio sufficiens) zusammengefaßt. Grund ist das, wodurch man verstehen kann, warum etwas ist.

Ein existierendes Ding hat mithin einen zureichenden Grund, wenn etwas vorhanden ist, aus dem man verstehen kann, warum das Ding ist. Wolff formulierte den Zusammenhang auf folgende Weise:

Wo etwas vorhanden ist, woraus man begreifen kan, warumb es ist, das hat einen zureichenden Grund. Derowegen wo keiner vorhanden ist, da ist nichts, woraus man begreifen kan, warumb etwas ist, nemlich warumb es würcklich werden kan, und also muß es aus nichts entstehen. Was demnach nicht aus nichts entstehen kan, muß einen zureichenden Grund haben, warumb es ist, als es muß an sich möglich seyn und eine Ursache haben, die es zur Würcklichkeit bringen kan, wenn wir von Dingen reden, die nicht nothwendig sind. Da nun unmöglich ist, daß aus nichts etwas werden kan; so muss auch alles, was ist, seinen zureichenden Grund haben, warumb es ist, das ist, es muß allezeit etwas seyn, daraus man verstehen kann, warumb es würcklich werden kan ⁽³⁰⁾.

Wiederum mit Hilfe des Gesetzes des Widerspruches stellt Wolff fest, daß das, was Grund ist, nicht gleichzeitig auf etwas anderem begründet sein kann. Der Grund ist also notwendig:

Wenn man demnach mancherley in einem Dinge von einander unterscheiden kan; so muß einiges unter ihnen den Grund in sich enthalten, warum das übrige ihm zukömmt, und weil dieses nicht wiederum seinen

⁽³⁰⁾ WOLFF, *Deutsche Metaphysik*, § 30.

Grund, warum es demselben Dinge zukommet, in einem von dem übrigen haben kan, wie es durch den Grund des Widerspruches sich gar leicht begreifen lässet, so muß es ihm nothwendig zukommen. Denn was nothwendig so ist, braucht keinen weiteren Grund, warum es so ist. Nemlich in jedem Dinge ist etwas nothwendiges, wodurch es in seiner Art determiniret wird, und das übrige hat seinen Grund darinnen ⁽³¹⁾.

Das, was den Grund in sich selbst hat und also Grund zu dem übrigen ist, ist das Wesen. Wenn das Wesen eines Dinges bekannt ist, ist deshalb auch der Grund für alles was dem Ding hinzukommt offenbar. Indessen wird das Wesen erst durch seinen Ausdruck für die Vernunft erfassbar. Der Ausdruck, der sich durch Raum- und Zeitbestimmungen entwickelt — die Ordnungsprinzipien des Dinges — ist identisch mit der von Möglichkeit zur Wirklichkeit vollendeten Bewegung. Raum- und Zeitbestimmungen bringen es mit sich, daß das Wesen individualisiert wird. Über die notwendigen Wesensattribute hinaus kommen eine Reihe Bestimmungen hinzu, die zur ständig veränderlichen Welt der Akzidenzien gehören. Das Wesen ist dadurch zu einem zufälligen historischen Ausdruck transformiert worden.

Die Aufteilung der Objektwelt in notwendige Einheit und zufällige Vielfalt, d.h. Wesen und Ausdruck, die mit Hilfe des Gesetzes des Widerspruches und des Gesetzes des zureichenden Grundes bewiesen und auch bestätigt worden sind, resultierte in einem Zwiespalt der Erkenntnis. Weil die Erkenntnis gemäß der Wesensmetaphysik zu einem Abbild der Objektwelt reduziert worden ist, folgt, daß die Erkenntnis von einer Aufteilung in eine historische und eine philosophische Erkenntnis gekennzeichnet wird:

cognitio historica est cognitio factorum; cognitio philosophica... est cognitio causarum ⁽³²⁾.

Die historische Erkenntnis bezieht sich auf das, was in Zeit und Raum existiert, während die philosophische Erkenntnis auf das gerichtet ist, was über Zeit und Raum erhoben ist, das Unverän-

⁽³¹⁾ WOLFF, *Deutsche Metaphysik*, § 32.

⁽³²⁾ BAUMEISTER, F.C., *Philosophia definitiva*, 1746, §§ 1-2.

derliche und Notwendige. Historie ist folglich dasselbe wie Erfahrungserkenntnis:

Cognitio eorum, quae sunt atque fiunt, sive in mundo materiali, sive in substantiis immaterialibus accidant, historica a nobis appellatur. E.gr. Historica ejus est cognitio, qui expertus novit, solem mane oriri, vespere autem occidere; initio veris gemmas effrondescere arborum; animalia propagari per generationem; nos nil appetere nisi sub ratione boni ⁽³³⁾.

Philosophie dagegen ist die Erkenntnis, wie etwas sein kann oder die Erkenntnis über die Ursache zu dem, was in der Erfahrungswelt geschieht ⁽³⁴⁾. Die philosophische Erkenntnis bildet die 'essentia' des Dinges ab, während die historische Erkenntnis zur 'existentia' referiert.

Die zwei Erkenntnisarten sind jedoch, gemäß der postulierenden Vermittlung zwischen Wesen und Ausdruck (dem Gesetz des zureichenden Grundes), miteinander verbunden. Diese Vermittlung zwischen apriorischer und aposteriorischer Erkenntnis ist indessen problematisch, wenn sie in unauflösbare Widersprüche, in sog. Aporien mündet. Es zeigt sich, daß ego cogitans nicht als archimedischen Punkt für sichere Erkenntnis dienen kann, so wie es sich Descartes und später Wolff gedacht hatten. Der Wesensmetaphysiker kann nicht, ohne sich eines philosophisch unzulässigen Gedankengangs schuldig gemacht zu haben, erklären, wie die Vernunft von einem zufälligen historischen Ausdruck zum notwendigen Wesen kommt. Folgende Erwägung erklärt, daß ego cogitans und das Wesen zwei im Verhältnis zueinander konkurrierende Erkenntnisgründe werden, die sich einander ausschließen müssen. Ebenso wie Descartes nimmt Wolff an, daß das menschliche Sein sich im Bewußtsein begründet, das sich seinerzeit durch das Denken ausdrückt, cogito ergo sum. Dadurch, daß wir uns durch unsere Sinne selbst erfahren und die Dinge um uns herum, haben wir einen unbestreitbaren Beweis dafür, daß wir existieren:

Wir erfahren unwidersprechlich, daß wir uns unserer und anderer Dinge selbst bewusst sind. Es ist uns klar, daß derjenige ist der sich seiner und anderer Dinge bewusst ist. Und daher ist uns gewiß, daß wir sind ⁽³⁵⁾.

⁽³³⁾ WOLFF, *Logica, Discursus praeliminaris de philosophia in genere*, cap. 1, § 3.

⁽³⁴⁾ WOLFF, *Logica, Discursus praeliminaris de philosophia in genere*, cap. 1, § 6.

⁽³⁵⁾ WOLFF, *Deutsche Metaphysik*, § 5.

Die Gedanken werden von den Vorstellungen der Dinge erfüllt, die nicht zum Bewußtsein an sich gehören, sondern die von außen zu kommen scheinen. Um der, philosophisch gesehen, einseitigen und sinnlosen Schlußfolgerung zu entgehen, daß die Vorstellungen Schöpfungen des eigenen Bewußtseins sind, also eine Art Illusionen, muß man statt dessen annehmen, daß jede Vorstellung einen Grund außerhalb ego cogitans hat:

Indem wir erkennen, daß wir uns unserer und anderer Dinge bewust sind, und nehmen es vor gewis an; so geschiehet solches in der That deswegen, weil wir uns unmöglich gedencken können, daß wir uns zugleich unserer sollten bewust seyn und auch nicht bewust seyn. Ebenso finden wir in allen übrigen Fällen, es sey uns unmöglich zu denken, daß etwas nicht sey, indem es ist. Und solchergestalt räumen wir überhaupt ohne einiges Bedencken diesen allgemeinen Satz ein: Es kan etwas nicht zugleich seyn und auch nicht seyn. Diesen Satz nennen wir den Grund des Widerspruches, und von ihm haben nicht allein die Schlüsse ihre Gewisheit, sondern auch durch ihn wird ein Satz, den wir erfahren, ausser allen Zweiffel gesetzt, wie wir eben dieses in unserm Falle, daß wir uns unserer bewust sind erfahren ⁽³⁶⁾.

Mit Hilfe von zwei analytischen Sätzen in Kombination miteinander — dem Gesetz des Widerspruches und dem Gesetz des zureichenden Grundes — glaubt Wolff ebenso wie Descartes beweisen zu können, daß es außerhalb des Bewußtseins oder der Vernunft eine dingliche Welt gibt, die sich in Vorstellungen ausdrückt. Die Ursache der Vorstellungen muß etwas vom Bewußtsein Getrenntes sein, weil sie Kraft des Gesetzes des Widerspruches nicht gleichzeitig ihren Grund sowohl im Bewußtsein als auch in der Objektwelt außerhalb des Bewußtseins haben kann. Die Schlußfolgerung ist deshalb, daß die Vorstellungen ihren zureichenden Grund in der Objektwelt haben. Jede Vorstellung ist von einem Ding an sich verursacht. Die Gedankenlinie führt jedoch zu einem unauflöselichen Widerspruch. Das menschliche Sein ist im Bewußtsein begründet: dadurch, daß ich denke, weiß ich, daß ich bin und daß ich im Verhältnis zu den äußeren Dingen etwas Selbständiges bin. Die Gedanken gehören zum Bewußtsein und sind somit auch etwas von den Dingen Getrenntes. In den Gedanken wird die Kenntnis über das Ding in begriffliche Einheiten,

⁽³⁶⁾ WOLFF, *Deutsche Metaphysik*, § 10.

Geschlechter, Arten usw. geformt, d.h. Erkenntnisformen, die also ihren Grund im Bewußtsein haben. Die Folge muß sein, daß auch dem Begriff eine im Verhältnis zum Ding autonome Stellung verliehen wird. Gemäß Wolff haben jedoch der Begriff oder die Erkenntnisformen gleichzeitig ihren Grund in der Objektwelt: « die Erklärungen der Sachen [legen] ihr Wesen vor Augen ». Die Erkenntnis wird dadurch ein Produkt aus zwei qualitativ getrennten Gründen, zwischen denen keine Vermittlung aufgezeigt werden kann. Auf der einen Seite hat der Begriff seinen Grund im Bewußtsein, auf der anderen Seite sind es Abbilder von selbständigen Dingen an sich, d.h. sie sind von der Objektwelt bestimmt. Der wesensmetaphysische Standpunkt ist damit in einen unauflöselichen Widerspruch geraten: die Begriffe können nicht sowohl von den Dingen getrennt als auch Abbildungen derselben sein.

Die Tragfähigkeit der Argumentation ist ganz vom Gesetz des Widerspruches abhängig, das bei Descartes und Wolff eine erkenntnisbildende, synthetische Funktion bekommt. Aus philosophisch-wissenschaftlichem Gesichtspunkt ist jedoch eine solche Anwendung des Gesetzes des Widerspruches nicht zugelassen. Das Gesetz des Widerspruches ist ein analytischer Satz, der nicht erkenntnisbildend ist, sondern nur eine regulative Funktion hat: es garantiert, daß das Denken sich nicht formeller Fehler schuldig macht. Außerdem setzt die Anwendbarkeit des Gesetzes des Widerspruches voraus, daß das, was verglichen wird, von der gleichen erkenntnistheoretischen Qualität ist. Das Sein und das bewußte Sein haben indessen zwei ganz getrennte Qualitäten. Sie sind einander entgegengesetzt und können einander nicht ausschließen. Der spezifische Charakter der Vernunft, das bewußte Sein, schließt deshalb die Möglichkeit aus, die Vernunft als ein Ding zu betrachten. Es scheint auch als die schulphilosophische Anwendung des Gesetzes des Widerspruches dazu führte, daß der Vernunft eine im Verhältnis zum Ding an sich selbständige erkenntnistheoretische Qualität zugeschrieben wird. Durch die Darstellung des Bewußtseins als spezifischen Ausdruck des Ichs hat Descartes in der Tat dem denkenden Ich eine Eigenschaft verliehen, die bei keinem anderen Objekt wiedergefunden wird. Damit unterscheidet sich *res cogitans* von allen anderen Dingen und kann folglich nicht als ein jedes Ding betrachtet werden. Die wesensmetaphysische Erkennt-

nislehre gerät also in eine Sackgasse: auf der einen Seite ist das denkende Ich der erste sichere Ausgangspunkt der Erkenntnis — das Bewußtsein konstituiert das Sein —, auf der anderen Seite ist das Ding an sich der erste Grund der Erkenntnis, den es unabhängig vom bewußten Sein gibt. Zwei konkurrierende Gründe liegen somit vor und es ist unklar, wie und warum die Vernunft die sinnliche Welt überschreiten und einen apriorischen Grund erwerben können soll, der außerhalb der Vernunft liegt.

Die Bestimmung der Natur der Erkenntnis, die aus dem Gesetz des Widerspruches folgt, führt indessen zu einem neuen Widerspruch, der den eigentlichen Ausgangspunkt der Wesensmetaphysik angreift. Wenn dem besonderen erkenntnistheoretischen Gepräge der Vernunft ein apriorischer Charakter zuerkannt wird, so liegt ein direkter und unauflöslicher Widerspruch zu der Annahme vor, daß das Ding an sich den apriorischen Grund der Erkenntnis darstellt: die Begriffe können nicht sowohl von den Dingen getrennt als auch dessen Abbilder sein. Zwei apriorische Gründe können nicht Seite an Seite bestehen, ohne daß gleichzeitig eine Vermittlung zwischen ihnen vorausgesetzt wird. Die wesensmetaphysische Erkenntnislehre inkludiert jedoch keine Möglichkeit, die Erkenntnis als eine Relation zwischen zwei gleichberechtigten Gründen zu definieren. Der Mangel an Vermittlung führt zu einer Aufteilung der Welt in zwei im Verhältnis zueinander unabhängige Sphären — ein Sein und ein bewußtes Sein — die jedes für sich Anspruch darauf erheben, das andere zu beherrschen. Damit würde die Erkenntnis ihren objektiven Maßstab verlieren und die Aussagen über die Dinge würden somit zu einer Summe vermeintlicher apriorischer Begriffe reduziert, d.h. alle Erkenntnisformen, die die Vernunft im Stoff schafft, würden zufällig werden. Das Ergebnis würde folglich eine dingliche Welt von apriorischen Einheiten werden, die die Vernunft niemals in der Erkenntnis erreichen kann. Um dieser Aporie zu entgehen, daß die Erkenntnis nicht als Konkurrent zur inneren Einheit des Dinges aufgefaßt wird, wird statt dessen die notwendige Eigenart der Erkenntnis negativ bestimmt. Die Erkenntnis wird also von Unvollständigkeit und Mangelhaftigkeit geprägt. Das mangelnde Vermögen der Vernunft, die Ordnung der Dinge vollständig zu reproduzieren, wird deshalb die wesensmetaphysische Erklärung dazu, warum die Erkenntnis nur

ein verschwommenes Abbild ist. Die Vernunft trägt die Schuld daran, daß die Erkenntnis mehr oder weniger zufällig ist. Um ihren mangelhaften Charakter zu kompensieren, ist die Vernunft ständig auf der Jagd nach der apriorischen Einheit des Dinges. Die empirische Scheinwelt, die Geschichte, und weiter alle Mängel in der Wissenschaft, rühren vom Handeln der Vernunft her:

Weil Gott alles gewust, was aus dem Wesen der Dinge erfolgen kan, und um deswegen sie hervor gebracht; so sind die nothwendigen Folgerungen aus dem Wesen der Dinge Gottes Absichten. Und demnach irren diejenigen gar sehr, welche leugnen, daß es Absichten in der Natur giebet, weil dasjenige, was man Absichten nennet, aus dem Wesen der Dinge nothwendig erfolget. Nemlich auch unsere Absichten sind nichts anders als nothwendige Folgerungen aus dem Wesen derer Dinge, die wir als Mittel erwehlen sie zu erreichen: nur die Unvollkommenheit unseres Verstandes machet, daß wir an das letztere eher gedencken als an das erste, und von dem letzteren auf das erste kommen um der Verknüpfung willen, die beydes mit einander hat. Wäre unser Verstand so vollkommen, daß er Mittel und Absichten zugleich sich vorstellen könnte; so würden wir wie Gott auf einmahl sehen, daß diese aus jenen erfolgen. Und dieses würde uns deswegen nicht hindern, daß wir das letztere zur Absicht, und das erstere zum Mittel erwehleten ⁽³⁷⁾.

II. DAS NATURRECHT ALS WESEN UND ZWECK DES POSITIVEN RECHTS

Das Naturrecht stellte das notwendige Wesen (*ius necessarium*) des Rechts dar, das unabhängig von Zeit und Raum seine Quelle im Schaffenswillen Gottes hatte; das positive Recht (*ius voluntarium*) war dagegen etwas Zufälliges, das Veränderungen in Zeit und Raum unterworfen war und vom Willen weltlicher Gesetzgeber herrührte. Gemäß der rechtstheoretischen Betrachtungsweise seiner Zeit unterstreicht der schwedische Juraprofessor David Nehrman, daß

das weltliche Gesetz / kann / eingeteilt werden in *Jus necessarium* und *voluntarium*. Das erstere gründet sich auf das Gesetz Gottes, das letztere auf das Behagen und die gegebenen Verfassungen der Obrigkeit, dieses spätere kann nach Gutdünken abgeschafft und geändert werden, aber nicht das erstere, denn das soll stets, unverändert und unwiderruflich sein ⁽³⁸⁾.

Das Recht hatte also zwei Offenbarungsformen, auf der einen

⁽³⁷⁾ WOLFF, *Deutsche Metaphysik*, § 1028.

⁽³⁸⁾ NEHRMAN, D., *Then Swenska Jurisprudentiam Civilem af Naturens Lag och Sveriges Rikes äldre och nyare Stadgar utbdragen och upsatt*, Lund 1729, S. 33.

Seite das statische und über Zeit und Raum stehende Naturrecht, nur in Gedanken faßbar, auf der anderen Seite das zufällige positive Recht, das erfahrungsmäßig gegeben war. Mit der Aufteilung des Seins des Rechts in zwei unterschiedliche Niveaus folgte eine Aufteilung der Rechtskunde in eine Naturrechtslehre und eine positive Rechtslehre.

1. *Das Naturrecht als das Wesen des Rechts.*

Das Naturrecht macht die übersinnliche Form oder das Wesen des Rechts aus. Es hat seinen zureichenden Grund in der Natur des Menschen und der Dinge. In seiner Eigenschaft als höchste Einheit des Rechts ist das Naturrecht absolut, d.h. es ist nicht abhängig von etwas anderem und ist somit unveränderlich und notwendig. Folgendermaßen konstatiert Wolff

Quoniam lex naturae rationem sufficientem in ipsa hominis rerumque natura habet, ideoque obligationem naturalem continet, haec autem immutabilis & necessaria est, lex etiam naturae immutabilis & necessaria est ⁽³⁹⁾.

Die Natur des Rechts, die der Ausgangspunkt für alle wechselnden Ausdrücke in den verschiedenen positiven Rechtsordnungen ist, ist in den höheren Ideen begründet den Wesen des Menschen und der Dinge. Das Naturrecht ist deshalb unveränderlich und gilt für alle Völker und alle Zeiten. Niemand kann sich von der Verpflichtung freisprechen, die die Natur dem Menschen auferlegt. Auf seinem eigenen Niveau — den Domänen des Rechts — stellt das Naturrecht die höchste Einheit dar, die alles sonstige Recht hervorbringt. Die Naturrechtslehre ist das Ergebnis der mehr oder weniger ungenügenden Fähigkeit der Vernunft, das Niveau der positiven Rechtslehre zu überschreiten und Einsicht in die wahre Natur des Rechts zu gewinnen.

2. *Das System des Naturrechts.*

Auf dem Gebiet des Rechts entsprach das Naturrecht der

⁽³⁹⁾ WOLFF, C., *Institutiones Juris Naturae et Gentium*, Halle 1763, § 40.

Wesenswelt. Das Naturrecht bestand aus einer inneren Ordnung apriorischer Rechtssätze. Kraft seiner Vernunft — ausgerüstet mit den sog. angeborenen Ideen — war der Jurist in der Lage, die naturrechtlichen Sätze in der Naturrechtslehre abzubilden. Das System naturrechtlicher Begriffe und Prinzipien, das das Ergebnis dieser Arbeit wurde, war, gemäß der Theorie, ein Abbild der Natur des Rechts, dessen ontologisch wahrer Objektform, d.h. ein außerhalb der Vernunft gegebener apriorischer Zusammenhang. Die wahre Natur des Rechts — das Naturrecht — war hierarchisch geordnet, weshalb die Naturrechtslehre als ein Abbild dieselbe Struktur bekommen mußte: jedes höhere Begriffsniveau drückte einen höheren Grad Allgemeingültigkeit aus. Die Theorie setzte voraus, daß das Naturrecht mit Hilfe der demonstrativen Methode abgebildet werden konnte. Man stellte sich das Naturrecht als eine Kausalkette von natürlichen Verpflichtungen und Rechten vor, die als Grund und Folge untereinander einhakten. In der Naturrechtslehre konnten folglich alle einzelnen Begriffe und Prinzipien schrittweise zu immer höheren Einheiten zurückgeführt werden, um schließlich der höchsten Einheit unterworfen zu werden. Die Naturrechtslehre stellte ein an sich notwendiges und wahres Abbild der Wesensrelationen des Naturrechts dar:

Constans nimirum omnium obligationum ac jurium inter se nexus est, ut alia ex aliis deduci continuo ratiocinationis filo possint, & veritatum inter se connexarum compagem constituent, quod systema appellatur, ac a nobis systema veri nominis dici solet/... / (40).

Die wahre Jurisprudenz ging deshalb nicht direkt aus dem positiven Recht hervor, sondern mußte durch ein philosophisches Denken extrahiert werden. Das bedeutete, daß die Vernunft mit Hilfe der demonstrativen Methode die Erfahrungserkenntnis überschreiten und das Wesen des Rechts erreichen konnte. Mit Hilfe eines Cicero-Zitats stellte also Wolff fest:

non ex duodecim Tabulis, nec ex edicto praetorum, sed penitus ex intima philosophia Juris scientiam hauriendam esse (41).

(40) WOLFF, *Institutiones Juris Naturae*, § 62.

(41) WOLFF, *Institutiones Juris Naturae*, Praefatio.

Die Aufgabe bestand mit anderen Worten darin, durch eine philosophische Penetration die Ursache hinter dem Gegebenen folgerichtig auszurechnen. Das Ziel der Herleitung war, die höchste Einheit des Rechts zu finden und zwar seine Natur.

Das Unternehmen, durch eine Transzendierung des positiven Rechts das Wesen des Rechts zu erreichen, war indessen undurchführbar. Unter Berücksichtigung dessen, daß die Naturrechtslehre und die positive Rechtslehre zwei unterschiedliche Erkenntnisarten repräsentierten, die in Relation zueinander in einem konträren Gegensatz standen, ist die vorgestellte Ableitung nach dem Kettenmodell eine logische Unmöglichkeit. Zum ersten ist eine Vermischung von a priori und a posteriori unvermeidlich. Wenn man sich die rechtlichen Sätze als Glieder einer Kette denkt, bedeutet das, daß a priori und a posteriori vermischt werden, zumindest in den Abschnitten, wo die Glieder miteinander verbunden werden. Zum anderen ist es logisch nicht möglich, daß etwas als mehr oder weniger a priori gedacht werden kann. Somit kann man mit den gegebenen Voraussetzungen nicht zu ständig höheren apriorischen Einheiten kommen. Das Resultat der Naturrechtslehre gibt hierauf auch eine Bestätigung. Das, was in der Naturrechtslehre als das System des Naturrechts dargelegt worden ist, besteht tatsächlich aus einer Summe von historisch bestimmten römischrechtlichen Institutionen, aus denen man dann rechtliche Schlußfolgerungen gezogen hat. Daniel Nettelblatt kritisiert den Brauch der Zeit, daß

zur bürgerlichen Rechtsgelahrtheit gehörige Wahrheiten eingemenget werden. Dieses pflegt gemeiniglich zu geschehen, wenn Juristen die natürliche Rechtsgelahrtheit abgehandelt, die denn leicht das Römische Recht mit einmengen, und davor halten, es sei etwas natürlichen Rechts, weil es im Römischen Rechte steht ⁽⁴²⁾.

Mit Rücksicht darauf, daß das römische Recht als 'ratio scripta' betrachtet wurde, war diese Anwendung des römischen Rechts allerdings erklärlich. Sie streitet aber gleichzeitig gegen die Grundannahme der Wesensmetaphysik, daß die Erkenntnis in eine apriorische und eine aposteriorische Erkenntnisart aufgeteilt ist, die

⁽⁴²⁾ NETTELBLADT, D., *Unvorgreifliche Gedanken von dem heutigen Zustand der bürgerlichen und natürlichen Rechtsgelahrtheit in Deutschland*, Halle 1749, S. 110.

einer des anderen konträre Gegensätze darstellen. Dadurch, daß die Kenntnis des römischen Rechts, das als positive Rechtslehre zweifellos einen Teil der historischen Erkenntnis ausmachte, zu apriorischem Wissen erhoben wurde, wurden die zwei verschiedenen Erkenntnisarten und die historische Erkenntnis vermischt oder das erfahrungsgemäß Gegebene wird als philosophisch notwendig gelten. Damit wurde die Rechtskunde nichts anderes als eine Summe vermeintlich apriorischer Rechtssätze ohne Grund. Friedrich Carl von Savigny, konstatiert unter Berücksichtigung des Dilemmas der Naturrechtslehre, daß

die juristischen Naturrechte stellen römische Rechtswahrheiten nur abstrakter auf und glauben sie dann durch Philosophie gefunden zu haben ⁽⁴³⁾.

3. *Der Zweckcharakter des Naturrechts.*

Das Naturrecht hat einen teleologischen Charakter. Es ist eine Entelechie im aristotelischen Sinne. Genau wie andere Wesenheiten ist es sein Lebensprinzip, sich in der zeit- und raumbundenen Welt zu verwirklichen, d.h. positive Rechtsordnungen zu bilden. Durch das Streben des Wesens wird die Natur des Rechts aus einer Möglichkeit zu einer aktuellen positiven Rechtsordnung verwandelt. Die Realisierung ist zweckbestimmt und in diesem Sinne ist sie notwendig. Die naturrechtlichen Grundsätze können in ihren Essenzen nicht verändert werden, wenn sie von Zeit- und Raumdimensionen bestimmt werden. Dagegen werden sie auch von den verschiedenen Verhältnissen — geographischen, kulturellen etc. — geprägt werden, die an den verschiedenen Plätzen herrschen, wo das Naturrecht realisiert wird. Dies beruht darauf, daß die Bewegung von Zufälligkeiten beeinflusst wird, Akzidenzien, die an der Realisierung mitwirken. Das positive Recht kann deshalb als Naturrecht beschrieben werden, das nach in Zeit und Raum herrschenden Umständen bestimmt wird. Joachim Georg Darjes hebt folglich hervor, daß

⁽⁴³⁾ SAVIGNY, F.C. v., *Marburger Methodenlehre*, hrsgg. von E. Wesenberg, Stuttgart 1951, S. 49.

Iura positiva non sunt nisi naturalia varias per circumstantias magis determinata, quod tam ratione obligationum, quam ratione propositionum, quae leges constituunt, fieri potest ⁽⁴⁴⁾.

Alles positive Recht wird mit diesem Ausgangspunkt Variationen desselben naturrechtlichen Grundthemas.

Das Naturrecht ist also eine Bewegung, die sowohl essentiell als auch existentiell ist. Sie ist sowohl ein Sollen, das Wesen des Rechts, als auch ein Seiendes, der Ausdruck des Rechts. Der finale Charakter des Naturrechts, nämlich seine Vollendung in einer positiven Rechtsordnung zu erreichen, unterstreicht seine Aufgabe, als höchste Einheit des Rechts formend oder normierend auf die Handlungen des Menschen zu wirken. Wolff formuliert die Finalität auf folgende Weise:

Cum natura a veritatis tramite nunquam ne latum quidem unguem discedens non ullam ferat contradictionem, veritatis perpetuo capitalem hostem; eidem non alia convenit actionum humanarum directio, quam ut determinentur per easdem rationales finales, per quas determinantur naturales, & sic cum naturalibus ad eandem metam tendant ⁽⁴⁵⁾.

Der äußerste Zweck des Naturrechts war die Perfektion des Menschen, was eine Vollendung der Intentionen des höchsten Schöpfers bedeutete.

4. *Die Vermittlung zwischen dem Naturrecht und dem positiven Recht.*

Die Gültigkeit des Naturrechts ist davon abhängig, daß eine Vermittlung zwischen Naturrecht und positivem Recht etabliert werden kann. Das Naturrecht stellt den ontologischen Grund des positiven Rechts dar: in der Entwicklung des positiven Rechts werden mit anderen Worten die ewigen und allgemeingültigen Prinzipien des Naturrechts widergespiegelt. Aus logischem Gesichtswinkel liegt das Naturrecht « vor » allem positiven Recht. Das Naturrecht ist vollendet und ist immanent im Sein, wie etwas

⁽⁴⁴⁾ DARJES, J.G., *Institutiones Iurisprudentiae Universalis*, Jena 1748, Praefatio, S. 17.

⁽⁴⁵⁾ WOLFF, *Institutiones Juris Naturae*, Praefatio.

Abgeschlossenes und Absolutes. Es ist ein gemeinsamer Nenner für alle positiven Rechtsordnungen:

Unter allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit gebühret die erste Stelle dem Rechte der Natur, weil solches keinen andern Theil der Rechte voraussetzt, und hingegen zu allem übrigen die allgemeinen Begriffe und Grundsätze enthält ⁽⁴⁶⁾.

Das positive Recht besteht also teils aus einem 'naturrechtlichen' Element, das ewig, unbeweglich, abgeschlossen und vollendet ist, teils aus einem 'positiven' Element, das in Zeit und Raum bestimmt ist. Das positive Element repräsentiert die individuellen Variationen des naturrechtlichen Grundthemas, die von zufälligen äußeren Faktoren bestimmt werden. Gemäß der naturrechtlichen Doktrin wurde damit das positive Recht ein Ausdruck für « das begrenzte Erkenntnisvermögen und den lasterhaften Willen des Menschen » ⁽⁴⁷⁾.

Die Naturrechtstheorie setzte gemäß der wesensmetaphysischen Grundannahme des Bewegungscharakters des Wesens voraus, daß die konträren Gegensätze der Rechtskunde — die Naturrechtslehre und die positive Rechtslehre — zu einer Kausalitätsrelation zwischen der höheren philosophischen Rechtsidee und der geringeren zufälligen positiven Rechtslehre verbunden werden mußte. Die Verbindung ist notwendig, wenn das Naturrecht nicht zu etwas für den Juristen Entbehrlichem reduziert werden soll, d.h. zu etwas, was nicht relevant oder nützlich für das positive Recht ist, zu einem Dekor. Das Naturrecht muß deshalb als aristotelische Entelechie aufgefaßt werden: eine Anlage, die durch eine kontinuierliche Bewegung danach strebt ihren Zweck zu erreichen, nämlich eine Realisierung in Zeit und Raum. Die Verbindung zwischen Naturrecht und positivem Recht soll also als eine Wesensbewegung von einem ideellen zu einem reellen Stadium verstanden werden:

⁽⁴⁶⁾ PUTTER, J.S., *Neuer Versuch einer juristischen Encyclopädie und Methodologie*, Göttingen 1767, S. 67.

⁽⁴⁷⁾ ICKSTATT, J.A., *Meditationes praeliminaries de studio juris*, Würzburg, S. 116: « Ratio igitur Legum positivarum non in defectu determinationum intrinsecarum, sed in cognitione hominis limitata, & voluntate depravata deprehenditur ».

In jurisprudentia universali sunt vera iuris fundamenta, quibus universum iuris cuiuscunque fastigium innititur: in illa sunt fontes, e quibus veluti per canales atque rivulos ius educitur: in illa sunt semina, quae procedente proficienteque iudicio usuque in ramos postea quam latissime se diffundunt atque explicant: sunt in illa scintillae, quibus mens ubique collustratur: sunt in illa claves, quibus adyta iuris referantur: sunt denique in illa cynosurae in vastissimo iuris oceano navigantibus propositae ⁽⁴⁸⁾.

Mit diesem wesensmetaphysischen Ausgangspunkt wird die methodologische Konsequenz, daß der Schwerpunkt auf Induktion gelegt wird: durch Bearbeitung des erfahrungsgemäß Gegebenen kann man Schlußfolgerungen über die allgemeinen Eigenschaften jeder Rechtsordnung ziehen. Die Induktion setzte indessen eine gewisse Vorkenntnis in der Erkenntniseinheit voraus, d.h. eine Art vorbereitende Deduktion. Die sog. angeborenen Ideen, eine Art gegebene formelle Erkenntnisrelationen, gaben dem Juristen einen Fingerzeig wonach er suchen mußte.

Wenn die positiven Rechtssätze die Folgen aus deren naturrechtlichem Grund darstellen, so ist es möglich auszurechnen, was den « zureichenden Grund » darstellt, d.h. das was erklärt, warum eine bestimmte positive Rechtsregel existiert. Mit Hilfe der demonstrativen Methode soll der Jurist mit Ausgangspunkt im positiven Recht die naturrechtliche Wahrheit herausuchen.

Es zeigt sich jedoch, daß eine Vermittlung mit Hilfe der demonstrativen Methode nicht zustandegebracht werden kann. Vor allem fordert die Demonstration eine erkenntnistheoretische Kompatibilität oder Übereinstimmung zwischen den Elementen in der Erkenntnis, die miteinander verbunden werden sollen. Das Gesetz des Widerspruches läßt jedoch eine solche Gleichgestellttheit zwischen a priori und a posteriori nicht zu, weshalb die Konsequenz zwei Reihen juristischer Erkenntnis wird, teils die positivrechtliche, teils die naturrechtliche. Auf dem Gebiet des Naturrechts wird die Demonstration apriorisch, da sie die naturrechtlichen Sätze aus den notwendigen Gründen ableitet. Die positivrechtliche Demonstration dagegen ist aposteriorisch, weil sie das geltende Recht zu zeit- und raumbestimmten Rechtsquellen zurückführt, vor allem zur

(48) DARJES, *Institutiones jurisprudentiae universalis*, S. 17.

Gesetzgebung ⁽⁴⁹⁾. Statt dessen versuchte man das Vermittlungsproblem auf deduktivem Wege zu lösen: mit den angeborenen Ideen als axiomatische Ausgangspunkte meinte man einzelne Rechtssätze aus dem angenommenen Naturrecht deduzieren zu können. Auch mit dieser Methode kann eine Vermittlung zwischen den zwei verschiedenen Arten von Rechtskenntnissen nicht erklärt werden. Also war das Problem noch vorhanden. Das Naturrecht und das positive Recht standen weiterhin gegeneinander als zwei konträre Gegensätze. Das Naturrecht drohte damit zu einem unnützen Dekor zu verfallen.

5. *Das Naturrecht als Rechtsquelle.*

Die Autorität der juristischen Doktrin gründet sich auf ihre Wissenschaftlichkeit. Wenn man, wie die Wesensmetaphysiker, die Wissenschaft als einen Abbildungsprozeß auffaßt, so folgt, daß nur die Erkenntnis, die eine erkenntnistheoretische Qualität hat, die der ontologischen Qualität des Objektes entspricht, Wissenschaft im wahrsten Sinne des Wortes ist. Mit einem solchen Ausgangspunkt kann deshalb nur das Naturrecht das Objekt rechtswissenschaftlicher Erkenntnis darstellen. Die innere Ordnung und Konsequenz des Naturrechts garantiert die Wissenschaftlichkeit der Naturrechtslehre. Die ontologische Wahrheit ist demnach eine Voraussetzung für die Existenz der logischen Wahrheit. Das positive Recht hat keine solche innere Autorität oder Stabilität. Es wird nach den historischen Bedingungen verändert: was heute wahr ist, kann morgen ins Gegenteil verwandelt worden sein. Das positive Recht bekommt statt dessen seine Autorität dadurch, daß es für «äußere» Zwecke nützlich ist. Wenn das positive Recht von einer «äußeren» Autorität in Kraft tritt — dem Willen des Gesetzgebers — so folgt, daß es seinen Grund in eben diesem gesetzgeberischen Willen haben muß. Weil der Wille des Gesetzgebers veränderlich und vielen zufälligen politischen Faktoren unterworfen ist, ist er kein geeigneter Grund für eine sichere wissenschaftliche juristische

⁽⁴⁹⁾ NETTELBLADT, D., *Systema elementare doctrinarum propaedeuticarum iuris prudentiae positivae germanorum communis*, Halle 1781, § 66.

Erkenntnis. Der Mangel einer annehmbaren Vermittlung zwischen Naturrecht und positivem Recht resultierte darin, daß das Naturrecht eine bescheidene Rolle in der Rechtsquellenlehre spielen sollte. Es wurde zu einer subsidiären Rechtsquelle reduziert, die dem Willen des politischen Gesetzgebers nachgeben sollte. Nettelbladt stellte also fest, daß

wenn ein Satz zu der natürlichen Rechtsgelahrtheit gehört, und die positiven Gesetze bestätigen, was natürlichen Rechtes ist, ein solcher Satz dadurch zugleich ein zu der Theorie der positiven Rechtsgelahrtheit gehöriger Satz wird; und also auch mit Recht in der Theorie der positiven Rechtsgelahrtheit einen Platz haben muß. Wenn aber die positiven Gesetze von dem, was natürlichen Rechtes ist, abgehen, und man wollte doch die Sätze der natürlichen Rechtsgelahrtheit in die Theorie der positiven Rechtsgelahrtheit bringen: so würden doch diesen Gebrauch der natürlichen Rechtsgelahrtheit Irrtümer in die Theorie der positiven Rechtsgelahrtheit kommen; und würde also ein solcher Gebrauch ein Mißbrauch seyn ⁽⁵⁰⁾.

Die Naturrechtstheorie wird damit von einem weiteren Widerspruch geprägt werden. Die höhere juristische Erkenntnis, die Naturrechtslehre, die höchste Form des Rechts, bekam eine geringere Stellung im Verhältnis zum positiven Recht. Dadurch, dem Naturrecht eine ausschließlich ergänzende Bedeutung zuzuschreiben, wurde es extrem an den zufälligen Charakter des positiven Rechts gebunden. Es scheint, als ob es die Funktion des Naturrechts war, dem positiven Recht eine äußere Legitimation zu geben. Die ergänzende Stellung des Naturrechts spiegelt den niedrigen Rang der Wissenschaft und die Bedeutung des Nutzens wider. Die Naturrechtslehrer, die mit Hintergrund auf den theoretischen Ausgangspunkt als vornehmste Vertreter des Rechtsstudiums betrachtet werden sollten, wurden statt dessen mit großer Skepsis betrachtet, da sie « lehrten die Theorie der positiven Rechtsgelahrtheit nicht so wie sie ist, sondern wie sie seyn sollte » ⁽⁵¹⁾. Die Naturrechtslehren wurden damit in der positiven Rechtsanwendung unanwendbar. Das Naturrecht machte den Juristen zum Weltbürger, aber es vermochte nicht Einheit im rechtlichen Stoff zu schaffen.

⁽⁵⁰⁾ NETTELBLADT, D., *Von dem rechten Gebrauch der Wolffischen Philosophie in der Theorie der positiven Rechtsgelahrtheit*, Halle 1750, S. 123.

⁽⁵¹⁾ NETTELBLADT, *Von dem Rechten Gebrauch*, S. 124.

BARTOLOME CLAVERO

ARQUEOLOGIA CONSTITUCIONAL: EMPLEO DE UNIVERSIDAD Y DESEMPLEO DE DERECHO

A Pedro Cruz, espeleólogo obligado

SUMARIO: - 1. *Universidad de estado y facultad de derecho*. - 1.1. Universidad de estado: - 1.1.1. Régimen político; - 1.1.2. Función docente. - 1.2. Facultad de derecho. — 2. *Estado de público y derecho de privado*. - 2.1. Estado de público. - 2.2. Derecho de privado. — 3. *Un desvío y un lastre*. - 3.1. Desvío de historia. - 3.2. Lastre de derecho: - 3.2.1. Historia desviada y derecho lastrado; - 3.2.2. Facultad universitaria y constitución jurídica. — IV. *Una arqueología*.

Antiguamente eran las Universidades independientes entre sí y hasta del Gobierno mismo; cada cual tenía su régimen, sus estudios, sus métodos y aún sus pretensiones distintas; no sólo disponían arbitrariamente de sus fondos, sino que hasta era también arbitraria en ellas la enseñanza.

P.J. PIDAL, 1845

1. UNIVERSIDAD DE ESTADO Y FACULTAD DE DERECHO

Soy profesor, historiador y jurista, empleado en una universidad pública, especialista en un área histórica y docente en una facultad jurídica. No lo digo porque resulte ninguna originalidad. Hay colegas, no sólo numerosos, ellos, y tampoco escasas, ellas, para cada una de dichas funciones, sino también nada raras ni raros, ellas y ellos, para el conjunto de las mismas. Me pregunto de dónde vienen y adónde van, quiero decir nuestras funciones, y no por separado, sino precisamente como complejo. Pretendo sencillamente situarme. Y me ciño a mi caso, que es aún el español. A ello me atengo. Como en las obras de ficción más realistas, cualquier parecido de otros casos será pura coincidencia.

1.1. *Universidad de estado.*

Durante la primera mitad del siglo XIX las corporaciones universitarias, las universidades de estudios, son objeto en España de nacionalización, esto es, estatalización. Es lo primero y principal que habrá de explicarse. No es algo que debamos dar ni por natural ni por definitivo. Tras diversos ensayos frustrados, la nueva planta de la universidad, una planta estatal, queda perfilada y sentada a mediados de la centuria. Entre dos planes conocidos por los apellidos de los ministros que los suscribieron, el plan Pidal, de 1845, y el plan Moyano, de 1857, esta obra se cimenta y este edificio, si no se remata, cierra aguas. Son los años fundacionales de todo un sistema de enseñanza, todo un caso ⁽¹⁾. De entonces datan unos textos, unas normas, capitales ⁽²⁾. Conviene arrancar ojo avizor por estos tiempos.

A dichas alturas del siglo, tras unos primeros embates constitucionales, ya se encuentra establecido el principio de que las universidades españolas son pertenencia de un estado, el español, dependencia suya. Habrá todavía una fuerte resaca a favor de una iglesia, la católica, pero suele limitarse a requerir alguna intervención de carácter doctrinal y censorio, abandonándose definitivamente la idea de que la jurisdicción eclesiástica pudiera seguir contando con una presencia directa en el campo universitario. La misma desamortización corporativa o amortización estatal de los patrimonios universitarios se ha ultimado en 1842. Tal dominio y tal competencia, esta responsabilidad, ni la propia iglesia ya la pretende como puede comprobarse por las negociaciones que conducen en estos años a un concordato y, en 1851, por el concordato mismo ⁽³⁾.

⁽¹⁾ J. L. PESET, S. GARMA Y J. S. PÉREZ GARZÓN, *Ciencias y enseñanza en la revolución burguesa*, Madrid 1978; M. PUELLES BENÍTEZ, *Educación e ideología en la España contemporánea, 1767-1975*, Barcelona 1980; J. GUTIÉRREZ CUADRADO, E. HERNÁNDEZ SANDOICA Y J. L. PESET, *Educación y enseñanza*, eps. 6-7, en M. ARTOLA (ed.), *Diccionario de Historia de España, 1, Economía. Sociedad*, Madrid 1988, pp. 537-618.

⁽²⁾ Ministerio de Educación y Ciencia, *Historia de la Educación en España: Textos y documentos*, Madrid 1985-1991, II, M. PUELLES BENÍTEZ (ed.), *De las Cortes de Cádiz a la Revolución de 1868*.

⁽³⁾ J. M. CASTELLS, *Las asociaciones religiosas en la España contemporánea. Un estudio jurídico-administrativo, 1767-1965*, Madrid 1973, cap. 2; J. SALAZAR ABRISQUIETA (ed.), *Storia del Concordato di Spagna, conchiuso il 16 marzo 1851, e della Convenzione*

En su artículo segundo aquel concordato estipulaba lo siguiente: «*Institutio in Universitatibus, Collegiis, Seminariis et Scholis publicis ac privatis quibuscumque, erit in omnibus conformis doctrinae eiusdem Religionis Catholicae: atque hunc in finem Episcopi, et caeteri Preasulis Diocesanei, quorum munus est doctrinae fidei et morum, ac religiosae iuvenum educationi invigilare, in huius muneris exercitio etiam circa scholas publicas nullatenus impediuntur*». Se contentaba con estipular esto. La iglesia se asigna vigilancia y censura, que con altibajos y suspensiones resistirán más de un siglo, pero ello sobre el supuesto de que ya no tiene ni jurisdicción ni dominio en este campo. He aquí lo primordial. Así es como puede sellarse el sepulcro de una era. Estamos ante la cuna de otra.

1.1.1. Régimen político.

El estado se ha apoderado y adueñado de la universidad. Esto ante todo significa que la misma ha quedado sometida a su poder dispositivo. El estado está decidiendo la misma existencia de esta institución. Son sus disposiciones las que ahora determinan qué es, para qué sirve, con qué facultades y qué medios cuenta, de qué forma se gobierna y administra, cómo se conduce esta entidad. No es invención suya, puesto que ya existía; no será su creación, pero es su criatura. Comienza así por estar ahora bajo su poder generativo. Es la novedad principal que respecto a este capítulo se produce en España durante la primera mitad del XIX ⁽⁴⁾.

El planteamiento inicial, el de un constitucionalismo primero de principios de siglo ya abandonado a las alturas de 1845, endosaba al estado un apoderamiento tamaño como parte de un compromiso de promoción de libertades por medio de la cultura que debiera además ejercerse, el poder dicho, a través de unas instituciones representa-

addizionale al medesimo Concordato, stipulata il 25 Agosto 1859, Roma 1974; C. SAURAS HERRERA y J. PALACIO LIS, *Iglesia y educación en la España decimonónica: política concordataria (1851)*, en *Historia de la Educación. Revista Interuniversitaria*, 2, 1983, pp. 287-305.

⁽⁴⁾ A. ALVAREZ DE MORALES, *Génesis de la Universidad española contemporánea*, Madrid 1971; M. y J.L. PESET, *La Universidad Española (Siglos XVIII y XIX). Despotismo Ilustrado y Revolución Liberal*, Madrid 1974.

tivas, comenzándose por las de carácter parlamentario (5); mediante leyes de esta procedencia, del parlamento, y para satisfacerse dicha aspiración constitucional, de libertad, es como habría de establecerse y ordenarse todo el sector de la enseñanza para una primera justificación de la apropiación y dominio estatal (6), mas pronto según digo lo primero, el compromiso cultural, se pierde, y lo segundo, el procedimiento constitucional, cede (7). El estado contará con la universidad, dispondrá de ella, sin este tipo de engorros.

Y establece un verdadero monopolio. El estado se reserva para sí la enseñanza universitaria en un grado y de un modo que no aplica a otras escalas. Se permite una libertad de enseñanza amplia en un nivel inferior y todavía apreciable en uno intermedio, lo cual supuso la presencia y el peso de la iglesia, pero sobre dicho supuesto de participación social o no monopolización política. En el nivel universitario esto no cabe. Entonces no hay más universidad que la estatal. Durante todo el siglo XIX, durante una época fundacional, no existe otra. El estado retenía las universidades con un empeño que no demostraba, que no parecía abrigar, para con otras enseñanzas. Mientras inferior era el nivel, superior la libertad. Haberla, hayla; las primeras letras podrían recibirse en familia, en parroquia, en centro religioso, en escuela municipal o en ningún sitio (8). La universidad tiene otro plan; es el estado quien se lo marca (9).

(5) A. CAPITAN DIAZ, *Los Catecismos Políticos en España 1808-1822. Un intento de educación política del pueblo*, Granada 1978; P. GARCÍA TROBAT, *Una aspiración liberal: la enseñanza para todos*, en AA.VV., *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, Madrid 1989, pp. 303-311.

(6) J. RUIZ BERRIO, *Política escolar de España en el siglo XIX. 1808-1833*, Madrid 1970; A. VINAÑO FRAGO, *Política y educación en los orígenes de la España contemporánea. Examen especial de sus relaciones en la enseñanza secundaria*, Madrid 1982.

(7) A. HEREDIA SORIANO, *Política docente y filosofía oficial en la España del siglo XIX. La era isabelina. 1833-1868*, Salamanca 1982; F. SANZ DÍAZ, *La segunda enseñanza oficial en el siglo XIX. 1834-1874*, Madrid 1985.

(8) M.C. SIMON PALMER, *La enseñanza privada seglar en Madrid, 1820-1868*, Madrid 1972; J.R. AYMES, E.M. FELL y J.L. GUERENA (eds.), *L'enseignement primaire en Espagne et Amérique latine du XVIIIe siècle à nos jours. Politiques éducatives et réalités scolaires*, Tours 1986; A. MAYORDOMO PEREZ, *La escuela valenciana en el siglo XIX*, Valencia 1988; A. GÓMEZ MORENO, *Liberalismo y educación primaria en España 1838-1857*, Zaragoza 1990.

(9) J.L. MEILAN GIL, *Los planes universitarios de enseñanza en la España contemporánea*, Madrid 1970.

Un intento de implantación de libertad de enseñanza universitaria en la segunda mitad del siglo, con la revolución constitucionista que en España se produce en 1868, será culturalmente relevante, pero institucionalmente fallido; dejará el poso de la que se llama matrícula libre, esto es, la posibilidad de estudiarse por cuenta propia limitándose la universidad de estado en este caso a los exámenes ⁽¹⁰⁾. Bajo tal cobertura pudo organizarse alguna enseñanza superior privada, pero sin capacidad para graduar; se frustró el proyecto de una universidad libre en Gibraltar, bajo bandera británica ⁽¹¹⁾. Con aquella posibilidad de la matrícula dicha libre y la misma precisión de que sus alumnos se sometieran a exámenes de estado, arrancó también alguna iniciativa católica ⁽¹²⁾, mas la universidad sucesora de la histórica de Salamanca no ha podido ser la eclesiástica, que también existirá ⁽¹³⁾, sino que fue la estatal, que así preexiste ⁽¹⁴⁾, desfigurada tanto como desfigurando ⁽¹⁵⁾. Valga el ejemplo. Es el estado quien dispone del presente y de la historia, de las novedades igual que de los principios.

Es siempre el estado quien constituye y regula. Sus determinaciones fundacionales habían además comenzado por no responder a las presunciones iniciales, a las justificaciones primeras, en sus mismos aspectos formales. Los propios planes no son de decisión

⁽¹⁰⁾ A. VINAO FRAGO, *La educación en el sexenio, 1868-1874. Libertades-formales y libertades reales*, en *Anales de Pedagogía*, 3, 1985, pp. 87-102; J.R. PARADA VAZQUEZ y D. CAMARA DEL PORTILLO, *La enseñanza libre y el derecho a examen en la educación universitaria*, en *Revista de Administración Pública*, 117, 1988, pp. 71-97.

⁽¹¹⁾ V. CACHO VIU, *La Institución Libre de Enseñanza. Orígenes y etapa universitaria, 1860-1881*, Madrid 1962; A. JIMENEZ LANDI, *La Institución Libre de Enseñanza y su ambiente*, Madrid 1973-1987.

⁽¹²⁾ C. SAENZ DE SANTAMARÍA, *Bodas de diamante de la Universidad de Deusto [1886-1961]*, Bilbao 1962.

⁽¹³⁾ *Universidad Pontificia de Salamanca. Sus primeros veinticinco años, 1940-1965*, Salamanca 1967; A. GARCIA Y GARCIA (ed.), *La Universidad Pontificia de Salamanca*, Salamanca 1989.

⁽¹⁴⁾ M. FERNANDEZ ALVAREZ, L. ROBLES CARCEDO, L.E. RODRIGUEZ SAN PEDRO (eds.), *Las Universidades de Salamanca. Historia y Proyecciones. Docencia e Investigación*, Salamanca 1989-1990.

⁽¹⁵⁾ J.E. RUIZ DOMENECH, *Salamanca*, en E. CARDINI y M.T. FUMAGALLI BEONIO-BROCCHIERI (eds.), *Universidades de Europa. Raíces culturales del Viejo Mundo*, Milán 1991, pp. 94-103.

parlamentaria. El de 1845, el plan Pidal, fue un decreto, una norma de carácter gubernativo, sin intervención ninguna del parlamento, quedando la materia a disposición del gobierno. El de 1857, el plan Moyano, fue ley, tuvo formalmente este rango, pero mediante habilitación legislativa de aquel a éste, del parlamento al gobierno, por la que el segundo todavía retuvo un poder dispositivo. Fue disposición en todo caso ya más autorizada y que pudo dejar las cosas más sentadas. En cuanto al lado material, respecto al compromiso con la cultura como vía de promoción y educación de libertades justificativa de estos poderes, ni uno ni otro plan demuestran ninguno. La misma relativa libertad de las enseñanzas no universitarias responde y mira, si primariamente al ámbito doméstico, inmediatamente al religioso ⁽¹⁶⁾, a una confesión ajena entonces a libertades.

Y se guarda consecuencia. He aquí el pronunciamiento categórico que se contiene en la tercera base de la ley de habilitación del plan Moyano: « La enseñanza superior sólo se dará en establecimientos públicos. Son establecimientos públicos de enseñanza aquellos cuyos Jefes y profesores son nombrados por el Gobierno o sus delegados ». Ya se ve la concepción. El estado dispone sobre aquello que le pertenece y lo retiene. Procede el gobierno. Entre los planes de 1845 y 1857 la institución universitaria queda verdaderamente constituida como pertenencia política y dependencia administrativa.

La universidad es ahora parte de la administración del estado que el gobierno preside. La autoridad universitaria última es un ministro, en 1845 el de gobernación, el de gobierno interior, luego otros; en dicho ministerio existía una sección de instrucción pública que pasó enseguida, con el plan Pidal, a ser dirección general bajo una jefatura de designación y autoridad políticas y que, sin mengua directiva, podrá luego trasladarse de sede ministerial ⁽¹⁷⁾. La movida comienza en 1847 al crearse un ministerio de comercio, instrucción y obras públicas, luego, desde 1851, de fomento, aunque no reca-

⁽¹⁶⁾ A. HEREDIA SORIANO, *Política docente y filosofía oficial* (n. 7), ep. 2.5.

⁽¹⁷⁾ A. ÁLVAREZ DE MORALES, *Los precedentes del Ministerio de Educación*, en *Revista de Educación*, 240, 1975, pp. 87-98; J.M. GARCÍA MADARIA, *Estructura de la Administración Central, 1808-1931*, Madrid 1982, cap. 3.

lando dicha dirección en él hasta 1855, tras haber pasado por el ministerio de gracia y justicia ⁽¹⁸⁾. Esta sede más pasajera se defendió expresamente por la conveniencia de situar la educación junto a la iglesia y la magistratura. No es inocente así el trasiego, pero el estado decide respecto a todo el negociado y se hace cargo más completo del universitario ⁽¹⁹⁾.

A este nivel central también se establecieron unos organismos colegiados de asesoramiento político y control económico, para la formación de unas decisiones realmente centralizadas. Fueron de nombramiento gubernativo entre determinadas categorías con una representación normalmente minoritaria de la académica, la de catedráticos. El principal era el consejo de instrucción pública. Y en 1845 incluso el escalón siguiente de la estructura universitaria seguía siendo gubernativo, el de los jefes políticos o gobernadores delegados en las provincias, pero esta intervención se suprimió pronto, como consecuencia de la pérdida referida de competencia del ministerio de gobernación. Nada de esto desde luego reduce la dependencia de la universidad respecto al gobierno.

En las universidades, la máxima autoridad, el rector, resulta de carácter igualmente político; en 1845 también se concibe como delegado del gobierno central sin requerirse la condición de catedrático, esto hasta 1868, y sin reducirse su competencia al ámbito universitario. Paladina es la base décima de la ley de habilitación del plan Moyano: «El Jefe superior de instrucción pública en todos los ramos, dentro del orden civil, es el Ministro de Fomento. Su administración central corre a cargo de la Dirección general de Instrucción pública, y la local está encomendada a los Rectores de la Universidades, Jefes de sus respectivos distritos universitarios». Este, con todas sus mayúsculas, era el régimen.

(18) M.J. GARIJO AYESTARAN, *El Ministerio de la Gobernación. Materiales para un estudio de su evolución histórica hasta 1937*, Madrid 1977, ep. 4.1-2; J. F. LASSO GAITE, *El Ministerio de Justicia. Su imagen histórica, 1714-1981*, Madrid 1984, cap. 2; A. GUAITA, *El Ministerio de Fomento, 1832-1931*, Madrid 1984, cap. 6.

(19) M. BELTRAN, *Ideologías y gasto público 1814-1860*, Madrid 1977, ep. V.4; M. y J.L. PESET, *Los gastos públicos de enseñanza en España, 1842-1875. Una rectificación de datos anteriores*, en *Hispania. Revista Española de Historia*, 143, 1979, pp. 671-683; N. DE GABRIEL, *Financiación de la escuela pública en la España. del siglo XIX. El caso gallego*, en *Historia de la Educación. Revista Interuniversitaria*, 7, 1988, pp. 163-178.

1.1.2. Función docente.

Era regla general que los cargos universitarios se cubrieran, no mediante elección corporativa, sino por designación gubernamental, en casos ya a propuesta de la universidad. De esta índole viene a ser la fórmula prevista para la misma provisión de las cátedras; debía hacerse de ordinario mediante examen público u oposición ante tribunal, pero habiéndose entonces de proponer a la dirección general una terna de candidatos para que ésta, la instancia política, elija y nombre en definitiva. El mismo tribunal era de designación ministerial, no siempre entre catedráticos. El principio categórico se proclamaba en 1857, en la tercera base del plan Moyano como ya hemos visto. Y estos profesores universitarios resultaban funcionarios, bien que especiales, con garantías particulares, si no de independencia, al menos, sobre todo en términos comparativos con el resto del empleo público, de estabilidad en la función ⁽²⁰⁾.

Los catedráticos enseñan y no gobiernan. Forman cuerpo funcional, pero no, ni solos ni acompañados, corporación universitaria. No puede decirse que haya estructura corporativa en la universidad que aquí se funda en el siglo XIX. Existe claustro a efectos poco menos que ceremoniales. El desapoderamiento del profesorado llega a aplicarse a la docencia. Según el diseño de 1845, ni colectiva ni individualmente gobernarían sobre la propia enseñanza. El plan fija los currículos, establece las materias de los cursos y supone la existencia de listas oficiales de textos de estudio limitándose así al máximo la capacidad de elección por los catedráticos. En esto no cabía libertad ni en primer grado; así de taxativa era en 1857 la base cuarta de la ley de habilitación del plan Moyano: «Unos mismos libros de textos, señalados por el Real Consejo de Instrucción pública, regirán en todas las escuelas».

Es un dirigismo que, aun con oscilaciones sobre todo para la universidad y con algún episodio como hemos dicho de libertad de cátedra, se resistirá a ceder durante buena parte de aquel siglo. Así funciona, si no siempre el régimen rígido de listas, un nihil obstat, una aprobación de textos, por el consejo de instrucción pública; para la universidad, intentará incluso resistir bajo la forma de

⁽²⁰⁾ M. y J. L. PESET, *La Universidad española* (n. 4), cap. 19.

apreciación y recomendación científicas. El estado decide qué es la universidad a efectos tanto orgánicos como operativos, tanto en lo que toca a la institución como en lo que interesa a la función, la docencia, con resultados tan tangibles como el de la falta de entidad intelectual del profesorado universitario medio en la España del siglo XIX. No hacen falta estadísticas para asegurarlo (21).

Esta es la universidad, ésta la institución universitaria, que entra aquí en el XX. Si se concede que el siglo comienza en el mismo 1900, en este año cero, su inauguración en España se produce con la creación de un ministerio de instrucción pública y bellas artes que viene además con iniciativas como la de capacitación para la universidad (22). El departamento ministerial específico podrá centrarse en su objeto, comenzando por documentarse seguramente mejor que la dirección general de instrucción pública del ministerio de fomento (23). Pudo haber novedades (24), con una iniciativa social además creciente (25). Y algo se mueve por nuestro campo; se discute la incorporación de las universidades o dotación de personalidad corporativa; algunas de ellas tienen iniciativas propias de apertura social o extensión cultural fuera de los programas de grado. Mas nada fue a mayores. Hubo confesión de pecado con tanto

(21) M. TORRES CAMPOS, *Bibliografía contemporánea española del Derecho y de la Política [1800-1896]. Guía de los juristas y políticos*, Madrid 1883-1897.

(22) J. SEAGE y P. DE BLAS, *La Administración Educativa en España, 1900-1971*, en *Revista de Educación*, 240, 1975, pp. 99-113; J.M. GARCIA MADARIA, *Estructura de la Administración* (n. 17), ep. V.B.b.

(23) M.A. CARMONA DE LOS SANTOS, *Guía del Archivo Central del Ministerio de Educación y Ciencia*, Madrid 1978; M.C. CONTEL BAREA y M.B. IBANEZ ORTEGA, *Catálogo de obras antiguas sobre educación, 1759-1940*, Madrid 1981.

(24) Y. TURIN, *La educación y la escuela en España de 1874 a 1902. Liberalismo y tradición*, Madrid 1967; A. MAYORDOMO PEREZ, *Iglesia, Estado, Educación. El debate sobre la secularización escolar en España, 1900-1913*, Valencia 1982; T. GARCIA REGIDOR, *La polémica sobre la secularización de la enseñanza en España, 1902-1914*, Madrid 1985; E. DIAZ DE LA GUARDIA, *Evolución y desarrollo de la enseñanza media en España de 1875 a 1930. Un conflicto político-pedagógico*, Madrid 1988; *Historia de la Educación* (n. 2), III, M. PUELLES BENITEZ (ed.), *De la Restauración a la II República*.

(25) J.L. GUERENA, *Hacia una historiografía socio-cultural de las clases populares en España, 1840-1920*, en *Historia social*, 11, 1991, pp. 147-164.

propósito de enmienda como escaso cumplimiento de penitencia, lo que resultará recurrente ⁽²⁶⁾.

El replanteamiento ni siquiera alcanzaba inicialmente a la docencia; se preveía la cesión de alguna competencia, pero los planes seguirían siendo de decisión ministerial; incluso se quiso al tiempo potenciar de nuevo la intervención sobre programas y textos por parte del consejo de instrucción pública, de este órgano colegiado cuya dependencia del propio ministerio tampoco quería soltarse. Fueron proyectos fracasados ⁽²⁷⁾. Un decreto de reforma universitaria de 1919 quedó en suspenso en 1922 con el argumento de que contradecía el plan Moyano, el cual, considerándose ley como sabemos, constituiría norma de rango superior, aún por lo visto vigente ⁽²⁸⁾. Un planteamiento más decidido pocos años después también constituyó un paréntesis ⁽²⁹⁾. Lo que se da puede quitarse, aun costando a veces sangre ⁽³⁰⁾.

El estado decide qué es la universidad y también qué universi-

⁽²⁶⁾ J.L. PESET, M. PESET J. GUTIERREZ CUADRADO, E. HERNANDEZ SANDOICA, J. PUERTO SARMIENTO, J. SALA CATALA, D. NUNEZ RUIZ, A. LAFUENTE GARCÍA, F. VILLACORTA BANOS Y M.F. MANCEBO ALONSO, *Historia y actualidad de la Universidad española*, dactiloscrito en la Biblioteca de la Fundación Juan March, que divulgó algún resultado: *Pasado, presente y futuro de la Universidad española*, Madrid 1985.

⁽²⁷⁾ A. REYNA, *Reforma Silió de autonomía universitaria*, en *Revista de Educación*, 227-228, 1973, pp. 54-80; C. SAURAS HERRERA, *Estatutos autonómicos de las Universidades españolas (1919)*, en *Historia de la Educación, Revista interuniversitaria*, 3, 1984, pp. 127-133; E. GONZALEZ RODRÍGUEZ, *Sociedad y educación en la España de Alfonso XIII*, Madrid 1988, ep. 4.4 y cap. 7.

⁽²⁸⁾ M. DÍE Y MAS, *Compilación legislativa de Universidades e Institutos desde el año 1857 hasta 1º de Marzo de 1890*, Madrid 1890; J.A. UBIERNA Y EUSA, *De la función docente del Estado. Legislación vigente en España*, Madrid 1917; Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes, *El nuevo régimen de autonomía universitaria. Extracto de documentos*, Madrid 1919; M. MARTINEZ ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración Española*, 6ª ed., Madrid 1914-1933, IX (1920), voz *Instrucción Pública*.

⁽²⁹⁾ A. RIBAS I MASSANA, *La Universitat Autònoma de Barcelona, 1931-1939*, Barcelona 1979; M.F. MANCEBO ALONSO, *La Universidad de Valencia y la Federación Universitaria Escolar*, en AA.VV., *València, capital cultural de la República, 1936-1937. Antología de textos i documents*, Valencia 1986, pp. 319-423; *Historia de la Educación* (n. 2) IV, A. MOLERO PINTADO (ed.), *La educación durante la Segunda República a la Guerra Civil, 1931-1939*.

⁽³⁰⁾ *Historia de la Educación* (n. 2), V., A. MAYORDOMO PEREZ (ed.), *Nacionalcatolicismo y educación en la España de posguerra*.

dades son, cuántas y cómo tendrán existencia. Su número, que ya venía reduciéndose, se estabiliza en 1845. Será una decena, que sólo se ampliará a la docena durante más de un siglo. Se trata originalmente, con el orden alfabético que adopta el plan Pidal, de las universidades de Barcelona, Granada, Madrid, Oviedo, Salamanca, Santiago, Sevilla, Valencia, Valladolid y Zaragoza. El par que se suma es la de Murcia, que se crea en 1914, y la de La Laguna en Canarias, que ha comenzado el curso anterior, todo esto aparte de unos conatos de universidad en islas que se independizaron en 1898, en Cuba, La Habana, y en Filipinas, Manila.

Y todas las universidades serán de nivel similar, salvo Madrid. La centralización conlleva no sólo la imposición de una uniformidad, sino también la salvedad de una capitalidad, con la distinción del centro. El orden de hecho no es alfabético. Es menos inocente. Todas las universidades impartirán enseñanzas para la colación de unos grados de bachillerato y licenciatura; el grado superior de doctorado se reserva en cambio para Madrid, la universidad central que se ha fundado con los restos de la complutense, la extinta de Alcalá, apropiándose igualmente una imagen pasada ⁽³¹⁾. Ahí se cursa el doctorado que se precisa para el mismo acceso a la categoría profesoral superior, la cátedra de universidad, de cualquier universidad, con lo cual la carrera académica, esta profesión, también así se centraliza ⁽³²⁾. Pero los títulos, igual que los nombramientos, los confiere, no la universidad, sino el ministerio, este centro. En esto resulta una formalidad, pues los exámenes corresponden a la universidad.

Madrid es además sede de reales academias, instituciones que se entienden científicas y superiores, ahora similarmente nacionalizadas ⁽³³⁾, con una de jurisprudencia y legislación que entre otras cosas se singulariza por admitir, no sólo juristas consagrados, sino también estudiantes universitarios, complementándose la complutense ⁽³⁴⁾;

⁽³¹⁾ J.E. RUIZ DOMENECH, *Alcalá de Henares*, en F. CARDINI y M.T. FUMAGALLI BEONIO-BROCCHIERI (eds.), *Universidad de Europa* (n. 15), pp. 192-199.

⁽³²⁾ E. HERNANDEZ SANDOICA y J.L. PESET, *Universidad, poder académico y cambio social (Alcalá de Henares, 1508 - Madrid, 1874)*, Madrid 1990, parte II.

⁽³³⁾ A. ALVAREZ DE MORALES, *Génesis de la Universidad* (n. 4), ep. II. F.

⁽³⁴⁾ J.M. CORDERO TORRES, *El régimen de las Reales Academias (con especial*

pero de los estudios jurídicos hablaremos ahora. Y Madrid era la sede del gobierno, del ministerio, de la dirección general y del consejo de instrucción, todo ello también universidad, o igualmente al contrario, la universidad todo ello. Conforme al régimen puede que fuera la función. Véamoslo en derecho, que es lo nuestro.

1.2. *Facultad de derecho.*

Los planes centrales determinan los estudios que se cursan y los centros que consiguientemente se instituyen en cada universidad, en lo cual no hay una planta uniforme. Sólo una facultad existirá en las diez universidades establecidas y en el par que venga a sumarse, en todas ellas, y es precisamente la de jurisprudencia, luego derecho. Es el estudio más presente y constante de esta universidad de estado. Todo el interés estatal que estamos viendo por hacerse con la universidad parece particularmente vivo respecto a esta concreta facultad de unos estudios jurídicos. También habrá de explicarse.

La facultad de derecho que es facultad de estado ha quedado establecida en 1842 con la desaparición de unas facultades diferenciadas de leyes y de cánones ⁽³⁵⁾. Es la «Facultad de Jurisprudencia» que pasa a denominarse «Facultad de Derecho» con el plan Moyano, en 1857, pegándosele el nombre. Son años en los que definitivamente se arrumban unos estudios de *ius commune* cristiano y romano por otros de derecho español, mas con cierta suavidad. El plan de 1845 traza un perfil de la enseñanza en buena parte todavía muy vinculado a una idea de fusión de unos estudios tradicionales, los de derecho romano y los de derecho canónico, pero con unas características que podrán permanecer resultando también fundacionales.

Los nuevos estudios se conciben con una carga desactivada y reactivable de derecho histórico y cultura pretérita, de una historia y una filosofía que flanquearán la enseñanza del ordenamiento

referencia a la de Ciencias Morales y Políticas), en *Revista de Administración Pública*, 66, 1971, pp. 35-56, ep. IV.A; J. L. JORDANA DE POZAS, *Historia, realidad y futuro de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid 1974.

⁽³⁵⁾ M. PESET, *Universidades y enseñanza del derecho durante las regencias de Isabel II. 1833-1843*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 39, 1969, pp. 481-544.

pudiendo mirar a sus necesidades y hacerse cargo de sus conveniencias. No estamos ante una facultad de derecho positivo en el sentido de que deba tan sólo consagrarse a la comunicación e imposición del ordenamiento establecido; no se entiende que su misión estribe directa y exclusivamente en esto. Hay una ambición mayor de inculturación, de inoculación de una cultura. Tampoco nos encontramos ante un fenómeno de continuidad con planteamientos jurisprudenciales anteriores. Asistimos a un cambio de universidad también en este orden.

Los estudios de derecho quedan concebidos en 1845 con una primera base literaria y anticuaria, una segunda ya jurídica, más bien mixta de historia todavía y ordenamiento, por la cual se consigue un grado de bachillerato, y una tercera de carácter práctico, de práctica forense, con la cual se logra la licenciatura. Este fue el grado importante, el que realmente se vio que facultaba para unas profesiones jurídicas; el de bachiller en derecho tuvo menos relevancia, acabando por desaparecer en 1883 ⁽³⁶⁾.

Los retoques al plan de estudios a lo largo del siglo fueron varios, pero siempre se mantuvo el componente que podemos decir no positivo en un lugar nada secundario, operando incluso, pese a unos códigos, en el mismo interior de las materias positivas. Ni siquiera en efecto con el progreso de la codificación vino a modificarse diseño ni alterarse trazado. La adopción de un modelo napoleónico como fuera el de derecho codificado no alcanza en España una incidencia cultural de clausura del pensamiento jurídico y contención de la enseñanza facultativa dentro de sus moldes ⁽³⁷⁾. La misma historia jurídica, incluso la que cabe decir especializada ⁽³⁸⁾, podía tener aquí por entonces fácilmente un papel de concurrencia

⁽³⁶⁾ M. PESET, *El Plan Pidal de 1845 y la enseñanza en las Facultades de Derecho*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 40, 1970, pp. 613-651.

⁽³⁷⁾ J.J. GIL CREMADES, *El reformismo español. Krausismo, escuela histórica, neotomismo*, Barcelona 1969; A. ALVAREZ DE MORALES, *Génesis de la Universidad* (n. 4), ep. II. D. 2 d; F. TOMAS Y VALIENTE, *El pensamiento jurídico*, ep. 7, en M. ARTOLA (ed.), *Diccionario de Historia de España*, 3, *Iglesia. Pensamiento. Cultura*, Madrid 1988, pp. 327-408.

⁽³⁸⁾ R. DE URENA Y SMENJAUD, *Observaciones acerca del desenvolvimiento de los estudios de Historia del Derecho Español*, Madrid 1906.

a la conformación del derecho ⁽³⁹⁾ Llegaba a tenerlo la historia sin más ⁽⁴⁰⁾. Ahí estaba.

La facultad jurídica conoce algunas divisiones interiores o especialidades ya internas. También existieron escuelas interesantes al derecho al margen de la facultad. En su interior hubo una suerte de guadiana, la especialidad de cánones, que aparece y desaparece. En el exterior tenemos escuelas como unas de comercio o que más nos interesen, a partir de las antiguas de escribanos, unas notariales y, como proyecto nuevo del XIX, unas administrativas. Estas de administración se plantean en 1841, se intentan instituir dentro de la facultad de filosofía en 1850 y constituir con entidad propia como centro independiente de ciencias políticas y administrativas en 1855, mas nunca entonces y en ninguna forma por separado cuajó el proyecto. Será cosa posterior ⁽⁴¹⁾. Aunque se mantuvo durante algunos años, entre 1857 y 1883, como sección interna, la especialidad administrativa recaló en la facultad jurídica así como se acabaron también realizando en ella, desde 1883, los estudios notariales, desapareciendo finalmente sus escuelas ⁽⁴²⁾.

En 1883 es cuando se llega efectivamente a un plan más integrado de la licenciatura de derecho, desapareciendo el grado de bachiller, concluyéndose con la diferencia de la sección administrativa y reduciéndose los estudios notariales a cursos del propio plan. Pero no se renuevan sustancialmente tampoco ni diseño ni trazado. El mismo decreto que establece en 1883 el nuevo plan de la licenciatura para todas las facultades y el del doctorado para Ma-

⁽³⁹⁾ B. CLAVERO, *Historia, Ciencia, Política del Derecho*, en estos *Quaderni Fiorentini*, 8, 1979, pp. 5-58.

⁽⁴⁰⁾ M. MORENO ALONSO, *Historiografía romántica española. Introducción al estudio de la historia en el siglo XIX*, Sevilla 1979, cap. II. 1; P. CIRUJANO, T. ELORRIAGA y J. S. PÉREZ GARZÓN, *Historiografía y nacionalismo español 1834-1868*, Madrid 1985; G. PASAMAR e I. PEIRO, *Historiografía y práctica social en España*, Zaragoza 1987, ep. 1.3; J. FONTANA, *La historiografía española del siglo XIX*, en S. CASTILLO (ed.), *La historia social en España Actualidad y perspectivas*, Madrid 1991, pp. 325-335.

⁽⁴¹⁾ J. SARRION I GUALDA, *Historia de l'Escola d'Administració Pública de Catalunya, 1912-1939*, Barcelona 1983; M.J. RODRIGUEZ VINES, *Cuaderno sobre el Instituto Nacional de Administración Pública, 1957-1986*, Madrid 1986.

⁽⁴²⁾ A. ALVAREZ DE MORALES, *Génesis de la Universidad* (n. 4), ep. II.D.3; M. y J.L. PESET, *La Universidad española* (n. 4), ep. 25.1.

drid, reconoce de forma expresa que mantiene unos planteamientos anteriores. Con algunos retoques inmediatos en 1884 y otros sucesivos desde 1900, son los planteamientos que entran en el siglo XX. Siguen respondiendo a un mismo programa. Es el que preside un desenvolvimiento ⁽⁴³⁾.

El plan de estudios de 1883 en primer término nos ofrece asignaturas más inespecíficas, cursándose algunas en la facultad de filosofía; así figuran una «Ampliación de la Psicología y nociones de Ontología y Cosmología» y una «Reseña histórica de las principales transformaciones sociales y políticas de los Pueblos Europeos» que en 1884 se simplifican y nacionalizan: «Metafísica» e «Historia crítica de España»; a su lado aparecen una «Economía» y una «Literatura», ésta ya en 1883 con «nociones de Bibliografía y Literatura jurídica de España». La entrada en materia también se produce con un «Derecho natural», una «Historia general del Derecho», desde 1884 «español», un «Derecho Romano», unos «Elementos de Derecho eclesiástico general y particular de España» o, desnacionalizándose en cambio esto en 1884, «Instituciones de Derecho canónico», y otros «Elementos de Hacienda pública».

Vienen también asignaturas que podemos decir positivas, en todo caso tampoco recluidas dentro del ordenamiento estatal. Así tenemos en varios cursos un «Derecho civil español, común y foral», esto es, particularmente por el calificativo segundo, que se extiende también al orden consuetudinario o en general no legislativo. Se le une un «Derecho mercantil de España y de las principales naciones de Europa y América», como se ve similarmente extensivo, con un derbordamiento de fronteras que de hecho conduce, no sólo a otras geografías, sino también a la filosofía y a la historia, a una filosofía de la historia de la inspiración mercantil del caso.

No faltan un «Derecho procesal», un «Derecho penal» y un «Derecho administrativo y político», con estrambotes no extensivos, pero con estilos de extensión, sobre todo los dos últimos,

⁽⁴³⁾ M. PESET, *Cuestiones sobre la investigación de las Facultades de Derecho durante la segunda mitad del siglo XIX*, en J. CERDA RUIZ FUNES Y P. SALVADOR CODERCH (eds.), *Primer Seminario de Historia del Derecho y Derecho Privado. Nuevas técnicas de investigación*, Barcelona 1985, pp. 328-396.

hacia los terrenos también de la historia y la filosofía. En 1900 se produce la división entre el «Derecho administrativo» y un «Derecho político español comparado con el extranjero». Hay además un «Derecho internacional público» y otro «privado». También existe en 1883 una «Medicina legal» a cursarse en la facultad de medicina que desaparece enseguida, en 1884, como asignatura de derecho; queda en su medio⁽⁴⁴⁾. Y la licenciatura se completaba con estudios prácticos de orientación forense. Es ahora, se dice en 1883, cuando «se discutirán temas de Derecho positivo, deducidos de cualquiera de las enseñanzas de esta carrera» así como «se celebrarán juicios orales, vistas de negocios civiles y demás ejercicios de oratoria y práctica forense». En 1884 también esto se simplifica y facilita como «Teoría y práctica de redacción de instrumentos públicos».

Los estudios de doctorado que se centralizan en Madrid y que resultan en particular importantes para la formación del profesorado siguen sin presentar tampoco una factura que pueda decirse positivista. Sus asignaturas obligadas en el plan de 1883 son «Filosofía del Derecho», «Historia y examen crítico de los más importantes Tratados de España con otras Potencias», «Instituciones civiles y políticas de los principales Estados de Europa y América» y «Derecho público eclesiástico e Historia particular de la Iglesia española». Los retoques de 1884 interesan particularmente al doctorado, ampliándose para elección del alumno una oferta de materias filosóficas, históricas y comparatistas, aun con mayores previsiones que realizaciones. Se concluye en todo caso como se comienza, de una forma inespecífica.

En esta línea la facultad de Madrid, facultad con doctorado, es desde 1900 «Facultad de Derecho y Ciencias Sociales» por la ampliación de estudios de licenciatura que también ahora experimenta; para un título distinto de ciencias sociales, que no cuajará en esta sede jurídica, se suman materias como una «Ética» y una «Sociología», que deben cursarse en la facultad de filosofía, una «Antropología» general, que ha de estudiarse en la de ciencias, y otra «criminal», ya en la propia facultad, una «Historia de las

⁽⁴⁴⁾ J.M. JIMENEZ MUNOZ, *Historia legislativa del Cuerpo de Médicos Forenses*, Valladolid 1974.

doctrinas económicas» y unas «Asociaciones mercantiles e industriales». Para el doctorado en general se requiere desde 1901, además de las asignaturas, un «trabajo inédito de investigación propia», la tesis doctoral.

Durante décadas no habrá variaciones tan significativas. Aunque también se plantean por la primera mitad del siglo unas novedades de diverso orden como la aparición de un «Derecho del Trabajo» en la licenciatura jurídica, la formación independiente de unas facultades de ciencias que pueden decirse sociales, la pérdida del monopolio doctoral complutense, la multiplicación de universidades con facultades de derecho y capacidad de formación de su propio profesorado, o el viraje final de una autonomía universitaria que pudiera alcanzar con libertad de cátedra al mismo terreno docente, son cosas de la segunda mitad de este siglo, ya el nuestro. A este panorama algo cambiado, ya el mío, sólo vendré más tarde. De momento conviene seguirse fijando en el transfondo constitutivo.

A nuestros efectos docentes seguía siendo el de una formación básica nada específica, humanista en el sentido de genérica, sin un fundamento jurídico común de las materias positivas. Cada una de ellas podrá cultivar su propia filosofía y su propia historia, sus propios principios, sobre unos cimientos y unas cubiertas que nunca sostienen ni albergan la construcción del conjunto. No hay un derecho constitucional que pueda hacerlo; uno político se forma junto a otro administrativo, así desgajado y distinto, como historia, filosofía y orden precisamente políticos, no exactamente jurídicos, que se acaba a su vez desgajando y distinguiendo; un derecho natural o una historia del derecho son asignaturas particulares que no se destinan a una misión fundacional de este tipo; cuando son en este plan realmente generales, ni la filosofía ni la historia tampoco resultan jurídicas. Y la falta de fundamento común no lo remedia ni siquiera el último grado, el doctorado, para la formación de quienes habían de gestionar la empresa, hacerse cargo del servicio, los profesores.

Como la universidad de estado, la facultad de derecho ha quedado así fundada en el siglo XIX. Así queda su servicio. Dentro de la pertenencia política y la dependencia administrativa de la universidad, la facultad no dejaba de contar con unas ciertas competencias por parte tanto de un decano que debía ser catedrático

como de una junta de centro más capacitada a su nivel que el claustro universitario al suyo. Pero, en lo que toca a la docencia, tenían las funciones delegadas y dependientes de velar precisamente porque se atendiesen planes, se cubriesen programas y se respetasen textos.

En esto, lo que más importa en el ámbito facultativo, la docencia, costaba especialmente incluso como hemos visto el pensamiento de una autonomía. Ni los intentos de reforma miraban seriamente a un apoderamiento del profesorado en su propio terreno, en su propia facultad. La enseñanza universitaria venía a ser una economía planificada, nada de mercado, ni libertad ni otra cosa. Las facultades de derecho no podían estar precisamente entonces sino para que el plan se cumpliera. Si régimen político y función docente imponían, no sólo un centro, sino también un norte, todo ello valía muy particularmente para esta facultad, la que manejaba el derecho. Era la imprescindible en toda universidad.

«Facultad de Derecho» es la denominación aquí definitiva que ya estaba en uso desde el plan Moyano, desde 1857. De una facultad a otra, de facultad de jurisprudencia a facultad de derecho, de una actividad cultural a un objeto normativo según resulta, el cambio de nombre no ha cambiado la cosa. Ni cultivo de disciplina ni profesión de ordenamiento, la criatura resulta híbrida. Pero es de progenitor conocido. El ser, todo él, se lo debe al estado. La universidad antigua ya había perecido. Y la nueva puede verse que no es arbitraria.

Ella [la Universidad] es quien educa a toda nuestra clase gobernante, especialmente por medio de la Facultad de Derecho (fenómeno tan común en los pueblos latinos), el tipo de cuya enseñanza se refleja, con sus bienes y sus inconvenientes, en nuestro Parlamento y en todos los órdenes civiles del Estado.

F. GINER DE LOS RÍOS, 1902

2. ESTADO DE PUBLICO Y DERECHO DE PRIVADO

Si nuestro mundo es la universidad y la facultad, nuestro universo es el estado y el derecho. Las unas son de los otros, satélites suyos. Con lo que no vamos ahora a distraernos es con las posibilidades científicas de unas instituciones docentes. No parece que

proceda. A tenor de lo visto hasta el momento sería simplemente presunción. La historia ha comenzado por desengañarnos. Pertenencia estatal y dependencia administrativa, nuestra nación, nuestra nacionalidad jurídica, no es la ciencia. Veamos cuál sea nuestra patria, nuestra paternidad efectiva, si puede al menos que el derecho entonces lo resulte.

2.1. *Estado de público.*

El establecimiento de la universidad es un aspecto de la constitución del estado español o más en concreto de la construcción de la administración española que se produce en estos lares por estos mismos años, de forma más continua a partir de la década de los treinta del siglo XIX (45). Según resulta de su propia concepción como pertenencia estatal y dependencia gubernativa, el capítulo universitario no es en efecto sino uno más. No tiene por qué tratarse como algo distinto respecto a la simple historia administrativa. Y viceversa. En la estructura de aquella administración no hay razón para no incluir a la universidad, con sus profesores.

No hemos dado con una universidad que pudiera distinguirse de la administración y del gobierno que la rige ni siquiera respecto a sus funciones más específicas. El estado que habrá de precisar entro otros medios los personales, un contingente de individuos a su servicio, se hace con una universidad que podría formarlos. La propia legitimación de carácter constitucional parece requerir que esta formación sea de derecho. Y en todo caso el ordenamiento jurídico aparecía como la herramienta del estado, su primer medio impersonal (46).

Mas no va la historia a conducirse exactamente de este modo, aprovechándose el estado tan directamente de una facultad (47).

(45) B. CLAVERO, *Manual de historia constitucional de España*, Madrid 1989, cap. 3.

(46) J. LALINDE ABADÍA, *Los medios personales de gestión del poder público en la historia española*, Madrid 1970.

(47) M. PESET, *Estudios de derecho y profesiones jurídicas (siglos XIX y XX)*, en J. M. SCHOLZ (ed.), *Tercer Poder. Hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, en prensa, para este año de 1992.

Puede resultar sorprendente, pero habremos de buscar siempre la explicación. Ya han empezado las cosas a transcurrir de otra forma. Lo reflejan unas biografías ⁽⁴⁸⁾. Los planes fundacionales vistos llevan el nombre de unos ministros, Pedro José Pidal y Claudio Moyano, dos políticos nacidos en la primera década del siglo y que en la plenitud de su edad vivieron dicha enorme fundación de todo un estado, de su administración y universidad. Ambos se habían graduado en la antigua facultad de leyes; tenían su formación jurídica ⁽⁴⁹⁾. El plan de 1883, que también se ha visto, es el plan Gamazo, por Germán Gamazo, ministro del ramo a la sazón y licenciado antes en derecho, otro más. Con estos personajes también se produce alguna otra coincidencia precisamente jurídica; lo tres fueron presidentes de la academia de jurisprudencia y legislación de Madrid.

Pero el artífice de la criatura, el demiurgo de esta enseñanza, el *almus pater* de aquella alma mater, no es ninguno de ellos. Fue Antonio Gil y Zárate, luego Gil de Zárate, señor de la materia ⁽⁵⁰⁾, educado de joven en Francia, poeta y dramaturgo de argumentos pretéritos e imaginación romántica, profesor de lengua francesa, periodista de política y economía, historiador, oficial subteniente de la milicia nacional, empleado del ministerio de la gobernación desde 1836, jefe de la sección de instrucción pública, primer director general del negociado al elevarse de categoría con el plan Pidal, sin estudios jurídicos. Es esto último, esta falta de cualificación, una tónica que se mantendrá en esta administración pública durante largo tiempo, de momento a lo largo, a todo lo largo, del siglo XIX ⁽⁵¹⁾. El político cabe que sea jurista, pero el funcionario que

⁽⁴⁸⁾ M. ARTOLA (ed.), *Enciclopedia de Historia de España*, 4, *Diccionario biográfico*, Madrid 1991, voces de apellidos, Pidal, Moyano, Gamazo y Gil de Zárate, debidas a J.I. MARCUELLO BENEDICTO, J.M. IGLESIAS GALA, J.L. IBÁÑEZ SALAS y M.A. SELLES GARCÍA.

⁽⁴⁹⁾ M. PESET, *La formación de los juristas y su acceso al foro en el tránsito de los siglos XVIII y XIX*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 120, 1971, pp. 605-672; J.M. SCHOLZ, *Amt als Belohnung. Eine spanische Justizkarriere am Ende des Ancien Régime*, en *Ius Commune*, 18, 1991, pp. 51-147.

⁽⁵⁰⁾ A. GIL DE ZARATE, *De la Instrucción Pública en España*, Madrid 1855.

⁽⁵¹⁾ R. JIMÉNEZ ASENSIO, *Políticas de selección en la Función Pública española, 1808-1978*, Madrid 1989.

puede realmente llevar el asunto, precisamente éste, cabe que no lo sea.

El estado que pone tanto interés en el dominio de la universidad en general y de su facultad jurídica en particular parece que no lo aprovecha exactamente a dicho efecto de la propia ordenación y capacitación. Un signo de identidad de aquel sector público español, una constante de todo el siglo, pudo realmente serlo su carácter no facultativo; para un empleo cualificado en la administración general del estado, para la dirección y gestión y no sólo la mecánica y manejo de una burocracia, no hubo principio de exigencia de licenciatura jurídica ⁽⁵²⁾.

La vía común de un ingreso directo no eran los estudios de derecho ni otros universitarios equivalentes. Primaban otras cosas como la que se puede adivinar en el mismo currículo del Gil y Zárate, la del paso por una función de armas, por la milicia nacional como por el ejército, pues ésta del excedente militar sin formación universitaria fue vía primordial y cauce caudaloso de acceso a la administración civil en España a lo ancho, a todo lo ancho prácticamente, del siglo. No era más exigente la política de empleo público, aunque tampoco habrá de despreciarse para entonces, para el sistema que se nos va a revelar, la experiencia e incluso la adecuación de un personal como el militar ⁽⁵³⁾.

La misma política podía ofrecer el tránsito. El acceso a un puesto permanente de la administración a partir del desempeño temporal de algún cargo político hubo de ser también algo no insólito puesto que durante la segunda mitad del siglo llegó a contemplarse y regularse, estableciéndose condiciones. Sin otra facultad universitaria de ciencias políticas, económicas ni sociales que la de derecho, la formación de los políticos solía ser jurídica ⁽⁵⁴⁾, pero esto no estuvo entre dichos condicionamientos para un paso ulterior

⁽⁵²⁾ A. NIETO, *La retribución de los funcionarios públicos en España. Historia y actualidad*, Madrid 1967, caps. 2-5; C. CARRASCO CANALS, *La burocracia en la España del siglo XIX*, Madrid 1975, eps. VII. 2 y VIII.3.

⁽⁵³⁾ E. CHRISTIANSEN, *Los orígenes del poder militar en la España contemporánea, 1800-1854*, Madrid 1974; F. FERNANDEZ BASTARRECHE, *El Ejército español en el siglo XIX*, Madrid 1978; M. BALLBE, *Orden público y militarismo en la España contemporánea, 1812-1983*, Madrid 1983.

⁽⁵⁴⁾ M. y J.L. PESET, *La Universidad española* (n. 4), ep. 25.2.

a puesto de la administración; los requisitos fueron también políticos, de rango que se ha ocupado, o temporales, de edad propia o de tiempo en el cargo, pero no facultativos; puede haber un trasiego de ida y vuelta sin este tipo de exigencia ⁽⁵⁵⁾. Aunque pudiera considerarse que la licenciatura jurídica resultaba conveniente para la carrera política, seguía sin juzgársele en sí precisa para el empleo administrativo, para la función pública.

Dentro del estado y dentro incluso de la administración no dejaban de existir sectores facultativos de derecho; así, primordialmente, la función judicial o la justicia en este sentido, en posición entonces análoga a la de la universidad, como un cuerpo diferenciado del propio estado, como una dependencia cualificada de la misma administración, con garantías teóricas de estabilidad los jueces análogas a las de los catedráticos ⁽⁵⁶⁾. Y en lo que ahora interesa, igual que éstos debían ser doctores, aquellos habrían regularmente de ser licenciados en derecho. Con más o menos exigencias, pudo ser también una constante ⁽⁵⁷⁾. Unos estudios jurídicos inferiores podrían requerírseles a otros, como los notarios, también así facultados y con esto corporativizados dentro de un sector latamente público ⁽⁵⁸⁾.

Y no eran los únicos cuerpos facultativos, así entonces especiales, que la España del XIX produce y la del XX cosecha ⁽⁵⁹⁾, pero

⁽⁵⁵⁾ M. MARTINEZ SOSPEDRA, *Incompatibilidades parlamentarias en España, 1810-1936*, Valencia 1974, ep. II. C.; R. JIMENEZ ASENSIO, *Políticas de selección* (n. 51), ep. I. 2. C. 3.

⁽⁵⁶⁾ F. VILLACORTA BANOS, *Profesionales y burócratas. Estado y poder corporativo en la España del siglo XX, 1890-1923*, Madrid 1989, eps. 2.2.2 y 4.1.1.1; J. MONTERO AROCA, *Independencia y responsabilidad del Juez*, Madrid 1990, ep. 3.A; A. SERRANO, *Der Richter als administrative Kategorie. Zur Semantik des Staates in Spanien. 19. Jahrhundert*, en *Ius Commune*, 17, 1990, pp. 113-135.

⁽⁵⁷⁾ J. PAREDES, *La organización de la justicia en la España liberal. Los orígenes de la carrera judicial, 1834-1870*, Madrid 1991.

⁽⁵⁸⁾ J. BONO HUERTA y otros, *La Ley del Notariado de 1862*, en *Centenario de la Ley del Notariado*, sección I, *Estudios históricos*, I, Madrid 1964, pp. 513-712; F. VILLACORTA BANOS, *Profesionales y burócratas* (n. 56), eps. 2.2.1 y 4.1.2.2; T.R. FERNANDEZ y E. SAINZ MORENO, *El notario, la función notarial y las garantías constitucionales*, Madrid 1990, cap. 2.

⁽⁵⁹⁾ M.A. PERNAUTE MONREAL, *El poder de los cuerpos de burócratas en la organización administrativa española*, Madrid 1978; M. BAENA DEL ALCAZAR, *Estructura de la*

la cuestión a nuestros efectos sigue siendo que por término general la administración del estado, del mismo estado que se ha hecho con la universidad y la misma administración a la que pertenece la facultad, despreciaba por entonces los estudios jurídicos como licencia de habilitación propia. Hay cuerpos especiales y no lo hay general de funcionarios facultados. En esto, cada ministerio constituía un espacio cuyo ticket de entrada no era el grado universitario. Sólo en el siglo XX comenzará realmente a serlo, tardando además en generalizarse ⁽⁶⁰⁾. La taquilla no estaba antes en la universidad ni era tampoco de título.

La administración, estrictamente ella, tampoco deja de dotarse de letrados, de personal facultado en derecho. Mas la composición no se altera; sigue siendo una misma. Dicha dotación no se hace por principio, sino por necesidad, porque la administración se ve arrastrada por los ciudadanos a pleitos con asuntos tan litigiosos como el de la desamortización, la expropiación y privatización de propiedades corporativas ⁽⁶¹⁾; parece un factor clave para una toma de conciencia administrativa a favor del título de derecho en su propio campo, en el suyo mismo. Toda la materia financiera, y muy en particular la tributaria, con todos sus litigios, le abriría entonces los ojos ⁽⁶²⁾.

Unos letrados serán abogados del estado, esto es, funcionarios destinados, no al asesoramiento jurídico del funcionamiento regular de una administración no facultada, sino a su asistencia frente a los privados, frente a sus pretensiones de derecho; y formarán cuerpo

función pública y burocracia en España, Oñati 1984; E. VILLACORTA BANOS, *Profesionales y burócratas* (n. 56), ep. 3.2.

⁽⁶⁰⁾ M. PELAEZ DEL ROSAL (ed.), *Profesiones judiciales y jurídicas*, Córdoba 1988; R. JIMENEZ ASENSIO, *Políticas de selección* (n. 51), cap. II. C.

⁽⁶¹⁾ F. TOMAS Y VALIENTE y otros, *Jurisprudencia administrativa sobre bienes sujetos a desamortización*, en *Actas del III Symposium de Historia de la Administración*, Madrid 1974, pp. 25-144; A. FIESTAS LOZA, *La protección registral de los compradores de bienes eclesiásticos desamortizados, 1863-1869*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 53, 1983, pp. 333-363; F.J. JIMENEZ DE CISNEROS, *Desamortización y Jurisdicción de Hacienda*, en el mismo anuario, 54, 1984, pp. 449-475.

⁽⁶²⁾ E. ESTAPE RODRIGUEZ, *La reforma tributaria de 1845. Estudio preliminar y consideración de sus precedentes inmediatos*, Madrid 1971; E. SIMON SEGURA, *La desamortización española del siglo XIX*, Madrid 1973; J. FONTANA, *La Revolución Liberal (Política y Hacienda, 1833-1845)*, Madrid 1977; M. ARTOLA, *La Hacienda del siglo XIX. Progresistas y moderados*, Madrid 1986.

especial, no administración general ⁽⁶³⁾. Tampoco ha de olvidarse el dato de que el estado ya contaba con defensa en juicio, con procuradores que por él abogaban, los fiscales, función y cuerpo facultativos, pero, dada su incardinación judicial, más difícil de someter a dependencia política ⁽⁶⁴⁾. Se dará también la circunstancia, ya entrándose en el siglo XX, de que el mismo poder central creará un cuerpo estatal para el funcionamiento ordinario de las administraciones locales, con el correspondiente control en teoría de legalidad, cuando no lo tenía equivalente, en tal grado, para sí mismo ⁽⁶⁵⁾. Un consejo de estado tampoco estaba exactamente para esto ⁽⁶⁶⁾.

Se trataba con todo de generar un campo propio de ordenamiento distinto al derecho y de manejo de las interferencias entre uno y otro ⁽⁶⁷⁾. Ni parlamento ni justicia, es la misma administración la que se organiza su propio orden ⁽⁶⁸⁾, sus propios controles ⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶³⁾ S. MARTIN RETORTILLO, *La defensa en Derecho del Estado. Aproximación a la historia del Cuerpo de Abogados del Estado*, Madrid 1986.

⁽⁶⁴⁾ M. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *El Ministerio Fiscal en España*, Madrid 1977, ep. 2.5; S. MARTIN RETORTILLO, *La defensa en Derecho del Estado* (n. 63), ep. 1.3.1; S. GIMENO SENDRA, *Constitución y proceso*, Madrid 1989, ep. 3.A.

⁽⁶⁵⁾ A. BULLON RAMÍREZ, *Historia del Secretariado de Administración local*, Madrid 1968; J. M. CASTELLS, *La Euskadi autónoma y los funcionarios públicos*, San Sebastián 1980, ep. II.C.1.

⁽⁶⁶⁾ J. M. CORDERO TORRES, *El Consejo de Estado. Su trayectoria y perspectivas en España*, Madrid 1944; L. JORDANA DE POZAS, *El Consejo de Estado español y las influencias francesas a lo largo de su evolución*, en sus *Estudios de Administración local y general*, Madrid 1961, pp. 71-90; A. NIETO, «Del Consejo Real como elemento del Gobierno constitucional», en *Revista de Administración Pública*, 84, 1977, pp. 537-552.

⁽⁶⁷⁾ P. L. SERRERA CONTRERAS, *Lo económico-administrativo. Historia y ámbito*, Sevilla 1966, cap. 1; S. MUÑOZ MACHADO, *Expropiación y jurisdicción (Sobre la impugnación del acuerdo de necesidad de ocupación)*, Madrid 1976, cap. 3; P. L. GALAN URBANO, *Privilegios del Estado en el proceso civil de declaración español*, Salamanca 1979, ep. 1.1; J. RODRIGUEZ ARANA, *La evolución histórica de la suspensión del acto administrativo en vía contenciosa en el Derecho español*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 57, 1987, pp. 697-736; F. LOPEZ MENUDO, *Vía de hecho administrativa y justicia civil*, Madrid 1988, cap. 3.

⁽⁶⁸⁾ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Sobre la génesis del Derecho Administrativo Español en el siglo XIX, 1812-1845*, Sevilla 1973, cap. 4, *Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa*, en *Revista de Administración Pública*, 77, 1975, pp. 81-138, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, Madrid 1988, cap. II.IV.

⁽⁶⁹⁾ R. MENDIZABAL ALLENDE, *El Tribunal de Cuentas y el nacimiento de la administración contemporánea*, en *Revista de Administración Pública*, 49, 1966, pp.

También así es como se creaba una jurisdicción administrativa distinta a la justicia ordinaria, primero fuertemente retenida ⁽⁷⁰⁾, luego progresivamente conferida ⁽⁷¹⁾, siempre entonces de título originario propio. Es la línea de intersección entre público y privado, y no lo público intrínseco, lo que así podía mejor cubrirse sujetándose a derecho. Así, lateralmente, se juridificaba, si no un gobierno, al menos su administración; así, como exención del derecho, podía producirse el propio nacimiento de un orden administrativo o en general del ordenamiento público dicho también derecho ⁽⁷²⁾.

Era una administración de gobierno que tenía su cabida y encerraba su lógica dentro de un sistema constitutivamente monárquico; era un poder administrativo de entidad política que, mediante aquella especie de constitución, podía escapar perfectamente a su misma concepción de principio como poder ejecutivo, poder que ejecuta derecho, que se habilita por ley y controla por justicia ⁽⁷³⁾. El poder político no contaba propiamente por entonces

101-141; E. LOPEZ ESCOBAR, *Los orígenes del Derecho Presupuestario Español*, Madrid 1971; A. RAQUEJO ALONSO, *La Intervención General de la Administración del Estado 1808-1974*, en AA.VV., *Itinerario histórico de la Intervención General de Estado*, Madrid 1976, parte II; F. ESCRIBANO LOPEZ, *Presupuestos del Estado y Constitución*, Madrid 1981, cap. 2.

⁽⁷⁰⁾ A. NIETO, *Los orígenes de lo contencioso-administrativo*, en *Revista de Administración Pública*, 50, 1966, pp. 27-50; J.R. PARADA Vázquez, *Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso*, en la misma revista, 55, 1968, pp. 65- 112; A. NIETO, *Sobre la tesis de Parada en relación a los orígenes de lo contencioso-administrativo*, *ibidem*, 57, 1968, pp. 9-33; J.R. PARADA VAZQUEZ, *Réplica a Nieto sobre el privilegio de decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo*, igualmente, 59, 1969, pp. 41-70; A. NIETO, *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*, Madrid 1986, cap. 3.

⁽⁷¹⁾ L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, Madrid 1975; A. MOZO SEOANE, *La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal*, 1894-1983, Madrid 1985, cap. 1.

⁽⁷²⁾ E. GARCIA DE ENTERRIA, *La Administración española*, Madrid 1961, *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, Madrid 1972, *La formación histórica del principio de autotutela de la Administración*, en *Moneda y Crédito. Revista de Economía*, 128, 1974, pp. 57-87, con T.R. FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, Madrid 1981, eps. XXIV. 1-3.

⁽⁷³⁾ P. GONZALEZ MARINAS, *Génesis y evolución de la Presidencia del Consejo de Ministros en España, 1800-1875*, Madrid 1974; A. MENENDEZ REXACH, *La Jefatura del*

con ninguna de dichas coberturas, ni la legal ni la judicial; no las necesitaba (74).

2.2. *Derecho de privado.*

Los facultativos más genuinos del propio estado no son de su administración directa. Los primeros y principales eran los jueces, los cuales no tenían competencia respecto en general al estado ni en particular a la administración; era la zona exenta. Los jueces entendían sustancialmente en asuntos entre privados. No estaban en una posición muy distinta a la de los notarios, facultados inferiores, a la de esta otra función en sustancia también pública y no menos importante entonces para la ordenación de tal sector en definitiva no público, de tal campo no político ni administrativo, el de los privados (75). Es el espacio común también de los abogados, a quienes se les exige igualmente, como a los jueces, la licenciatura; hay un orden corporativo que lo controla (76). Es el terreno fértil, el de valor y provecho, el de cultivo y explotación, de un título como el de derecho.

Es el terreno propio del título jurídico, aunque fuera más ancho el de la facultad de derecho. En lo sustancial, hemos visto que venía a impartirse en una sola licenciatura un doble tipo de enseñanza, una generalista o más teórica de formación política y otra especializada o más práctica de orientación forense. Con sus historias y sus

Estado en el Derecho público español, Madrid 1979, eps. 6.a-b; F. CANOVAS SANCHEZ, *El partido moderado*, Madrid 1982; J.I. MARCUELLO BENEDICTO, *La práctica parlamentaria en el reinado de Isabel II*, Madrid 1986; B. CLAVERO, *Manual de historia constitucional* (n. 45), cap. 5.

(74) T.R. FERNANDEZ y J.A. SANTAMARIA PASTOR (eds.), *Legislación administrativa española del siglo XIX*, Madrid 1977; R. RICO (ed.), *Constituciones históricas, Ediciones oficiales*, Sevilla 1989.

(75) J.M. SCHOLZ, *El notariado catalán y la transformación del campo jurídico en el siglo XIX*, en C. PETIT (ed.), *Derecho privado y revolución burguesa*, Madrid 1990, pp. 209-270, original en *Ius Commune*, 15, 1988, pp. 135-197.

(76) M. BAENA DEL ALCAZAR, *Los Colegios Profesionales en el Derecho administrativo español*, Madrid 1968; A. BERMUDEZ AZNAR, *Contribución al estudio del corporativismo curial. El Colegio de Abogados de Murcia*, Murcia 1969; AMPARO BASTERRA y otros, *El Colegio de Abogados de Alava. 150 años de historia*, Vitoria 1989; E. VILLACORTA BANOS, *Profesionales y burócratas* (n. 56), eps. 1.2. y 4.1.2.1.

filosofías, las externas y las internas al orden positivo, la facultad no sólo consideraba entonces el derecho constituido, sino también el que se decía constituyente, el porvenir, durante una época que tenía conciencia de estar efectivamente constituyendo; miraba así en efecto a la filosofía y a la historia que pudieran y a su entender debieran inspirar y animar, alentar y arropar el derecho; con esto formaba políticos, no funcionarios. Y la facultad atendía el ordenamiento establecido con las miras prácticas de formación de abogados, fiscales y jueces, luego también de notarios, tampoco y nunca entonces de administradores públicos. A la justicia y a la abogacía en especial miraba el grado intermedio que resultaba el principal, la licenciatura.

La misma frustración bajo cualquier forma de un centro de enseñanza de administración pública puede constituir un síntoma de la disolución del derecho en el campo del estado y su gobierno, de esta exención, de tal especie de cancelación. Puede realmente decirse que en esta zona no lo hay, derecho. No se entiende entonces que debiera haberlo en igual sentido y con igual alcance, en el tenor y con el rigor, que hubiera de suponer para los privados. Para aquella administración de estado hemos visto también que servían medios personales como los excedentes militares, con su experiencia administrativa, no de ordenamiento jurídico, de primacía del derecho, sino de orden político, de primado de la jerarquía, de eficacia del poder ⁽⁷⁷⁾.

¿No servía el derecho? No, por lo que se ve, en campo propio. El interés del estado por el adueñamiento de una facultad encierra un sentido que no es el del dominio de la propia ordenación. Con esto ya cuenta. Para esto no necesita entonces de la universidad. Los mismos licenciados que ingresan en el sector público pueden hacerlo por vía política y en todo caso lo hacen encontrándose su formación jurídica mediada por el entendido siempre político de la exención estatal respecto al derecho y la justicia; seguramente, aun no faltando otros casos, éstos tenderían a ocupar los niveles superiores de la administración quedando los inferiores para personal de otra formación como la militar. La universidad y su facultad no es para

(77) R. JIMENEZ ASENSIO, *Políticas de selección* (n. 51), eps.1. C. . c. 2 y II. C. b. 1. 5.

nada de esto para lo que directamente sirven. Su área genuina es otra, que también puede explicar el empecinamiento del estado. Es sustancialmente la privada. Conviene dar, no sólo nombre, sino también identidad.

Estamos en la época de la más profunda alteración del derecho entre privados por determinación política que se ha producido en la historia y de una transformación que, aunque se hace en nombre de la libertad, no deja el propio derecho ni sustantiva ni procesalmente a la disposición o en manos de los interesados, dichos privados ⁽⁷⁸⁾. La vertiente más específica de la formación jurídica, la de abogados, fiscales, jueces y notarios, podía realmente constituir un cauce principal de inoculación de un orden, mediante su asunción por unos profesionales, con esta profesión, para y entre los individuos rasos, tales privados.

La enseñanza más genérica, la de los políticos, también podía concurrir a la inoculación, a este disciplinamiento, a una gestación y digestión, asimilación e imposición, de la nueva cultura de un derecho que no acababa de ser libertad. No es cosa que pudiera hacerse por procedimiento político, por vías de acción directa, y lo es que se hizo dejándosele libres las manos, no tanto precisamente la cabeza, al poder político. A sus efectos, no sólo se trataría de la conveniencia de contarse con unos estudios universitarios generalistas como los de parte de la licenciatura jurídica, sino también de disciplinarse con alguna materia suya ya más específica un orden político y administrativo planteado a espaldas y desarrollado con independencia del propio derecho. El mismo acercamiento relativo del ordenamiento de la administración a un campo jurídico tiene la secuela del divorcio respecto al que, usurpándose siempre el sustantivo, se sigue diciendo derecho político. El derecho mismo ya también siempre se aprendería que era cosa de privados.

La vertiente de transformación cultural tanto práctica de vida como teórica de mentalidad podía ser entonces esencial para todos. Podía ser toda una inculturación, algo más que una política, lo que estaba produciéndose. No sólo de un poder se vivía, sino también de una cultura. El sistema tenía sus complejidades. Había principios y

⁽⁷⁸⁾ B. CLAVERO, *Razón de Estado, Razón de Individuo. Razón de Historia*, Madrid 1991, cap. 2 (= *Quaderni Fiorentini*, 18, 1989, pp. 79-145)

existían realidades. No constituían mundos distintos, aunque tampoco iguales. Ni eran estancos; tenían realidad los unos, los principios, como principio las otras, las realidades. Guardaban relación; no resultaban ajenos entre sí. Y había necesidades no sólo de ordenación, sino también de legitimación. Aun exento, el poder político no era indiferente al derecho. Habría razones para que no se desentendiese de una facultad jurídica ni se contentase con una enseñanza administrativa; las había para todo esto y para eludirse a un tiempo el ligamen del derecho.

El propio monopolio estatal de la universidad vino como sabemos por el compromiso constitucional con una cultura de libertad que habría de tener también un desenvolvimiento acorde con motivos y conforme con procedimientos de libertades, de acuerdo y conformidad todo ello con derecho. Así cuando menos inicialmente se legitimaba. Fue el comienzo como vimos, el principio que permitió la nacionalización, el monopolio. Unos arranques constitucionales más comprometidos tampoco es que sean gratuitos; porque fueran en falso, no fueron en vano. No se produjeron en balde. El estado pudo por lo pronto aprovecharse, hacerse con el asunto. Y mantuvo la exclusiva cancelando la inspiración, con independencia y al margen de compromisos tanto procesales, parlamentarios, como sustantivos, de libertades. Procede a espaldas del derecho sin volvérselas a su facultad.

Si la facultad de un derecho de privados no se dejó de la mano, si se mantuvo bajo la férula del estado, algún otro interés suyo estaría latente y acabaría operando; sería en definitiva el decisivo. Porque no lo fuera en cosa propia, no iba a serle completamente ajeno. Ya podía una cultura aquí efectivamente interesarle. La historia jurídica del XIX español lo es de un intento trabajoso y nunca plenamente logrado de adopción e implantación de un sistema legalista como el de la codificación de matriz napoleónica sin el acontecimiento previo de una revolución que, como la francesa, dejase socialmente expedito el terreno y culturalmente motivado el cambio ⁽⁷⁹⁾. La

⁽⁷⁹⁾ J.F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación Española*, Madrid s. d., desde 1970; J. M. SCHOLZ, *Spanien*, en H. COING (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, III, *Das 19. Jahrhundert*, vols. 1-2, Munich 1982, pp. 397-686 y 2403-2442 respectivamente.

legalidad estaría especialmente precisada de legitimidad; el derecho, de inculturación. Haría falta la facultad jurídica, esta universidad, como algo más que una correa de transmisión; el mismo estado la necesitaría no sólo a los efectos de impartir ley e inculcar ordenamiento. Está en danza algo más, una cultura.

Se requería el cultivo de un determinado entendimiento del derecho que la universidad y su facultad no parece que dejaran en efecto de brindar. Satisficieron por lo que parece su función. La misma codificación pudo, si no completarse ni redondearse, al menos establecerse e implantarse, con promoción suficiente y cobertura pasable de la misma parte universitaria. Tampoco es que hubiera aquí un género cerradamente exegético, como hemos constatado que no hubo una enseñanza de esta clase, pero se produjo la literatura oportuna no mucho para prepararse y algo más para allanarse los caminos de los codificación ⁽⁸⁰⁾.

La cultura jurídica distaba en todo caso mucho de resultar aquí monolítica. En la propia época, en el mismo siglo XIX español, hacia sus postrimerías, logra incluso predicamento social y presencia universitaria una posición adversa a los códigos, no sólo en principio, sino también en su versión más ligera española. Tanto el modelo napoleónico como la aplicación doméstica de la codificación llegaron entonces justamente a considerarse la forma en derecho de sustracción de libertades presupuestas por el propio orden constitucional, el modo de privación de una libertad civil, de los individuos llanos en su vida privada, más importante incluso que la libertad política, de los ciudadanos activos a los efectos públicos ⁽⁸¹⁾.

Interesan las razones de aquella impugnación en toda regla de la

⁽⁸⁰⁾ M. TORRES CAMPOS, *Bibliografía del Derecho y de la Política* (n. 21), parte especial, III-VI; J. M. SCHOLZ y P. DEL POZO, *Spanien*, en F. RANIERI (ed.) *Gedruckte Quellen der Rechtsprechung in Europa, 1800-1945*, Frankfurt a.M. 1992, pp. 901-952.

⁽⁸¹⁾ B. CLAVERO, *El Método entre infieles o el Código en España*, en la entrega de estos *Quaderni* dedicada a François Gény, respecto esencialmente a W. (G. DE AZCARATE), *Minuta de un testamento*, Madrid 1876 (ed. E. DÍAZ, Barcelona 1967); E. GINER DE LOS RÍOS y A. CALDERÓN, *Resumen de Filosofía del Derecho*, Madrid 1898 (*Obras completas del primero*, vols. XIII-XIV, Madrid 1926); y J. COSTA, *El problema de la ignorancia del Derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre*, Madrid 1901 y ss. (G.J.G. CHEYNE, *Estudio bibliográfico de la obra de Joaquín Costa*, Zaragoza 1981, entrada 52).

codificación. Al representar la imposición general de la ley de determinación política sobre la costumbre de autonomía social y al significar también la concreta imposición de un orden determinado de familia y propiedad por encima de la libertad y disposición de los individuos, pudo entenderse que la codificación implicaba dicha precisa sustracción, una tal privación. Encerraba un derecho que privaba del derecho. Con este grado de conciencia, ya también existía una cultura jurídica que, escapando al control estatal de la universidad y a la censura de la iglesia, pudo acusar estas cosas interesantes para nuestra propia comprensión.

Existía una cultura alternativa en el mismo terreno jurídico del campo constitucional que había podido eclosionar entre 1868 y 1873, años de libertades, de aquella revolución constitucionalista que dije ⁽⁸²⁾. Pudo entonces plantearse la misma constitución política sobre unos principios ajenos al modelo napoleónico en boga, así por ejemplo, de administración representativa, de articulación comunitaria, de justicia ciudadana, de libertad civil o de la procesal de defensa; son principios que luego sintomáticamente no sabrán ni siquiera identificarse, cuanto menos apreciarse, ni en su aspecto de justicia ⁽⁸³⁾, ni en el de administración ⁽⁸⁴⁾. Fueron momentos que también dijimos de una libertad de enseñanza más fructífera cultural que institucionalmente. En los años consecutivos toda esta otra cultura, aun frente a enemigas, no cejó y siguió pujando. Ahora interesa por cuanto explica.

Con áreas descontroladas, será doblemente comprensible el

⁽⁸²⁾ B. CLAVERO, *Manual de historia constitucional* (n. 45) caps .7-8, *Razón de Estado, Razón de Individuo* (n. 78) , cap. 3.

⁽⁸³⁾ V. FAIREN GUILLEN, *La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio español*, en sus *Temas del Ordenamiento Procesal*, II, *Proceso civil. Proceso penal. Arbitraje*, Madrid 1969, cap. IV.2; J.A. ALEJANDRE, *La justicia popular en España. Análisis de una experiencia histórica: los Tribunales de Jurados*, Madrid 1981; R. COVOS GAVALA, *El Juez de Paz en el Ordenamiento Jurisdiccional Español*, Madrid 1989, caps. 2-3.

⁽⁸⁴⁾ M. GARCÍA CANALES, *La teoría de la representación en la España del siglo XX. De la crisis de la Restauración a 1936*, Murcia 1977; A. MARTINEZ MARIN, *La representatividad municipal española. Historia legislativa y régimen vigente*, Murcia 1989; M. SANTANA MOLINA, *La Diputación Provincial en la España decimonónica*, Madrid 1989; A.L. ALONSO DE ANTONIO, *La Diputación Permanente de las Cortes en la historia constitucional española*, Madrid 1991.

afán de dominio estatal de la facultad jurídica. Pero basta con la única razón primaria del establecimiento de un derecho de privados que no se les confiaba. A ellos sustancialmente afectaba, pero no por ello había de ser indiferente al propio estado. Era centro de formación la facultad ante todo de jueces, fiscales, abogados y finalmente también de notarios, cuyas mismas funciones, las de todos ellos, tampoco se concebían realmente en forma pasiva de cara a los privados, a disposición suya.

Ya constituían actividades facultativas y profesionales porque inculturaban y ordenaban. Eran vías de inoculación de orden a los privados en su propio campo; éstos podían encontrarse con un control de legalidad similar, por comparar, al que la administración estatal acabó aplicando a la municipal y nunca se aplicó a sí misma. Para que jueces o notarios ejerciesen con eficacia la función, habían de conocer un ordenamiento y además creer en él, tener una profesión que era además confesión. Lo conseguía, debería conseguirlo, la facultad.

Y la facultad también interesaba a la formación de un personal político, para lo que puede decirse lo propio. Para propugnarse y promocionarse un ordenamiento como el que podía representar la codificación, este modelo, había de tenerse antes y más una creencia que unos conocimientos. Era sobre todo confesión lo que a este efecto se precisaba. Lo conseguía, debería conseguirlo, la universidad, con sus asignaturas de historia y filosofía además o en el interior incluso de las de derecho, dentro todo de su licenciatura.

Con las necesidades del caso, de legalidad y no sólo de legitimidad, igualmente precisaba de la inculturación dicho personal político, tanto el de parlamento como el de gobierno o, por generalizar, el legislador, pues legisladores eran entonces ambos. Pero no todos los agentes necesitaban del cultivo. Por lo visto, quien no lo precisaba era precisamente un servicio civil, un medio personal, el funcionario.

El derecho no es ni exclusiva ni primordialmente política; resulta ante todo cultura. No se pierda esto de vista cuando nos encontramos ante un cambio de fondo como el que se produce en el XIX. Antes que político, en lo que toca al propio derecho, fue cultural. La universidad y su facultad jurídica, estos centros de estado, podían entonces constituir unos elementos claves, no para la

formación de los funcionarios de un poder suficiente y exento, sino para la conformación de los ciudadanos de una sociedad civil y política, no digo para la deformación. Con las dificultades afrontadas por la codificación, la reducción del ordenamiento de derecho a ley de estado, una función universitaria, dicha misión, pudo resultar aquí doblemente precisa.

Tal podía ser el caso. Topándose con serias resistencias, la misma suerte del sistema podía librarse en el envite de una cultura que para los privados al fin y al cabo era de predicación y privación de libertad, todo a un tiempo. Tal era la cuestión. La universidad y su facultad, reflejándose en todos los órdenes, parece que sirvieron.

Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. Asimismo tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes.

Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto de los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.

Constitución española, 1978

3. UN DESVIO Y UN LASTRE

La historia parece condenarnos a un papel servil de inyección de disciplina con ilusión de cultura. Pero no solamente somos, por fortuna, historiadores. Además de la historia existe el derecho; la primera sólo es vía, mientras que el segundo puede ser meta, nuestro objeto. ¿Puede ser el derecho finalmente para nosotros, no sólo mundo, sino también universo? ¿Defecionamos entonces de la historiografía? ¿No puede mantenerse en pie nuestro complejo? ¿No se sostiene ni para la parte que más nos toca, la del derecho actual, la de su propia y concreta historia?

3.1. *Desvío de historia.*

La historia es historiografía. No cabe del pasado experiencia directa, sino una mediada por este género en parte documental y en parte literario, en parte también ilusionista e imaginativo, esto es,

por las representaciones históricas que se formen y las publicaciones historiográficas que las conformen. Si se está acudiendo a unas lecturas, podrá venirse comprobando un estado problemático de esta historia, irregular de esta historiografía. Pero tal no es, no creo que deba ser, nuestra cuestión ahora ⁽⁸⁵⁾. Lo citado nos rinde, si no copia de noticias ni satisfacción de análisis, suficiencia de indicios y dibujo de líneas. Y no me gustaría además ofender la inteligencia del lector con la impertinencia de mi lectura. En esto seré, por discreto, sumario.

La historiografía está presente desde un primer momento haciéndose cargo por ejemplo, sin ir más lejos, del estado, y no sólo de su imagen, sino también de su orden ⁽⁸⁶⁾, aunque no siempre se advierta ⁽⁸⁷⁾. Con la historiografía mediante, una cosa y la otra, la exención del derecho en suma, pudo imponerse ⁽⁸⁸⁾. La cobertura ya sabemos que no era ni legal ni judicial; podía ser ante todo historiográfica. Tampoco voy a descubrir a esta alturas el mediterráneo de una historiografía jurídica que, extendiéndose tan profusa como profundamente por el pasado, pudo servir durante el XIX a una inculturación, la cual, igual que juridificaba, escindiéndolo, el mundo de los privados, ordenaba, eximiéndola, el área del estado. Para unos correspondía el derecho; para el otro, un ordenamiento diverso.

Viniéndose de una sociedad de otra base bien distinta, ni de composición jurídica ni de ordenación política, la historia del derecho tuvo

⁽⁸⁵⁾ De todo lo citado, las páginas especialmente valiosas para mis cuestiones, de las que no podría hacer gracia, son las de Mariano PESET (nn. 43 y 47), Rafael JIMENEZ ASENSIO (n. 51), FRANCISCO VILLACORTA (n. 56) y Johannes Michael SCHOLZ (n. 75).

⁽⁸⁶⁾ F. COS GAYON, *Historia de la Administración Pública de España en sus diferentes ramos de Derecho Politico, Diplomacia, Organización Administrativa y Hacienda, desde la dominación romana hasta nuestros días. Seguida de un indice alfabético de libros originales de autores españoles sobre las diversas materias de la Administración*, Madrid 1851; M. TORRES CAMPOS, *Bibliografía del Derecho y de la Política* (n. 21) parte especial, I-II.

⁽⁸⁷⁾ R. CALLE SAIZ, *La Hacienda Pública Española. Un análisis de la literatura financiera*, Madrid 1978, caps. 9-10; A. NIETO, *Apuntes para una historia de los autores de Derecho administrativo general español, en 34 artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, Madrid 1983, pp. 17-67.

⁽⁸⁸⁾ M. ARTOLA, *El Estado*, en M. Artola (ed.), *Diccionario de Historia de España*, 2, *Instituciones Políticas. Imperio*, Madrid 1998, pp. 93-163.

en ello sus méritos, por no decir sus virtudes. Con solvencia y eficacia concurrió a la imposición de la naturalidad, a la superación de la contingencia, de una cultura presente mediante no sólo su proyección pretérita, sino también su construcción intemporal. Inculturó. Lo cual, todo lo cual, pues resiste bastante todavía dicha imagen de naturaleza y dicha ficción de historia, conviene que se subraye. Pero no es cosa como digo que aquí ahora se descubra y traiga a la luz ni vaya por lo tanto a argumentarse ni probarse. Sólo se recuerda.

Los tiempos son ahora también otros y la historiografía no cesa, con su propio modo de abordar y entender las cosas. Sin ir tampoco más lejos, por ejemplo, puja fuerte en el capítulo universitario cuya imagen y cuyo orden pueden más afectarnos ⁽⁸⁹⁾; ni en esto estamos tan distantes de periodos más demiúrgicos de las almae matres ⁽⁹⁰⁾. Pero ya sólo trato de la historia contemporánea, la que incide de modo directo sobre cuestiones presentes. Otra historiografía jurídica, la que se ocupa de otros tiempos, aun pudiendo también importar al nuestro sus planteamientos, está quedando fuera de juego a todos estos efectos ⁽⁹¹⁾. La historia que tenemos es la del derecho que hemos tenido ⁽⁹²⁾, pero ahora la que nos interesa no es tanto de historiadores del derecho como de los propios juristas. Es historia de juristas y no raramente de administrativistas, los especialistas de la exención precisamente ⁽⁹³⁾.

⁽⁸⁹⁾ R. GIBERT, *Espagne*, en *Bibliographie internationale de l'histoire des Universités*, I, Ginebra 1973, pp. 1-100; A. GARCIA Y GARCIA, *Bibliografía de historia de las universidades españolas*, en *Repertorio de Historia de las Ciencias Eclesiásticas en España*, 7, Salamanca 1979, pp. 599- 627, anunciando prosecución que se ha efectuado en otras sedes de historia universitaria.

⁽⁹⁰⁾ A. MARTIN VILLA (rector de la universidad sevillana entre 1854 y 1868), *Reseña histórica de la Universidad de Sevilla y descripción de su Iglesia*, ed. F. COLLANTES DE TERAN, Sevilla (Sociedad de Bibliófilos Andaluces) 1886; facsímil de la parte de historia universitaria, Sevilla (Universidad) 1976.

⁽⁹¹⁾ *Anuario de Historia del Derecho Español*, 51 bis, 1982, *Historia e Índices*, no sólo por los segundos, obra de A.M. BARRERO GARCÍA, sino también por la primera, versión de A. GARCIA GALLO.

⁽⁹²⁾ B. CLAVERO, P. GROSSI, F. TOMAS Y VALIENTE (eds.), *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, Milán 1990.

⁽⁹³⁾ Es circunstancia de la historiografía institucional española de la edad contemporánea, con una historia general tan osada como insegura, una especial de la educación no menos crecida por más bisoña, la jurídica vocacionalmente inhibida, un

Esta historia considera la situación de su campo como producto sustancialmente de unas deficiencias, de la falta de una distinción entre Gobierno y Administración, con mayúsculas suyas, y de las carencias por lo visto consiguientes de legalización y profesionalización de la segunda ⁽⁹⁴⁾. Otros términos de progresión ni se conciben. A esta visión se suma otra no menos generalizada tanto entre juristas historiadores como entre historiadores juristas. Me refiero a aquélla que contempla la codificación legislativa y la misma profesionalidad jurídica, comenzándose por la judicial, como exponentes indiscutibles de libertad y conquistas inequívocas de derecho, todo lo cual habría podido en consecuencia plantearse y establecerse por sus virtudes culturales y demás méritos intrínsecos.

Es la visión según la cual los códigos serían compañeros naturales de las constituciones guardándose la debida distinción ⁽⁹⁵⁾; puede brillar con la separación entre las historiografías de las unas y de los otros, la de las constituciones y la de los códigos, y apagarse con el choque de una zona de intersección, la de la justicia por ejemplo ⁽⁹⁶⁾. Sobre supuestos tales, el acuse de la época, aquella contrariedad que vimos tanto respecto al sistema como a su práctica, ha caído en saco roto ⁽⁹⁷⁾. Entonces, sufriendose, es cuando se acusa; hoy, soportándose, ni siquiera se diagnostica. Ya por haberse frustrado un sistema distinto, aquel otro, por ejemplo, de administración representativa, justicia ciudadana y libertad civil, sólo es el actual el que sabe observarse; si antes hay diferencias, serán por lo visto variantes; serán por lo común carencias, esto es, aquellos fallos que hoy se estarían salvando.

género constitucionalista empeñadamente ensayístico, otro procesualista ciegamente positivista y, en fin o así con todo lo primero, el administrativista de una preocupación genética que le hace historicista. El conjunto de mis referencias ha debido servir no sólo para reflejar pautas, sino también para salvar excepciones.

⁽⁹⁴⁾ *Documentación Administrativa. Índice general 1-200, 1958-1984*, Madrid 1984, por los trabajos históricos de apoyo a reforma administrativa en su órgano oficial, ahorrándome así siempre confrontaciones, aligerando el desvío.

⁽⁹⁵⁾ F. TOMAS Y VALIENTE, *Códigos y Constituciones, 1808-1978*, Madrid 1989.

⁽⁹⁶⁾ J.M. SCHOLZ, *Projekt: Spanische Justiz im 19. Jabrhundert*, en *Ius Commune*, 15, 1988, pp. 209-229; A. SERRANO, *Paradoxe Justiz als Thema. Zu Diskussion und Forschungsstand in Spanien*, en el mismo órgano, 16, 1989, pp. 314-337.

⁽⁹⁷⁾ E. DIAZ, *La filosofía social del krausismo español*, Madrid 1973.

No es la historia, sino la historiografía, la que puede hoy constituir un problema para el derecho; aún anida en su seno y no es indiferente a su cultura. ¿Renunciamos entonces a ella, quiero decir a la única que podemos, a la segunda, a la obra no sólo de los historiadores juristas, sino también y muy especialmente ahora a la de los operadores inversos, los juristas historiadores? Facilitaría la conclusión de mi discurso, pero no se puede ser tan anarquista ⁽⁹⁸⁾. Esta historia de matriz jurídica, de cordón umbilical con el derecho actual, esta historiografía contemporánea, la que nos atañe, se ha reputado imposible, pero tampoco se puede ser tan cómodo ⁽⁹⁹⁾. Existir, existe. Puede ser la única historia jurídica que a estas alturas goce de esta vitalidad, de esta forma no gratuita y este grado contrastable de existencia.

Estamos con una historiografía que trata directamente de nosotros; la fábula no habla de otros. Se ocupa del presente desde su mismo punto de partida convirtiéndolo en premisa; otra no conoce. Su objeto es nuestro estado, nuestra administración, nuestro ordenamiento, nuestra universidad, nosotros mismos, nuestra condición, nuestros derechos, nuestra libertad. Debemos vérnosla y habérsela con ella, con la historiografía jurídica de la edad que decimos y sentimos contemporánea. No es posible sortearla.

3.2. *Lastre de derecho.*

La evidencia rendida de la situación del XIX no responde con exactitud, directamente, a las presunciones de entonces de un estado de constitución ni tampoco exactamente, con anticipación, a las suposiciones de ahora, las de hoy, de un estado de derecho. En primer lugar, nos encontramos ante una administración de gobierno, un poder administrativo de entidad política que podía escapar efectivamente a sus propios principios constitutivos mas sin dejar de responder por ello al sistema de constitución establecido. En se-

⁽⁹⁸⁾ B. CLAVERO, *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, Milán 1991, ep. 2.4.

⁽⁹⁹⁾ A. IGLESIA FERREIROS, “*Doctrinas e instituciones civiles: Familia, patrimonio, sucesiones*”. *La situación de los estudios de Historia del Derecho Privado en España*, en eds. vv. , *Hispania* (n. 92), I, pp. 205-314.

gundo lugar, nos hallamos ante un entendimiento del derecho y la justicia que no dejaba tampoco de corresponderse con el sistema; eran sustancialmente de privados sin quedar por esto a su disposición. En tercer lugar, nos encontramos con una historiografía que nos tiene acostumbrados a una visiones, cuando no contrarias, distintas. Y no tanto en cuarto lugar como en la fila cero, tenemos hoy un ordenamiento, otro sistema, con unas perspectivas en cambio de libertad que así no sólo pueden distorsionarse, sino también pervertirse.

Estamos asentados sobre un estrato ya bien sólido, el del sistema precedente. Puede que operemos, si no con su mentalidad, también sobre ella. No nos decidimos a tomar en serio la misma posibilidad de alternativa. Tomada al menos en consideración, hecha la puntualización, podré arriesgar posiciones que de otra forma se malinterpretarían. Tampoco es que sea un riesgo personal. Al fin y al cabo, llegados a conclusiones, no es que yo piense lo que sigue, sino que pienso que esto es lo consecuente.

Y he aquí la cuestión; no es otra que ésta: la historia jurídica de la edad contemporánea, la historiografía que es más obra de juristas, la que resulta realmente beligerante en el campo del derecho, esto era en suma, la que importa, ¿no está hoy sirviendo para prestar cobertura al establecimiento y conservación de un sistema incongruente, de un sistema que no responde llanamente a sus principios, que sencillamente los defrauda? El pasado de la historia tal vez sea el presente del derecho y no por su propio peso, sino por mediación siempre de la historiografía. Ya sería una hipoteca. Ya puede que sea un lastre.

3.2.1. Historia desviada y derecho lastrado.

El presente del derecho es el pasado de la historia, de la que tenemos, de la historiografía. Vamos a la reflexión. ¿No será también la inversa? En el siglo XX por una parte hemos venido visiblemente a la misma inspiración de libertad que la alternativa fracasada del XIX y, por otra, no se han extraído palpablemente sus mismas consecuencias de principios. El sistema de recambio no ha venido a identificarse exactamente con las previsiones efectuadas durante

unos tiempos más fundacionales. No se ha ido a un ordenamiento tan fundado en libertades ⁽¹⁰⁰⁾.

Se ha legalizado y profesionalizado la administración; se ha profesoralizado y corporativizado la universidad, pues sería mucho decir que ahora sea autónoma y esté en trance de socializarse o que como entidad de estado quepa todo esto ni siquiera ⁽¹⁰¹⁾; pero se ha reducido una exención, la de un poder, y se ha relajado una dependencia, la de una cultura ⁽¹⁰²⁾. Se ha abierto un espacio de libertad, mas no se ha vuelto al entendimiento de que su postulación como principio requeriría todo un replanteamiento, una refundación, del propio sistema, de una administración y una universidad por lo pronto, de una justicia y un derecho en definitiva.

Hoy estamos empeñados más bien en otra cosa, en el acoplamiento entre la exención decreciente del estado y la extensión creciente del derecho con una contribución señalada de la historia, quiero decir así de la historiografía, y de la que más sirve a tal efecto, la contemporánea, la de tiempo constitucional que maneja los elementos. ¿Mas no se predica otra cosa por los propios principios expresos del constitucionalismo nuestro? ¿No entronizan el derecho en su sentido como principio, no de estado, sino de libertad? ¿No ha de ser función suya, de este principio, todo el resto? Si así fuera, la cuestión radicaría, no en aquella ponderación, no en aquel ajuste, sino en el puro desempleo del estado y en el pleno empleo del derecho, con desahucio en fin de la historia. Dónde queda entonces una profesión o incluso una cultura, ya dependerá de ellas mismas.

Del derecho depende el derecho. Y hay paro. Existe un lastre que no se está achicando. No es de historia, sino de historiografía; no es de pasado, sino de presente. Y no es de constitución, sino de cultura. No somos pacientes de secuelas, sino agentes de distorsio-

⁽¹⁰⁰⁾ B. CLAVERO, *De un derecho, la constitución, y de un revés, la historia*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 60, 1990, sección de *Historiografía*.

⁽¹⁰¹⁾ Consejo de Universidades, *Las enseñanzas universitarias en España y en la Comunidad Económica Europea*, Madrid 1986.

⁽¹⁰²⁾ J. DAMIAN TRAVERSO (ed.), *Educación y Constitución*, Madrid 1978; J.M. MARAVALL HERRERO, *La reforma de la enseñanza*, Barcelona 1984; A. NIETO, *El futuro de una Universidad en crisis*, en *Fundación Juan March, Pasado, presente y futuro* (n. 26), pp. 117-140; M. PUELLES BENITEZ, *Educación e ideología* (n. 1), apéndice de la segunda edición, 1986; L. MARTÍN RETORTILLO, *A vueltas con la Universidad*, Madrid 1990.

nes. Con el tratamiento de lo primero, la secuencia histórica, se puede estar tratando de lo segundo, la desvirtuación jurídica. La historiografía puede ser disciplina; la historia administrativa, derecho administrativo. Es la misma profesión y no es el mismo derecho. Sigue escindido. ¿Mas no tenemos ahora unos principios integrales? Son también hoy paladinos.

Por ejemplo, sin ir nunca más lejos, estos principios pueden proclamar incluso cosas como una igualdad básica de acceso a funciones públicas con determinados requerimientos de justificación constitucional y formalidad legislativa de las cualificaciones concretas, universitarias eventualmente, con el éxito a la vista no sólo de imposibilidad de un régimen sin miramientos para con una especie tal de requisitos, sino también de presunción de bondad en todo ello. Así sigue construyéndose imagen y disciplina, historia y ordenamiento. A lo que ahora nos importa, resulta el equívoco de un pasado deficiente que progresa hacia su suficiencia como presente nuestro o como porvenir también propio y que sólo además de esta forma se aborda y entiende; tenemos el malentendido de una historia que, si no se hace ordenamiento, está encubriéndolo.

Si hay un problema constitucional en la España del XIX, no era la falta de profesión, sino la exención de derecho. Y esto tampoco tenía por qué ser una anomalía o alguna incongruencia si se contempla, no a partir de presuposiciones nuestras, sino en su propio momento, dentro de aquel estrato de un constitucionalismo que en su misma posición estatal, con la asistencia monárquica, podía encerrar la excepción. Lo ocasional podía ser constitutivo ⁽¹⁰³⁾. El problema existe si las composiciones no se depuran por completo en un orden constitucional que como tal ya no conoce, aunque no repudie, un principio de exención ⁽¹⁰⁴⁾. Con su secuencia, con el nexo, ya sólo con esto, la historiografía, si no es cómplice, actúa de encubridora.

La historia no es coartada, pero lo resulta. La comunicación entre los estratos, esta confusión entre el historiador y el jurista, no

⁽¹⁰³⁾ P. CRUZ VILLALON, *El estado de sitio y la Constitución. La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado, 1789-1878*, Madrid 1980.

⁽¹⁰⁴⁾ P. CRUZ VILLALON, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad, 1918-1939*, Madrid 1987.

es contrabando, pero lo organiza. Aun cuando desde un comienzo de la propia historia pueda tratarse de la vertiente más constitucional para nuestras mismas perspectivas ⁽¹⁰⁵⁾, las piezas que marcan diferencias siempre son claves, cuando no las claves mismas ⁽¹⁰⁶⁾. Aunque pueda presumirse una virtud positiva en la recuperación histórica no insensible ⁽¹⁰⁷⁾, no deja de existir lastre, lo más pesado ⁽¹⁰⁸⁾, ni de gravitar su peso todavía, lo más persistente ⁽¹⁰⁹⁾. Entre historia y presente, con estas confusiones, ni la punta del iceberg, ni lo más visible siquiera, consigue dar con sus coordenadas ⁽¹¹⁰⁾.

Son aspectos de aquel derecho de privados que no servía a su propia libertad; son cuestiones que no acaban de saber situarse en su propio sistema. La existencia colonial de esclavitud, el estado doméstico de la mujer y la situación de hecho del trabajo, los extremos a los que se ha hecho referencia, se ven retrospectivamente en

⁽¹⁰⁵⁾ M. LORENTE SARINENA, *Las infracciones de la Constitución de 1812. Un mecanismo de defensa de la Constitución*, Madrid 1988; C. ALVAREZ ALONSO, *El derecho de seguridad personal y su protección en las dos primeras etapas liberales*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 59, 1989, pp. 283- 350; A. FIESTAS LOZA, *La libertad de imprenta en las dos primeras etapas del liberalismo español*, en este mismo número, pp. 351-490.

⁽¹⁰⁶⁾ C. PETIT, *Amos, sirvientes y comerciantes. Algo más sobre el primer modelo constitucional*, en ib. ed., *Derecho privado y revolución burguesa* (n. 75), pp. 87-122.

⁽¹⁰⁷⁾ J.M. ROMERO MORENO, *Proceso y derechos fundamentales en la España del siglo XIX*, Madrid 1983.

⁽¹⁰⁸⁾ A.F. CORWIN, *Spain and the Abolition of Slavery in Cuba, 1817-1886*, Austin 1967; F. SOLANO (ed.), *Estudios sobre la abolición de la esclavitud*, Madrid 1986; C. NAVARRO AZCUE, *La abolición de la esclavitud negra en la legislación, española, 1870-1886*, Madrid 1987.

⁽¹⁰⁹⁾ G.M. SCANLON, *La polémica feminista en la España contemporánea, 1868-1974*, Madrid 1976; G.A. FRANCO RUBIO, *La incorporación de la mujer a la administración del estado, municipios y diputaciones, 1918-1936*, Madrid 1981; R.M. CAPEL MARTÍNEZ, *El trabajo y la educación de la mujer en España, 1900-1930*, Madrid 1982; C. FAGOAGA, *La voz y el voto de las mujeres. El sufragismo en España, 1877-1931*, Barcelona 1985.

⁽¹¹⁰⁾ M.R. ALARCON CARACUEL, *El derecho de asociación obrera en España, 1839-1900*, Madrid 1975; A. MARTÍN VALVERDE, *La formación del Derecho del Trabajo en España*, en eds. vv., *La legislación social en la Historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Madrid 1987; J.I. PALACIO MORENA, *La institucionalización de la reforma social en España 1883-1924. La Comisión y el Instituto de Reformas Sociales*, Madrid 1988; A. SOTO CARMONA, *El trabajo industrial en la España contemporánea, 1874-1936*, Madrid 1989.

términos de abolición, superación y jurifidificación, y no introspectivamente, con consistencia propia, para su mismo tiempo.

¿Qué le va al sistema actual en todo esto? Unos dirán que el simple mantenimiento del estado civil sigue afectando negativamente a la mujer; otros podrán hablar de secuelas no menos negativas de la formación separada de un derecho del trabajo; algunos también se referirán a las discriminaciones hoy achacables a un pasado de esclavitud. Pero el problema radica precisamente en la imputación a la historia, en el puente que entonces conecta con el derecho. Problema es entonces la historiografía jurídica, exactamente ella.

Un sistema que podía incluir perfectamente cosas como la condición servil, la sujeción femenina y la discriminación laboral no podía reponder a un principio de libertad individual, pero el hecho es que ya lo conocía, sólo que como medio para el propio establecimiento. Unas constituciones política y doméstica de poderes podían también integrar en su mecanismo la de carácter jurídico que, si no se basaba ni parece entonces que pudiera hacerlo en unos principios de determinación y responsabilidad personales, tampoco es que desconociera libertades. Todo aquello producía su lógica de estados tantos civiles como políticos y de otras ramificaciones y compartimentaciones del propio ordenamiento que concebía y condicionaba, comprendía y determinaba, derechos individuales. Si viene un sistema profeso de las libertades como principios, del derecho como ordenamiento, tenerlo por puro desenvolvimiento, considerar que no rompe tracto, ¿no es la forma precisamente de lastrarlo?

No lo hace materialmente la historia del derecho, sino culturalmente la historiografía que le es interna, esta debilidad de los juristas, de todos ellos y no sola, necesaria ni primordialmente de los historiadores. Dicho sea entonces sin personalizar, ¿no es determinación y elemento del sistema, más que servidumbre ni residuo del pasado, la imposición todavía de cosas como unos estados civiles, unos derechos escindidos y unas discriminaciones sociales? Si así fuere, la responsabilidad no compete a los predicados constitucionales, sino a los intérpretes culturales, juristas que no saben prescindir ni pasar de la historia, historiadores que no sabemos colocarla

ni mantenerla en su sitio ⁽¹¹¹⁾ . Son determinaciones, son elementos, que ahora contradicen principios, unos principios de integridad, la integridad de la libertad. Un sistema íntegro, ¿no es responsable de sí mismo? Unos sujetos libres, ¿no lo somos de nosotros mismos?

Qué le va al sistema actual quería decir qué debe irle. ¿Qué le aprovecha la historia por muy propia que sea? ¿No debieran bastarle sus principios precisamente por íntegros? ¿No precisa una cultura ya libre de tales lastres, que comience realmente por ignorarlos, que así se libere radicalmente de ellos? La posición científica de la historia del derecho ya tampoco es comparable con la clásica del XIX. La jurisprudencia, la prudencia jurídica, puede prescindir perfectamente de la historiografía cuando el orden está constituido sobre principios propios de predicación integral; debe incluso hacerlo cuando corre el riesgo aunque sólo fuera de amortiguar, tanto más si es de desvirtuar, ya sin excusa si puede ser de neutralizar, los susodichos principios. Ya no hay, no debe haber, disciplina que inculturar, sino libertad que aculturar. La diferencia está hecha. No es un juego de palabras. Se incultura por encima y en contra de la libertad; se acultura con el fin y por medio de ella.

3.2.2. Facultad universitaria y constitución jurídica.

Estamos hoy también enfrascados en el acoplamiento entre una universidad originariamente de estado y unos principios constitucionales de autonomía orgánica. Tampoco es que el régimen institucional se deduzca del predicado jurídico, sino que se trata precisamente de un ajuste con la estructura ya establecida ⁽¹¹²⁾; porque se llegue al punto de que un texto constitucional, como el español, considere la autonomía corporativa de la universidad un derecho fundamental a la altura de los individuales y de que una jurisdicción igualmente constitucional, como la española, quiera tomárselo en

⁽¹¹¹⁾ F. GALINDO AYUDA, *Notas sobre la dogmática del derecho de familia (Un estudio de manuales)*, en *Revista de Derecho Privado*, 1983, 7, pp. 643-670; B. CLAVERO, *Institución de la reforma social y constitución del derecho del trabajo*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 59, 1989, pp. 859-884, sección de *Historiografía* también.

⁽¹¹²⁾ J.M. SOUVIRON MORENILLA, *La Universidad Española. Claves de su definición y régimen jurídico institucional*, Valladolid 1988.

serio, la base constitutiva de estado, que ahora además se extiende y comunica a organismos políticos regionales, no parece que por todo esto, por nada de esto, sufra mucho ni se resienta demasiado ⁽¹¹³⁾. Y hay otras novedades corporativas de proliferación y capacitación de centros que ya también recordaba. Pero en todo caso nada de ello parece lo primordial para nosotros, historiadores y profesores de derecho.

A los mismos efectos del establecimiento constitucional, del sistema que hoy se predica, puede resultar más importante una cuestión interna, la de posición cultural y cometido docente de nuestra facultad jurídica primero y nuestra materia histórica enseñada. Nos importa ante todo, debe importarnos, más que el ordenamiento institucional y la capacidad corporativa de la universidad, el derecho en ella, la estructura y el despliegue de unos estudios jurídicos que pueden interesar a la misma suerte del sistema establecido. Conforman su cultura. No es cuestión ciertamente a la que se le dé aquí una significación y un relieve. Sigue estando confiada a decretos ⁽¹¹⁴⁾, a unas disposiciones de rango gubernativo que para esto, estrictamente para esto, no se encuentran particularmente vinculadas por ley ni se sienten especialmente comprometidas por constitución.

El texto constitucional español no ha dejado de traer otras cosas que pudieran interesar más a nuestro asunto. Ha reconocido unas libertades de pensamiento y expresión, de conciencia y enseñanza, e incluso la especificación expresa de una libertad de cátedra como si dichas libertades generales no fueran ya hoy suficientes ⁽¹¹⁵⁾. Mas

⁽¹¹³⁾ A. EMBID IRUJO, *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la enseñanza*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 15, 1985, pp. 181-203; J.B. LOPEZ-JURADO ESCRIBANO, *La autonomía de las Universidades como derecho fundamental. La construcción del Tribunal Constitucional*, Madrid 1991.

⁽¹¹⁴⁾ Decreto por el que se establece el título universitario oficial de Licenciado en Derecho y las directrices propias de los planes de estudios conducentes a la obtención de aquel, en *Boletín Oficial del Estado*, 1990, 278 (20 de noviembre) pp. 34. 355-34. 357.

⁽¹¹⁵⁾ A. EMBID IRUJO, *Las libertades en la enseñanza* Madrid 1982, cap. VI; J. NICOLAS MUNIZ, *Los derechos fundamentales en materia educativa en la Constitución española*, ep. II.a, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 7, 1983, pp. 335-356; J. BARNES VAZQUEZ, *La educación en la Constitución de 1978 (Una reflexión conciliadora)*, ep. 3.3, en la misma revista, 12, 1984, pp. 23-65.

aquí está, un reforzamiento al fin y al cabo de nuestra libertad que conlleva una responsabilidad profesional. Con ella ahora quizá, al menos, el replanteamiento cupiera dentro de nuestro ámbito corporativo pese a la subsistente sustracción política de las directrices o el tronco de unos planes de estudios. Siguen siendo competentes los decretos, pero unos decretos que ya también se forman mediante procedimientos corporativos ⁽¹¹⁶⁾. Los universitarios podrían contar tal vez, por lo menos, con un margen de manobra para una revisión del propio objeto, el derecho, que comenzara por el arreglo de sus piezas, las ramas del ordenamiento. Las averías de algunos mecanismos automóviles es así como se reparan. Al menos y por lo menos, quizá y tal vez, son, quieren ser, avisos de prudencia para un tráfico como el nuestro.

El derecho tiene ante todo pendiente su propia depuración en unos términos de reintegración, esto es para nosotros de superación de unas escisiones constituidas con principios privativos y consagradas con asignaturas estancas, comenzándose con el derecho administrativo y acabándose con la historia jurídica. No hay reivindicaciones que valgan ⁽¹¹⁷⁾, aunque alcancen eco ⁽¹¹⁸⁾; y si lo tienen, si no caen completamente en el vacío, es porque el medio las alimenta y sostiene. Los planes de estudios se basan en las divisiones de la materia; los que tienden a entenderse renovadores no sólo es que tampoco apunten a la integración, es que se lanzan en contramano ⁽¹¹⁹⁾, en la dirección contraria de una especialización interior que comienza por acentuar la escisión entre público y privado, entre realidad de poderes y posibilidad de libertades.

⁽¹¹⁶⁾ Consejo de Universidades, *Reforma de las enseñanzas universitarias. Título: Licenciatura en Derecho. Propuestas alternativas, observaciones y sugerencias formuladas al Informe Técnico durante el periodo de información y debate públicos*, Madrid 1988.

⁽¹¹⁷⁾ *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Revista Jurídica General*, 1987, 6, *En defensa del Derecho Romano*, 1988, 2, *En defensa de la Historia del Derecho*.

⁽¹¹⁸⁾ R. PANERO, *El Derecho Romano y la formación del jurista (Experiencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona)*, Barcelona 1988; F. DE ARVIZU, *La enseñanza de la Historia del Derecho: Reflexiones en busca de una polémica*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 58, 1988, pp. 491-498.

⁽¹¹⁹⁾ A. MERCHAN ALVAREZ, *Cuatro lustros de estudios jurídicos hispalenses (Consideraciones sobre los planes de estudios ensayados o proyectados en la Facultad de Derecho de Sevilla, 1964-1983)*, en *Historia. Instituciones. Documentos*, 11, 1984, pp. 157-196.

También se tiene ahora la experiencia, puede tenerse, de que la fundación constitucional común por motivo de libertad para todo el ordenamiento jurídico suscita cuando menos la coordinación de especialidades, debiendo revisarse una historia contemporánea de ignorancias mutuas mirándose si es preciso a otras tradiciones que la propia ⁽¹²⁰⁾, pero ésta no es cosa que se traiga al terreno, que se lleve al extremo, de la propia definición profesional y del propio ejercicio docente ⁽¹²¹⁾.

¿Cómo va ni siquiera a plantearse tal tarea depuradora cuando las mismas directrices heteromóviles de planes de estudios se basan en las divisiones y cuando para la propios profesores la misma especialidad escindida constituye el factor definitorio de su profesionalidad? ¿Quién se presenta hoy sencillamente como jurista? ¿Qué facultad imparte una licenciatura que se inicie por unas bases comunes y capaces del entero sistema, por un derecho constitucional en este sentido constitutivo real? ¿Qué plan de estudio la concibe? ¿Cuántos profesores de materia positiva no comiezan hoy todavía la exposición docente, sus cursos, por unos principios, no reconocida y actualmente constitucionales, sino abierta o solapadamente históricos, de la propia historia constitucional? ¿Qué texto constitucional vigente no da incluso pie?

Y todo esto, si no lo provocamos ni decidimos, lo padecemos y abonamos. Lo que puede sobrnarnos de conciencia, nos falta de experiencia. Como juristas no sólo historiadores, sino también profesores, podemos formarnos buena idea del valor de una cultura de derecho, pero no conseguimos experimentarla ni siquiera en nuestro propio medio. A la luz de los principios, nuestra función es de aculturación; a las resultas de la experiencia, el asunto es más que problemático. Y no creo ser el único perplejo ⁽¹²²⁾. Desaparecido el

⁽¹²⁰⁾ P. SALVADOR CODERCH (dir.), M.T. CASTINEIRA PALOU, F. IGARTUA ARREGUI, M. MARTÍN CASALS, J. SANTDIUMENGE FARRE Y J. CIVIL ESPONA (ed.), *El mercado de las ideas*, Madrid 1990.

⁽¹²¹⁾ J.J. FERREIRO, J. MIQUEL, S. MIR Y P. SALVADOR CODERCH (eds.), *La enseñanza del derecho en España*, Madrid 1987, con capítulo, el octavo, de *Historia del Derecho* de A. IGLESIA FERREIROS; el de C. PETIT, *Asignaturas histórico-jurídicas de contenido especial en la Universidad española (Algunas reflexiones ante la reforma de los estudios jurídicos)*, acabó en el *Anuario de Historia del Derecho Español*, 57, 1987, pp. 789-803.

⁽¹²²⁾ C. PETIT, *El Romano de Pompeyo o "Hic sunt leones"*, en *Anuario de Historia*

control ministerial de la prestación docente en la universidad de estado, no es una responsabilidad profesoral, este ejercicio de libertad, lo que ha aparecido.

Los profesores explican unos programas porque se han explicado, con su transfondo de historia. Adoptan una disciplina antes de impartirla, con su peso de historia. Asumen una profesión antes de imponerla, con su presunción de historia. Usan un título antes de conferirlo, con su beneficio de historia. Ejercen una autoridad antes de compartirla, con su respaldo de historia. Este es el tracto. Así es de hecho la experiencia. El propio medio no permite ni siquiera plantearse seriamente la consecuencia con la idea, no de inculturamiento, sino de aculturación. Sin amparo de historia, esta misma pretensión basta con que sustente autoridad, realce título, apunte profesión y solape disciplina.

El caso es que nos movemos todavía en un campo de disciplinas profesionales que ni formal ni sustantivamente responden al principio constitucional de igualdad y justificación. Y no hay razón para excluirse nuestra profesión, la profesoral que tiene asegurada una clientela, no por méritos propios, no por virtud de la oferta, sino por el mismo régimen de cualificaciones establecido, hoy en gran parte sustentado por la misma profesionalización pública, por su exigencia de títulos sin relación directa con capacidades. Nuestra enseñanza sigue siendo una economía planificada; por no tener libertad, no tiene ni la de mercado. Son tales las reglas de tráfico que hacen heteromóvil nuestro automóvil. Y me temo que las incongruencias, comenzando por esta nuestra, la universitaria, estamos encubriéndolas en efecto con historia, que lo estamos haciendo todos los juristas y no sólo por enviciamiento los historiadores.

Hágase un repaso, por ejemplo y sin ir más lejos, a la historiografía de la universidad, a la Historia de la Universidad, comenzándose por las mayúsculas identificativas de actividad y materia, siguiéndose con la continuidad distintiva entre universidades corporativas de iglesia y universidades administrativas de estado, entre instituciones, por una parte, de autonomía gubernativa y dependencia cultural y, por otra, de lo segundo para lo primero y de incógnita,

del Derecho Español, 60, 1990, sección siempre de *Historiografía* a falta precisamente de una de *Docencia*.

con sus posibilidades, para el resto. No sólo Salamanca y Alcalá se desfiguran. Y no digamos si repasásemos la historiografía de otras cosas, como la de unos cuerpos o la de unas profesiones. Ya no digo si fuéramos a mayores, como la de una iglesia o la de un estado. Sería ir lejos.

Y no estamos ante una forma inocente de hacerse ilusiones, de crearse imagen. Es un modo también de sostener una posición y de procurar un reforzamiento, entendiéndose como recuperación, sin tener que confrontarse su misma justificación. ¿Cuánta historia universitaria, cuánta historiografía corporativa, se hace por no hacerse el derecho correspondiente, por rehacerse una constitución de la universidad o cualquier otro ordenamiento corporativo hoy difícilmente justificables, no digo injustificables? ¿Cuánta historia sin más, incluida desde luego la no jurídica, no sigue hoy haciéndose así como disciplina? Por lo menos antes se sabía y reconocía. Ahora comprometen unos principios.

Hoy ni siquiera sabemos, incluida la profesión entre privados, si nuestro empleo es ya de derecho o todavía de estado. Ignoramos qué podemos. La misma facultad de derecho ahora, como abarca menos, aprieta más o al menos lo puede. Puede más. Existen otras facultades de ciencias políticas, económicas y sociales, pero a la jurídica le compete no sólo el derecho de privado, sino también el ordenamiento de público y bajo un principio éste igualmente de derecho, de uno constitucional que debiera ser base común, principio de integración. ¿En qué punto realmente nos encontramos? ¿Hacia dónde miramos? ¿Qué terreno estamos realmente pisando?

Y no son indiferentes ni dirección que miremos ni terreno que pisemos tan sólo para nosotros, sino también para otros, para todos, también para la ciudadanía llana. Si el cambio pendiente es el dicho, bajo esta condición se entiende siempre, no debe ni en realidad puede ser entonces político, de política del derecho, sino que habrá de ser cultural, de cultura jurídica. El sistema que hoy tenemos, que debemos tener, no es en rigor uno democrático, es decir, uno que haya de responder primordialmente a determinaciones mayoritarias, sino que es jurídico, esto es, que debe hacerlo ante todo a unos principios de libertades, a una cultura de derechos.

Existe hoy la posibilidad de una constitución jurídica y no política, de derecho y no de poder, aunque se encuentra de frente

con el problema, más que de una historia diversa, de una cultura adversa. Debe afrontarlo. Y en esto entramos, parece que debemos entrar, nosotros, los profesores. ¿Qué hacemos? ¿Qué podemos hacer? Cuestión peliaguda es la de si estamos culturalmente capacitados para la inducción endógena, por no decir la provocación automóvil, del cambio, mas la prejudicial se interpone: el medio no se presta. Dudo que esto sirva para lavarnos las manos. Para librarnos de responsabilidad por supuesto que no basta. Con la libertad que tenemos, nosotros somos hoy el medio.

Nuestro empleo digamos que es de historia, lo que tampoco nos salva. No hay forma de dar la espalda. Podemos engañarnos, pero escapatoria no existe. Estamos en la encrucijada y hay que elegir el camino. Ha de comenzar por evitarse el equívoco. No es vía la historia para el derecho; no debiera ser acceso; puede serlo para un ordenamiento, pero no para una constitución jurídica. El mismo orden vigente ya no precisa de la historia para prevenirse y curarse de la constitución política. Tiene principios.

La historia no constitucional, la que trata de otros tiempos, nos es extraña. De la historia constitucional, la contemporánea, debemos también extrañarnos. ¿Qué nos queda entonces a los historiadores si no queremos reducirnos al negocio de la literatura venal ni al ocio de la profesión subvencionada? ¿Qué hacemos unos profesores como nosotros en una facultad como la de derecho?

Las enseñanzas conducentes a la obtención del título oficial de Licenciado en Derecho deberán proporcionar una formación científica adecuada en los aspectos básicos y aplicados del Derecho.

Decreto español, 1990

IV. UNA ARQUEOLOGIA

Unos sistemas constitucionales, el pasado y el presente, resulta que son distintos y parece que la distinción es saludable; así, bien separados, procede que se conciban, coloquen y mantengan. No hay deficiencia en el pasado que explicar por el presente ni debe haber la viceversa. No interesa ni aprovecha la presuposición de un sistema continuo y perfectible ni siquiera para nuestra época de constituciones, para este tiempo del derecho. El que dentro de él hemos visto, el constitucional pasado, puede que fuera realmente distinto.

Que ya sea arqueología. Que aquella facultad de estado y aquel derecho de privados resulten tan sólo un yacimiento.

Si existe posibilidad de comunicación entre un estrato y otro, entre aquel y el nuestro, no parece que resulte lo más prudente establecerla, tanto menos en la docencia, por medio de la historiografía; al contrario, tal vez lo sea, lo más sensato, comenzar por cancelarla. Convendrá cegarla no sólo en vistas del progreso del derecho, que es asunto principal, sino también con miras del conocimiento de la historia, que es cuestión secundaria. La recuperación de ésta, de una ciencia histórica, puede suponer la recuperación de aquel, de un sistema jurídico, pero con la condición de que ambas recuperaciones corran parejas, sin unirse hasta el infinito como en una definición de paralelas.

Porque sea uno mismo el objetivo, no es una misma la empresa. Ni son equiparables. Ciencia de la alteridad por una parte, la historia, y conocimiento de lo propio por la otra, el derecho, es de diversa manera como pueden y deben mirar a la formación de una cultura que faculte para la libertad, principio y base del derecho mismo. La propia presencia de la historiografía en una facultad jurídica sólo puede entenderse hoy y justificarse ahora con esta contención y este respeto, con esta forma de coexistencia pacífica que así, exactamente así, puede que acabe en convivencia feliz. Y así, precisamente así, no sólo se entiende, sino que también se justifica, una actividad que soltera y por sí sola, en facultad de historia, tampoco es que hoy y ahora alcance ni entendimiento ni justificación. El mismo argumento le toca porque no es cosa distinta.

La misma historia contemporánea, cuánto más cualquier otra, habrá de hacerse arqueología antigua. Si se abre la excavación, si se mantiene abierto el yacimiento, habrá de ser por él mismo y no por otros miramientos. Ya se sabe que en este trabajo de campo arqueológico puede aparecer de todo; puede darse no sólo con ajuares exóticos, sino también con cadáveres humanos. Pero no resulta un buen procedimiento descuidarse de los unos por cuidarse de los otros. No es buena arqueología. Podemos sentirnos cercanos de toda humanidad pretérita, nuestro prójimo, pero por ello no estaremos más cerca de su realidad histórica, nuestra ciencia. Para esto es el ajuar lo que conviene observarse. El mismo cadáver no es sino una pieza más, tristemente desde luego, para la mirada arqueo-

lógica. Puede que estos restos sean también ajuar, humanidad extraña.

Pero tampoco el derecho es que respete hoy sepulturas. Reavivando los cadáveres, ocupando los precedentes, preocupando las secuelas, reduciéndose en fin ella misma a dudosa palingenesia, una historia jurídica, una tarea de juristas, ha conseguido eclipsar todo un estrato constitucional que aún puede así efectivamente pesar. Los mismos alumnos pueden hoy recibir de un modo más operativo y eficaz una historia virulenta y pervertida en las materias positivas, por sus profesores juristas, que en las de tipo histórico, por parte de nosotros, inocentes historiadores.

No es por supuesto cosa mala la espeleología; no lo es ponerse en antecedentes, siempre que realmente lo sean, esto es, no sólo que pertenezcan a la propia historia, a la constitucional y no a otra, sino también que se ubiquen y comprendan en ella, en su propio estrato y no en otro. Ha de abordarse como tal la arqueología aun cuando pueda ser todavía prehistoria viva, historia nuestra. Sólo parece que podamos hacerlo nosotros, obligados arqueólogos, siempre también desde luego que así nos limitemos, que no seamos ilusos con nuestra profesión.

Que los muertos entierren a los muertos, que los historiadores inhumemos los cadáveres. Que el terreno se despeje. Otro sería el panorama de la historia. Otro resultaría también el horizonte de nuestro sistema si por fin lo contemplásemos, no desde un pasado, sino desde unos principios.

P.D. - Animado por Aldo Mazzacane, he presentado un resumen de la parte menos deprimente de esta memoria a las jornadas inaugurales de *Unistoria. Centro Studi per la Storia dell'Università* (Nápoles, 28-30 de abril, 1992), dedicadas precisamente a *Università e professioni giuridiche in Europa nell'età liberale*.

MARIO G. LOSANO

IL CENTENARIO DELLA MORTE
DI RUDOLF VON JHERING (1818-1892)

1. *Gli studi jheringhiani negli ultimi anni.*

Il 20 settembre 1992 si celebra il centenario della morte d'un autore universalmente vivo: Rudolf von Jhering.

L'opera di Jhering ha un valore universale, in quanto cerca di spiegare le ragioni ultime di ogni diritto, e non soltanto di un diritto nazionale o storico: universale fu quindi l'interesse che l'accolse al suo nascere e che continua ancor oggi ad accompagnarla.

Gli studiosi di Jhering giungono dai quattro punti cardinali. Ad esempio, la mia edizione del carteggio di Jhering con Gerber era stata preceduta, vent'anni prima, dall'ampio volume dell'egiziano Sarwat Anis al-Assiouty, *Genèse et évolution des doctrines philosophiques à propos de Jhering* (Le Caire 1964). Al brasiliano Tobias Barreto, che fece conoscere Jhering in Brasile, è dedicato un articolo in questo stesso numero (cfr. p. 159 ss.). Tra gli autori degli otto scritti esaminati in questa nota si trovano un greco, un coreano ed i curatori di due traduzioni italiane di opere di Jhering. Mentre in Colombia si ristampa una traduzione spagnola della *Lotta per il diritto*, un'edizione in tedesco, curata da Okko Behrends, è stata pubblicata a Napoli, nella collana « Antiqua » diretta da Luigi Labruna.

Prima di iniziare proprio con lo scritto curato da Behrends questa breve rassegna, è necessario premettere che essa si limita a segnalare con pochi cenni — senza pretese di completezza — alcuni libri pubblicati dopo il 1985, cioè gli scritti che seguirono gli studi jheringhiani promossi a Monaco da Sten Gagnér ⁽¹⁾. Nelle righe

⁽¹⁾ Wolfgang PLEISTER, *Persönlichkeit, Wille und Freiheit im Werke Jherings*, Münchener Universitätschriften. Juristische Fakultät. Abhandlungen zur rechtswissen-

seguenti, fra i libri pubblicati nello stesso anno, i testi di Jhering precedono gli studi su Jhering.

Alcuni di questi autori hanno dedicato osservazioni e critiche ai miei lavori jheringhiani: in attesa di prendere posizione sui singoli punti, mi limito qui a ringraziarli per l'attenzione rivoltami.

a) *La ristampa dell' Origine del senso del diritto.*

Il volume (interamente redatto in tedesco, anche se stampato in Italia) si apre con 6 pp. di osservazioni filologiche, cui segue (pp. 7-54) il testo vero e proprio della conferenza tenuta da Jhering il 12 marzo 1884 e pubblicata poi in cinque puntate nella «Allgemeine Juristen-Zeitung». Il curatore conclude il volume con un ampio saggio (pp. 55-184) intitolato *Il senso del diritto nella teoria critico-storica del diritto del tardo Jhering. Un tentativo di interpretare e inquadrare la seconda conferenza viennese di Jhering* (2).

Il commento di Behrends è quindi una vera e propria monografia, articolata in sette capitoli che partono dalla valutazione dell'importanza della conferenza «per l'interpretazione della teoria

schäftlichen Grundlagenforschung, Band 51, Verlag Rolf Gremer, Ebelsbach 1982, XV-437 pp.

Mario G. LOSANO, *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*, Münchener Universitätsschriften. Juristische Fakultät. Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, Band 55/1, Teil 1, Verlag Rolf Gremer, Ebelsbach 1984, XXII-693 pp.; *Studien zu Jhering und Gerber*, Band 55/2, Teil 2, Verlag Rolf Gremer, Ebelsbach 1984, XXIII-432 pp.

Per brevità d'ora in poi i rinvii alle bibliografie jheringhiane del secondo volume avranno questa forma abbreviata: *Bibliographie* (per le opere di Jhering) e *Bibliographie der Übersetzungen der Schriften Rudolf von Jherings* (per le loro traduzioni), seguite dal numero d'ordine del volume.

(2) Rudolf von JHERING, *Ueber die Entstehung des Rechtsgefühles*. Mit einer Vorbemerkung und einem anschließenden Interpretations- und Einordnungsversuch von Okko Behrends, Jovene, Napoli 1986, IV-183 pp. (Antiqua. Collana diretta da Luigi Labruna. N° 29).

Questo autore si ricollega anche al lavoro di Byoung Jo CHOE, di cui si parla alla lettera c di questa rassegna. Cfr. inoltre: Okko BEHREND, *Rudolf von Jhering (1818-1892). Der Durchbruch zum Zweck des Rechts*, in: *Rechtswissenschaft in Göttingen. Göttinger Juristen aus 250 Jahren*. Herausgegeben von Fritz Loos, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1987, pp. 229-269.

giuridica del Jhering maturo » (p. 57). La conferenza viene inquadrata nella tarda opera di Jhering, scomposta negli elementi che la strutturano e interpretata secondo il modello darwinista caro a Jhering. Seguono poi le critiche rivolte da Franz Brentano a Jhering e, infine, una valutazione del metodo jheringhiano nell'ambito degli studi romanistici.

b) *Le lettere di Jhering a Windscheid.*

Poiché un epistolario è necessariamente eterogeneo, ho fornito un elenco di tutte le lettere e ho selezionato e tradotto i passi che mi sembravano più significativi. Ne è risultata una specie di guida alla lettura del volume tedesco ⁽³⁾. Con il titolo *Un'edizione delle lettere di Jhering a Windscheid*, essa è pubblicata in questo fascicolo alle pp. 139 ss.

c) *Uno studio sulla culpa in contrahendo in Jhering.*

Questa minuziosa dissertazione dottorale venne conclusa nell'estate del 1984 e discussa nel semestre invernale 1984-85, sotto la guida di Okko Behrends ⁽⁴⁾. Il ritorno a Seul dell'autore ha quindi impedito che venisse presa in considerazione la letteratura pubblicata negli anni successivi.

Il lavoro ha carattere essenzialmente storico, poiché si propone di ricostruire l'itinerario concettuale che ha condotto Jhering ad elaborare la sua teoria della culpa in contrahendo, senza affrontare su questo tema anche la discussione civilistica odierna. Il concentrarsi sull'opera di Jhering viene giustificato dall'autore con il fatto che, prima di Jhering e nello stesso diritto romano, si ignorava questo concetto: « la culpa in contrahendo è un eminente esempio della produttività dello spirito jheringhiano » (p. 238).

⁽³⁾ *Jherings Briefe an Windscheid 1870-1891*. Herausgegeben von Karl Kroeschell, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1988, 75 pp. (Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Philologisch-Historische Klasse, Folge 3, n. 170).

⁽⁴⁾ Byoung Jo CHOE, *Culpa in contrahendo bei Rudolf von Jhering*, Schwartz, Göttingen 1988, XVI-263 pp. (Göttinger Rechtswissenschaftliche Reihe, Band 138). Su Okko Behrends, cfr. lettera a.

Partendo dalle concezioni jheringhiane, Choe analizza le fonti latine di Jhering, esamina le dispute di Jhering con i giuristi suoi contemporanei, studia i precursori di Jhering in questo campo (Schweppe e Richelmann), le codificazioni illuministiche e il più recente dibattito dottrinale (Canaris).

Nel paragrafo conclusivo, Choe offre un'interessante informazione sulla recezione del concetto jheringhiano di culpa in contrahendo: esso è recepito oggi nell'articolo 535 del codice civile coreano, che a sua volta trae ispirazione dall'art. 307, I BGB.

d) *La teoria della norma giuridica in Jhering.*

Quest'ampia e densa opera di teoria generale del diritto è una dissertazione dottorale presentata nel semestre invernale 1986-87 all'università di Münster, sotto la direzione di Werner Krawietz ⁽⁵⁾.

Nella prima parte, il rapporto fra diritto e razionalità in Jhering viene confrontato con le concezioni di Max Weber. «Nell'operazione di vedere Jhering anche con gli occhi di Weber si è fatto ampio uso anche delle teorie evolutive del diritto di Schelsky e Lehmann» (p. 8). La seconda parte è dedicata al fondamento della validità della norma giuridica in Jhering, analizzato ricorrendo soprattutto alle teorie dell'istituzione e della razionalità giuridica di Schelsky. Questa prospettiva è presente anche nella terza parte, dedicata alla costituzione dell'ordinamento sociale in Jhering. In essa il concetto di «scopo» è ripetutamente esaminato alla luce delle teorie giuridiche e sociologiche contemporanee.

e) *Jhering e la Scuola Storica.*

Il complesso rapporto di Jhering con la Scuola Storica costituisce l'oggetto di questo volume, derivato da un lavoro di abilitazione discusso nel dicembre 1987 alla Karl-Marx-Universität di Lipsia (davanti ad una commissione composta da Ingo Wagner, Günter

⁽⁵⁾ Athanasios GROMITSARIS, *Theorie der Rechtsnormen bei Rudolf von Jhering. Eine Untersuchung der Grundlagen des deutschen Rechtsrealismus*, Duncker & Humblot, Berlin 1989, 348 pp.

Baranowski, Gerhard Haney e Hermann Klenner) e pubblicato nel 1989 a Francoforte sul Meno su indicazione di Hans Hattenauer (6).

Gli inizi della carriera di Jhering vengono ricostruiti prestando attenzione anche all'atteggiamento politico assunto dal giurista negli anni che culminarono nel 1848. Un capitolo è poi dedicato all'esame dei primi due volumi del *Geist* (1852 e 1854): è l'epoca in cui Jhering vuole completare l'opera intrapresa dalla Scuola Storica, ma è anche l'epoca che lo vedrà lasciare incompiuto il *Geist*. L'ultimo capitolo è infatti dedicato al suo allontanamento dalla Scuola Storica.

f) *Un ritorno in italiano della Lotta per il diritto.*

Questo volume miscellaneo comprende sei saggi di Jhering: *Il nostro compito* (1857); *Friedrich Karl von Savigny* (1861); *La lotta per il diritto* (1891: X edizione); *Sull'origine del senso del diritto* (1884); *La verità nella società umana* (1886); *Sul compito e sul metodo dello scrivere di storia giuridica* (1894). Li precede una prefazione di Racinaro, cui si deve anche la traduzione dei testi (7).

Racinaro ricorda che « fu proprio Pietro Piovani — prima della sua prematura scomparsa — a suggerirmi l'idea di una nuova versione de *La lotta per il diritto* (p. XVI, nota 15). Ci troviamo quindi di fronte ad un testo italiano diverso da quello che, tradotto nel 1875 da Raffaele Mariano, era stato poi ripreso da Benedetto Croce nel 1935 e, infine, da Pietro Piovani nel 1960 (8).

g) *Un ritorno in Colombia della Lotta per il diritto.*

La casa editrice Temis di Bogotá ripropone nel 1990 la tradu-

(6) Bernd KLEMANN, *Rudolf von Jhering und die Historische Rechtsschule*, Lang, Frankfurt a. M.-Bern-New York-Paris 1989, 246 pp.

(7) Rudolf VON JHERING, *La lotta per il diritto e altri saggi*. A cura di Roberto Racinaro, Giuffrè, Milano 1989, XXIII-249 pp. Sulle edizioni italiane, cfr. *Bibliographie der Übersetzungen der Schriften Rudolf von Jherings*, n. 17, 87, 110: si noti che, nella mia bibliografia del 1984, i rinvii contenuti al n. 17 e 87 sono errati e vanno corretti come indicato qui sopra.

(8) *La lotta per il diritto*, LATERZA, Bari 1960, 152 pp.; cfr. *Bibliographie de Übersetzungen* sopra citata, n. 110.

zione spagnola della più celebre opera jheringhiana, pubblicata a Madrid nel 1921 ⁽⁹⁾ e ivi ristampata nel 1985 ⁽¹⁰⁾.

Il letterato Leopoldo Alas scrisse una prefazione lunga quasi quanto il testo jheringhiano. Francisco Giner de los Ríos la riteneva «uno dei lavori di più intensa profondità e sostanza della nostra [i.e.: spagnola] letteratura giuridico-filosofica» (p. VIII).

h) *La traduzione italiana di un'opera romanistica di Jhering sulla colpa.*

Al momento di includere questo saggio del 1867 nelle *Vermischte Schriften* del 1879, Jhering vi aggiunse un'appendice, in cui così ne sintetizza la portata: «Mi è accaduto qui quanto già mi era capitato in vari altri lavori che avevano per oggetto in primo luogo il diritto romano: senza volerlo, mi sono innalzato nella regione dell'universale. Il diritto romano mi ha condotto al di là di se stesso, offrendomi idee che hanno un valore universale di verità» ⁽¹¹⁾.

L'introduzione di Fusillo parte dai grandi temi della riflessione jheringhiana (diritto e vita, diritto e verità, il diritto come mezzo e come fine) per giungere poi alle nozioni di torto e di colpa che si ricongiungono immediatamente al testo jheringhiano tradotto.

2. *Alcuni studi jheringhiani in corso.*

Fin qui, dunque, il lavoro jheringhiano compiuto in questi ultimi anni. Tuttavia vorrei segnalare almeno due opere in corso di preparazione, per facilitarne la futura circolazione tra gli interessati.

⁽⁹⁾ Rudolf VON JHERING, *La lucha por el derecho*. Prólogo de Leopoldo Alas (Clarín), (Monografías jurídica, Nr. 72), Temis, Bogotá 1990, L-112 pp. Sull'edizione originale spagnola del 1921 (tradotta da Adolfo Posada), cfr. *Bibliographie der Übersetzungen der Schriften Rudolf von Jherings*, n. 80, in: *Studien zu Jhering und Gerber*, cit., p. 252; sull'ambiente culturale spagnolo in cui maturò quella traduzione, v. la mia *Introduzione* a JHERING, *Lo scopo nel diritto*, Einaudi, Torino 1972, pp. LXXXI s.

⁽¹⁰⁾ Rudolf VON JHERING, *La lucha por el derecho*. Presentación de Luis Díez-Picazo. Versión española e introducción de Adolfo Posada. Prólogo de Leopoldo Alas (Clarín), Civitas, Madrid 1985, 136 pp.

⁽¹¹⁾ Rudolf VON JHERING, *Il momento della colpa nel diritto privato romano*. Traduzione dal tedesco e nota di lettura di Francesco Fusillo, Jovene, Napoli 1990, XXXII-82 pp. (Antiqua. Collana diretta da Luigi Labruna. n. 49). Il passo citato nel testo è a p. 65. Notizie sul testo tedesco si trovano in *Bibliographie*, n. 42.

a) *Una biografia di Jhering.*

Da tempo Michael Kunze, a Monaco, sta lavorando ad una dettagliata biografia di Jhering, che dovrebbe portare a compimento in tempi che mi è oggi difficile precisare.

b) *Il carteggio di Jhering con Glaser e Unger.*

A completamento del precedente carteggio tra Jhering e Gerber, è ormai pronta per la stampa anche l'edizione del carteggio di Jhering con i viennesi Glaser e Unger, realizzata grazie all'aiuto del Consiglio Nazionale delle Ricerche. Ancora una volta la preparazione è avvenuta a Monaco, al Leopold-Wenger-Institut, dapprima con Sten Gagnér, poi con Peter Landau. Adottando criteri scientifici ed editoriali uguali a quelli del precedente carteggio, presento in questo un centinaio di lettere, tutte provenienti dalla Darmstaedter Sammlung di Berlino ⁽¹²⁾.

Quest'edizione è tuttavia più composita della precedente, poiché a Jhering e Glaser si aggiungono spesso anche le consorti, che corrispondono fra loro, oppure a nome dei rispettivi mariti. Inoltre, dati gli stretti rapporti di amicizia fra i tre giuristi, non è raro che una lettera per Unger venga inclusa in una per i Glaser.

Nell'archivio, la corrispondenza di Jhering con i coniugi Glaser è separata da quella con Unger. Se quindi si seguisse l'ordine archivistico, il lettore incontrerebbe qualche difficoltà nel seguire il filo degli eventi, poiché — terminata con l'anno 1892 la lettura del primo blocco di lettere a Glaser — dovrebbe tornare al 1864 con la prima delle lettere a Unger, ripercorrendo la medesima sequenza di eventi da un punto di vista differente: ricadrebbe perciò su di lui il compito di collegare e di integrare fra loro queste notizie solo parzialmente coincidenti.

⁽¹²⁾ Sezione Manoscritti della Staatsbibliothek Preußischer Kulturbesitz di Berlino, Nachlaß Jhering, Mappe 5 und 6. A questa collocazione occorre fare riferimento quando, nel corso dei saggi contenuti in questo fascicolo, cito lettere di Jhering, Julius Glaser, Minna Glaser e Josef Unger. Per brevità mi sono limitato ad annotare in corrispondenza a ciascuna di esse: « in corso di pubblicazione ».

Per agevolare la lettura dell'intero carteggio, l'edizione in corso di stampa segue un criterio cronologico: le lettere vengono pubblicate nella sequenza indicata dalla loro data, con qualche rara eccezione per lettere che siano fra loro immediatamente collegate.

Questo fascicolo dei «Quaderni fiorentini» anticipa le parti principali dell'introduzione al volume tedesco con il titolo *Una costellazione del firmamento giuridico viennese: Jhering, Glaser e Unger* (pp. 97 ss.).

3. *Il simposio jheringhiano a Göttingen.*

Il 17 settembre 1992 l'Università di Göttingen ha commemorato il centenario della morte di Jhering, così come nel 1969 aveva ricordato il centocinquantenario della sua nascita ⁽¹³⁾. Le celebrazioni sono iniziate con una conferenza sulla vita di Jhering tenuta da Michael Kunze (un'anticipazione, dunque, del più vasto lavoro di cui si è accennato al § 2 a) e con il dono alla biblioteca dell'Università di alcune lettere di Jhering a Gerber, finora ignote, da parte di un pronipote di Jhering, il professor Elliott dell'Università di Canberra. Infine è stata inaugurata una vasta mostra su Jhering, accompagnata da uno splendido catalogo ⁽¹⁴⁾.

Nel simposio dei giorni seguenti sono state presentate una dozzina di relazioni, tutte degne di nota e destinate ad essere pubblicate in volume.

In occasione di questo centenario sono state pubblicate anche due nuove edizioni del *Kampf ums Recht*, arricchite di molta documentazione: una curata da Hermann Klenner, presso Hauser di Berlino, l'altra curata da Felix Ermacora, presso Propyläen di Monaco di Baviera.

Su questa fiorente messe jheringologica ritornerà per esteso il prossimo fascicolo di questa rivista.

⁽¹³⁾ Franz WIEACKER - Cristian WOLLSCHLAGER (a cura di), *Jherings Erbe. Göttinger Symposion zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Jhering*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1970, 302 pp.

⁽¹⁴⁾ Okko BEHREND (a cura di), *Rudolf von Jhering. Beiträge und Zeugnisse aus Anlaß der einhundertsten Wiederkehr seines Todestages am 17.9.1992*, Wallstein, Göttingen 1992, 119 pp.

MARIO G. LOSANO

UNA COSTELLAZIONE DEL FIRMAMENTO
GIURIDICO VIENNESE: JHERING, GLASER E UNGER. (*)

1. «*E possa in Vienna iniziare una nuova vita*».

Rudolf Jhering decise di lasciare l'università di Gießen per quella di Vienna in un momento in cui non soltanto l'Europa era scossa dalle guerre che segnarono la nascita degli Stati nazionali in Germania e in Italia, ma anche la sua vita era travagliata da tragici mutamenti.

Alla fine del 1867, infatti, era morta la sua seconda moglie, Ida, lasciandolo con cinque figli, il maggiore dei quali stava allora per iniziare l'università.

La sua fama di studioso era ormai saldamente fondata sul *Geist des römischen Rechts*, ma proprio in quegli anni Jhering — il « primo Jhering » — avvertiva sempre più imperiosamente i dubbi e le inquietudini sul metodo costruttivistico che l'avevano animato in quell'opera ancora incompiuta. L'incertezza, quasi l'insofferenza, che a tratti lo pervadeva era il segno premonitore del radicale rinnovamento che, negli anni viennesi, avrebbe segnato la nascita del « secondo Jhering », quello darwinista.

Infine, l'amicizia stretta e profonda con Gerber andava perdendo d'intensità, in parte perché turbata dai contrasti scientifici, che vedevano Gerber sempre più critico rispetto alle nuove teorie

(*) Questo titolo riprende l'espressione di Georg Jellinek: « das glänzende Dreigestirn der Wiener Juristenfakultät » (*Ungers siebzigster Geburtstag*, in: *Ausgewählte Schriften und Reden*, Scientia, Aalen 1970, vol. I, p. 260).

Questo articolo è il testo italiano della presentazione del carteggio di Jhering con Glaser e Unger, realizzato grazie all'aiuto del Consiglio Nazionale delle Ricerche e attualmente in corso di stampa.

dell'amico, in parte perché soffocata dai crescenti impegni politici di Gerber, che lo andavano allontanando sempre più dallo studio e dalla vita universitaria.

A tutto ciò, dopo l'unificazione tedesca, si aggiungevano i dubbi personali di Jhering sul futuro dell'università di Gießen: alla fine della guerra del 1866, non si sapeva se l'Assia Superiore sarebbe entrata a far parte della Prussia: «Se diventiamo prussiani, scrive Jhering — l'università di Gießen sarà finita e la mia casa varrà 8000 fiorini in meno: la mia bella esistenza domestica, appena iniziata, verrà messa in discussione» (1).

È in questo clima che la chiamata a Vienna, in un primo tempo respinta da Jhering, venne infine accettata con una precisa speranza: «E possa in Vienna iniziare una nuova vita» (In Wien möge dann ein neues Leben anfangen») (2).

PARTE I - IL CARTEGGIO CON GLASER E UNGER

1. *Il periodo viennese nelle lettere di Jhering.*

Il carteggio di Jhering con Glaser e Unger è in larga misura complementare a quello con Gerber. Anzitutto, le lettere riflettono i fatti secondo una diversa prospettiva: Gerber è l'amico tedesco che viene informato della chiamata in Austria; Glaser e Unger sono invece coloro che tirano le fila di quella chiamata. A Vienna, una corrispondenza con gli amici viennesi non aveva più ragione d'essere. Ma, purtroppo, anche quella con Gerber si attenuò fino a tacere: il loro carteggio si interruppe del tutto nel 1872, anche se la morte dei due amici sopraggiungerà ben più tardi, cioè nel 1892 e nel 1890. È per questo che, sulle quasi trecento lettere dell'intero carteggio fra Jhering e Gerber, solo ventinove appartengono al quadriennio viennese di Jhering, che va dal 1868 al 1872. Così, dopo

(1) Jhering a Glaser, Gießen, 19 agosto 1866 (in corso di pubblicazione).

(2) Jhering a Gerber, Gießen, 22 febbraio 1868, in: *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*. Münchener Universitätschriften. Juristische Fakultät. Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, Band 55/1, Teil 1, Verlag Rolf Gremer, Ebelsbach 1984, p. 638.

D'ora in poi citato così: *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*, cit., seguito dall'indicazione della pagina.

la parentesi viennese, è soprattutto la corrispondenza con Glaser e con Unger a fornire notizie sugli ultimi vent'anni di attività di Jhering.

Commentando il carteggio con Gerber avevo già esposto i motivi personali e intellettuali di questo estinguersi della corrispondenza (3). Ad essi bisogna aggiungere anche un dato di fatto legato alla vita familiare di Jhering. Lo zoologo Rudolph Leuckart, presso cui studiava il figlio maggiore di Jhering, Hermann, era stato chiamato proprio nel 1869 all'università di Lipsia. Hermann l'aveva seguito in quella città, dove Gerber era decano della facoltà di giurisprudenza. Jhering, nell'informare Gerber del trasferimento del figlio, gli spiega che, dopo la morte della moglie, l'intera corrispondenza familiare grava su di lui e che quindi egli approfitterà della presenza di Hermann a Lipsia per scrivere lunghe lettere al figlio, affinché questi ne riferisca a voce anche all'amico lipsiense (4).

Anche questa circostanza, dunque, può aver ridotto la frequenza degli scambi epistolari dei due amici. Ma alle lacune del carteggio con Gerber possono in parte supplire il centinaio di lettere scambiate con Glaser e Unger, la cui pubblicazione in volume è ormai imminente. Esse offrono una documentazione sulla biografia anche intellettuale di Jhering che va ad arricchire lo sparuto gruppo di lettere viennesi inviate a Gerber dopo il 1868.

2. *La chiamata di Jhering a Vienna.*

Benché nella seconda metà del 1867 le condizioni di salute di Ida von Jhering fossero andate costantemente peggiorando, un apparente miglioramento aveva indotto Jhering a partecipare al «Juristentag» di Monaco. Il medico l'aveva però improvvisamente

(3) Mario G. LOSANO, *Studien zu Jhering und Gerber*, Münchener Universitätschriften. Juristische Fakultät. Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, Band 55/2, Teil 2, Verlag Rolf Gremer, Ebelsbach 1984, pp. 174 ss. e, in particolare, p. 180.

D'ora in poi citato così: *Studien zu Jhering und Gerber*, cit., seguito dall'indicazione della pagina.

(4) Jhering a Gerber, Vienna, 11 luglio 1869, in: *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*, cit., p. 652. La prima notizia del trasferimento è nella lettera del 4 aprile 1869, *op. cit.*, p. 650.

richiamato a Gießen per l'aggravarsi della malattia della moglie, che infatti morì il 3 settembre ⁽⁵⁾. Già il giorno dopo Jhering ne dava notizia a Gerber, chiedendogli anche di indicargli una persona che potesse assumere la direzione della casa e, soprattutto, la guida dell'educazione dei figli.

Intorno al cinquantenne solo e affranto crolla ormai tutto il mondo bucolico costruito gioiosamente a Gießen soltanto due anni prima, quando nel 1865 aveva acquistato la grande casa che era anche una fattoria organizzata dal Jhering buongustaio.

Così la descriveva a Minna Glaser: « [La casa] si trova fuori dalla città, dalle parti dove abitavo prima, ma un po' più all'esterno, con la vista più aperta che ci sia a Gießen. Ha anche un grande giardino che si perde nei campi (l'intera proprietà copre infatti cinque giornate) e alcune centinaia di alberi da frutto. Manca soltanto un boschetto, che però conto di piantare presto. [...] L'attuale proprietario alleva una mucca ed un maiale, e l'autore del *Geist des römischen Rechts* ha intenzione di fare lo stesso: d'ora in poi produrrà il burro nella sua tenuta, ed anche il prosciutto, e i salami. Non mancheranno neppure piccioni, polli e anitre. Insomma, la vita campestre è ormai ben organizzata. Va da sé che devo anche avere un fattore ed un buon cane da guardia. I bambini sono fuori di sé dalla gioia, non diversamente dai loro genitori » ⁽⁶⁾.

Questo mondo sereno era ormai perduto per sempre. Ma, nella mesta confusione di quelle settimane, affiora la notizia, ancora riservata, della chiamata di Jhering a Vienna: « L'attuale Ministro della Giustizia e dell'Insegnamento in Vienna, von Hye, ha intenzione di chiamarmi a Vienna. Glaser e Siegel erano stati incaricati di sondare il mio atteggiamento, cosa che quest'ultimo ha fatto al mio ritorno da Monaco: ma allora rifiutai senz'altro. Dopo la morte di mia moglie giunse una nuova richiesta, e io non so se tu puoi capire

⁽⁵⁾ La data della morte può essere il 3 o il 2 settembre, come risulta dalla lettera di Jhering a Minna Glaser, Gießen, 4 settembre 1867 (in corso di pubblicazione).

⁽⁶⁾ Jhering a Minna Glaser, Gießen, 12 dicembre 1865, in corso di pubblicazione). Cfr. anche la lettera 239 a di Jhering a Gerber, Gießen, 15 dicembre 1865, in *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*, cit., p. 252.

Su Jhering buongustaio cfr. *Studien zu Jhering und Gerber*, cit., p. 16 ss.

come e perché, ora, io mi senta disponibile, sia pure a certe condizioni » (7).

Una delle ultime lettere nel carteggio con Gerber si salda così ad una delle prime nel carteggio con Glaser. In particolare, Glaser e gli altri amici viennesi danno a Jhering la certezza che, in Austria, la sua posizione politica non verrà fraintesa. Poiché, in quegli anni di preparazione dell'unità tedesca, l'Austria e la Prussia perseguivano disegni opposti, l'accettazione della chiamata a Vienna poteva essere interpretata anche come una scelta antiprussiana, cioè « großdeutsch », di Jhering, mentre in realtà egli — dopo una prima fase critica — era destinato a divenire un fervente filobismarckiano. Ma questo suo punto di vista dovette essere sufficientemente chiarito alle autorità austriache sia nel corso di contatti diretti, sia per opera degli amici viennesi, tanto che Jhering conclude distesamente: « L'Impero austriaco potrà lasciarmi quest'opinione privata, e tollerarla » (*Meine Privatansicht wird der österreichische Kaiserstaat ertragen können und mir lassen*) (8).

3. *L'acclimatazione a Vienna.*

Preso la decisione di trasferirsi a Vienna, per metterla in atto restavano però mille faccende da sbrigare. La grande casa di Gießen andava venduta, mentre bisognava trovarne una a Vienna. La vendita andava tanto per le lunghe, che alla fine Jhering decise di dare in affitto la casa di Gießen, mentre il problema della casa viennese si risolse in modo più rapido, anche se non del tutto soddisfacente: « La mia casa è in fondo alla Josephsstadt, davanti al centro, con un'ampia visuale e ben ventilata, e per di più al primo piano. Questi sono i suoi lati positivi. Però ha soltanto cinque stanze e un ingresso: non avrei mai pensato che sarei arrivato ad accontentarmi di così poco! » (9).

(7) Jhering a Gerber, Gießen, 5 novembre 1867, in: *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*, cit., p. 634.

(8) Jhering a Gerber, Gießen, 4 dicembre 1867, in: *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*, cit., p. 635.

(9) Jhering a Gerber, Gießen, 30 giugno 1868, in: *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*, cit., p. 643.

In quell'alloggio della Florianigasse dovevano infatti abitare Jhering e tre dei suoi figli (poiché la figlia Helene era in collegio a Strasburgo e Hermann studiava alla facoltà di medicina di Gießen), nonché la nuova governante, Louise Wilders, che il 21 settembre 1869 diverrà la terza moglie di Rudolf von Jhering.

Le depressioni e le euforie, caratteristiche costanti del carattere di Jhering, si susseguirono con particolare intensità in questo turbinio di mutamenti. Così anche l'alloggio della Florianigasse, tanto criticato a giugno, veniva riabilitato già ad ottobre: «Il mio alloggio è disposto comodamente, anzi il mio studio è, da ogni punto di vista, il migliore che io abbia mai avuto: più ampio, più elegante, più luminoso, e la vista sul Glacis e su Vienna regge al paragone dei precedenti. Mi sono abituato ai vari difetti dell'appartamento: non avrei mai creduto di poter sviluppare in me quella filosofica equanimità che sopporta di buon grado ciò che non può essere mutato, per di più nella misura di cui oggi posso menar vanto. Summa summarum: qui sto proprio bene e non ho alcuna nostalgia di Gießen»⁽¹⁰⁾.

Nell'ottobre 1868 Jhering si trasferì nella zona Nord di Vienna, in una casa più grande e, soprattutto, vicina ad un parco di cui il giurista si garantì il diritto d'uso per 100 fiorini: un buon investimento, poiché la sua natura lo portava a passeggiare più volentieri tra il verde che in città⁽¹¹⁾.

4. *Il terzo matrimonio di Jhering.*

Jhering, non appena rientrato a Gießen dalla sepoltura della moglie, doveva trovare una persona che sovrintendesse alla vita domestica. Perciò la suocera gli raccomandò una governante, Louise Wilders, di cui egli fornisce a Gerber questo primo ritratto: «È una ragazza educata e fine, prossima alla trentina, e molto brava nelle faccende di casa»⁽¹²⁾.

⁽¹⁰⁾ Jhering a Gerber, Vienna, 10 ottobre 1868, in: *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*, cit., p. 644 s.

⁽¹¹⁾ Jhering a Gerber, Vienna, 20 maggio 1870, in: *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*, cit., p. 665.

⁽¹²⁾ Jhering a Gerber, Gießen, 5 novembre 1867, in: *Der Briefwechsel zwischen*

Quando a Vienna un'improvvisa malattia minaccia la vita di Louise Wilders, le parole di Jhering — lette con il senno di poi — sembrano aprire a Gerber uno spiraglio sui suoi sentimenti: « Anche se riguarda un'estranea, questo nuovo decesso in casa mia mi colpirebbe più profondamente di quanto potresti pensare: infatti quest'estranea, in poco tempo, è divenuta infinitamente cara ai miei figli ed a me. Ci ha creato un nuovo focolare ed a saputo rendersi indispensabile a noi tutti. Ho considerato come una delle maggiori fortune della mia vita il fatto che questa persona gentile e fedele sia entrata nella mia casa » (13).

Tuttavia le convenzioni sociali erano tiranniche. Lo stesso Jhering, quindici anni prima, aveva avuto parole di critica aspre, anzi, addirittura crudeli, quando il romanista Warnkönig aveva sposato la sua governante: « Chi sposa la fantesca, anche nella scienza non saprà apprezzare che la mucca da mungere; anche in questo campo non sarà mosso da un'imperiosa esigenza spirituale, altrimenti non sarebbe in grado di negarla così completamente nella scelta della sposa, a meno che egli voglia non tanto esser sposato, quanto avere una concubina » (14). Solo riconducendo la situazione di Jhering a questa rigida struttura sociale diviene comprensibile il macchinoso procedimento che accompagnò il suo terzo matrimonio.

Le manovre iniziarono nel luglio 1869, quando Jhering scrisse a Gerber una strana lettera in cui annunciava che avrebbe trascorso i due mesi successivi in Svizzera con tutti i figli e Louise Wilders. Ancora una volta sul banco degli accusati sedeva il pessimo clima viennese: « Non è possibile trascorrere tutta l'estate a Vienna senza rovinarsi la salute » (15). Seguivano poi curiose considerazioni sulla convenienza economica della Svizzera rispetto all'Austria per una simile vacanza.

Ma finalmente, da Interlaken, parte la notizia esplicita (anche se

Jhering und Gerber, cit., p. 633 s. Su tutta questa vicenda cfr. la lettera di Jhering a Gerber, Interlaken, 14 settembre 1869, *op. cit.*, p. 654 ss.

(13) Jhering a Gerber, Vienna, 13 gennaio 1869, in: *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*, cit., p. 649.

(14) Jhering a Gerber, Gießen, 29 ottobre 1854, in: *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*, cit., p. 124 s.

(15) Jhering a Gerber, Vienna, 11 luglio 1869, in: *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*, cit., p. 653.

forse non del tutto inattesa) del fidanzamento di Jhering con Louise Wilders il 21 agosto 1869, seguito dal matrimonio il 21 settembre dello stesso anno ⁽¹⁶⁾.

Sarebbe compito di uno psicologo districare le spiegazioni sincere, quelle soltanto formali e quelle palesemente inattendibili presenti nella lettera. Quasi non si riesce a comprendere se, in quella decisione, il peso dei problemi pratici prevalga sulla forza dei sentimenti.

A mio giudizio, la spiegazione più sincera è nascosta nelle poche righe in cui Jhering afferma che quel passo gli «è stato imposto dall'esistenza viennese. Io non volevo proprio diventare un viennese, cioè uno che cerca la sua felicità fuori di casa, ma desideravo invece che la mia felicità fosse saldamente ancorata nella mia stessa casa» ⁽¹⁷⁾. È il Jhering orgogliosamente provinciale e nordico che reagisce al mondo della capitale meridionale, nella quale resisterà solo quattro anni, per poi tornare in una nordica cittadina universitaria tedesca: Göttingen.

5. *Jhering e la vita sociale a Vienna.*

I contrastanti sentimenti delle prime settimane del soggiorno viennese condizionano le valutazioni di Jhering non soltanto sull'alloggio, ma sull'intera città di Vienna. Jhering, proveniente dalla piccola Gießen (che soltanto nel 1900 supererà i 25.000 abitanti), trova dapprima insopportabile una capitale viva e rumorosa come Vienna: «Mi sembra di essere in una grande prigionia» ⁽¹⁸⁾. In particolare, le passeggiate nel verde fuori porta gli sembrano irrea-

⁽¹⁶⁾ Il *Familienschema* di Jhering, pubblicato in *Studien zu Jhering und Gerber*, cit., p. 314, verrà completato con i dati desunti dall'albero genealogico del 1901 messi cortesemente a disposizione dalla signora Maria Jhering de Azevedo di São Paulo, Brasile.

L'albero genealogico del 1901 non indica le date di questo matrimonio: esse sono però annunciate espressamente da Jhering nella lettera a Gerber (Interlaken, 14 settembre 1869, in: *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*, cit., pp. 654-656).

⁽¹⁷⁾ Jhering a Gerber, Interlaken, 14 settembre 1869, in: *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*, cit., p. 655.

⁽¹⁸⁾ Jhering a Gerber, Vienna, 10 ottobre 1868, in: *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*, cit., p. 644.

lizzabili a causa delle eccessive distanze. Ma ad ottobre l'acclimatazione è ormai avvenuta e con l'anno nuovo Jhering è ormai interamente conquistato dalla società viennese: «La vita di Vienna, così piena di stimoli e di piaceri, mi è venuta incontro nel modo più attraente. Ricevuto ovunque nel modo più amichevole e ospitale, ho fatto nuove conoscenze quasi ogni giorno e, tra di esse, parecchie mi hanno interessato in massimo grado: artisti, poeti, dotti, alti funzionari, belle signore. Insomma, ogni giorno qualcosa di nuovo. Aggiungici i piaceri della musica ed anche gli stimolanti contatti scientifici, soprattutto con Unger, uomo acuto e vivacissimo (*grundgescheuter und sprudelnder Mensch*)» (19). Ecco affiorare così anche l'altro grande amico degli anni viennesi di Jhering.

D'altro lato, Jhering è consapevole degli ambigui vantaggi di questa turbolenta vita sociale: «La mia vita è un moto perpetuo, un continuo affanno verso nuove impressioni, nuove conoscenze, nuovi incarichi» (20). Se da un lato si sente ringiovanito di dieci anni, dall'altro avverte quali rischi di paralisi corra, in quest'effervescente atmosfera, la sua già macchinosa e tormentata produzione letteraria.

6. *Jhering e la vita universitaria a Vienna.*

Fu Unger stesso ad annunciare agli studenti l'arrivo di Jhering a Vienna, come ricorda Georg Jellinek, che nell'estate del 1868 sedeva fra gli alunni dell'alma mater viennese. «Un giorno ci comunicò dalla cattedra, con tono eccitato, che Jhering aveva accettato la chiamata a Vienna. “Ritenervi ben fortunati — esclamò rivolto a noi — di poter ascoltare questa persona. Non perdetevi l'occasione per godere della quantità di dottrina e di stimoli che solo l'autore del *Geistes des römischen Rechts* può darvi!” Non è sempre così che un docente richiama l'attenzione su un collega...» (21).

(19) Jhering a Gerber, Vienna, 13 gennaio 1869, in: *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*, cit., p. 648.

(20) Jhering a Gerber, Vienna, 4 aprile 1869, in: *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*, cit., p. 651.

(21) Georg JELLINEK, *Ungers siebzigster Geburtstag*, in: *Ausgewählte Schriften und Reden*, Scientia, Aalen 1970, vol. I, p. 258. Ripreso anche da Strohal: cfr. Cap. IV, § 2, nota 99.

La vita universitaria di Jhering a Vienna inizia con gli esami dell'ottobre 1869, nel corso dei quali conosce l'ultramontano Phillips, che gli fa una buona impressione: « eine feine, noble Natur » (22). Negativo è invece il giudizio su Arndts: ha « il piglio d'un contadino della Vestfalia » (den Zuschnitt eines westphälischen Bauern ») (23) e, per di più, ha fama di intrallazzatore. Ritrova un collega dei tempi di Kiel, Stein. E poi ci sono i vecchi amici, ben noti anche a Gerber: Siegel (che Gerber definisce il « bester Wegweiser », cioè la miglior guida (24) di Jhering nella nuova realtà austriaca), ma soprattutto Unger e Glaser. Parlando di Unger, Georg Jellinek ricorda che, « con i suoi amici Glaser e Jhering, fece parte della splendente costellazione (das glänzende Dreigestirn) della facoltà viennese di diritto, alla cui luce crebbe più d'un giovane talento destinato in seguito a farsi un nome » (25).

Nel maggio 1870 Jhering ha 359 iscritti alle lezioni sulle Pandette; nel novembre 1870, 362 nelle Istituzioni.

Tuttavia, nonostante i successi accademici, a Vienna non si sente soddisfatto e spera in una chiamata che lo riporti in Germania. Per questo, allorché Vangerow propone il suo nome e quello di Windscheid quali suoi possibili successori a Heidelberg, Jhering ha un istante di speranza, frustrato però dalla scelta della facoltà, che chiama Windscheid. Cade così « la più bella speranza della mia vita », scrive a Gerber, « e sembra così suggellato il mio destino di dover morire in Austria » (26).

Questa crescente impossibilità di vivere in Austria trova alimento anche nel drammatico conflitto di quegli anni: proprio nel 1870 scoppia la guerra franco-tedesca e Jhering avverte sempre più intensamente il richiamo patriottico verso la Germania.

Nell'ottobre 1871 la nuova università di Strasburgo prese contatti con lui in vista di una sua chiamata, ma la visita della città lo

(22) Jhering an Gerber, Vienna, 10 ottobre 1868, in: *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*, cit., p. 645.

(23) Ibid.

(24) Gerber a Jhering, Lipsia, 21 novembre 1868, in: *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*, cit., p. 646.

(25) Georg JELLINEK, *Ungers siebzigster Geburtstag*, in: *Ausgewählte Schriften und Reden*, Scientia, Aalen 1970, vol. I, pp. 259 s.

(26) Jhering a Gerber, Vienna, 14 luglio 1870, in: *Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*, cit., pp. 670 s.

deluse: ormai sapeva di poter vivere solo «se ho un alloggio confortevole e belle passeggiate» (27). Poiché entrambe le condizioni gli sembravano irrealizzabili a Strasburgo, preferì non accettare quella chiamata.

Ma già l'anno dopo Jhering ritornava in Germania, all'università di Göttingen, dove resterà per vent'anni, cioè fino alla sua morte nel 1892: «Quanto mi fa bene essere fuggito dal rumore e dall'agitazione della grande città!» (28).

7. *Jhering e la vita politica a Vienna.*

I problemi del nazionalismo tedesco di quegli anni traspaiono, sia pur scherzosamente, dalle parole di Gerber: «Non riesco ancora a vincere il dolore per il fatto che la Prussia ha perso l'occasione di acquisirti, mentre l'Austria può vantarsi di te» (29).

Nel dicembre 1869 Jhering assume un atteggiamento di totale rifiuto rispetto alla politica filotedesca che anima tanti austriaci: «Se la pace dura ancora dieci anni [...], — scrive a Gerber — qui la richiesta di ricongiungersi alla Germania diverrà irresistibile» (30). Jhering assume una posizione di «extraterritorialità» così spinta, da rifiutare persino di leggere i giornali austriaci.

La guerra conclusa con la vittoria del 1870 suscitò i sentimenti più entusiastici di Jhering: in una lettera a Gerber, egli confronta la piccolezza degli studi giuridici con l'imponenza degli eventi storici. Su questi sentimenti non ci si può per ora soffermare (31), tuttavia le posizioni politiche di Jhering ritorneranno al centro della nostra

(27) Jhering a Gerber, Vienna, 10 ottobre 1871, in: *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*, cit., p. 685.

(28) Jhering a Gerber, Göttinger, 27 ottobre 1872, in: *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*, cit., p. 692.

(29) Gerber a Jhering, Lipsia, 21 Novembre 1868, in: *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*, cit., p. 646.

(30) Jhering a Gerber, Vienna, 31 dicembre 1869, in: *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*, cit., p. 657. Per «ricongiungersi», Jhering usa qui un termine fatale: *Anschluß*.

(31) Jhering a Gerber, Vienna, 9 novembre 1870, in: *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*, cit., pp. 672 ss.

attenzione quando esamineremo i suoi rapporti intellettuali con Glaser (cfr. *infra*, Parte III, § 2).

8. *Le opere di Jhering a Vienna.*

Terminato l'insediamento nella sua casa, Jhering ritrova la quiete interiore per tornare a scrivere: ad ottobre sta lavorando al *Geist des römischen Rechts* ⁽³²⁾, ma il 1869 si apre con malattie e problemi organizzativi che nuovamente gli impediscono di lavorare. Le sue energie si concentrano sull'insegnamento universitario, che però non lo soddisfa appieno, anche se ha oltre 200 iscritti al corso di Istituzioni. Alle lamentele consuete nelle lettere jheringhiane si aggiungono sin dai primi giorni viennesi quelle sul pessimo clima della capitale, che gli impedisce di lavorare ⁽³³⁾. Anche più tardi definirà Vienna un « Giftnest » ⁽³⁴⁾.

Con il matrimonio e con il passaggio, a fine ottobre 1869, nella nuova casa accanto al parco, ritorna anche la forza creativa: il 1869 chiude con l'annuncio di una ripresa del lavoro al *Geist des römischen Rechts*, anche se continuamente interrotta dai saggi destinati ai « Jahrbücher » ⁽³⁵⁾.

Ma la produzione di Jhering si andava ingarbugliando sempre più, perché — mentre cercava di concludere il *Geist des römischen Rechts* — scriveva saggi che contenevano in nuce le sue nuove teorie: non solo quello sulle *Passive Wirkungen der Rechte*, ma soprattutto quello sul *Zweckmoment im römischen Privatrecht*, che anticipa anche nel titolo i due grandi (e incompiuti) volumi dell'opera progettata nel periodo viennese: *Der Zweck im Recht* ⁽³⁶⁾.

Ma su ciò si ritornerà in dettaglio tra poco.

⁽³²⁾ Jhering an Gerber, Vienna, 10 ottobre 1868, in: *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*, cit., p. 646.

⁽³³⁾ Jhering an Gerber, Vienna, 11 luglio 1869, in: *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*, cit., p. 652.

⁽³⁴⁾ Jhering an Gerber, Vienna, 27 marzo 1870, in: *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*, cit., p. 661.

⁽³⁵⁾ Jhering an Gerber, Vienna, 31 dicembre 1869, in: *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*, cit., p. 638.

⁽³⁶⁾ Jhering a Gerber, Vienna, 9 febbraio 1871, in: *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*, cit., pp. 676 s.

PARTE II - IL PENSIERO DI JHERING NEGLI ANNI VIENNESI

1. *L'evoluzione dal primo al secondo Jhering.*

Il quadriennio viennese è al centro della transizione di Jhering da una teoria giuridica fondata sulla volontà a quella fondata sull'interesse. In realtà, i suoi dubbi sulla teoria volontaristica erano già vivi prima del 1868 e trovarono un'espressione completa (anche se non sistematica né definitiva) soltanto dopo il 1872, nella quiete di Göttingen. Tuttavia è proprio negli anni di Vienna che si realizza il distacco dal *Geist des römischen Rechts* e la preparazione di *Der Zweck im Recht*.

Nel 1865 Jhering aveva concluso il primo tomo del terzo volume del *Geist des römischen Rechts* con una teoria dei diritti soggettivi: in essa egli fondò i diritti soggettivi non sulla volontà, bensì sull'interesse. Tuttavia, una volta affrontato il tema dell'interesse, la sua attenzione finì per concentrarsi sullo scopo cui necessariamente tende ogni interesse. Così il *Geist des römischen Rechts* rimase incompiuto.

Le nuove idee nascono ben prima dei libri che le esprimono e i carteggi forniscono indicazioni sul tessuto connettivo che unisce opere diverse.

2. *La revisione delle opere civilistiche.*

Riprendendo un tema divenuto classico con Savigny, ma differenziandosi spesso da questo autore, nel 1868 Jhering pubblica sui «*Jahrbücher*» un gruppo di saggi sul possesso, che ha le dimensioni d'una monografia⁽³⁷⁾. Il primo di essi, intitolato *Der Grund des Besitzschutzes*, fu oggetto di una disputa teorica e venne pubblicato l'anno dopo con un titolo sostanzialmente eguale, ma come opera autonoma⁽³⁸⁾.

⁽³⁷⁾ *Beiträge zur Lehre vom Besitz*, «*Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*», IX, 1868, pp. 1-196.

⁽³⁸⁾ *Über den Grund des Besitzschutzes. Eine Revision der Lehre vom Besitz*. Zweite verbesserte und vermehrte Auflage, Mauke, Jena 1869, pp. VIII-224. Questa edizione è indicata come «seconda», perché Jhering considera l'articolo dei «*Jahrbücher*» (cfr. nota precedente) come la prima edizione dell'opera.

Il punto in cui Jhering introduce le principali innovazioni è quello sulle «beabsichtigte und nicht beabsichtigte Wirkungen der Rechtsinstitute» (effetti voluti o non voluti degli istituti giuridici) (pp. 55-61).

Il rapporto fra diritto e volontà incomincia così a essere messo in discussione.

Nell'anno successivo Jhering cura la seconda edizione dei *Zivilrechtsfälle*, originariamente predisposti da Puchta, rivelando in quest'attività un crescente interesse per la vita pratica. Non soltanto gli astratti casi giuridici di Puchta vengono del tutto omessi ed il centinaio di casi jheringhiani profondamente rimaneggiati, ma ad essi si aggiunge una parte nuova: *Die Jurisprudenz des täglichen Lebens* ⁽³⁹⁾, destinata a divenire un'opera autonoma che oggi si sarebbe tentati di ascrivere alla sociologia del diritto.

Il crescente interesse di Jhering per la realtà del diritto (e quindi il suo progressivo distacco dal «Cielo dei concetti giuridici») è documentato dal crescere di questi casi giuridici tratti dalla vita quotidiana: dalle trenta pagine del 1870 si passa al centinaio della sesta edizione del 1886.

3. *In cammino verso Der Zweck im Recht.*

Nel concludere il primo tomo del terzo volume del *Geist des römischen Rechts* Jhering non riuscì a completare la teoria generale dei diritti soggettivi che si era prefissato e iniziò quindi a lavorare ad un volume successivo. A sei anni da quella pubblicazione, il materiale raccolto per il nuovo volume aveva già raggiunto una dimensione così cospicua, da consigliarne la pubblicazione in saggi separati, quasi preludi all'opera futura.

Nel 1871 i «Jahrbücher» ospitano così due saggi sui diritti soggettivi che ancora una volta hanno di fatto le dimensioni della

⁽³⁹⁾ *Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen*. Zum akademischen Gebrauch bearbeitet und herausgegeben von Rudolf Jhering. Zweite, wesentlich veränderte Auflage, Mauke, Jena 1870, pp. X-230. Da essa nasce *Die Jurisprudenz des täglichen Lebens*. Eine Sammlung an Vorfälle des gewöhnlichen Lebens anknüpfender Rechtsfragen, Fischer, Jena 1886, pp. 96: è questa la sesta edizione del volumetto, di cui finora non sono riuscito a vedere tutte le edizioni.

monografia: oltre cento pagine il primo, quasi duecento il secondo ⁽⁴⁰⁾.

Tuttavia lo stesso Jhering avverte che la sua ricerca non è ancora completa e che, pertanto, ai due scritti se ne aggiungerà « un terzo, — precisa — sull'elemento dello scopo nel diritto. Questo scritto, più esteso e più approfondito degli altri, penso di pubblicarlo l'anno prossimo come volume autonomo; gli altri verranno inclusi nella seconda sezione del terzo volume dell'opera citata [*Geist des römischen Rechts*] » ⁽⁴¹⁾.

Ecco il certificato di nascita di *Der Zweck im Recht*. Naturalmente il progetto editoriale enunciato da Jhering non venne attuato che parzialmente: il *Geist des römischen Rechts* non venne più completato e la « *selbständige Schrift* » — cioè *Der Zweck im Recht* — vide la luce soltanto sei anni dopo, e non già come opera completa, ma come primo volume di un'opera destinata a sua volta a restare incompiuta.

4. *Un impromptu giuridico: Der Kampf ums Recht.*

Forse il primo accenno all'interesse di Jhering per il tema che dovrà costituire il nucleo del *Kampf ums Recht* si trova nella lettera del 27 maggio 1868 a Minna Glaser: « Mentre ero in viaggio ho letto l'ultimo scritto di Suo marito, e in particolare la recensione sulla *Nothwehr* di Geyer mi è molto piaciuta ». Non si trattava però di un'opera nuova in senso stretto, bensì della pubblicazione, avvenuta in quell'anno, delle *Gesammelte kleinere Schriften* di Glaser. In esse venivano riprodotte anche le pagine su Geyer (in realtà qualcosa di più d'una semplice recensione) che erano state pubblicate una decina d'anni prima ⁽⁴²⁾.

⁽⁴⁰⁾ Rudolf JHERING, *Die Reflexwirkungen oder Rückwirkungen rechtlicher Tatsachen auf dritte Personen*, « *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* », X, 1871, pp. 245-354; *Passive Wirkungen der Rechte. Ein Beitrag zur Theorie der Rechte*, « *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* », X, 1871, pp. 387-586.

⁽⁴¹⁾ *Passive Wirkungen der Rechte. Ein Beitrag zur Theorie der Rechte*, « *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* », X, 1871, p. 388.

⁽⁴²⁾ Jhering a Minna Glaser, Gießen, 27 maggio 1868, in corso di pubblicazione.

Il legame tematico tra quello scritto di Glaser e la celebre conferenza con cui Jhering concluse il suo periodo viennese è profondo: oltre a criticare — come Glaser — i testi di Geyer e di Levita ⁽⁴³⁾ e le concezioni filosofiche di Hebart, Jhering richiama espressamente lo scritto di Glaser nella parte finale della sua conferenza. Infatti, proprio nella critica a Hebart (cui rimprovera «l'avversione nei confronti della disputa»), Jhering scrive: «Non è questo il luogo per mostrare tutta l'insostenibilità di questa veduta; ma mi ritrovo nella situazione felice di poter fare riferimento, sotto questo riguardo, a quanto scrive un mio amico» ⁽⁴⁴⁾.

Dunque, avendo sotto gli occhi il corposo volume di Glaser, Jhering sente il bisogno di segnalare il suo interesse proprio per il tema della legittima difesa: e ciò nonostante il fatto che, al momento della stesura di quella lettera (cioè nel 1868), lo scritto di Glaser fosse non già una novità, bensì la ristampa di un saggio che aveva ormai dieci anni. Questo tema doveva perciò essere presente nella mente di Jhering sin dall'anno del suo arrivo a Vienna; e quando, nel 1872, la Juristische Gesellschaft gli chiese una conferenza di commiato, quel tema dovette sembrargli particolarmente adatto anche per un pubblico composto non soltanto di giuristi.

Sono queste le considerazioni che compaiono nella breve prefazione della prima edizione del *Kampf ums Recht*: «Il suo oggetto presenta il massimo interesse e una piena comprensibilità anche per il non giurista»; «è un frammento di psicologia del diritto» destinato al «pubblico colto». Dunque, la scelta del tema fu felice e il tono dell'esposizione ben calibrato: tuttavia il successo della confe-

Nel 1868 era stato pubblicato il primo volume che raccoglieva gli scritti minori di Glaser: *Gesammelte kleinere Schriften über Strafrecht, Civil- und Strafprocess*, Tendler, Wien 1868, 528 pp. Uno di essi è *Über Nothwehr*, pp. 193-211, che risale però a dieci anni prima. Infatti August Geyer pubblicò nel 1857 *Die Lehre von der Nothwehr. Eine strafrechtliche Abhandlung* (Mauke, Jena 1857, VIII-175 pp.), volume che costituì il punto di partenza per uno scritto di Julius Glaser intitolato *Über Nothwehr*, «Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung» 1858, Nr. 1 e Nr. 2.

⁽⁴³⁾ Karl LEVITA, *Das Recht der Nothwehr. Eine strafrechtliche Abhandlung*, Ricker, Gießen 1856, 281 pp. L'opera porta la dedica: «Herrn Dr. Rudolph Jhering, ordentlicher Professor der Rechtswissenschaft in Gießen, in Dankbarkeit gewidmet».

⁽⁴⁴⁾ Rudolf VON JHERING, *La lotta per il diritto e altri saggi*. A cura di Roberto Racinaro, Giuffrè, Milano 1989, p. 168 e nota 18.

renza e del volumetto che ne derivò finì per superare ogni aspettativa. Il *Kampf ums Recht* divenne, con ogni probabilità, il più diffuso libro giuridico dell'Ottocento ⁽⁴⁵⁾.

Successo non senza critiche, però: l'incitamento jheringhiano a lottare per il proprio diritto venne attaccato come un incitamento alla litigiosità. Jhering, nella prefazione alla terza edizione, confutò queste critiche spiegando che, per lui, si deve lottare per il proprio diritto soltanto se la sua violazione costituisce « eine Missachtung der Person », cioè — per usare una terminologia attuale — una violazione della personalità. Tuttavia, con la quarta edizione, cessa di rintuzzare ad uno ad uno gli attacchi, e conclude: « Se l'idea che sta alla base del mio scritto è vera, [...] saprà affermarsi da sé. Se invece è falsa, ogni altra parola spesa in sua difesa è vana » ⁽⁴⁶⁾. Jhering restò di quest'opinione sino alla fine dei suoi giorni ⁽⁴⁷⁾.

Tuttavia su un punto almeno dovette tornare a discutere. Nell'analizzare giuridicamente *Il Mercante di Venezia* di Shakespeare, Jhering aveva preso posizione a favore dell'ebreo Shylock, che pretendeva la libbra di carne dovutagli per contratto da Antonio, veneziano e inadempiente. A dieci anni dalla conferenza viennese, infatti, le discussioni sulla presa di posizione jheringhiana non si erano ancora esaurite: molti non accettavano la coerenza scandalosa con cui Jhering dava ragione a Shylock, mentre invece il testo teatrale costruisce sapienti ambiguità intorno ai protagonisti e cerca di convogliare le simpatie istintive dello spettatore verso il veneziano insolvente.

La ricostruzione di questa polemica giuridico-letteraria meriterebbe un'opera a sé, e non può quindi trovar spazio in queste pagine. Basti qui ricordare la pesante ironia con cui Jhering risponde

⁽⁴⁵⁾ Il *Kampf ums Recht* conobbe 10 edizioni durante la vita di Jhering, cioè nei vent'anni successivi alla conferenza; nel medesimo periodo ne vennero approntate 21 traduzioni: cfr. la *Vorrede* alla decima edizione (1891) e le bibliografie in *Studien zu Jhering und Gerber*, cit.

⁽⁴⁶⁾ Rudolf VON JHERING, *Der Kampf ums Recht*, Manz, Wien 1874, 4. Auflage, p. VI.

⁽⁴⁷⁾ « Die Grundidee meiner Schrift betrachte ich nach wie vor für so zweifellos richtig und unumstößlich, daß ich jedes Wort gegen diejenigen, welche dieselbe bestreiten, für ein verlorenes erachte » (Rudolf von Jhering, *Kampf ums Recht*, Manz, Wien 1891, 10. Auflage, p. VII).

a Josef Kohler, verso cui in precedenza Jhering aveva dimostrato una grande ammirazione intellettuale (48).

Infine, l'infortunio dell'« Albany Law Journal » del 28 febbraio 1880 va segnalato più per confermare il successo dell'operetta jheringhiana che per valutare il contenuto della polemica: Jhering venne accusato di plagio, contestò l'accusa e la rivista concluse che si era trattato di uno scherzo. « Scherzi bizzarri, — commenta l'eurocentrico Jhering — di cui ci si diletta oltre Oceano » (49).

Con la decima edizione del 1891 il *Kampf ums Recht* assunse la sua forma definitiva: Jhering morì infatti l'anno dopo e l'undicesima edizione reca soltanto una breve e insipida introduzione del genero di Jhering, Viktor Ehrenberg, tralasciata nelle edizioni successive.

Tuttavia la fortuna dell'opera continuò: nulla può attestarne la vitalità meglio dell'elenco delle edizioni susseguitesì sino alla fine della seconda guerra mondiale (50).

(48) Concorda con Jhering A. PIETSCHER, *Jurist und Dichter. Versuch einer Studie über Jhering's Kampf um's Recht und Shakespeare's Kaufmann von Venedig*, Dessau 1881; discorda da Jhering Joseph KOHLER, *Shakespeare vor der Forum der Jurisprudenz*, Stakel, Würzburg 1883, V-300 pp. (= 1. + 2. Lieferung); Nachwort, 1884, 23 pp.: è proprio quel « Kohler in Würzburg [...], einer der begabtesten von allen jüngeren Civilisten, von dem ich mir die größten Dinge verspreche » (Jhering an Glaser, 3. April 1881, in corso di pubblicazione).

(49) Rudolf VON JHERING, *Der Kampf ums Recht*, Manz, Wien 1891, 10. Auflage, p. XVII.

(50) Ho potuto accertare le seguenti edizioni, il cui elenco (di certo non ancora completo!) va ad integrare i numeri 54 e 55 della *Bibliographie Rudolf von Jherings*, contenuta nei miei *Studien zu Jhering und Gerber*.

1. *Der Kampf ums Recht*, Manz, Wien 1872, VI-100 S.
2. *Der Kampf ums Recht*, Manz, Wien 1872, VI-100 S. [La seconda ristampa ebbe quindi luogo ancora nello stesso anno della prima edizione].
3. *Der Kampf ums Recht*. 3. veränderte und vermehrte Auflage, Manz, Wien 1873, VI-122 S.
4. *Der Kampf ums Recht*. [Billige Volksausgabe], Manz, Wien 1874, VIII-96 S.
5. *Der Kampf ums Recht*, Manz, Wien 1877, XII-95 S.
6. *Der Kampf ums Recht*, Manz, Wien 1880, XVI-95 S.
7. *Der Kampf ums Recht*, Manz, Wien 1884, XVIII-97 S.
8. *Der Kampf ums Recht*, Manz, Wien 1886, XVII-98 S.
9. *Der Kampf ums Recht*, Manz, Wien 1889, XVII-98 S.
10. *Der Kampf ums Recht*, Wien 1891, XVIII-98 S. [Questa edizione è l'ultima pubblicata quando Jhering era ancora in vita].
11. *Der Kampf ums Recht*, Manz, Wien 1894, XIX-98 S.

Questo incredibile successo intellettuale e mondano chiude la breve parentesi viennese nella vita di Jhering. Nella piccola Göttingen lo attendono ancora venti anni operosi, immerso nella quiete che la capitale austriaca non poteva dargli.

5. *Gli ultimi scritti di Göttingen.*

Con il passare degli anni, la quiete di Göttingen si andava trasformando in solitudine.

Il settanduenne Jhering, elencando all'amica Minna Glaser i decessi più recenti, trova consolazione nell'aver, a Vienna, « ancora due persone, Lei e Unger, cui mi unisce un legame più stretto. In due parole, anche soltanto con una cartolina, mi dica come sta Unger: non voglio disturbarlo, ma sono preoccupato per lui ».

Tuttavia, anche sotto il peso di una solitudine sempre più gravosa, Jhering manifesta un'indomabile energia intellettuale: « La

-
12. *Der Kampf ums Recht*, Manz, Wien 1897, XIX-98 S. [Nel GV è indicata con la data del 1896; però l'esemplare della Bayerische Staatsbibliothek è del 1887].
 13. *Der Kampf ums Recht*, Manz, Wien 1897, XIX-98 S.
 14. *Der Kampf ums Recht*, Manz, Wien 1900, XIX-98 S.
 15. *Der Kampf ums Recht*, Manz, Wien 1903, XIX-98 S.
 16. *Der Kampf ums Recht* (non elencata nel GV).
 17. *Der Kampf ums Recht*, Manz, Wien 1910, XIX-98 S.
 18. *Der Kampf ums Recht*, Manz, Wien 1913, XIX-98 S.
 19. *Der Kampf ums Recht*, Manz, Wien 1919, XIX-98 S.
 20. *Der Kampf ums Recht*, 1921.
 21. *Der Kampf ums Recht*. Herausgegeben vom Richard Huch, Reclam, Leipzig [1925], 128 pp.
 22. *Der Kampf ums Recht*. Mit einem Nachwort von Rudolf Wassermann, Philo, Berlin 1925, 76 pp.
 23. *Der Kampf ums Recht*. Klostermann, Frankfurt am Main 1943, 38 pp. [Pubblicato nella collana edita da Erik Wolf: Deutsches Rechtsdenken. Lesestücke für Rechtswahrer bei der Wehrmacht. Heft 2. Nella *Vorbemerkung* si legge: « Im Jahre 1921 erschien di 20. Auflage. 1925 wurde eine Neuauflage von R. Huch veranstaltet. Seit längerer Zeit ist die Schrift vergriffen. [...] Unsere Wiedergabe mußte stark gekürzt werden ».].
 24. *Der Kampf ums Recht*. Klostermann, Frankfurt am Main 1948, 40 pp. [Contiene la medesima *Vorbemerkung* del 1944. Ora la collana si chiama soltanto: Deutsches Rechtsdenken, hrsg. von Erik Wolf, Heft 10.].

morte sta ora falciando una tal messe intorno a me, che il pensiero della mia stessa morte, ormai prossima, non mi abbandona quasi mai. Vi sono del tutto preparato e ogni giorno che mi resta da vivere lo considero un regalo. Per quanto lo consentono le mie forze, mi impegno a sfruttare il tempo che mi è ancora dato: lavoro nuovamente ad un'opera impegnativa, che però difficilmente giungerà a compimento, poiché le mie energie intellettuali sono molto diminuite. Fisicamente non me ne accorgo, però intellettualmente sì: da questo punto di vista l'età si fa sentire, eppure io non smetto di usare tutta la forza di cui ancora dispongo»⁽⁵¹⁾.

L'opera cui si riferisce Jhering era una storia del diritto romano destinata al *Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft*, edito da Karl Binding. Come già presentiva nella lettera, Jhering non riuscì a compiere quest'opera. La grande quantità di materiale parzialmente elaborato consentì tuttavia al marito della figlia Helene — Viktor Ehrenberg, nel frattempo divenuto anch'egli professore a Göttingen — di organizzare due volumi ben strutturati, che vennero pubblicati due anni dopo la morte di Jhering⁽⁵²⁾.

La vita di Jhering si chiudeva quindi aprendosi su orizzonti universali: e l'universo continuerà a coltivarne l'eredità, come si è visto nella rassegna degli scritti jheringhiani più recenti, pubblicata in questo stesso fascicolo (89 ss.).

PARTE III - LA FIGURA DI GLASER ATTRAVERSO LE LETTERE

1. *La vita di Glaser.*

a) *Le origini.*

Nato in Boemia nel 1831 da una famiglia ebrea che tradizionalmente traeva il sostentamento e il nome dal mestiere di vetraio,

⁽⁵¹⁾ Jhering a Minna Glaser, Göttingen, 28 marzo 1890 (in corso di pubblicazione).

⁽⁵²⁾ Le due opere postume sono:

1. *Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts. Einleitung. Verfassung des römischen Hauses.* Aus dem Nachlaß herausgegeben, Breitkopf & Härtel - Duncker & Humblot, Leipzig 1894, VI-124 pp.: cfr. *Bibliographie*, Nr. 119;

2. *Vorgeschichte der Indoeuropäer.* Aus dem Nachlaß herausgegeben, Breitkopf & Härtel - Duncker & Humblot, Leipzig 1894, XIII-486 pp.: cfr. *Bibliographie*, Nr. 121.

Glaser compì gli studi ginnasiali in parte in Boemia e in parte a Vienna, al Schottengymnasium. Qui apprese anzitutto il francese; ma in seguito studiò anche l'inglese e l'italiano, acquisendo così gli strumenti per accedere alle fonti straniere degli istituti che maggiormente lo interessarono.

Secondo l'ordinamento scolastico austriaco, al ginnasio seguivano due anni di filosofia, che egli suddivise tra Vienna e Zurigo, dove nel 1849 ottenne il dottorato con il saggio su *Vergeltung und Strafe* ⁽⁵³⁾.

Questo passaggio dall'Austria alla più quieta Svizzera trova la sua spiegazione negli eventi della primavera del 1848. Benché ancora diciassettenne, Glaser aveva preso parte alle riunioni degli studenti universitari e li aveva incontrato per la prima volta Josef Unger, che già in quei mesi fu una figura di rilievo. Per evitare un suo ulteriore coinvolgimento negli eventi rivoluzionari, uno zio lo inviò a Zurigo a completare gli studi. Si spiega così perché egli vi sia restato soltanto un anno ⁽⁵⁴⁾.

Dal 1850 al 1852 studiò diritto all'università di Vienna, dove ritrovò Joseph Unger, stringendo con lui una di quelle amicizie totali così caratteristiche per il mondo germanico di quel tempo: saranno fianco a fianco nello studio, nell'insegnamento e nell'attività politica sino all'improvvisa morte di Glaser nel 1885. In quell'occasione, Unger così scriverà: «Da allora il corso delle nostre vite fu così intimamente intrecciato, che, se volessi scrivere la biografia del mio amico, dovrei al tempo stesso raccontare anche la mia vita» ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵³⁾ *Vergeltung und Strafe*. Beitrag zur Philosophie des Rechts, Buchdruckerei von Karl Weiß, Horgen 1849.

⁽⁵⁴⁾ Questa spiegazione si fonda su una comunicazione di Minna Glaser al biografo di Unger, S. FRANKFURTER: *Josef Unger. Das Elternhaus - Die Jugendjahre. Biographischer Beitrag*, Braumüller, Wien-Leipzig 1917, p. 58 e p. 108, nota 33.

Lo stesso Unger, molti anni dopo, ricordava così questo primo incontro con Glaser: «Lo conobbi nel 1848, nel pieno di quel movimento tempestoso cui però egli, allora diciassettenne, non prese parte direttamente. Dopo il suo ritorno da Zurigo, alla cui università aveva studiato per un anno, ci rincontrammo nelle aule del Theresianum, dove in quei tempi (a causa della chiusura dell'università) si insegnava il diritto secondo il metodo tradizionale» (Josef UNGER, *Julius Glaser. Ein Nachruf*, Gerold, Wien 1885, p. 11).

⁽⁵⁵⁾ UNGER, *Julius Glaser. Ein Nachruf*, Gerold, Wien 1885, p. 11 s.

b) *Hebbel e i tre giuristi.*

Allo stesso periodo risale l'amicizia di Glaser con il drammaturgo Friedrich Hebbel (1813-1863) ⁽⁵⁶⁾. Tuttavia, anche se l'amicizia con Glaser fu predominante, Hebbel ebbe contatti con l'intero « Dreigestirn » viennese. A Heidelberg e a Monaco fu compagno d'università di Jhering, che era di cinque anni più giovane di lui ⁽⁵⁷⁾. A Heidelberg, nel 1836, i due sedevano nello stesso banco, ma Jhering non ebbe modo di conoscere né il nome, né la provenienza del suo vicino: infatti Hebbel smise ben presto di seguire le lezioni di « Juristische Enzyklopädie ». A Monaco, invece, ebbe inizio un contatto più profondo. Dopo essersi casualmente incontrati per strada, i due presero a frequentarsi e Jhering conobbe così la vita del letterato dalla « verlockende Seite » ⁽⁵⁸⁾. Smise di frequentare le lezioni e scrisse una novella umoristica, che incontrò l'approvazione letteraria di Hebbel e la disapprovazione totale della famiglia, la quale nell'estate del 1837 fece trasferire il giovane Jhering da

⁽⁵⁶⁾ Eugen WOHLHAUPTER, *Dichterjuristen*. Herausgegeben von H. G. Seifert, Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1957, vol. 3, pp. 1-17; Norbert MÜLLER, *Der Rechtsdenker Friedrich Hebbel. Kriminologie und Justiz, Gesetz und Recht*, Bouvier Verlag Herbert Grundmann, Bonn 1974, XV-121 pp.: sull'incontro con Rudolf von Jhering, cfr. pp. 37-39; su quello con Julius Glaser, cfr. pp. 39-41.

⁽⁵⁷⁾ Friedrich HEBBEL, *Tagebücher*. Historisch-kritische Ausgabe von Richard Maria Werner, Behr, Berlin 1903, 4 voll.; vol. I, pp. 184 s., ricorda che Rudolf von Jhering, ancora ragazzo, aveva dato a sua madre il libro di NIEMEYER, *Grundsätze der Erziehung*, pregandola di educarlo secondo quei principî. Nel consultare questo testo, si tenga conto che Hebbel scrive il nome del giurista così: Jerring.

Emil KUH, *Biographie Friedrich Hebbels*, Braumüller, Wien 1877, 2 voll.; sull'incontro tra Hebbel e Jhering, cfr. vol. I, p. 219. Inoltre Kuh ricevette da Jhering una testimonianza scritta sui suoi tre incontri giovanili con Hebbel e la pubblicò per intero nel vol. I, pp. 354-360. In forma leggermente ridotta questa testimonianza jheringhiana venne poi ripresa e commentata da Paul BORNSTEIN, *Friedrich Hebbels Persönlichkeit. Gespräche, Urteile, Erinnerungen*, Propyläen Verlag, Berlin 1924, vol. I, pp. 53-55, 65-70.

⁽⁵⁸⁾ « Sino ad allora non avevo alcuna idea di come vivessero gli scrittori. Soltanto con Hebbel potei conoscerne il lato luminoso a Monaco e quello oscuro a Gottinga » (Ich hatte bis dahin von der Existenz eines Literaten gar keine Kunde gehabt, erst in Hebbel sollte sie mir entgegen treten, von der verlockenden in München, später in Göttingen von der düsteren Seite): così Jhering in KUH, *Biographie Friedrich Hebbels*, cit., vol. 1, p. 356.

Monaco a Göttingen. Jhering veniva così sottratto all'influenza di Hebbel: tuttavia il suo talento umoristico si manifestò anche nella scienza giuridica, come dimostra il suo *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*. Anche la passione per la forma letteraria dei proprii scritti accompagnò — e afflisse — Jhering per tutta la vita.

È invece impossibile documentare influenze più specifiche di quegli anni. Ad esempio, a Monaco Hebbel si occupò della critica di Goethe al *Michael Kohlhaas* di Kleist (*Tagebücher*, I, pp. 157 e 244 s.); e questo eroe letterario ritorna nel *Kampf ums Recht* di Jhering. Tuttavia è impossibile dire se vi sia una connessione fra le discussioni letterarie monacensi del semestre estivo del 1837 e la conferenza viennese del 1872 ⁽⁵⁹⁾.

Però non furono soltanto le pressioni familiari e il trasferimento forzato a Göttingen a convincere Jhering ad abbandonare i sogni letterari: lo stesso Hebbel — che nel 1837 gli aveva rivelato il lato luminoso, la « verlockende Seite » di quella vita — gliene fece conoscere il lato oscuro, la « düstere Seite », quando due anni dopo gli si presentò a Göttingen con gli abiti a brandelli e con le scarpe sfondate. Jhering confessa di averlo scambiato, « a prima vista », « per un garzone di bottega che voleva chiedermi l'elemosina » ⁽⁶⁰⁾.

Infatti, all'inizio del 1839, Hebbel aveva deciso di lasciare Monaco per tornare ad Amburgo, ma la sua povertà era così estrema che dovette compiere il viaggio a piedi. Appunto a Göttingen si fermò per visitare Jhering, che lo aiutò anche materialmente nella continuazione del viaggio (*Tagebücher*, I, pp. 172 s.). Ma non fu un incontro positivo: « Absonderlicher Mensch », conclude Jhering ⁽⁶¹⁾; e non era certo l'unico a pensarla così: lo ammette anche il fedelissimo amico Kuh ⁽⁶²⁾ e, come vedremo tra poco, lo stesso Glaser.

⁽⁵⁹⁾ « Ob Rudolf von Jhering [...] schon als Student zu Hebbel von den großen, ihn später so stark bewegenden Thema andeutend gesprochen hat? » Quesito senza risposta, posto da Eugen WOHLHAUPTER, *Dichterjuristen*, Tübingen 1957, vol. 3, p. 12.

⁽⁶⁰⁾ KUH, *Biographie Friedrich Hebbels*, cit., vol. 1, p. 357.

⁽⁶¹⁾ KUH, *Biographie Friedrich Hebbels*, cit., vol. 1, p. 360.

⁽⁶²⁾ « Es ließ sich schwer mit ihm Leben! das ist wahr, dies hat schon der junge Rudolf Jhering an dem jungen Hebbel empfunden »: BORNSTEIN, *Friedrich Hebbels Persönlichkeit*, cit., II, p. 87. L'autore del passo è Kuh, ma in « Biogr., II, 449 » (cioè nella fonte indicata da Bornstein, p. 430) non si trova questo passo.

Stabilitosi a Vienna nel 1845, Hebbel sposò l'attrice Christine Enghaus, ma la serenità così faticosamente conquistata venne presto troncata da una morte prematura. Gli anni viennesi dal 1845 al 1863 furono per Hebbel anche gli anni della stretta amicizia — iniziata nel 1850 ⁽⁶³⁾ — con Julius Glaser, di diciott'anni più giovane di lui. Con il musicista Debrois van Bruyk e con lo scrittore Emil Kuh, il futuro biografo di Hebbel, si costituì un quartetto di amici affiatati. Il ventenne Glaser gli raccontava storie giuridiche strabilianti, che il letterato annotava incuriosito nel suo diario come «note criminali» ⁽⁶⁴⁾.

Il passar del tempo e il difficile carattere di Hebbel posero fine all'amicizia con Van Bruyk e Kuh, ma non a quella con Glaser, che nel frattempo compiva la sua carriera anche politica: come afferma in una sua lettera a Kuh, Glaser seppe tenere le giuste distanze con il difficile Hebbel, che aveva la tendenza a monopolizzare gli amici ⁽⁶⁵⁾. Così, le lettere che quest'ultimo scriveva dalla sua residenza estiva di Gmunden am Traunsee documentano come Glaser lo consigliasse nella stesura del *Gyge* ⁽⁶⁶⁾ o commentasse il *Demetrius* in modo «veritiero, sottile e profondo» ⁽⁶⁷⁾. Inoltre Glaser scrisse anche alcune critiche per Hebbel ⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶³⁾ «Nel 1850, su sua richiesta, accompagnai Julius Glaser, l'attuale ministro della giustizia austriaco, nella casa dello scrittore» (KUH, *Biographie Friedrich Hebbels*, vol. 2, p. 421); Kuh offre anche un'ampia descrizione del giovane Glaser appena rientrato da Zurigo.

⁽⁶⁴⁾ «Verbrechenskizzen»: *Tagebücher*, III, 390 s.; 415 (1851); IV, 63 (1856).

⁽⁶⁵⁾ «Infine, dovetti sottrarmi [...] alle sue ingerenze, che a volte oltrepassavano il segno; e l'eccesso di queste interferenze consisteva non tanto nella cosa in sé, quanto nella concitazione con cui il suo consiglio veniva imposto»: Glaser a Kuh, senza luogo né data, *Biographie Friedrich Hebbels*, vol. 2, p. 636. (Le pp. 712 e 721, pur indicate nell'indice dei nomi, non contengono nulla su Glaser).

⁽⁶⁶⁾ Lettera di Hebbel a Glaser, Gmunden, 3 agosto 1855 (in Walther BLOCH-WUNSCHMANN, *Friedrich Hebbel. Ein Lebensbuch*. Biographie Hebbels nach seinen Briefen und Tagebüchern, Behr, Berlin 1912, p. 466).

⁽⁶⁷⁾ Lettera di Hebbel a Glaser, Gmunden, 4 agosto 1858, (in Walther BLOCH-WUNSCHMANN, *Friedrich Hebbel. Ein Lebensbuch*, cit., Berlin 1912, pp. 527 s.).

⁽⁶⁸⁾ Johann Nepomuk Bachmay a Gottfried Keller, Wien, 10 giugno 1851: «Sa chi ha scritto quella critica? Hebbel. L'ha semplicemente dettata ad un certo Glaser, che ne è l'estensore materiale» (BORNSTEIN, *Friedrich Hebbels Persönlichkeit*, cit., II, p. 296 e commento a p. 574 s.).

Ma Glaser fu anche il consigliere giuridico ed editoriale che aiutò Hebbel a risolvere molti problemi pratici e professionali (nel 1861 gli consigliò, ad esempio, di non accettare « eine Professur der neuen deutschen Literaturgeschichte » a Weimar) ⁽⁶⁹⁾ e che ebbe cura dei contratti per l'edizione postuma dei suoi *Tagebücher* e delle sue lettere ⁽⁷⁰⁾.

Infine, la stretta amicizia tra Glaser ed Unger portò Hebbel anche a contatto con quest'ultimo: ne è prova una storia di Unger riferita da Hebbel nei *Tagebücher* IV, (pp. 239 s.). E quando la Studentenkorporation Silesia dimenticò di invitare Glaser alla festa per i cinquant'anni di Hebbel, fu Unger a parlare della poesia nel diritto, ricollegandosi direttamente al quinto atto dei *Nibelunghi* hebbeliani (*Tagebücher*, IV, p. 306).

c) *Dalla filosofia al diritto positivo.*

Nel 1851 un viaggio in Gran Bretagna permise a Glaser di studiare il procedimento penale anglossassone e di redigere uno scritto in cui lo comparava con quello francese, tedesco e austriaco. Nello stesso anno tradusse in tedesco *Dei delitti e delle pene* di Cesare Beccaria ⁽⁷¹⁾.

Il suo programma scientifico è sintetizzato nella prolusione viennese del 1854, quando venne chiamato a Vienna come ordinario di diritto penale ⁽⁷²⁾.

⁽⁶⁹⁾ Lettera di Glaser a Kuh, senza data, in BORNSTEIN, *Friedrich Hebbels Persönlichkeit*, cit., vol. II, p. 145 ss. La frequenza dei rapporti fra Glaser e Hebbel si può desumere dal fatto che, nei due volumi di Bornstein, Glaser viene citato 57 volte, Jhering 6 volte e Unger 2 volte.

⁽⁷⁰⁾ Rudolf KARDEL, *Hebbeldokumente. Unveröffentlichtes aus dem Nachlaß*, Westholsteinische Verlagsanstalt, Heide 1931, pp. 118 s. e 154 s.; infine, si vedano le lettere di Hebbel a Glaser in: Friedrich HEBBELS, *Sämtliche Werke*. Historisch-kritische Ausgabe, hrsg. von Richard Maria Werner, 3. Abt.: *Briefe*, Behr, Berlin 1904-1907, 8 voll..

⁽⁷¹⁾ Cesare BECCARIA, *Über Verbrechen und Strafen*. Übersetzt von Dr. Julius GLASER, Tendler, Wien 1854, XXVIII-108 pp. (prima edizione); Manz, Wien 1876, 128 pp. (seconda edizione).

⁽⁷²⁾ *Über Aufgabe und Behandlungsweise der Wissenschaft des österreichischen Strafprozeß*. Eine Antrittsrede, gehalten bei Eröffnung der Vorlesungen über österreichisches Strafrecht, 9. Oktober 1854, in: *Gesammelte kleine juristische Schriften*, Manz, Wien 1883 (2. ed.), Bd. 1, pp. 1 ss.

Nel corso degli anni giovanili il suo interesse filosofico diminuì, soppiantato da un crescente interesse per il diritto. Tuttavia va ricordato che nella dissertazione zurighese egli criticò la dottrina di Herbart, allora dominante, secondo cui il diritto nasceva dal desiderio di evitare conflitti. Glaser negava questo tipo di spiegazione e forse in questo modo — come ha illustrato il capitolo precedente — pose le premesse per l'opera viennese di Jhering che doveva conoscere una fama mondiale: *La lotta per il diritto*.

La passione per il concretizzarsi del diritto attraverso l'attività giudiziaria caratterizzò l'intera sua esistenza: nel 1859, insieme con Unger, iniziò la raccolta delle sentenze civili dell'Oberster Gerichtshof. Divenuto ministro, continuò nella medesima direzione promuovendo nel 1874 la raccolta delle sentenze penali del medesimo tribunale.

Glaser, nel frattempo convertitosi al cattolicesimo, sposò nel 1860 Wilhelmine Löwenthal. In un'epoca in cui le mogli tendevano a muoversi soltanto come ombre silenziose di grandi mariti, questa figura femminile venne a trovarsi in primo piano, non tanto perché spinta dal desiderio di protagonismo, quanto perché ricercata dagli interlocutori per la sua intelligenza e per la sua simpatia. L'armonia di quella coppia influisce anche sulla struttura del carteggio con Jhering: Minna scrive a nome di Julius, oppure la lettera di quest'ultimo viene completata dalla moglie, ovvero è lei a concludere con una postilla un foglio del marito. Minna ispirava sentimenti non fugaci: Jhering continuò, fino all'estremo della sua vita, a scriverle una lettera ad ogni Natale.

Infine, all'operosità devota di Minna dobbiamo una bibliografia completa e accurata degli scritti, dei discorsi e dei progetti di leggi di Julius Glaser; né questa bibliografia poteva avere un prefatore diverso da Unger ⁽⁷³⁾.

Nel 1860 il Ministro della Giustizia Pratobevera chiamò Glaser a far parte della commissione che doveva preparare i progetti della legge sulla stampa e, soprattutto, il progetto per un nuovo diritto processuale penale: quest'ultimo compito assorbì per anni le energie

⁽⁷³⁾ Wilhelmine GLASER, *Julius Glaser. Bibliographisches Verzeichniß seiner Werke, Abhandlungen, Gesetzentwürfe und Reden*, Manz, Wien 1888, 103 pp.

di Glaser, ma fece di lui il padre del diritto processuale austriaco più vicino a quello degli altri grandi Stati europei.

Tuttavia il cammino da percorrere non fu facile. Il ministro Pratobevera aveva commissionato a von Hye una serie parallela di progetti, che risultarono inconciliabili con quelli cui aveva collaborato Glaser. Egli preferì quindi ritirarsi dalla commissione nel 1865.

Negli anni seguenti la sua vita oscillò fra i ministeri e l'università: dal 1868 al 1870 fu il funzionario più importante del Ministero per il Culto e l'Insegnamento, retto dal filosofo del diritto Ludwig von Hasner. Nel 1870 ritornò all'università, ma contemporaneamente venne eletto al Landtag della Bassa Austria e, subito dopo, al Parlamento imperiale austriaco.

Quando nel 1871 il governo venne affidato ad Adolf Auersperg, Glaser fu nominato Ministro della Giustizia, mentre Unger assunse la carica di ministro senza portafoglio come Sprechminister. Pochi mesi dopo poteva così riprendere la marcia del progetto per la procedura penale che tanto gli stava a cuore. Pochi giorni dopo il tragico crollo della borsa viennese (che segnò l'inizio della crisi economica europea), il suo testo venne approvato dal Parlamento e promulgato dall'imperatore il 23 maggio 1873.

La situazione economica lo portò ad occuparsi anche di diritto societario, mentre i progetti di codice penale e di procedura penale non giungevano all'approvazione.

Intanto il mutato clima politico aveva provocato, nel febbraio del 1879, l'uscita dal governo tanto di Auersperg, quanto di Unger. Glaser rimase in carica nel governo provvisorio di Stremayer, ma — quando nell'agosto 1879 la presidenza dei ministri fu affidata a Taaffe — anch'egli si ritirò e chiese di essere nominato procuratore generale del Tribunale di Cassazione. Con ciò « Glaser si ritirò del tutto dalla vita politica »⁽⁷⁴⁾.

In questo modo la sua influenza sul diritto processuale penale austriaco fu totale: dapprima come studioso, poi come legislatore, infine come giudice supremo. Che i giuristi austriaci vedessero in lui quasi una « fonte vivente » del diritto processuale è dimostrato da un fatto: all'entrata in vigore del suo progetto, mentre egli era in attesa

(74) UNGER, *Julius Glaser. Ein Nachruf*, Gerold, Wien 1885, p. 7.

della nomina a procuratore generale, i magistrati del Tribunale di Cassazione si rivolgevano direttamente a lui, ancora ministro, per discutere i casi più controversi.

La nuova carica, per quanto di rango inferiore alla precedente, gli offriva la possibilità di contribuire direttamente allo sviluppo giurisprudenziale del diritto penale e processuale. Glaser si dedicò a questo compito sino all'improvvisa morte nel 1885.

2. *I rapporti intellettuali di Jhering con i Glaser.*

L'amicizia di Jhering era ripartita fra Julius e Minna Glaser. Per brevità, bisogna qui analizzare soltanto alcuni aspetti di questo intenso rapporto: i problemi dell'unificazione tedesca discussi con Julius e i libri discussi con Minna. Ma anche questi brevi cenni possono dimostrare quanto fossero vicine le loro posizioni e aperti i loro scambi di idee.

Analisi simili si potrebbero condurre per numerosi altri aspetti di questa amicizia: l'adoperarsi di Glaser per la chiamata di Jhering a Vienna, l'apprezzamento intellettuale anche delle opere del « secondo Jhering », che avevano invece suscitato critiche e attriti con tanti altri amici, infine — da parte di Minna — l'aiuto concreto nell'allestimento della casa viennese di Jhering che, come si è detto, aveva perso la moglie da poco. Su queste basi salde e varie si fondava l'amicizia tra Jhering e i Glaser.

a) *La guerra del 1866 e la posizione di Jhering.*

Tre lettere scritte fra il maggio e l'agosto del 1866 illustrano tanto la posizione di Jhering sull'unificazione tedesca, quanto la profondità e la schiettezza dei suoi rapporti con Glaser. Queste date sono legate ad eventi cruciali e coincidono, sul fronte italiano, alla terza guerra d'indipendenza. L'8 aprile 1866 era stato sottoscritto a Berlino il trattato che, per la durata di tre mesi, obbligava l'Italia a intervenire a fianco della Prussia in un'eventuale guerra contro l'Austria. La sconfitta austriaca a Sadowa del 3 luglio e l'armistizio di Nikolsburg del 26 luglio 1866 sancirono il predominio prussiano e la soluzione piccolo-tedesca nell'unificazione della Germania.

La corrispondenza fra i due amici si snoda sullo sfondo di questi tragici eventi.

«È il sentimento della massima indignazione, quello che devo esprimere! — scrive Jhering — Forse nessuna guerra è mai stata fomentata con tanta spudoratezza e con tanta spaventosa leggerezza come quella che oggi Bismarck cerca di far scoppiare contro l'Austria. I sentimenti più profondi si rivoltano contro una simile violazione di tutti i principi del diritto e della morale. Dio sa ch'io non sono mai stato un amico dell'Austria (non fraintendermi: del sistema politico, non degli austriaci, cui io voglio bene anche al di fuori della cerchia di chi mi è personalmente legato) e sono entusiasta dell'influenza prussiana nella Germania del Nord, per quanto l'attuale sistema prussiano non goda delle mie simpatie. Eppure mi farei tagliare una mano, piuttosto che metterla al servizio di un gioco così spaventoso, come quello che la politica prussiana sta architettando contro l'Austria: il normale intelletto di un uomo onesto non arriva ad un simile abisso di perfidia, cioè non è in grado neppure di capirlo.» La Prussia infatti si atteggia ad aggredita e «aizza il nemico mortale dell'Austria — l'Italia — in un duello all'ultimo sangue».

Jhering sente che una realtà contraddittoria lo obbliga a prendere decisioni razionali in contrasto con i propri sentimenti: «Di chi dovremmo augurarci la vittoria, dell'Austria o della Prussia? Non abbiamo scelta, dobbiamo augurarci che vinca la causa *ingiusta*, poiché tremiamo all'idea che l'Austria acquisti una supremazia sulla Germania. Tutti sono contrari a questa lotta e nessuno può rallegrarsi all'idea che essa terminerà con l'esito che noi *dobbiamo* augurarci: la supremazia della Prussia». Questi sentimenti contraddittori hanno una sola causa che Jhering individua con chiarezza: «La supremazia dell'Austria è incompatibile con il libero sviluppo della Germania».

Ma la conclusione della lettera passa dai grandi sistemi ai rapporti personali: «Possa l'odio contro la Prussia, di cui ogni austriaco deve essere colmo a pieno diritto, non intaccare i rapporti di amicizia degli *individui* che si trovano dalle due parti della barricata, possa soprattutto anche il nostro rapporto non esserne influenzato negativamente» (75).

(75) Jhering a Julius Glaser, Gießen, 1° maggio 1866 (in corso di pubblicazione).

La posizione di Glaser era particolarmente difficile, in quanto politicamente schierato tra i filotedeschi: «Abbiamo ritenuto — risponde a Jhering — di adempiere ad un dovere verso la nostra patria tedesca quando abbiamo fatto il possibile per mantenere desto lo spirito tedesco e per rafforzare il sentimento di comunanza: abbiamo dunque il diritto di chiedere in base a quale principio questa Germania deve essere delimitata, questa Germania in cui l’Austria non ha una collocazione, ma è anzi sentita come una spina nel fianco». Gli argomenti di Glaser meriterebbero un’attenta analisi; ma qui è necessario limitarci alle parole con cui le conclude: «Scusami se ti ho infastidito con questo sfogo, ma ho voluto che tu ti potessi mettere un po’ nei panni di un austriaco che è anche un buon tedesco, e vuol restarlo» (76).

La disfatta austriaca a Sadowa avvenne il 3 luglio 1866, ma la lettera di Jhering partì soltanto dopo la metà d’agosto per una ragione molto umana: «non ho avuto il coraggio di scriverti». Subito dopo, però, la descrizione degli eventi bellici si fa minuziosa e sofferta (77).

b) *Minna Glaser: «un’arcana attrazione dello spirito».*

Il matrimonio particolarmente felice di Julius Glaser era ben noto fra i giuristi, che avevano incontrato Minna Glaser alle varie riunioni del «Juristentag» (78).

Jhering commentò con Minna la pubblicazione del primo tomo della parte terza del *Geist des römischen Rechts* con queste parole: «Lei ha pienamente ragione nella sua convizione su quello che un libro rappresenta per l’autore. Nel libro v’è una parte della persona stessa, non soltanto del suo *pensiero*, ma anche del suo cuore, dei suoi sentimenti e della sua vita personale. È un po’ come un lavoro di cucito: può essere un puro lavoro a pagamento, ma può anche essere l’opera di un cuore innamorato, che vi cuce e ricama tutti i

(76) Julius Glaser a Jhering, Vienna, 8 maggio 1866 (in corso di pubblicazione).

(77) Jhering a Julius Glaser, Gießen, 19 agosto 1866 (in corso di pubblicazione).

(78) «Es hat wohl nie ein schöneres Familienleben gegeben. Mit der liebenden und geliebten Gattin führte er die innigste Gemeinschaft des Lebens» (UNGER, *Julius Glaser. Ein Nachruf*, Gerold, Wien 1885, p. 9).

sentimenti ed i pensieri per l'amato, rendendolo così un frammento dei suoi sentimenti più intimi. Questo è il mio rapporto con il mio libro. È il bambino che ho portato in me, l'oggetto delle mie speranze e delle mie preoccupazioni, il centro dei miei pensieri: una madre non può avere avuto il proprio figlio con più dolori di quanti ne abbia avuti io. Lei capisce quindi perché mi ha commosso il fatto che Lei abbia ritenuto che il puro arrivo del mio libro nella sua casa fosse già un evento degno di essermi comunicato: mi ha fatto comprendere quanto Lei abbia saputo percepire la gioia per il riuscito parto letterario» (79).

Nel prossimo capitolo, vedremo con quali parole Jhering esprimerà all'amico Unger le sofferenze che accompagnarono la lunghissima e incompiuta stesura del *Geist des römischen Rechts*.

Ma alle signore dell'Ottocento si donavano libri ben diversi dai ponderosi tomi di diritto romano: per il Natale del 1868 Jhering regalò a Minna un volume di Melchior Meyr (80), tipico rappresentante di una letteratura neobucolica destinata a sfociare nei «Heimatromane». L'apparato critico dell'edizione tedesca delle lettere esamina brevemente questa corrente letteraria. Qui è invece interessante rilevare come la scelta del romanzo donato a Minna Glaser possa essere interpretato anche come un indizio del fatto che Jhering non si sente un cittadino: i libri di Meyr appartengono al filone letterario noto come «storie di villaggio» (*Dorfgeschichten*), che ha la sua culla nella Svizzera. Mentre nella letteratura dei secoli precedenti il contadino era stato prevalentemente oggetto di derisione, con la fine del secolo XIX e con l'avvento della grande industria e della grande città la figura del contadino e del villaggio vengono rivalutate.

Questi romanzi sono forse il corrispettivo letterario di certe

(79) Jhering a Minna Glaser, Gießen, 2 aprile 1865, in corso di pubblicazione. Su questo tomo del *Geist*, cfr. *Bibliographie*, Nr. 36.

(80) Jhering a Minna Glaser, Vienna, 24 dicembre 1868 (in corso di pubblicazione). La vaga indicazione del titolo, nella lettera di Jhering, può riferirsi a una di queste due opere: Melchior MEYR, *Erzählungen aus dem Ries*, Springer, Berlin 1856, XII-396 pp. (che fu uno dei primi esempi di Heimatliteratur), oppure, sempre dello stesso autore, *Neue Erzählungen aus dem Ries*, Springer, Berlin 1860, 344 pp. Il terzo volume di questa trilogia è invece fuori questione, poiché venne pubblicato due anni dopo la lettera qui citata: *Erzählungen aus dem Ries. Neue Folge*, Karl Rümpler, Hannover 1870, IV-411 pp.

utopie agrarie, che esprimono la nostalgia per un mondo che non è più e che non potrà più essere. Di certo, essi erano un punto di riferimento sicuro nella cultura della borghesia tedesca del secolo scorso. Quando Minna, in villeggiatura a Ischl, nelle Alpi, invia ai Jhering un mazzo di fiori, Jhering la ringrazia così: « Conserveremo per sempre l'Edelweiss come ricordo. Come nell'omonimo racconto di Auerbach, possa avvincere la felicità alla nostra casa: purtroppo un desiderio irrealizzabile! »⁽⁸¹⁾.

Ma forse le spiegazioni più dirette sulla profonda amicizia tra Jhering e Minna vengono da una lettera strana e disperata, enigmatica e concitata che Jhering scrive all'amica subito dopo la morte della moglie. « Un'arcana attrazione dello spirito — scrive Jhering — ci ha fin dall'inizio avvicinati e, pur essendoci frequentati pochi giorni o settimane, si è sviluppato fra noi un rapporto più intenso di quello che si incontra tra cosiddetti amici che si conoscono da anni »⁽⁸²⁾. Tutto il testo è caratterizzato da toni eccessivi per la sensibilità moderna; come già avevo osservato a proposito di certe lettere a Gerber, la comprensione (e, a fortiori, la traduzione) esigono una grande cautela e una sensibilità molto selettiva: i sentimenti vengono espressi in modo così diretto ed estremo, da rendere facili i fraintendimenti.

Ad esempio, in un intrecciarsi di rimpianti per la moglie e di preoccupazioni per il futuro, Jhering esclama: « Se fossimo più vicini, verrei a trovarLa per Pasqua: perché non viviamo vicini? Oh quanto Lei potrebbe significare per me! »⁽⁸³⁾. L'autoanalisi di Jhering è precisa, e segue immediatamente: « In questo periodo il mio cuore mi porta infinitamente più verso le amiche che verso gli amici: perciò queste righe sono indirizzate a *Lei*, e non a Glaser, che però saluto cordialissimamente ».

⁽⁸¹⁾ Jhering a Glaser, Gießen, 17 agosto 1867 (in corso di pubblicazione). L'opera cui Jhering si riferisce è: Berthold AUERBACH, *Edelweiss. Eine Erzählung*, Cotta, Stuttgart 1861, 409 pp.

⁽⁸²⁾ Jhering a Minna Glaser, Norderney, 19 settembre 1867 (in corso di pubblicazione).

⁽⁸³⁾ La traduzione risolve alcune ambiguità del testo, che suona così: « Wären Sie mir doch näher, ich würde Sie um Ostern besuchen; warum leben wir nicht zusammen? Wie viel würden gerade Sie, mir sein können. ».

PARTE IV - LA FIGURA DI UNGER
 ATTRAVERSO LE LETTERE A JHERING

1. *La vita di Unger.*

a) *Tra politica e filosofia.*

Nel 1848 la gioventù austriaca cercò di abbattere «il muro ormai fradicio che, dai giorni dei Ferdinandi, la monarchia absburgica aveva elevato contro la cultura occidentale e, più precisamente, contro la cultura tedesca»⁽⁸⁴⁾. Della deputazione di studenti viennesi — che, in un tumultuoso 15 maggio, esposero le loro richieste al ministro degli interni Pillersdorff — faceva parte anche lo studente di diritto Joseph Unger: a quell'epoca egli non aveva ancora vent'anni, poiché era nato il 2 luglio 1828⁽⁸⁵⁾ a Vienna, dove aveva poi compiuto l'intero corso dei suoi studi. «Un'Austria rinnovata — continua Jellinek — e fondata sulla cultura tedesca fu dunque

⁽⁸⁴⁾ Georg JELLINEK, *Ungers siebzigster Geburtstag*, in: *Ausgewählte Schriften und Reden*. Neuausgabe, vermehrt um ein Lebensbild [von Camilla Jellinek], Scientia, Aalen 1970, vol. I, p. 255 (ristampa anastatica dell'edizione del 1911; il saggio su Unger venne pubblicato originariamente in «Neue Freie Presse», 2. Juli 1898, Morgenblatt).

⁽⁸⁵⁾ La data del 2 luglio figura nella Geburtsmatrikel della polizia viennese; nel documento di cresima, invece, è indicata la data del primo luglio: S. FRANKFURTER, *Josef Unger. Das Elternhaus - Die Jugendjahre. Biographischer Beitrag*, Braumüller, Wien-Leipzig 1917, p. 104, nota 5.

Unger proveniva da una famiglia ebrea: il padre Martin, nato in Ungheria nel 1775, sembra aver scelto il cognome Unger quando, nella sua gioventù, si recò in Russia a lavorare come «Optikus». Josef Unger si convertì al cattolicesimo il 6 ottobre 1852. Però, a differenza della madre Flora (battezzata il 13 dicembre 1851 con il nome di Amalie Eleonore), egli conservò il prenome Josef anche dopo la conversione. «Mi chiamo Josef, — asserisce Unger in *Mosaik* — e sono “ein Josephiner”, un fedele seguace di quell'infelice Josef, che per la storia è “il Secondo”, ma che è il primo nel cuore dei popoli» (Joseph UNGER, *Mosaik. Der «Bunten Betrachtungen und Bemerkungen»* dritte, vermehrte Auflage, Akademische Verlagsgesellschaft, Wien 1911, p. 166).

Cfr. il capitolo *Übertritt zum Katholizismus*, in FRANKFURTER, *op. cit.*, pp. 74-79. L'intera biografia di Frankfurter offre un'interessante microstoria d'una famiglia ebrea nella Vienna dell'Ottocento: da «toleriert» (come ufficialmente la si designava in base alla Toleranzpatent di Giuseppe II del 1782) a integrata.

l'ideale giovanile di Unger, e tale rimase per tutta la vita »⁽⁸⁶⁾: infatti Unger, quando settantenne sedeva nel Herrenhaus, rappresentava ancora attivamente il partito filotedesco.

Due anni dopo — nel clima di generale restaurazione — il ricordo di quel suo gesto moderatamente rivoluzionario e del suo temperato liberalismo costò al futuro ministro l'impiego nel frattempo ottenuto presso la k. k. Hofbibliothek. Ne troverà un altro simile alla Biblioteca Universitaria, mentre al dottorato in filosofia (conferitogli *in absentia* dall'università di Königsberg nel 1850), seguirà nel 1852 quello in diritto dell'Università di Vienna.

La ricostruzione delle vicende in quegli anni non è priva di contraddizioni. Indubbiamente Unger partecipò attivamente al movimento rivoluzionario sino al 18 maggio 1848, quando l'Imperatore lasciò Vienna. Dopo quella data, lo zio materno Alois Benno Porias gli fece abbandonare la capitale. Restò per qualche tempo a Gräfenberg, presso la madre e la nonna; tornata la calma, riprese i suoi studi.

La dettagliata biografia del giovane Unger scritta da Frankfurter tende in generale a minimizzarne la partecipazione ai moti viennesi, negando valore alle asserzioni di Jellinek, secondo cui in quei mesi si formarono non poche diffidenze nei riguardi del giovane rivoluzionario⁽⁸⁷⁾. Su questo tema le opinioni sono diverse, ma non è qui possibile passarle in rassegna⁽⁸⁸⁾.

È comunque probabile che, passata la reazione immediatamente successiva agli eventi del 1848, gli ambienti di Corte politicamente più aperti preferissero ignorare quella focosa parentesi giovanile, concentrandosi invece sui crescenti meriti intellettuali di Unger.

⁽⁸⁶⁾ Georg JELLINEK, *Ungers siebzigster Geburtstag*, in: *Ausgewählte Schriften und Reden*, Scientia, Aalen 1970, vol. I, p. 255.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. il paragrafo *Anteil an der Bewegung des Jahres 1848*, (e, in particolare, la nota 48, p. 111, interamente dedicata alla critica dell'articolo di Jellinek citato nelle presenti note) in FRANKFURTER, *Josef Unger*, cit., Wien-Leipzig 1917, pp. 50-57.

⁽⁸⁸⁾ Landsberger sostiene che la facoltà viennese contrastò gli inizi della carriera di Unger, negandogli l'abilitazione all'insegnamento. Lo negano invece Emil STROHAL, (*Josef Unger. Gedenkrede gesprochen am 18. Dezember 1913 [...]*, in «*Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*», 1914, 2. Folge, Bd. 28, pp. 7 s.) e Moritz WLASSAK, *Nachruf*, in *Almanach der Kaiserlichen Akademie der Wissenschaften*, 1913.

Questi godeva inoltre dell'appoggio del potente Barone Salvotti, allievo di Savigny e — per questa via — ammiratore delle opere del giovane Unger ⁽⁸⁹⁾.

Il Ministro per il Culto e l'Insegnamento Leo Thun, a sua volta amico di Salvotti ed estimatore di Unger, subito dopo l'ottenimento dei due dottorati, gli fece avere una cattedra a Praga senza passare attraverso il normale periodo di Privatdozentur. Nella motivazione dell'assegnazione della cattedra è lo stesso ministro a dichiarare: « Nel marzo 1848, che lo colse come studente del primo anno di giurisprudenza, si tenne così lontano dal movimento, da non firmare neppure la nota petizione che circolava nell'Università e che richiedeva la concessione di vari diritti politici. Né partecipò alla manifestazione della Herrengasse, ma anzi sostenne il 21 marzo 1848 l'esame di statistica » ⁽⁹⁰⁾. Tuttavia questa dichiarazione sembra attestare più il buon senso politico di Leo Thun che l'estraneità di Unger agli eventi del marzo 1848.

Col ritorno della normalità dopo il 1848, si riproponeva il dilemma dell'eccessiva aridità dello studio del diritto nelle università austriache. Ancor più di Glaser, Unger sembra incerto tra la filosofia e il diritto. Il metodo esegetico allora in auge in Austria risultava così scoraggiante, che Unger decise di dedicarsi a ricerche giuridico-filosofiche seguendo le orme di Hegel e di Eduard Gans.

Un suo passo non solo attesta questa scelta, ma tratteggia argutamente anche l'atmosfera culturale creata dalla scuola esegetica: « Nel 1850 venne pubblicato il mio libro, redatto all'insegna di

⁽⁸⁹⁾ Grazie alla presentazione di Salvotti, nel 1855 Unger poté conoscere personalmente Savigny durante un breve viaggio a Berlino con l'amico Eduard Hanslick, che lasciò una testimonianza di quest'incontro: *Aus meinem Leben*, (Rodenbergs) « Deutscher Rundschau », 77, 228.

⁽⁹⁰⁾ Così citato in FRANKFURTER, *Josef Unger*, cit., Wien-Leipzig 1917, p. 56.

La posizione di Leo Thun venne confermata in un suo articolo anonimo (« Wiener Zeitung », 14. September 1853, Nr. 269, Abendblatt) in cui difende il primo scritto di UNGER, *Die Ehe in ihrer welthistorischer Entwicklung*, attaccato perché favorevole al divorzio (« Augsburg Post-Zeitung », 28. August 1853, Nr. 194: *Zur Studienfrage in Österreich*). Unger rimase però favorevole al divorzio anche dopo la conversione al cattolicesimo e dopo il matrimonio religioso: *Mosaik*, p. 158. Cfr. anche FRANKFURTER, p. 77 e p. 111 s., nota 49. Frankfurter ha potuto vedere il manoscritto di Thun e riproduce l'intero testo dell'articolo: *op. cit.*, pp. 8991.

Hegel e di Gans, l'acuto avversario di Savigny, e intitolato *Die Ehe in ihrer welthistorischen Entwicklung*. Era il primo tentativo di un ventunenne che stava ancora faticosamente cercando la sua via». Ma ecco il primo dubbio suscitato da questo « mit keckem Jugendmut veröffentlichtes Opuskulum »: « Ancora inesperto, non corressi le bozze con l'attenzione necessaria. Avvenne così che le parole “ abstrakt ” e “ konkret ”, inevitabili in uno scritto filosofico e ricorrenti innumerevoli volte, fossero scritte ora con una “ k ”, ora con una “ c ”. Un mio compagno di corso, che guardava con intimidita ammirazione alle vette filosofiche su cui mi libravo, mi chiese allora quale ragione esoterica mi muovesse e quale fosse la differenza filosofica che stava alla base del discontinuo uso di quelle consonanti »⁽⁹¹⁾.

L'attrazione per la filosofia era resa ancor più forte dall'esempio di Glaser: « Mi fece un grande impressione il fatto che il mio collega, benché più giovane, avesse già ottenuto il titolo di dottore in filosofia con una dissertazione scritta »⁽⁹²⁾.

Sotto queste molteplici influenze, Unger sottopose *Die Ehe in ihrer welthistorischen Entwicklung* ad un'università prussiana con una grande tradizione filosofica — Königsberg — e il 6 aprile 1850 ottenne il dottorato in filosofia da quell'università. La spiegazione di questa procedura si trova nella vicinanza di Unger agli ambienti hegeliani. Fin dal titolo la sua opera echeggia quella di Gans, intitolata *Das Erbrecht in seiner welthistorischen Entwicklung*. La sua richiesta venne inoltre appoggiata da uno dei più importanti allievi di Hegel, allora professore a Königsberg: Karl Rosenkranz (1805-1879)⁽⁹³⁾.

⁽⁹¹⁾ UNGER, *Mosaik*, cit., p. 112. L'ortografia tedesca ottocentesca prevedeva l'uso sia della consonante c, sia della k. Progressivamente però la c venne sostituita da k o da z e quest'uso venne consacrato dalle decisioni adottate a Berlino nel 1901 dalla « Orthographische Konferenz » (e quindi non « Conferenz »!). Nell'epoca in cui scriveva Glaser era perciò ammissibile l'oscillazione nella scelta delle due grafie, ma non l'incoerenza nel medesimo testo: di qui l'ingenuo quesito del compagno di studi di Glaser.

⁽⁹²⁾ Josef UNGER, *Julius Glaser. Ein Nachruf*, Gerold, Wien 1885.

⁽⁹³⁾ Gustav WALKER, *Zum 100. Geburtstage Josef Ungers*. Rede bei der Enthüllung des Unger-Denkmal in der Wiener Universität am 2. Juli 1928, Österreichische Staatsdruckerei, Wien 1928, p. 4.

b) *Il giurista.*

La scoperta dell'esistenza di un diverso modo di accostarsi al diritto fu dovuta al caso. Dopo la prima opera di stampo hegeliano (quindi verso il 1851, quando lavorava in una delle due grandi biblioteche di Vienna), « il concatenarsi di più citazioni » lo portò da un autore inglese ad uno tedesco, che citava il *System* di Savigny; « lo prese in mano senza particolari aspettative e lesse gli otto volumi “ come un romanzo ”. [...] D'un tratto vide dinnanzi a sé il compito della propria vita: introdurre in Austria le grandi concezioni di Savigny sul diritto e sulla legge, costruire partendo da esse il diritto civile austriaco, infine spiegare e, dove fosse necessario, criticare in base ad esse il codice civile austriaco » ⁽⁹⁴⁾.

Il privatista Unger riportò dunque il diritto austriaco nel solco della tradizione tedesca, da cui l'aveva staccato la scuola dell'esegesi, legata dal 1812 alla lettera dell'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* austriaco. La sua opera e i giuristi da essa ispirati introdussero anche in Austria il pensiero di Savigny e della Scuola Storica: essi usarono la tecnica della « costruzione » e la visione sistematica del diritto come uno strumento per superare i vincoli imposti da norme statuite dal legislatore.

In un aforisma lo stesso Unger valuta così la propria prestazione scientifica: « La riforma della giurisprudenza civile austriaca cui io tendevo si può descrivere in breve come la sostituzione del *mos italicus* con il *mos gallicus*, cioè con la sostituzione del metodo esclusivamente esegetico ed acritico con il metodo storico-filosofico e con la descrizione sistematica: “ la sistematica è il prodotto più fruttuoso del pensiero ”, Lazarus » ⁽⁹⁵⁾.

Comuni radici culturali univano dunque Unger a quello che si è convenuto di chiamare il primo Jhering; però il Jhering che giunse a Vienna era invece ormai scettico sulla fecondità di questa meto-

⁽⁹⁴⁾ Ernst LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Oldenbourg, München-Berlin 1910, Bd. 3/2, p. 918. Questa citazione dovrebbe riflettere le parole stesse di Unger. Infatti Landsberg, nel preparare la sua monumentale opera, riscontrò vari errori nelle biografie di Unger già pubblicate e perciò lo incontrò sul Monte Generoso nel settembre 1891 e gli sottopose poi le note scritte in quel colloquio: « Ich entnehme daraus die entscheidenden Wendungen wörtlich » (Bd. 3, 2, Noten, p. 383).

⁽⁹⁵⁾ Joseph UNGER, *Mosaik*, cit., p. 124.

dologia: tuttavia questa progressiva divergenza metodologica non intaccò i rapporti fra i due giuristi. Infatti per molti anni Unger fece parte della redazione del « Jahrbücher » e vi pubblicò una dozzina di importanti saggi. « Confrontando tutti questi articoli con quelli di Jhering, si nota che, nello spirito, essi sono i più vicini a quelli jheringhiani, grazie all'assoluto dominio delle fonti e della letteratura romanistiche, grazie al dono della costruzione salda e cristallina, ma soprattutto grazie all'uso di queste capacità soltanto come strumento utile alla costruzione ed alla trasformazione — rivolte alla pratica — del diritto comune, inteso nel senso moderno di libertà di movimento e di certezza nei traffici » ⁽⁹⁶⁾.

Pubblicando fra il 1856 e il 1859 i due volumi del *System des österreichischen Privatrechts*, Unger introdusse saldamente la teoria costruttivistica nella scienza giuridica austriaca e creò quella parte generale del diritto civile che in essa fino ad allora mancava. Essa divenne il fondamento del moderno diritto privato austriaco ed ebbe notevole influenza anche sul diritto comune tedesco.

A differenza di Jhering — che non portò a compimento quasi nessuno dei suoi scritti perché l'evoluzione del loro contenuto finiva per sfuggire al suo controllo — Unger fin dall'inizio si rese conto di non poter « costruire » l'intero diritto privato austriaco e scrisse perciò soltanto i due volumi della parte generale, da lui ritenuta essenziale per iniziare la revisione dell'intera scienza civilistica in Austria. La sua opera fondamentale è quindi programmaticamente incompiuta, anche se le ricchissime note della parte generale anticipano i punti cruciali che la futura parte speciale avrebbe dovuto trattare. Soltanto il diritto ereditario coronò nel 1864 questo saldissimo fondamento, aggiungendo un solitario « volume sesto » ai primi due.

Anche la tecnica di scrittura di Unger è opposta a quella di Jhering. « Non sono nato per fare lo scrittore. — scrive in *Mosaik* — Meglio tenere dieci discorsi o conferenze che scrivere un saggio. “ Scrivere è abusare della lingua ” (Goethe). La penna non esercita su di me alcuna funzione maieutica. Nulla mi esce facilmente dalla penna. [...] Io architetto, medito e formulo tutto nella mia mente,

⁽⁹⁶⁾ Ernst LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Oldenbourg, München-Berlin 1910, Bd. 3/2, Noten, p. 923.

mesto e rimesto infinite volte pensieri e formulazioni andando su e giù, o passeggiando, spesso anche di notte, finché i pensieri finalmente maturi escono impetuosamente dal cervello. Allora vado allo scrittoio e scrivo di getto l'opera compiuta, liberandomi così dal suo peso opprimente»⁽⁹⁷⁾.

Il *System des österreichischen Privatrechts* non solo rimase incompleto, ma il suo autore non volle più aggiornarlo o rivederlo nelle successive edizioni. Da un lato, come osservava Jellinek quasi cinquant'anni dopo, «è ancor sempre un libro vivo, che appartiene al presente e non al passato, nonostante la sua portata storica»⁽⁹⁸⁾. D'altro lato, l'attenzione di Unger si stava volgendo sempre più verso l'applicazione pratica di quel diritto sistematizzato: non appena terminata la pubblicazione del secondo volume del *System*, Unger iniziò con Glaser la già ricordata pubblicazione della raccolta delle sentenze civili della Corte di cassazione austriaca.

Come per Glaser, così anche in Unger la vita politica e quella universitaria si intrecciarono ripetutamente, ostacolate però in Unger da una costante cattiva salute che spesso lo costrinse a troncane le attività intraprese. Così il 1867 fu un anno che gli portò onorificenze e cariche, tra cui l'elezione al Landtag della Bassa Austria e alla Camera dei deputati del Reichsrat; però fu anche l'anno in cui una grave malattia lo costrinse ad abbandonare ogni attività per intraprendere un viaggio di cura che lo tenne lontano da Vienna per parecchi mesi.

L'inizio del 1869 lo vide di nuovo in salute e gli portò la nomina di deputato a vita nel Herrenhaus del Reichsrat. Insieme con Glaser, fu ministro nel governo Auersberg dal 1871 al 1879, quando si ritirò, seguito poco dopo da Glaser.

La cattiva salute gli impedì allora di riprendere l'insegnamento all'università di Vienna, ma ben presto poté di nuovo dedicarsi alle sue attività: nel 1880 riprese l'insegnamento, mentre nel 1881 divenne presidente del Reichsgericht, che assolveva anche funzioni simili a quelle di un'odierna corte costituzionale.

⁽⁹⁷⁾ UNGER, *Mosaik*, p. 154, cit. da FRANKFURTER, *Josef Unger*, cit., Wien-Leipzig 1917, p. 3.

⁽⁹⁸⁾ Georg JELLINEK, *Ungers siebzigster Geburtstag*, in: *Ausgewählte Schriften und Reden*, Scientia, Aalen 1970, vol. I, p. 258.

Tuttavia il cagionevole Unger sopravvisse agli amici che tanto ebbero a preoccuparsi per la sua salute: morì infatti ottantacinquenne a Vienna nel 1913.

2. *I rapporti intellettuali con Jhering.*

Jhering e Unger si erano incontrati al Juristentag di Vienna, nel 1862. La chiamata di Jhering a Vienna fu dovuta ad un «vivo interesse» di Unger ed all'appoggio di Glaser, che a quell'epoca ricopriva un'importante carica amministrativa⁽⁹⁹⁾. E già sono state ricordate le parole entusiaste con cui Unger annunciò ai suoi studenti l'arrivo del romanista tedesco (cfr. p. 9). Sin dalla stesura dei *Geist des römischen Rechts*, Jhering si confidava con lui sui dubbi che lo travagliavano sempre di più.

Nel 1864 Jhering aveva inviato a Unger una parte del manoscritto del *Geist des römischen Rechts* (il cui vol. III, 1 verrà pubblicato l'anno dopo) e il giudizio positivo del collega lo indusse a tracciare una nitida autoanalisi: «Dopo aver dovuto ascoltare tanti giudizi negativi o maligni, come fa bene una lode così calda! Anni fa mi sarei montato la testa, ma nel frattempo sono calmo e posato quanto basta per poterla accettare senza danni. Infatti nessuno meglio di me sa quanto quest'opera sia distante dal modello ideale che ne porto in me e quanto poca ragione io abbia di inorgogliarmi del mio talento, se penso alla fatica e alla lentezza con cui lavoro. Per quanto possa sembrare strano, devo dirti che non mi sarei mai aspettato di giungere così in alto; se poi mi chiedo grazie a che cosa sono salito, posso soltanto rispondere: grazie alla fortuna di aver riconosciuto per tempo la peculiarità del mio talento, cioè la mia capacità di astrazione, e di averla sviluppata con un esercizio ininterrotto. Tutta la mia forza sta nella mia unilateralità, poiché ho sviluppato *una* parte a spese delle altre. Non c'è quindi da stupirsi se, da *questo* punto di vista, io sono superiore agli altri che, in sé, hanno sviluppato armoniosamente tutte le parti».

⁽⁹⁹⁾ Emil STROHAL, *Josef Unger*, in «Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts», 1914, pp. 20 s. In questo saggio il Juristentag è collocato, per una svista, nel 1863; esso in realtà ebbe luogo nel 1862, come risulta dalla relazione che Jhering presentò alla prima giornata, il 26 agosto 1862: cfr. *Bibliographie*, N. 31.

Quest'affermazione può essere confrontata con l'elogio che Jhering tesse di Windscheid: infatti Jhering sostiene che, se dovesse indicare ad uno studente quale corso di diritto romano frequentare, lo invierebbe al poliedrico Windscheid, e solo subordinatamente lo inviterebbe ai proprii corsi, così unidirezionali. Un ampio passo della lettera del 1886 a Windscheid è tradotta in questo fascicolo, a p. 15 s.

«Per la percezione di certe cose — continua Jhering — il mio occhio è incomparabilmente più esercitato di quello dei miei colleghi. Me ne sono accorto più volte; e posso dirlo senza il timore di sembrare presuntuoso, perché al tempo stesso devo ammettere che ciò è soltanto il risultato di una vera e propria unilateralità, di cui sovente mi dolgo. Come invidio gente come te, Wächter e tanti altri per la forza con cui dominate intellettualmente i temi della nostra scienza, per la facilità con cui riuscite a penetrare nelle idee altrui, per la sicurezza e la fedeltà della memoria con cui riuscite a riprodurle!».

Effettivamente lo stile di lavoro di Unger era completamente diverso, come già si è avuto modo di vedere (cfr. p. 38), e richiedeva soprattutto uno sforzo della memoria, di cui Jhering sostiene di non essere capace: «La maggior parte del materiale intellettuale altrui, che io assorbo, scompare o evapora. Dopo aver letto un intero libro, a distanza di qualche settimana o mese sono in grado di ricostruirne solo una minima parte. Questo è il lato oscuro del *Geist des römischen Rechts*. In tutta la mia vita non riuscirei a condurre a termine un'opera come la tua o come quella di Windscheid: mi mancherebbero non tanto la necessaria diligenza, quanto le specifiche qualità intellettuali. Dunque, ci completiamo reciprocamente e perciò dobbiamo astenerci dal sopravvalutare o dal sottovalutare risultati che sono diversi: sottovalutazione che tu decisamente pratici sostenendo che il tuo è un lavoro terra terra, “uno scavare alla ricerca di vermi piovani”. Non so davvero di che cosa avrei potuto vivere — cioè scrivere il *Geist des römischen Rechts* — se non mi aveste alimentato di “vermi piovani”».

Infine, Jhering valuta complessivamente il volume III, 1 del *Geist des römischen Rechts*, con il quale l'opera terminerà senza essere compiuta: «Domenica scorsa ho scritto alcune parole di prefazione, esprimendo i sentimenti che mi animano ormai da

parecchio tempo. Non sono più quelli del gallo che si appresta a combattere, ma quelli di chi si rassegna ad ammettere che tutto è frammentario. Certo, questo volume contiene qualcosa di bello e di nuovo, che non mancò di stupire anche me, quando lo scopersi; però ci sono anche delle parti che non sono all'altezza delle mie aspettative. E questo mi pesa più delle critiche che mi sono state rivolte. Come vorrei scrivere qualcosa di cui essere completamente soddisfatto, cui non avessi più da apportare modifiche! Ma questo è un pio desiderio » ⁽¹⁰⁰⁾.

Unger, pur essendo un seguace del metodo costruttivistico, conservò un rapporto cordiale con Jhering anche dopo la pubblicazione dei lavori della « seconda fase ». Nel 1877 era stato pubblicato il primo volume di *Der Zweck im Recht* e Jhering stava lavorando al secondo, destinato però a vedere la luce soltanto nel 1883. Nel 1879 Unger gli scrive: « Come sono felice di sentire che stai lavorando di buona lena al secondo volume dello *Zweck*! Questo secondo volume finirà di certo per conquistare anche coloro che oggi in qualche modo prendono le distanze dalla tua fondamentale opera (epochemachendes Werk). Uno *Scopo* così è il più bello che ci si possa prefiggere nella vita: per questo ti ammiro e ti invidio. Quello che facciamo noialtri è soltanto un lavoro frammentario: *tu* voli in alto, *noi* strisciamo per la valle e, di tanto in tanto, raccogliamo al massimo un fiorellino. La tua superiorità sta nel fatto che sai usare il telescopio e il microscopio con eguale maestria » ⁽¹⁰¹⁾.

⁽¹⁰⁰⁾ Jhering a Unger, Gießen, 9 novembre 1864 (in corso di pubblicazione). I singoli passi, nell'originale, sono consecutivi l'uno all'altro secondo l'ordine in cui li ho tradotti nel testo; il loro insieme costituisce la parte centrale della lettera.

⁽¹⁰¹⁾ Unger a Jhering, Vienna, 3 maggio 1879 (in corso di pubblicazione).

MARIO G. LOSANO

UN'EDIZIONE DELLE LETTERE DI JHERING
A WINDSCHEID

Nel 1988 Karl Kroeschell, ordinario di storia del diritto tedesco all'Università di Friburgo di Brisgovia, ha pubblicato 32 lettere scritte da Jhering a Windscheid nell'ultimo ventennio della sua vita ⁽¹⁾. Queste lettere non sono incluse nella mia bibliografia dei manoscritti jheringiani ⁽²⁾ perché erano di proprietà privata: dalla figlia di Jhering Helene Ehrenberg — che ne pubblicò 8 nell'edizione da lei curata nel 1913 ⁽³⁾ — passarono alla figlia di Helene, Edwig, moglie del premio Nobel Max Born, che nel 1930 le donò a Julius von Gierke. Max Born, come Gierke, era ordinario a Göttingen, città che però Born dovette lasciare nel 1933: l'incertezza dei tempi e l'imminenza dell'emigrazione possono forse spiegare la donazione. Le lettere rimasero fino al 1974 nelle mani

⁽¹⁾ *Jherings Briefe an Windscheid 1870-1891*. Herausgegeben von Karl KROESCHELL, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1988, 75 pp. (Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Philologisch-Historische Klasse, Folge 3, Nr. 170).

A Karl KROESCHELL si devono anche *Zwei unbekannte Briefe Jherings*, in: *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*, 1978, pp. 273 ss.

⁽²⁾ *Bibliographie Rudolf von Jherings*, in Mario G. LOSANO, *Studien zu Jhering und Gerber*, Münchener Universitätschriften. Juristische Fakultät. Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, Band 55/2, Teil 2, Verlag Rolf Gremer, Ebelsbach 1984, pp. 260-271.

D'ora in poi citata come *Bibliographie*, seguito dal numero dell'opera cui si fa riferimento.

⁽³⁾ Helene EHRENBURG (a cura di), *Rudolf von Jhering in Briefen an seine Freunde*, Breitkopf & Härtel, Leipzig 1913, 480 pp.; va qui ricordata anche una precedente e più limitata raccolta di lettere: Johannes BIERMANN (a cura di), *Rudolf von Jhering. 1852-1858. Briefe und Erinnerungen*, Müller, Berlin 1907, 106 pp.

della famiglia Gierke, che le affidò al professor Karl Kroeschell per la pubblicazione, dopo la quale vennero affidate alla Staats- und Universitätsbibliothek di Göttingen, dove ora si trovano.

La pubblicazione del 1913 rivela che tre originali sono andati perduti (e per questo Kroeschell riproduce l'edizione del 1913 delle lettere 12, 16 e 31) e che inoltre la corrispondenza tra Jhering e Windscheid dovette iniziare già nel 1853. Tuttavia le lettere messe a disposizione per la pubblicazione si riferiscono soltanto al periodo che inizia nel 1870, né finora è stato possibile accertare l'esistenza di altre lettere del periodo anteriore. Anche le 45 lettere di Windscheid a Jhering conservate nella collezione Darmstaedter della Staatsbibliothek Preußischer Kulturbesitz di Berlino sono nella grande maggioranza anteriori al 1870. «Solo cinque ricadono nel periodo che ci interessa, cioè tra il 1870 e il 1892; di queste, soltanto una (Lipsia, 6 luglio 1879) è con sicurezza la risposta alla lettera di Jhering pubblicata con il n. 18» (Kroeschell, nota 5, p. 8).

Le risposte di Windscheid esisteranno di certo, poiché in margine a 17 lettere di Jhering egli stesso annotò di aver risposto: tuttavia queste risposte sono irreperibili e non è quindi stato possibile presentare il carteggio tra i due giuristi.

Le lettere di Jhering si riferiscono al periodo in cui, sul piano scientifico, le opere della fase costruttivistica sono superate da una concezione sociologica del diritto, mentre, sul piano universitario, Jhering sta per abbandonare Vienna per Göttingen, dove resta sino alla morte nel 1892. In quegli stessi anni, Windscheid perservera invece nella sua fede pandettistica e, chiamato a far parte della commissione per la preparazione del codice civile, vi esercita un tale influenza, che Otto von Gierke definirà il progetto del 1888 «un compendio delle Pandette strutturato in articoli di legge» (cit. da Kroeschell, p. 10).

I due giuristi militano dunque in campi scientifici ben diversi e questa consapevolezza traspare in non pochi passi delle lettere. Tuttavia il contrasto intellettuale non sembra aver indebolito quest'amicizia, come invece avvenne per quella con Gerber.

In questo gruppo di lettere Jhering parla spesso del primogenito Hermann: nel primo decennio con costante ammirazione, poiché — specie negli studi — Hermann gli dava le soddisfazioni che gli altri figli sembravano negargli; nel secondo decennio, invece, il matrimo-

nio di Hermann incorre nella totale disapprovazione del padre e provoca una profonda rottura fra i due. Proprio per questo Hermann abbandonò la Germania e partì nel 1880 per il Brasile, dove divenne uno stimato naturalista. Questi fatti vanno tenuti presente per comprendere gli accenni a questi problemi famigliari, spesso formulati da Jhering in termini comprensibilmente reticenti ⁽⁴⁾.

Anziché tentare una sintesi dei vari temi delle 32 lettere, penso di far cosa utile al lettore italiano fornendo un breve sommario di ciascuna lettera e la traduzione dei passi che mi sembrano di maggiore importanza. L'asterisco che segue gli estremi di una lettera indica che, sull'originale, Windscheid aveva annotato di avervi risposto. Fra parentesi quadra segue invece il numero che la medesima lettera aveva nell'edizione del 1913 (cfr. nota 3).

Le singole opere di Jhering non vengono citate per esteso, ma per esse si rinvia alla mia bibliografia, dove ogni opera è individuata da un numero progressivo ⁽⁵⁾.

1. *Vienna, 26 marzo 1870 [Ed. 1913: n. 78].*

Jhering lamenta le condizioni dell'edificio in cui deve tenere le lezioni per i 340 studenti di Istituzioni. Le sue proteste sono state riprese anche dai giornali. Poiché nel 1848 i rivoluzionari avevano usato i locali della facoltà di giurisprudenza per tenervi le loro riunioni, essa per punizione venne trasferita nei locali di un liceo. Gli studenti sono molti e attenti. « Il "materiale umano" è buono, o per lo meno attento e grato, naturalmente ad eccezione dei barbari, dei conti e dei derelitti, che qui non mancano certo » (p. 17). Già qui risuonano accenni antiaustriaci sullo stato delle istituzioni, in cui le persone vengono annullate « grazie ai parroci e ai gesuiti » (p. 18).

Poiché il figlio Hermann ha superato l'esame di fisica con il massimo dei voti, Jhering decide di compiere con lui un viaggio in Italia.

⁽⁴⁾ Per una biografia del figlio di JHERING si veda il mio saggio: *Un precursore dell'ecologia in Brasile: Hermann von Jhering (1850-1930)*, « Sociologia del diritto », XVIII, 1991, n. 1, pp. 35-65.

⁽⁵⁾ Come indicato alla nota 2, ogni opera è individuata dall'indicazione *Bibliographie*, seguita dal numero dell'opera cui si fa riferimento.

Windscheid ha ricevuto e criticato il saggio jheringhiano sulle *Reflexwirkungen* (*Bibliographie*, n. 52): « Ma non è la vanità dell'autore — gli risponde Jhering — che mi spinge a oppormi alla tua critica » (p. 18) e difende la « ricca casuistica » del volume, spiegandone per esteso le ragioni.

2. *Vienna, 30 Maggio 1870.*

Dopo una prima descrizione di viaggi, Jhering vorrebbe incontrare Windscheid, affinché questi lo « sottoponga ad una radicale purgatio (non canonica, bensì) civilis » (p. 19). Le divergenze di opinioni non ostacolano dunque la collaborazione fra i due giuristi.

Windscheid ha incontrato il figlio maggiore di Jhering, Hermann, e deve averne scritto in termini positivi all'amico. Questi ricorda anche il viaggio in Italia con il figlio e l'incontro a Bologna con Serafini, professore in quell'università e traduttore di Jhering ⁽⁶⁾. Tra le conoscenze italiane di Jhering risulta anche Guido Padelletti (1843-78), professore di diritto romano a Perugia, Bologna e Roma (p. 20).

In occasione della malattia del romanista Burkhard Wilhelm Leist, Jhering descrive il sentimento di competizione che li ha reciprocamente opposti per tutta l'esistenza.

Infine, informa Windscheid sui saggi che va scrivendo e gli indica i nuovi casi — inclusi nella nuova edizione dei *Civilrechtsfälle* (*Bibliographie*, n. 50) — che gli sembrano più divertenti e di cui quindi consiglia a Windscheid la lettura.

3. *Vienna, 31 gennaio 1871 * [Ed. 1913: n. 81].*

Dopo varie notizie sulla salute non buona della moglie, descrive in dettaglio la genesi del saggio sulle *Passive Wirkungen der Rechte* (*Bibliographie*, n. 53): « ieri sono riuscito finalmente a terminarlo » (p. 22), come sempre in gara con il tipografo e ultimo fra gli autori

(6) Sulla fortuna di Jhering in Italia, v. *Bibliografia di Rudolf von Jhering*, in: Mario G. LOSANO, Ermanno BONAZZI, *Bibliografie di Jhering e Gerber*, Giuffrè, Milano 1978, pp. 1-63.

del fascicolo dei suoi «Jahrbücher». È l'anno della guerra franco-tedesca e Jhering è in ansia per la sorte del figlio Hermann (arruolatosi nell'esercito tedesco, invece che in quello austriaco: col rischio di essere dichiarato disertore) e si rallegra per le prospettive della nazione tedesca. La vittoria sui francesi lo riempie di una gioia che egli finisce per trovare persino eccessiva: «Come mi ha imbarbarito quest'ultima guerra, che poi io ho combattuto solo nella mia stanza! Come mi sono beato per lo smacco inferto ai francesi e come ho loro augurato ogni malanno! Non fa bene essere coinvolti troppo spesso in guerre di questo tipo: spero che per me sia l'ultima» (p. 23).

Passare dai grandi eventi europei al *peculium castrense* di Fitting e agli altri lavori romanistici è difficile. Jhering si limita ad un elenco.

La lettera si chiude commentando il passaggio di Windscheid da Monaco a Heidelberg.

4. *Vienna, 2 luglio 1871.*

«Ieri sono partiti per Lipsia gli ultimi sedicesimi della seconda edizione dell'ultimo volume del mio *Geist*: per la prima volta in vita mia ho rispettato il termine che mi ero prefissato — fine giugno» (p. 24) (*Bibliographie*, n. 51). Sta anche lavorando a un saggio, ma nelle vacanze di Pasqua è di nuovo stato in Italia: «La mia intenzione era di rilassarmi, di stancarmi il meno possibile: e dove era possibile meglio che a Napoli?» (p. 25). Mentre la descrizione dei giorni napoletani è venata di allegria, l'incontro a Bologna con Serafini è segnato da tristi vicende: la moglie in un ospedale psichiatrico, i figli inviati altrove, «e lui sedeva tutto solo nel suo grande alloggio. E a questo si aggiungono i problemi economici» (ivi). Serafini non vuole fare l'avvocato, lo stipendio è basso, «nel suo "Archivio" ci ha rimesso finora di tasca sua» (p. 26); insomma, «Quell'uomo mi ha fatto l'impressione di un martire della scienza» (p. 26).

Seguono due lunghi paragrafi sui viaggi nel periodo delle vacanze. Windscheid aveva chiesto a Jhering, uomo del Mare del Nord, di consigliargli una località balneare in quella zona. Jhering gli offre una precisa descrizione dei luoghi, ma lo mette in guardia sui prezzi praticati da quegli «onesti isolani»: «basta guardarli per capire che discendono dai pirati» (p. 26).

Infine, Jhering chiede a Windscheid di inviargli le osservazioni su un suo saggio: « mi interessa molto vedere che cos'è che suscita le tue critiche » (p. 27).

5. *Vienna, 21 luglio 1871* *.

Le osservazioni di Windscheid sono giunte. « La loro lettura mi ha offerto una prova ulteriore dell'idea che già da anni mi sono fatto, cioè che il nostro modo di pensare diverge più di quanto entrambi avessimo supposto. È un contrasto di principio che domina tutto il nostro modo di pensare. Dunque, ognuno di noi continui a lavorare a modo suo (alla scienza ne verrà solo giovamento); comunque, non sarà possibile una conciliazione tra noi due sui punti influenzati da questo contrasto. Grazie al Cielo il mondo non crollerà per questo, né verrà intaccato il nostro rapporto personale o il nostro reciproco rispetto scientifico » (p. 27).

Infatti sarà proprio Jhering a scrivere uno dei più elevati elogi di Windscheid: cfr. la lettera 26 commentata infra, dove quel passo è citato per esteso.

6. *Vienna, 18 dicembre 1871* *.

Con l'accettazione della chiamata a Göttingen, Jhering volge le spalle a Vienna, il cui ambiente sociale e accademico non sembra mai averlo conquistato sino in fondo. Le ragioni economiche — spiegate in dettaglio, tanto da poter offrire un interessante spunto per uno storico dell'economia — non sono decisive.

« Desterà certo parecchio stupore il fatto che io abbia voluto mutare la mia splendida attività di qui con quella di Göttingen, che è dieci volte minore. Ma è un sacrificio che devo fare per la mia salute e per il mio spirito (Stimmung). Anzitutto non sopporto l'aria di qui e, dopo il mio ritorno dalla Germania, mi sono sentito di nuovo parecchio male. Ma anche l'atmosfera morale di qui non mi si addice: per sopportarla bisogna essere nati in Austria. D'altra parte, della grande città io sento più gli inconvenienti che i vantaggi » (p. 28 s.).

Quanto al lavoro intellettuale, la terza edizione del *Geist* pro-

cede a rilento, « sotto la sfavorevole influenza del clima di qui » (p. 29). E le letture vengono descritte come non particolarmente esaltanti.

Infine, la chiamata a Strasburgo non lo convince, soprattutto dopo una visita alla città.

7. *Vienna 21 gennaio 1872 **

Jhering ritorna sulle ragioni che lo inducono ad andare a Göttingen: anche se Vienna è pronta a dargli onori e danaro, « la mia salute e il mio lavoro sono più importanti » (p. 30).

« Che tranquillità e che fiducia sono tornate nel mio spirito da quando so di tornare in Germania, e per di più in una città piccola ed in una zona amena! Là potrò di nuovo vivere comodamente, fare le mie passeggiate e dedicarmi al mio lavoro: cose di cui qui non si parla nemmeno » (p. 31).

8. *Vienna, 31 marzo 1872 * [Ed. 1913: n. 88].*

Ormai la partenza è decisa per l'autunno, la casa di Göttingen è acquistata, quella di Vienna è sul punto di essere venduta e abbattuta. Jhering può quindi trarre un bilancio equilibrato del suo quadriennio viennese: « Come mi ha confidenzialmente comunicato il ministro, su sua proposta l'Imperatore mi ha insignito della croce di cavaliere dell'ordine leopoldino, che comporta anche il conferimento della nobiltà: un atto di cortesia che non ci si sarebbe attesi verso una persona che lascia il servizio austriaco. In generale, devo riconoscere che la gente di qui — invece di esprimermi il suo risentimento o disappunto per il fatto che abbandono una capitale imperiale per un'università di provincia — si sforza di lasciarmi una buona impressione con la sua comprensione e con il suo comportamento cordiale. Se dovessi tornare a prendere una decisione, non esiterei un minuto nel prendere ancora una volta quella che mi porterà da Vienna a Göttingen; tuttavia con altrettanta nettezza devo dire: se dovessi ancora decidere su una chiamata a Vienna, come quattro anni fa a Gießen, agirei esattamente come allora. A

nessun costo vorrei che la mia vita fosse privata dell'esperienza viennese» (p. 32).

La vita della capitale, i viaggi consentiti da un'elevata retribuzione, soprattutto le lezioni tenute ad un auditorio di centinaia di persone sono vantaggi cui Jhering rinuncia volentieri: « Affronto con energia e letizia questa nuova fase della mia vita e spero di recuperare come scrittore quanto perdo come insegnante. Come sono felice di potermi chiudere nel bozzolo del mio *Geist*, come già facevo a Gießen! » (p. 28).

9. *Göttingen, 13 gennaio 1873 **

L'insediamento a Göttingen viene riassunto in una frase: « Qui mi sento straordinariamente bene » (p. 33). I colleghi della facoltà vengono descritti e valutati attentamente, come pure le vicende della casa e della famiglia.

Solo la scrittura procede con la consueta fatica: un saggio per i « *Jahrbücher* » (*Bibliographie*, n. 58) e le piccole modifiche alla terza edizione del vol. 1 del *Geist*.

10. *Göttingen, 31 dicembre 1873 * [Ed. 1913: n. 93].*

La vita privata a Göttingen è quella che Jhering ha sempre sognato e che descrive all'amico: « Qui sono pienamente soddisfatto della mia posizione e del mio lavoro, della mia casa e dell'atmosfera che vi regna, con moglie, figli e tutto ciò che è mio: che cosa si può volere di più? Aggiungici pure il fatto che conservo intatta la vecchia capacità di godermi la vita, il piacere d'un bicchiere di vino o di quanto altro ha creato il buon Dio, la voglia di scherzare e di stare allo scherzo, il gusto d'una partita a whist o di un trio musicale, e così via. È soltanto calata un po' la mia passione per il far musica da solo, ma se si tratta d'un trio mi lascio ancora travolgere dall'entusiasmo di un tempo. Anche avant'ieri abbiamo suonato fino a notte, tenendoci su con una Bowle. Se però mi chiedi di dirti in tutta coscienza se qualcosa mi manca, devo rispoderti di sì: la mia capacità di lavoro non è più quella d'una volta » (p. 36). E spiega come il

Geist stia risentendo proprio del fatto che egli non regge più alla fatica fisica, mentre in lui permane intatta la voglia di lavorare.

11. *Göttingen, 18 marzo 1874* *.

I due amici si scambiano lamentele sulla preparazione delle lezioni. «Quest'inverno — commenta Jhering — ho veramente dovuto gemere sotto il loro peso» (p. 37).

12. *Göttingen, 8 luglio 1874* [Ed. 1913: n. 95].

Nonostante le divergenze di metodo cui accennava nelle precedenti lettere, in poche righe Jhering esprime tutta la sua ammirazione per l'amico, che è stato nominato membro della Gesetzgebungskommission incaricata di preparare il codice civile tedesco: «A parer mio, tra noi romanisti nessuno era più adatto di te (Wächter infatti è troppo vecchio) a rappresentare in quest'occasione il diritto romano; nessuno più di te può mettere a disposizione della Commissione, in modo certo e completo, la somma di quanto la letteratura ha prodotto su di esso. Credo proprio che questo riconoscimento debba essere uno dei compiti più belli e più validi della tua vita» (p. 38).

13. *Göttingen, 9 luglio 1874*.

Windscheid, chiamato a Lipsia nel 1874, doveva affrontare un trasloco simile a quello di Jhering. A lui chiede quindi consiglio e Jhering gli risponde con una lettera che è tutta una lode del taumaturgico imballatore Schirmer: «un uomo in gamba — commenta Kroeschell — che evidentemente si era specializzato in traslochi di professori e altri accademici» (p. 12). Li si trova elencati nella lettera di offerta del traslocatore, pubblicata con il numero 13a.

Questa volta i problemi delle chiamate dei romanisti sono relegati all'ultimo capoverso.

14. *Göttingen, 19 luglio 1874.*

Continuano i consigli pratici di Jhering sul trasloco di Windscheid.

15. *Göttingen, 16 aprile 1875 **.

Ricevendo la quarta edizione del *Lehrbuch des Pandektenrechts* di Windscheid, Jhering esprime la sua ammirazione «per l'infinita attenzione e coscienziosità con cui hai elaborato la letteratura più recente. Tu hai osservato e tenuto conto di ogni singola idea che vi si manifesta, di ogni osservazione occasionale, tanto che io dubito che gli stessi autori dei saggi avrebbero potuto sfrubarli e utilizzarli per il tuo *Lehrbuch* in modo più esauriente di quanto tu abbia fatto. Almeno per quanto riguarda i miei scritti, devo ammettere che io stesso non lo avrei fatto così bene. Con questa completezza assoluta hai conferito alla tua opera un'utilizzabilità che la rende indispensabile ad ogni giurista che si occupi del diritto comune» (p. 41 s.).

Non sarei quindi d'accordo con Kroeschell (p. 11) nell'interpretare questo apprezzamento di Jhering come un segno dell'incomunicabilità fra i due, che non avrebbero più nulla di significativo da dirsi: non bisogna infatti dimenticare che il *Lehrbuch* era giunto alla quarta edizione e che quindi Jhering non poteva avvertire l'esigenza di formulare un giudizio critico più dettagliato.

«Lavoro allo *Scopo nel diritto*», comunica Jhering: il primo volume di quest'opera vedrà la luce circa due anni dopo (*Bibliographie*, n. 65).

16. *Göttingen, 6 marzo 1877.*

Invitato a casa di Windscheid, Jhering accetta il solo invito a pranzo, e non l'intera ospitalità («ritengo — scrive — che si tratti di un bene divisibile», p. 43) ed anche per il pranzo prega l'amico «di tener conto più della [sua] salute che del [suo] palato» (p. 43): il Jhering buongustaio incomincia a sentire il peso dell'età.

17. *Göttingen, 23 gennaio 1878.*

Jhering ha ricevuto il volume sul diritto ereditario della quarta edizione del *Lehrbuch* di Windscheid. Ripromettendosi di leggerlo da cima a fondo per rinfrescare le sue nozioni di diritto ereditario, commenta: «Potresti ben dire che — con la piega che negli ultimi tempi hanno preso le mie indagini scientifiche — le mie letture seguono una traiettoria abbastanza lontana dalla giurisprudenza. Solo di tanto in tanto riesco a prendere in mano un libro giuridico [...], poi torno ai libri di filosofia o di politica sociale» (p. 44).

Windscheid sta leggendo il primo volume dello *Zweck* e Jhering risponde ad una sua osservazione: «Al quesito sull'eventuale diritto dell'individuo di accaparrarsi quanto più gli è possibile di beni terreni, ho già risposto a p. 519 del mio libro. Forse ti è sfuggito» (p. 45)

Infine, Jhering chiede il giudizio di Windscheid sul parere relativo alla città di Berna (*Bibliographie*, n. 64): «dimmi con due parole soltanto se sei d'accordo col mio risultato» (p. 45).

18. *Göttingen, 29 giugno 1879* *.

«La mia casa si è svuotata — scrive Jhering — Tutti i miei figli se ne sono andati ed è rimasta soltanto mia figlia», (p. 46), la quale però attende soltanto che il futuro marito riceva la chiamata da ordinario. Il lavoro scientifico non può sostituire questi vuoti, anche perché Jhering sente che «la [sua] vecchia capacità lavorativa cala di giorno in giorno» (p. 46). «Il mio *Zweck im Recht* procede lentamente e non c'è neppur da pensare che il secondo volume esca prima dell'anno prossimo» (p. 46): infatti quel volume verrà pubblicato soltanto nel 1883 (*Bibliographie*, n. 91). A ciò si aggiungono le ristampe del *Geist*, opera che ormai Jhering sente metodologicamente lontana dai suoi interessi.

19. *Göttingen, 30 dicembre 1879* *.

Windscheid ha pubblicato la quinta edizione del *Lehrbuch*, di cui Jhering ammira ancora una volta l'aggiornamento. Tuttavia l'atmosfera festiva gli impedisce di affrontare temi giuridici: per una

volta la casa ormai vuota si riempie, poiché sono tornati non solo i quattro figli, ma anche la figlia con il fidanzato, « che mi è divenuto molto caro » (p. 48): è quel Viktor Ehrenberg che curerà le opere postume di Jhering (*Bibliographie*, n. 119 e n. 121) e che, come professore, sarà il fondatore del diritto assicurativo.

La lettera è importante anche perché traccia un quadro preciso della situazione della famiglia Jhering.

« Se mi riuscirà di condurre a termine i progetti letterari che ho in mente, non mi lamenterò poi dei sacrifici che ho dovuto compiere per lo *Zweck*. Ma non so se ci riuscirò: continuamente mi rendo conto della sproporzione tra le mie forze e le dimensioni del compito. Inoltre la mia lentezza nello scrivere aumenta di anno in anno » (p. 48).

20. *Göttingen, 10 giugno 1880* *

È la lettera dei dispiaceri in famiglia. Anzitutto, il matrimonio di Hermann e la sua partenza per il Brasile: « Ho attraversato uno dei periodi più neri della mia vita, sono passato attraverso una delle mie esperienze più amare. Proprio il mio figlio maggiore, nel quale avevo riposto tante speranze, era destinato a ricambiare tutto l'amore che gli avevo dimostrato e tutti i sacrifici che avevo sostenuto per lui infliggendomi la ferita più dolorosa della mia vita. Tu sai che si è sposato e che ha lasciato Lipsia per andare nel Brasile meridionale: apparentemente per un viaggio scientifico, ma in realtà per un'unione che gli costerà la scienza, la patria e il padre. Risparmiami il resoconto del resto: mi fa troppo male rimestare il coltello nella piaga. Lasciami però riassumere quanto ho vissuto in una sola frase: ho perduto mio figlio, l'ho perduto per sempre. Penso di poter ritrovare la mia serenità soltanto liberandomi completamente dal suo ricordo: a casa mia non si potrà più parlare di lui; per me non esiste più. Ho avuto lo stesso destino di Vangerow, che a suo tempo compiansi tanto: allora non avrei mai pensato che mi attendeva la stessa sorte » (p. 49).

Anche il figlio più giovane gli dà non pochi grattacapi con la scuola. E poi una caduta della retina: « Con l'occhio destro non vedo praticamente più » (p. 49).

21. *Göttingen, 30 dicembre 1883* *:

È una lettera particolarmente importante, perché contiene un'autovalutazione — e cioè una severa autocritica — dello *Zweck*, provocata dalla revisione del primo volume (in vista della ristampa) e dall'infruttuoso lavoro sul secondo volume, ancora incompiuto:

«Anni di lavoro al secondo volume del mio *Zweck im Recht* mi hanno esaurito e avrei avuto bisogno di un lungo periodo di riposo per potermi ristabilire. Invece, tornando dal mio viaggio d'autunno, mi attendeva un lavoro che mi ha affaticato ancor più del precedente: la preparazione di una nuova edizione del mio *Kampf ums Recht* e del primo volume dello *Zweck im Recht*. È una dimostrazione della mia patologica condizione intellettuale il fatto che il primo di questi due lavori mi abbia occupato in un modo che un altro non crederebbe possibile. A ogni passo mi sorgevano dubbi; la formulazione mi sembrava ora poco curata, ora poco chiara; mi sembrava di dover apportare modifiche ovunque, ma non trovavo soluzioni soddisfacenti. Correvo il rischio di peggiorare, invece di migliorare. Eppure questo era un gioco da ragazzi rispetto all'altra revisione. Pensavo di finirla nelle vacanze, e invece non l'ho ancora terminata. Ho riscritto completamente alcune parti (non ti dico con che fatica) e quasi ovunque ho apportato modifiche. Di tutti i lavori della mia vita, questo è stato forse il più logorante. Non tanto per la fatica intellettuale, quanto per l'impressione demoralizzante che ne andavo ricavando. Così, sul valore del primo volume, sono giunto a formulare un giudizio completamente diverso da quello che ne avevo dato sinora. Non mi sono potuto nascondere la vergognosa constatazione che, in esso, molto è straordinariamente debole, che alcune cose sono oggettivamente errate o esagerate, che altre sono espresse in una forma veramente infelice: esageratamente ampollosa, estesa, prolissa. Quante cose c'ho tirato dentro, che adesso lascerei fuori! Come mi rincresce, ora, che i temi marginali mi abbiano impedito di perseguire il mio scopo principale, che si allontana dai miei occhi quanto più credo di avvicinarli! Insomma, la mia autocritica si è trasformata in un vero flagello, sotto i cui colpi ho perduto ogni serenità e ogni coraggio. Ora mi sento come a pezzi, intellettualmente e moralmente, né vedo alcuna possibilità di miglioramento se non nello stimolo di un lavoro del tutto nuovo: sempre

che ne abbia la forza intellettuale, ora completamente esaurita. Sono ormai arrivato al punto che biasimo ogni locuzione che mi esce dalla penna, che cancello le frasi faticosamente vergate sulla carta e, alla fine, quello che sono riuscito a portare a compimento non mi piace » (pp. 50-51).

Windscheid aveva espresso un parere positivo sul secondo volume dello *Zweck*, e Jhering commenta: « Hai il merito di aver definito esattamente il pregio che, anche a mio giudizio, gli si può attribuire: si tratta di costruire un mondo concettuale che finora non esisteva » (p. 51).

Dopo varie notizie famigliari, gli raccomanda un giovane studioso, Dr. Goldschmidt: « Il fatto che sia ebreo non gli sarà d'ostacolo presso di te, così come non lo è stato presso di me » (p. 52).

22. *Göttingen, 19 febbraio 1884.*

Cartolina di tre righe con orari di viaggio.

23. *Göttingen, 26 febbraio 1884* *.

Jhering stava tornando da un viaggio in Italia e il 12 marzo avrebbe dovuto tenere una conferenza alla Juristische Gesellschaft di Vienna. Si tratta di *Über die Entstehung des Rechtsgefühls*, ristampata nel 1986 da Okko Behrends: cfr. p. 90 di questo fascicolo, nonchè *Bibliographie*, n. 96.

La seconda parte della lettera si occupa di varie chiamate a cattedra.

24. *Göttingen, 26 febbraio 1884.*

Cartolina di tre righe con appuntamenti per il viaggio a Lipsia.

25. *Göttingen, 21 dicembre 1884.*

Due punti di questa lettera rivestono particolare importanza. Anzitutto, è stato pubblicato il secondo volume dello *Zweck*, che ha suscitato non poche critiche. Ancora una volta si nota come il

rapporto tra Jhering e Windscheid sia di antagonismo rispettoso e quasi cooperativo: «Ho letto con interesse il tuo discorso di rettorato [*Die Aufgaben der Rechtswissenschaft*, 1884]: contiene osservazioni esatte e mi ha fatto l'onore di ricordare positivamente la mia teoria della morale, cosa che — dalla tua bocca e in quell'occasione — riveste per me una grande importanza» (p. 55).

Inoltre Jhering ritorna sulla benefica quiete di Göttingen: «Non loderò mia abbastanza l'ozio di cui posso godere per la mia produzione letteraria: non per niente sono venuto a Göttingen!» (p. 55). Il peso delle lezioni gli è stato infatti ridotto, poiché il ministero ha chiamato Regelsberger a dividerne con lui il peso.

Infine, parlando della vita di famiglia, menziona il suo viaggio in Italia e, in particolare, in Sicilia.

26. *Göttingen*, 18 marzo 1886 [*Ed.* 1913: n. 129].

Un'improvvisa malattia di Windscheid preoccupa molto Jhering, che evoca altre morti — tra cui quella di Glaser, avvenuta il 26 dicembre 1885 — ma che si risolve quando un telegramma gli comunica che il male è superato. È a questo punto che Jhering improvvisa una «laudatio» dell'amico in cui concilia — cosa difficile, dati i loro contrasti metodologici — una rara schiettezza scientifica e un profondo affetto personale.

«Dunque, su col morale: non puoi permetterti di morire così presto! Non solo per la tua famiglia e per i tuoi amici, ma anche per la scienza. Se tu te ne andassi, non saprei chi potrebbe prendere il tuo posto: ai giorni nostri non conosco nessuno che possa neppure lontanamente pretendere di sostituirti. Tu rappresenti come nessun altro la nostra scienza romanistica. Noialtri rappresentiamo una sua parte o una certa sua tendenza, ma l'intera la rappresenti solo tu. Forse si vanno preparando dei giovani, ma per il momento non si può ancora dire nulla. Al tuo lato si possono menzionare, al massimo, Brinz e Dernburg, ma neppure in essi riesco a vedere i rappresentanti del sapere romanistico del nostro tempo: all'uno manca questo, all'altro quest'altro; soltanto tu riunisci in te tutto quanto ne fa parte. Devi perciò vivere ancora molti anni: la tua dipartita aprirebbe un vuoto incolmabile. Tu sai bene che abbiamo idee diverse e che la nostra amicizia non mi impedisce di essere un

tuo avversario; tuttavia sarebbero tempi duri per la nostra scienza se, accanto a me, non si trovasse una persona come te. E se uno studente mi chiedesse se deve frequentare soltanto le tue lezioni, o soltanto le mie, gli risponderei di venire da te, perché io non sono in grado di fornire la totalità del sapere romanistico. Anzi, neppure nelle parti che insegno fornisco un quadro completo della nostra scienza: insegno soltanto me stesso, ed il mio io, nella scienza, si muove entro stretti confini, che a te sono ignoti. Con questo non intendo sminuirti, perché sono convinto che uno studente, oltre che da te, può apprendere qualcosa di utile *anche* da me: però non *soltanto* da me» (p. 57).

Ma la lettera è interrotta dal lavoro per la seconda edizione del secondo volume dello *Zweck*: « Il tipografo, che in questo momento pago a forfait, mi stava già alle calcagna » (p. 58). È il solito modo di lavorare di Jhering. Questo lavoro è un Privatgutachten per il Governo sugli esami universitari (che non sembra conservato) lo fanno arrivare alla sera come « un cavallo da tiro sfiancato » (ein abgehetzter Karrengaul, p. 58).

In aprile, quando a Vienna si sposerà il figlio Albrecht, Jhering si propone di visitare Windscheid a Lipsia. Ma ancora lo prega di non eccedere con gli impegni sociali: « La mia passione per il mangiare ed il bere è molto diminuita negli ultimi anni. Temo di giungere poco per volta al tuo livello: il mio interesse per questo aspetto della vita sta infatti calando in modo preoccupante » (p. 58).

27. *Göttingen, 24 marzo 1886* *.

Quattro righe su una cartolina per confermare il viaggio a Lipsia.

28. *Göttingen, 26 marzo 1886*.

Una breve lettera fissa altri accordi per il soggiorno a Lipsia presso Windscheid.

29. *Göttingen, 24 luglio 1886* *.

Presentando a Windscheid il Dr. Kipp, che vorrebbe abilitarsi a Lipsia, Jhering descrive brevemente la situazione accademica della sua materia a Göttingen.

La lettera parla poi di un «terribile evento» non spiegato dall'apparato critico del volume in esame. I fatti possono tuttavia essere chiariti sulla base di notizie ricavate dal carteggio jheringhiano che sto pubblicando, il cui titolo di lavoro è, per ora, *Der Briefwechsel zwischen Jhering, Glaser und Unger*. Il «terribile evento» si riferisce al quarto figlio di Jhering, Albrecht, che si era sposato quell'anno e che subito si era diviso dalla moglie (7).

30. *Göttingen, 19 maggio 1887*.

La morte di Stobbe offre a Jhering l'occasione per ricordare altre morti che hanno aperto molti vuoti nelle file dei suoi amici. «È giunto il momento di pensare anche al proprio ritorno all'ovile; la mia voglia di vivere diminuisce costantemente» (p. 60 s.).

31. *Göttingen, 5 agosto 1888* [Ed. 1913: n. 133].

È una lettera importante perché Jhering spiega le ragioni che lo hanno portato a scrivere *Der Besitzwille* (*Bibliographie*, n. 108) e, in particolare, perché quel saggio abbia superato di tanto le dimensioni originariamente previste.

«Lo scritto, che nei miei piani doveva raggiungere i 15 sedicesimi, ha già raggiunto i 24; e di certo se ne aggiungeranno ancora 5

(7) Queste informazioni si ricavano dalle lettere di Jhering a Glaser del 18 dicembre 1885, da quella di Jhering a Minna Glaser del 24 dicembre 1886 e da quella di Jhering a Minna Glaser del 24 dicembre 1887 (tutte in corso di pubblicazione nel carteggio tra Jhering Glaser e Unger con i numeri per ora provvisori 81, 85 e 86).

L'albero genealogico della famiglia Jhering approntato nel 1901 — che ho potuto consultare a São Paulo grazie alla cortesia della signora Maria von Jhering de Azevedo — non menziona questo primo matrimonio di Albrecht, ma soltanto il secondo con Emma Charlotte Catharina Hildebrand, che secondo le indicazioni fornite nella lettera di Jhering a Minna Glaser del 24 dicembre 1891, n. 98, ebbe luogo nel «primo trimestre» del 1891.

o 6. Se esso avesse avuto soltanto la finalità di illustrare la mia opinione sulla volontà nel possesso, avrebbe potuto essere notevolmente più breve. Ma esso è anche un libro a tesi (Tendenzschrift) sul metodo giuridico oggi dominante: quindi la volontà nel possesso mi offre soltanto un oggetto assai adatto non solo per dimostrare l'erroneità del metodo dominante, ma anche per applicare il mio metodo ogni volta che se presenta l'occasione. Solo la prospettiva di provocare un rivolgimento nel nostro metodo giuridico mi ha fatto impugnare la penna: infatti nessun problema dogmatico, per quanto importante, avrebbe potuto da solo sottrarmi al mio *Zweck im Recht*. Ma la tesi (Tendenz) da me perseguita in questo scritto coincide con quella dello *Zweck* e perciò ho ritenuto di potermi assumere la responsabilità di sottrarre un anno o un anno e mezzo della mia esistenza all'opera che considero effettivamente il compito della mia vita. Il mio lavoro [sul possesso] susciterà un grande scandalo. Uso un linguaggio duro e metto spietatamente il luce tutti i danni e le debolezze presenti nella teoria del possesso di Savigny e del metodo giuridico dominante » (p. 62).

Poi, di nuovo, fra le righe spunta il contrasto fra amicizia e scienza:

« In ottobre spero di terminare il resto dell'opera e poi te la sottoporro, affinché tu possa decidere se accettarne la dedica, o no. Se tu dovessi rifiutarla, avresti la mia comprensione: infatti la teoria che io combatto — anche se fondata da Savigny e quindi da me in lui avversata — annovera anche te fra i suoi sostenitori. Ad ogni modo ti conosco troppo bene per non sapere che tu non me ne farai un rimprovero, dal momento che per me è un problema di passione e di coscienza difendere le mie idee. Sono certo che il nostro rapporto personale non soffrirà per questa divergenza scientifica, così come non ha sofferto per quelle passate » (p. 63).

32. *Göttingen, 3 maggio 1891* * [Ed. 1913: n. 142].

È un *De senectute* concentrato nelle dimensioni d'una lettera. Windscheid gli ha inviato la settima edizione del *Lehrbuch*, che non è più stata aggiornata. Nessuno se la prenderà, conclude Jhering, se un settantenne « lascia alla nuova generazione il lavoro di vagliare l'esatto e l'errato » (p. 64). Per questo anche la quinta edizione del

Geist (*Bibliographie*, n. 112) «è una semplice ristampa della quarta e per questo non ne invio un esemplare né a te, né a coloro cui faccio avere i miei libri» (p. 64).

Segue un lungo capoverso sulla famiglia e, soprattutto, sui problemi di salute che l'hanno portato in Riviera. Ora che è ristabilito, Jhering pensa già a nuovi lavori: «Se continuerò a sentirmi così, l'anno prossimo spero di poterti inviare una mia nuova opera. Non un'opera di dogmatica (con la dogmatica ho ormai chiuso per sempre), ma di storia: me ne ha fatto venire l'idea la storia dell'evoluzione del diritto romano che dovrei scrivere per Binding; qui però risalgo dal diritto romano alla sua preistoria presso le popolazioni ariane, passando attraverso le migrazioni degli Indogermani» (p. 65).

Jhering non giunse a pubblicare queste opere, perché morì nel 1892. Esse videro la luce postume, curate dal genero Victor Ehrenberg (*Bibliographie*, n. 119 e n. 121).

MARIO G. LOSANO

LA BIBLIOTECA TEDESCA DI TOBIAS BARRETO A RECIFE

1. *Il «Fondo Barreto» a Recife.*

Tobias Barreto de Meneses (1839-1889) impose la cultura tedesca all'attenzione degli intellettuali brasiliani, sino ad allora quasi esclusivamente orientati verso modelli francesi. Con lui il «germanismo» entra nelle lettere e nel diritto brasiliano. In particolare, Barreto fece conoscere Rudolf von Jhering ai giuristi brasiliani (1).

Questo mulatto, nativo dello Stato di Sergipe e professore alla facoltà di diritto di Recife, apprese il tedesco da solo, giunse a stampare in Brasile due libri e persino una rivista in tedesco, ma non riuscì mai a visitare la Germania. Ebbe però contatti epistolari con tedeschi residenti tanto in Germania, quanto in Brasile (2).

Fu quindi essenzialmente attraverso i libri che Barreto acquistò

(1) Mario G. LOSANO, *La scuola di Recife e l'influenza tedesca sul diritto brasiliano*, in: «Materiali per una storia della cultura giuridica», Il Mulino, Bologna 1974, pp. 323-415. Parzialmente ripreso in *O Germanismo de Tobias Barreto*, «Revista brasileira de filosofia», XXXVIII, 1989, n. 154, pp. 100-109 (riproduce in italiano le pp. 349-360 del precedente saggio); il medesimo testo si trova anche in: Tobias BARRETO, *Estudos Alemães*. Edição comemorativa. Organização e notas de Paulo Mercadante, Antonio Paim e Luiz Antonio Barreto, Editora Record - Governo de Sergipe, Rio de Janeiro - Aracaju 1991, pp. 277-284.

(2) Mario G. LOSANO, *I corrispondenti tedeschi di Tobias Barreto*, in «Sociologia del diritto», XIX, 1992, n. 1, pp. 5-41. Barreto non ebbe invece contatti con il figlio maggiore di Jhering, che viveva nel Rio Grande do Sul: Mario G. LOSANO, *Un precursore dell'ecologia in Brasile: Hermann von Jhering (1850-1930)*, in «Sociologia del diritto», XVIII, 1991, n. 1, pp. 35-65.

Il presente lavoro su Barreto è in corso di stampa anche in tedesco: *Die deutsche Bibliothek Tobias Barreto in Recife*, in *Mitteilungen der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung*, (Frankfurt a. M.), X, Februar 1992, Nr. 1, pp. 1-13; e *Bibliographie der deutschen Bibliothek von Tobias Barreto*, ivi, pp. 14-24.

una buona conoscenza della cultura tedesca: libri che gli giungevano con grande difficoltà, poiché — verso la metà del secolo scorso — l'immigrazione tedesca era diretta soprattutto agli Stati del Brasile meridionale, e non al Nordeste, dove invece operava Barreto. Lo studio della sua biblioteca è quindi fondamentale per conoscere quali giuristi tedeschi, grazie alla sua mediazione, giunsero per primi a contatto con la cultura brasiliana.

La biblioteca di Tobias Barreto, composta di 437 volumi, venne acquistata nel 1889 dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Recife dopo la morte del pensatore sergipano. Come ricorda Clovis Bevilacqua (1859-1944), nella sua *História da Faculdade de Direito do Recife*, furono Sílvio Romero e Afonso Celso, due amici di Barreto, a promuovere questo acquisto, per procurare un limitato aiuto materiale alla famiglia del giurista, che viveva in ristrettezze economiche ⁽³⁾.

Però i libri appartenuti a Barreto vennero non catalogati a sé, ma inseriti nelle collezioni già esistenti nella biblioteca di quella facoltà. Poi, per molto tempo, la biblioteca restò chiusa per lavori di restauro all'edificio e soltanto con il 1949 si ricominciò la catalogazione dei libri.

Subito vi fu un interesse degli studiosi per i libri in tedesco di Barreto, alfiere del germanismo in Brasile. Già nel 1948-50 se ne interessò Gláucio Veiga, professore dell'università di Recife e autore di una sua pregevole storia ⁽⁴⁾. Quando, nel 1969, Vamireh Chacon chiese di vederli per preparare il suo studio sulla Scuola di Recife ⁽⁵⁾, Leonice Ferreira da Silva — direttrice della Biblioteca da Faculdade de Direito do Recife, nell'Universidade Federal de Pernambuco — gli preparò una prima lista di 79 titoli, ricostituendo così un primo nucleo della biblioteca barretiana dispersa. Da allora non ha più interrotto questo paziente lavoro.

Dobbiamo quindi alla sua perseveranza se la biblioteca di

⁽³⁾ Clovis BEVILAGUA, *História da Faculdade de Direito do Recife*, Instituto Nacional do Livro, Brasília 1977, p. 201. È una ristampa dell'opera del 1927.

⁽⁴⁾ Gláucio VEIGA, *História das Idéias da Faculdade de Direito do Recife*, Editora Universitária - Artegraf, Recife 1980-1986, 6 voll.

⁽⁵⁾ Vamireh CHACON, *Da Escola do Recife ao Código Civil. Artur Orlando e a sua geração*, Simões, Rio de Janeiro 1969, 359 pp.

Tobias Barreto è stata ricomposta, almeno per quanto concerne le opere in tedesco. Ho parlato non a caso di « paziente » lavoro: infatti la ricostruzione venne effettuata esaminando ad uno ad uno tutti i libri tedeschi elencati nel catalogo della biblioteca e separando quelli che recavano qualche indicazione che consentiva di ricondurli alla biblioteca di Barreto. Esamineremo più in dettaglio nel § 3 questi criteri di attribuzione.

Per facilitarne lo studio, i volumi in tedesco così individuati sono oggi racchiusi in un fondo separato. A questo fondo, per brevità, do il nome di « Fondo Barreto », anche se esso ufficialmente non ha per ora alcun nome specifico.

Il « Fondo » rispecchia fedelmente i molteplici interessi di Barreto ed è quindi una raccolta non sistematica di opere in tedesco. Ad esempio, le pubblicazioni strettamente giuridiche costituiscono circa metà del fondo, poiché anche quelle filosofiche e storiche sono presenti in forze. In misura minore vi si incontrano opere sulla musica e sul canto, altre grandi passioni di Barreto.

Alcune opere rivelano che il tedesco era una delle vie attraverso cui Barreto cercava di soddisfare il suo desiderio di conoscere l'Europa: si va da un manuale per l'apprendimento del russo alle poesie di Giuseppe Giusti, dai proverbi italiani tradotti in tedesco alla storia della letteratura olandese.

È naturalmente presente Rudolph von Jhering, però con il solo *Der Zweck im Recht* e con alcuni volumi dei « Jahrbücher ». Il darwinismo è rappresentato da due opere di Ernst Haeckel (*Ziele und Wege der heutigen Entwicklungsgeschichte*, 1875; *Natürliche Schöpfungsgeschichte*, 1874) e da altri saggi divulgativi.

2. La bibliografia dei libri in tedesco di Barreto.

Alla base della presente bibliografia è quella predisposta da Leonice Ferreira da Silva e pubblicata nel 1989 ⁽⁶⁾. Vi si trovano, insieme con quattro fotografie, una *Apresentação* (pp. 3-12), una sintesi dei dati bio-bibliografici di Tobias Barreto (pp. 13-19) e la

⁽⁶⁾ Universidade Federal de Pernambuco. Faculdade de Direito do Recife. CCJ. Biblioteca, *Coleção alemã de Tobias, pertencente ao acervo da Biblioteca da Faculdade de Direito do Recife*, Recife 1989, 38 pp. (ciclostilato).

lista dei libri in tedesco appartenuti a Tobias Barreto (pp. 20-38). Quest'ultima comprende 142 titoli, pari a circa un terzo dei 437 libri passati dalla famiglia Barreto alla facoltà (cfr. § 1).

Il mio interesse per questi libri risale alle ricerche su Barreto, iniziate nel 1973 a São Paulo, su indicazione di Miguel Reale. Portai a compimento il presente lavoro nel corso di tre visite alla biblioteca della Facoltà di Giurisprudenza di Recife.

La prima, fuggevole visita a questa biblioteca avvenne in occasione del Terzo Congresso Brasiliano di Filosofia del diritto, tenutosi a João Pessoa nel luglio 1988. Allora ebbi però a mia disposizione soltanto poche ore per prenderne visione. In seguito, con una lettera del 5 agosto, Leonice Ferreira da Silva mi inviò in Italia l'elenco dattiloscritto dei 170 titoli tedeschi da lei reperiti. Questa cortese e completa disponibilità alla collaborazione scientifica mi consentì di rendermi conto dell'interesse del «Fondo Barreto» e di chiarire — durante le mie visite alla Bayerische Staatsbibliothek di Monaco di Baviera — alcuni problemi bibliografici ad esso connessi.

Un finanziamento del Consiglio Nazionale delle Ricerche mi consentì di trascorrere i giorni dal 15 al 31 maggio 1990 a Recife, confrontando ogni libro del «Fondo Barreto» con le registrazioni bibliografiche nel frattempo pubblicate da Leonice Ferreira da Silva nel già citato volumetto *Coleção alemã de Tobias*. Questo controllo analitico chiarì quasi tutti i problemi bibliografici ed eliminò gli errori ortografici frequenti nel testo: infatti esso era stato dattiloscritto da una persona che non conosceva il tedesco.

Il miglioramento più importante apportato alla bibliografia del 1989 consiste senza dubbio nell'aver individuato la presenza — sfuggita durante la prima catalogazione — di più testi rilegati in un unico volume.

Dopo il mio ritorno in Italia, l'intera bibliografia corretta venne riscritta con un personal computer e ricontrollata durante un mio soggiorno a Monaco di Baviera, ottenendo così un originale accurato.

In occasione del Quarto Congresso Brasiliano di Filosofia del diritto, nuovamente svoltosi a João Pessoa nel dicembre 1990, ritornai per la terza volta alla biblioteca di Recife. Con questa visita la bibliografia della biblioteca in tedesco di Barreto assunse la

presente forma, che dovrebbe essere quella definitiva (ammesso che vi sia qualcosa di definitivo nel mondo delle bibliografie).

3. *I criteri per l'individuazione del «Fondo Barreto».*

Da quanto si è detto una cosa risulta chiara: la bibliografia che segue è un perfezionamento della *Coleção alemã de Tobias*, che ne costituisce, per così dire, il punto di partenza. Di conseguenza, ho cercato di rispettare il più possibile il lavoro già svolto alla Biblioteca da Faculdade de Direito do Recife, nell'Universidade Federal de Pernambuco. Per facilitare al lettore la consultazione del testo riporterò qui di seguito, sinteticamente, i criteri che hanno ispirato la bibliografia redatta a Recife.

a) *L'identificazione dei testi.* — Conviene qui lasciare la parola a Leonice Ferreira da Silva: «Il criterio adottato per l'identificazione consisteva nel localizzare i libri in tedesco pubblicati fra il 1872 e il 1888, cercandovi i seguenti segni caratteristici: la firma di Tobias, generalmente in inchiostro rosso; il timbro del suo studio d'avvocato; le dediche nei libri a lui donati; e, infine, il più curioso di questi segni: un tratto azzurro, fatto a matita dallo stesso Tobias» (7). Si tratta di una linea nervosa e irregolare, tracciata verticalmente sul margine del libro, per mettere in rilievo quello che Barreto riteneva interessante.

Mentre firma, timbro e dediche sono criteri inequivocaboli d'identificazione, qualche dubbio può sorgere su questi segni a matita, che talora potrebbero essere di altra mano. Tuttavia, poiché spesso più elementi concorrono nell'attribuzione di un libro al «Fondo Barreto», le indicazioni fornite dalla bibliografia del 1989 possono essere ritenute attendibili.

Certo, come in ogni ricostruzione, anche qui può essere sfuggito qualche libro: poiché la ricerca avvenne passando in rassegna tutto lo schedario della biblioteca e selezionando le opere in tedesco e pubblicate tra il 1872 e il 1888, può ben essere che opere pubblicate prima di quella data, ovvero opere senza segni caratteristici siano

(7) Universidade Federal de Pernambuco, *Coleção alemã de Tobias, pertencente ao acervo da Biblioteca da Faculdade de Direito do Recife*, Recife 1989, p. 6.

state scartate. La mancanza di segni attesta però anche uno scarso interesse da parte di Tobias Barreto: l'eventuale omissione di questi volumi non dovrebbe quindi pregiudicare il valore della bibliografia, che individua con certezza i testi usati da Tobias Barreto.

b) *La struttura della bibliografia del 1989.* — I dati bibliografici dei testi reperiti nel modo ora indicato vennero copiati, ordinandoli alfabeticamente secondo il nome dell'autore e numerandoli progressivamente da 1 a 142. È su questa parte che ho dovuto effettuare gli interventi più numerosi, perché il dattiloscritto venne preparato senza conoscere il tedesco: questo sforzo rende ancor più lodevole il salvataggio del «Fondo Barreto», ma d'altra parte rende anche inevitabili una serie di errori ortografici. Molti titoli, infatti, sono scritti in gotico, che non è immediatamente chiaro a chi non lo conosce.

Altri errori sono poi dovuti a nomi scritti in modo errato, o ordinati in modo inconsueto rispetto all'uso tedesco. Ad esempio, le *Gesammelte Civilistische Schriften* di Arndts sono ordinate sotto Arnesberg, mentre la citazione usuale in Germania è:

ARNDTS, Karl Ludwig [später von Arnesberg], *Gesammelte Civilistische Schriften*, Stuttgart, Cotta, 1873-74, 3 Bde.

Oppure un annuario statistico del 1880 del Ministero prussiano della Giustizia figura come volume N. 2, perché catalogato sotto «Alemanha». Oppure ancora, al N. 67, il volume *Entwurf mit Motiven zu einem Strafgesetzbuche für den Norddeutschen Bund* viene erroneamente attribuito a Jhering, ma poi correttamente ripetuto al N. 69 come opera di Richard Eduard John (il che, tra l'altro, altera l'intera numerazione).

Il mio lavoro a Recife ed a Monaco di Baviera si proponeva di mettere riparo a questo tipo di inconvenienti. Vediamo dunque in che cosa la presente bibliografia si discosta da quella del 1989, fin qui illustrata.

4. *I criteri della presente bibliografia del «Fondo Barreto».*

Come si è detto, il punto di partenza è la bibliografia del 1989. Le sue attribuzioni vengono accettate, ma ogni titolo venne confrontato con l'originale conservato a Recife e — ove questo presentasse

manchevolezze — completato alla Bayerische Staatsbibliothek di Monaco di Baviera. Ad esempio, poiché nella biblioteca di Recife al volume di Hugo Meyer, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* mancavano la copertina e il frontespizio, fu necessario ricostruire questi dati nella biblioteca di Monaco.

Vennero così eliminati gli errori di trascrizione e colmate le lacune.

Il punto di maggior divergenza tra la presente bibliografia e quella del 1989 è dato dai volumi miscellanei, di cui i primi catalogatori non si erano accorti. Di conseguenza, nella bibliografia del 1989 essi figurano unicamente sotto il nome dell'autore del primo degli scritti. Nella presente bibliografia i volumi miscellanei sono stati interamente schedati, ricorrendo però ad una particolarità grafica: il primo scritto è collocato nel luogo che gli compete come tutti gli altri titoli, mentre gli scritti che sono rilegati nello stesso volume vengono elencati sotto di esso, leggermente rientrati rispetto al margine sinistro.

Questa soluzione permette di reperire nella biblioteca tutti gli scritti della miscellanea, poiché il catalogo della biblioteca indica solo l'autore del primo scritto. Il lettore sa così immediatamente che cosa contiene la singola miscellanea. La schedatura di una miscellanea si presenta dunque in questo modo:

BERNER, Albert Friedrich, *Grundsätze des Preußischen Strafrechts*, Leipzig, Tauchnitz, 1861, 142 pp.

[rilegato con:

BAR, Leo von, *Die Lehre vom Kausalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrecht*, Leipzig, Tauchnitz 1871, 155 pp.;

KRUG, Otto, *Über dolus und culpa und insbesondere über den Begriff der unbestimmten Absicht*, Leipzig, Tauchnitz 1854, 82 pp.]

L'ordine alfabetico risulterebbe però sovvertito ed ostacolerebbe il lettore che usi questa bibliografia per ricercare, ad esempio, se un certo autore fu tra le fonti di Barreto. L'inconveniente viene eliminato inserendo ogni autore che compare nella miscellanea secondo l'ordine alfabetico, ma rinviando poi all'autore sotto cui è schedata l'intera miscellanea. Chi cercasse, ad esempio, Otto Krug, troverà:

KRUG, Otto, v. BERNER.

Infatti l'opera di Krug è stata rilegata con quella di Berner, e pertanto la si trova elencata sotto il nome del primo autore della miscellanea, cioè Berner.

Infine, poiché la presente bibliografia è scritta con un personal computer e può quindi essere aggiornata facilmente, ho preferito omettere la numerazione progressiva dei titoli, presente invece nella bibliografia del 1989.

5. *Importanza e limiti del «Fondo Barreto»: prospettive di ricerca.*

Questa bibliografia consente di conoscere il mondo culturale tedesco in cui si muoveva Tobias Barreto. *Caveat lector*, però: i confini di questo mondo barretiano restano un po' fluidi e confusi. Infatti, mentre da un lato si può essere ragionevolmente certi che questi libri in tedesco appartennero a Barreto, essi non esauriscono certamente le fonti, spesso in altre lingue, da cui Barreto desumeva le sue informazioni sulla cultura tedesca.

Altre fonti possono essere stati i libri imprestati da amici (specie se tedeschi residente nel Nordeste) o trovati nelle biblioteche (caso però abbastanza improbabile, data la scarsa diffusione del tedesco nel Nordeste del Brasile, a quel tempo).

Infine, nelle opere di Barreto le citazioni tedesche possono talora essere di seconda mano: non va dimenticato che, in generale, il polemista è nemico del filologo. Inoltre, la citazione di seconda mano può venire da un libro non necessariamente in tedesco: Barreto leggeva libri in numerose altre lingue. Ad esempio, in questa lista non è incluso un libro di argomento tedesco, ma scritto in francese: *Le Culturkampf ou la lutte religieuse en Allemagne* (Haton, Paris 1875, VII-328 pp.) di Monsignor von Kettelen, vescovo di Magonza. Oppure uno in italiano: l'annata del 1869 delle *Memorie del Reale Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti*, in cui si trovano molti segni blu di Barreto accanto al saggio di Tommaso Gar, *Quadro storico-critico della letteratura germanica nel secolo nostro* (Venezia 1868, pp. 73-156) Infine, sono stati identificati come appartenenti a Barreto un *Cours de philosophie positive* del 1869 di Auguste Comte e le *Institutiones Canonicae* di Johannis Devoti del 1831. Ci sarà qualcuno che avrà la santa pazienza di ricostruire tutta la biblioteca di Tobias Barreto?

Ma già lo strumento bibliografico di cui disponiamo consente di proporre ricerche future più approfondite.

Una ricerca scientifica sulla formazione germanistica di Tobias Barreto dovrebbe andare di pari passo con la preparazione di un'edizione scientifica delle sue opere. Un'*opera omnia* definitiva dovrebbe infatti non soltanto stabilire i testi, ma anche fornire una serie di apparati sulle fonti usate da Barreto. Una serie di primi risultati si potrebbero già ottenere incrociando le citazioni contenute nelle opere di Barreto con i testi presenti nel « Fondo Barreto ».

Tuttavia, anche limitandosi all'uso della presente bibliografia, alla ricerca si aprirebbero almeno due ulteriori compiti. In primo luogo — attendendo l'*opera omnia* ⁽⁸⁾ — si potrebbe verificare nelle opere di Barreto se e dove sono citati i libri del « Fondo Barreto ». In secondo luogo, sarebbe interessante esaminare pagina per pagina i libri di questo « Fondo », per desumerne eventuali informazioni dai segni e dai commenti che Barreto scriveva sui margini ⁽⁹⁾. Inoltre timbri e sigle potrebbero dare notizia delle persone che procuravano queste opere al germanista che non aveva mai visto la Germania. Si completerebbe così il quadro degli amici e corrispondenti tedeschi di Tobias Barreto.

RINGRAZIAMENTI

Questa incompleta lista di ringraziamenti deve aprirsi con il nome di Nelson Saldanha, professore all'Università Federale di Recife, per l'attenzione, la pazienza e l'amicizia con cui mi ha seguito in questo lavoro di ricerca e per aver tradotto in portoghese queste pagine. Sono poi molto grato a Luiz Antonio Barreto, della Fundação Augusto

⁽⁸⁾ Questa descrizione del Fondo Barreto venne redatta quando non era ancora stata ultimata la pubblicazione dell'*opera omnia* di Barreto in 10 volumi, che contengono i soli testi, ma non l'apparato critico inteso nel senso sopra descritto: *Obras completas de Tobias Barreto. Edição comemorativa*, Organizadores: Paulo Mercadante e Antonio Paim; Direção geral: Luiz Antonio Barreto com a colaboração de Jackson da Silva Lima, Editora Record — Governo de Sergipe 1991, 10 volumi.

Quest'importante realizzazione editoriale richiederà un'analisi autonoma.

⁽⁹⁾ Ho già applicato con buoni risultati questo tipo di ricerca alle opere su cui aveva studiato Wesley Newcomb Hohfeld: Mario G. LOSANO, *Wesley N. Hohfeld e l'università americana: una biografia culturale*, in « Materiali per un storia della cultura giuridica », VIII, 1978, n. 1, pp. 133-209.

Franco di Aracaju (nello Stato di Sergipe), che mi ha messo a disposizione materiale barretiano di estremo interesse, offrendomi una collaborazione veramente fraterna nel corso di una visita tra due aerei in un orario notturno di un giorno festivo. Infine un ringraziamento vivissimo va a Leonice Ferreira da Silva, a Angela Sá Leitão e ad Eva Pires, succedutesi alla direzione della Biblioteca da Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, che — insieme con tutto il personale della biblioteca stessa — hanno facilitato in ogni modo la ricerca.

Tra le istituzioni straniere, un ringraziamento va anzitutto alla Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, non solo per aver autorizzato la ricerca, ma anche per avermi consentito un buon contatto con i docenti — a molti dei quali devo indicazioni preziose — e con gli studenti. La già ricordata Fundação Augusto Franco di Aracaju (Sergipe) mi ha accolto nella sua sede in ore assolutamente inconsuete per la ricerca scientifica e mi ha messo a disposizione documenti di estremo interesse. Il personale della Bayerische Staatsbibliothek di Monaco di Baviera mi ha aiutato, come sempre, nelle ricerche e nella soluzione dei problemi germanistici.

In Italia, infine, un particolare ringraziamento è dovuto al Consiglio Nazionale delle Ricerche, che ha finanziato il principale dei tre soggiorni a Recife in cui si è conclusa questa ricerca.

Bibliografia della biblioteca tedesca di Tobias Barreto

- ADICKES, Franz, *Zur Lehre von den Rechtsquellen, insbesondere über die Vernunft und die Natur der Sache als Rechtsquellen und über das Gewohnheitsrecht*, Leipzig, Cassel & Göttingen, G. H. Wigand, 1872, 81 pp.
- ALIBISCHEFF, Alexander, *Beethoven, seine Kritiker und seine Ausleger*. Leipzig, F. A. Brockhaus, 1859, 373 pp.
- ARNDT, Karl Ludwig [später von Arnesberg], *Gesammelte Civilistische Schriften*, Stuttgart, Cotta, 1873-74, 3 voll.
- BAR, Leo von, v. BERNER.
- BARTHEL, Karl, *Die deutsche Nationalliteratur der Neuzeit*, 8. Auflage, Berlin, Ebeling & Plahn, 1870, 598 pp.
- BENEDIX, Roderich, *Der mündliche Vortrag — Ein Lehrbuch für Schulen und zum Selbstunterricht*. Erster Theil: *Die reine und deutliche Aussprache des Hochdeutschen. Ein Leitfaden für die oberen Classen der Gymnasien und Bürgerschulen*, 3. Auflage, Leipzig, Weber, 1871, XIII-72 pp.
- [rilegato con:
BENEDIX, Roderich, *Der mündliche Vortrag — Ein Lehrbuch für Schulen und zum Selbstunterricht*. Zweiter Theil: *Die richtige Betonung und die Rhythmik der deutschen Sprache. Ein Leitfaden für die oberen Classen der Gymnasien und Bürgerschulen*, 2. Auflage, Leipzig, Weber, 1870, 202 pp.
BENEDIX, Roderich, *Der mündliche Vortrag — Ein Lehrbuch für Schulen und zum Selbstunterricht*. Dritter Theil: *Die Schönheit des Vortrags. Ein Leitfaden für die oberen Classen der Gymnasien und Bürgerschulen*, 3. Auflage, Leipzig, Weber, 1876, VII-308 pp.]
- BERNER, Albert Friedrich, *Grundsätze des Preußischen Strafrechts*, Leipzig, Tauchnitz, 1861, 142 pp.
- [rilegato con:
BAR, Leo von, *Die Lehre vom Kausalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrecht*, Leipzig, Tauchnitz, 1871, 155 pp.;
KRUG, Otto, *Über dolus und culpa und insbesondere über den Begriff der unbestimmten Absicht*, Leipzig, Tauchnitz, 1854, 82 pp.]
- BETHMANN-HOLLWEG, Moritz August von, *Das Civilproceß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*, Bonn, A. Marcus, 1864-74, 6 voll.
- « BLÄTTER für Armenpflege und Wohlthätigkeit », v. « PHILOSOPHISCHE Monatshefte ».
- BLUNTSCHLI, Johann Caspar, *Deutsches Staats-Wörterbuch*, Expedition des Staats-Wörterbuches, Stuttgart und Leipzig, 1857-70, 11 voll.
- BÖCKING, Eduard, *Pandekten*, 4. Auflage, Bonn, Adolf Marcus, 1852, 192 + 121 pp.
[Con dedica di Antonio de Vasconcelos Menezes de Drummond datata « Recife, 17 de outubro de 1876 » e firma di altra mano di José de Drummond].
- BOLGIANO, Karl, *Handbuch des Reichs-Civil-Prozeßrechts*, Stuttgart, F. Enke, 1879, 534 pp.

- BOOCH-ARKOSSY, Friedrich, *Methode Robertson für das Russische*, Gotha, Windaus, 1863, 456 pp.
- BUDINSZKY, Alexander, *Die Ausbreitung der lateinischen Sprache*, Berlin, W. Hertz, 1881, 267 pp.
- BURI, Maximilian von, *Über Causalität und deren Verantwortung*, Leipzig, Gebhardt, 1873, 154 pp.
- CONRAD, Michael Georg, *Humanitas! Kritische Betrachtungen über Christenthum. Wunder und Kernlied*, Zürich, Verlags-Magazin, 1875, 128 pp.
- [Rilegato con:
MAYER, Georg, *Das Studium des öffentlichen Rechts und der Staatswissenschaften in Deutschland*, Jena, Dufft, 1875, 30 pp.]
- DAHN, Felix, *Deutsches Privatrecht*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1878, 350 pp.
- « DEUTSCHE BLAETTER », (Nr. 2-52), Jan./Dec. 1872.
- « DEUTSCHE RUNDSCHAU », Berlin, Gebrüder Paetel: 6, Jan. /März, 1876; 7, April/Juni, 1876; 8, Juli/Sept. 1876; 9, Oct./Dec. 1876; 10, Jan./März, 1877; 11, Apr./Jun., 1877; 12, Jul./Sept., 1877; 7 voll.
- DOCHOW, Adolph, v. JOHN.
- DUMONT-SCHAUBERG, M., *Geschichte der Kölnischen Zeitung*, Köln, 1880, 92 pp.
- EÖTVÖS, Joseph, *Der Einfluß der herrschenden Ideen des 19. Jahrhunderts auf den Staat*, Leipzig, Brockhaus, 1854, 2 voll.
- EWALD, Heinrich, *Geschichte des Volkes Israel*, Göttingen, Dieterichsche Buchhandlung, 1864-67, 8 voll.
- FISCHER, Kuno, *Akademische Reden*, Stuttgart, Cotta, 1862, 111 pp.
- ID., *Geschichte der neuern Philosophie*, zweite revidirte Ausgabe, [solo vol. 3: *Kant's Vernunftkritik und deren Entstehung*], Heidelberg, Bassermann, 1869, 638 pp.
- ID., *System der Logik und Metaphysik oder Wissenschaftslehre*, Heidelberg, Bassermann, 1865, 536 pp.
- FORTLAGE, Karl, *Beiträge zur Psychologie als Wissenschaft aus Speculation und Erfahrung*, Leipzig, J. M. Brockhaus, 1875, 488 pp.
- ID., *Genetische Geschichte der Philosophie seit Kant*, Leipzig, Brockhaus, 1852, 488 pp.
- « DER FRAUEN-ANWALT », Organ des Verbandes deutscher Frauenbildungs- und Erwerbsvereine, herausgegeben von Jenny Kirsch, Berlin, 1871-76, 6 voll.
- FRIEDRICH, I. B., *System der gerichtlichen Psychologie*, 2., umgearbeitete Auflage, Regensburg, G. Joseph Manz, 1842, 644 pp.
- FROEBEL, Julius, *Die Gesichtspunkte und Aufgaben der Politik*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1878, 466 pp.
- FUCHS, Carl, *Virtuos und Dilettant. Ideen zum Clavier-Unterricht und über reproduktive Kunst*, Leipzig, C. W. Fritsch, 1871, 62 pp.
- « DIE GEGENWART », Berlin, G. Stilke, (Nr. 1-22), Jan. /Jun. 1872; (Nr. 24-49), Jul. /Dec. 1872; (Nr. 1-13), Jan. /März, 1873; (Nr. 14-26), Apr. /Jun., 1873; (Nr. 27-52), Jul. /Dec. 1873.
- GEIGER, Lazarus, *Ursprung und Entwicklung der menschlichen Sprache und Vernunft*, Stuttgart, Cotta, 1868-72, 2 voll.

- GERBER, Gustav, *Die Sprache als Kunst*, Bromberg, Mittler'sche Buchhandlung, 1871-1873, 2 voll.
- « DER GERICHTSSAAL », 1875, Ferdinand Enke, Stuttgart, 1875, vol. 27.
- GIANI, Leopold Carl Massimilian, *Italienische Sprichwörter in deutschem Gewande*, Stuttgart, Paul Neff, 1876, 364 pp.
- GIUSTI, Giuseppe, *Gedichte von Giuseppe Giusti*. Deutsch von Paul Heyse, Berlin, A. Hofmann, 1875, 328 pp.
- GNEIST, Rudolf, *Der Rechtsstaat*, Berlin, Julius Springer, 1872, 202 pp.
- Id., *Die preußische Kreis-Ordnung*, Berlin, Julius Springer, 1870, 224 pp.
- Id., *Selfgovernment. Communalverfassung und Verwaltungsgerichte in England*, Berlin, Julius Springer, 1871, 1018 pp.
- Id., *Verwaltung, Justiz, Rechtsweg. Staatsverwaltung und Selbstverwaltung nach englischen und deutschen Verhältnissen*, Berlin, Julius Springer, 1869, 608 pp.
- GRIMM, Jacob, *Auswahl aus den kleineren Schriften*, Berlin, Dümmler, 1871, 372 pp.
- Id., *Deutsche Grammatik*, Berlin, Dümmler, 1870-78, 2 voll.
- GUTSCHMID, Alfred von, *Neue Beiträge zur Geschichte des alten Orients*, Leipzig, Teubner, 1876, 158 pp.
- GUTTMANN, Oskar, *Die Gymnastik der Stimme*, Weber, Leipzig, 1876, 187 pp.
- HAECKEL, Ernst [Heinrich Philipp August], *Natürliche Schöpfungsgeschichte*. Gemeinverständliche wissenschaftliche Vorträge über die Entwicklungslehre im Allgemeinen und diejenige von Darwin, Goethe und Lamarck im Besonderen, Berlin, Reimer, 1874, 688 pp.
- Id., *Ziele und Wege der heutigen Entwicklungsgeschichte*, Jena, H. Dufft, 1875, 99 pp.
- HARTMANN, Eduard von, *Die Selbstersetzung des Christenthums und die Religion der Zukunft*, Berlin, Duncker, 1874, 122 pp.
- Id., *Moderne Probleme*, 2. Auflage, Leipzig, W. Friedrich, 1888, 277 pp.
- Id., *Philosophie des Unbewussten*, 6. Auflage, Berlin, Duncker, 1874, 846 pp.
- Id., *Philosophische Fragen der Gegenwart*, Leipzig, W. Friedrich, 1885, 298 pp.
- Id., *Wahrheit und Irrthum im Darwinismus*, Berlin, Duncker, 1875, 177 pp.
- HAUSRATH, Adolf, *Neutestamentalische Zeitgeschichte*, Heidelberg, F. Bassermann, 1872, 2 voll.
- HAYM, Rudolf, *Die deutsche Nationalversammlung, bis zu den Septemberereignissen. Ein Bericht aus der Partei des rechten Centrums*, Frankfurt, Carl Jügel, 1848-50, 2 voll.
- Id., *Hegel und seine Zeit*, Berlin, R. Gaertner, 1857, 512 pp.
- HEYSE, Johann Christian August, *Leitfaden zum gründlichen Unterricht in der deutschen Sprache für höhere und niedere Schulen nach den größeren Lehrbüchern der deutschen Sprache*, Hannover, Hahn, 1852, 150 pp.
- HIRSCH, Franz, *Geschichte der deutschen Litteratur von ihren Anfängen bis auf die neueste Zeit*, Leipzig, Friedrich, [1883], 434 pp. [Solo vol. 1].
- HOLTZENDORF, Franz von, *Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe*, Berlin, C. Habel, 1875, 368 pp.
- Id., *Handbuch des deutschen Strafrechts in Einzelbeiträgen* von Prof. Dr. Engelmann [...], Berlin, Habel, 1871-77, 5 voll.
- Id., *Materialien der deutschen Reichs-Verfassung*, Berlin, Habel, 1873, 4 voll.
- HUHN, Eugen H. Th., *Finanzwissenschaft*, Leipzig, Grunow, 1865, 426 pp.

- Id., *Politik*, Leipzig, Grunow, 1865, 616 pp.
- HUSCHKE, [Philipp] Eduard, *Das Recht der publicianischen Klage*, Stuttgart, Ferdinand Enke, 1874, 125 pp.
- INTERNATIONALE Kriminalistische Vereinigung, v. KRAEPELIN.
- JAEGER, Gustav, *Die Darwin'sche Theorie und ihre Stellung zu Moral und Religion*, Stuttgart, Hoffmann, s. d. [1869], 150 pp.
- «JAHRBÜCHER für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts», Jena, Friedrich Mauke, 1857, 25 voll.
[Soltanto i primi 25 volumi fanno parte del «Fondo Barreto».]
- JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1883-84, 2 voll.
- JOHN, Richard Eduard, *Die Lehre vom fortgesetzten Verbrechen und von der Verbrechenskonkurrenz für Praktiker und Theoretiker*, Berlin, Reimer, 1860, 178 pp.
[Nel catalogo brasiliano ciclostilato questo libro di John venne incluso erroneamente sotto il nome di Jhering. Insieme con esso sono rilegate altre due opere:
OTTO, *Aphorismen zu dem allgemeinen Theile des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich*, Leipzig, Roßberg, 1873, 159 pp.
DOCHOW, Adolph, *Strafrechtfälle ohne Entscheidung*, Jena, Dufft, 1876, 156 pp.]
- Id., *Entwurf mit Motiven zu einem Strafgesetzbuche für den Norddeutschen Bund*, Berlin, Guttentag, 1868, 648 pp.
- Id., *Kritiken strafrechtlicher Entscheidungen des preußischen Obertribunals*, Berlin, Guttentag, 1866, 351 pp.
- KANT, Immanuel, *Kritik der praktischen Vernunft*, Leipzig, Philipp Reclam Jun., 1878, 196 pp.
- Id., *Kritik der reinen Vernunft*, Leipzig, Philipp Reclam Jun., 1878, 702 pp.
- KLOSTERMANN R., *Das Urheberrecht an Schrift- und Kunstwerken, Abbildungen, Compositionen, Mustern und Modellen* [. . .], Berlin, Franz Vahlen, 1876, 282 pp.
- KLOTZ, Richard, *Handbuch der lateinischen Stilistik*, Leipzig, Teubner, 1874, 316 pp.
- KRAEPELIN, Emil, *Die Abschaffung des Strafmasses*, Stuttgart, Ferdinand Enke, 1880, 78 pp.
[Rilegato con:
Internationale Kriminalistische Vereinigung, Erste Landesversammlung der Gruppe Deutsches Reich, Beilage zu Bd. X der «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», Guttentag, Berlin 1890, 88 pp.
MEDEM, Rudolf, *Entwurf eines Gesetzes betreffend den Strafvollzug*, Abel, Greifswald, 1890, 13 pp.]
- KRAFFT-EBING, R. von, *Grundzüge der Criminalpsychologie auf Grundlage des Strafgesetzbuchs des deutschen Reichs für Ärzte und Juristen*, Erlangen, Ferdinand Enke, 1872, 152 pp.
- KRUG, Otto, v. BERNER.
- L. P. , *Die menschliche Gesellschaft als realer Organismus*, Mitau, E. Behre, 1873, 399 pp.
- LAMMASCH, Heinrich, *Das Moment objectiver Gefährlichkeit des Verbrechensversuches*, Wien, Alfred Hölder, 1879, 85 pp.
- LANDSMANN, Heinrich, *Philosophisch-kritische Streifzüge*, Berlin, Mitscher & Roestell, 1873, 240 pp.

- LANGE, Friedrich Albert, *Geschichte des Materialismus und Kritik seiner Bedeutung in der Gegenwart*, Iserlohn, J. Baedeker, 1873, 434 pp.
- LANGENBECK, Wilhelm, *Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen*, Jena, Mauke, 1868, 290 pp.
- LIEBMANN, Otto, *Zur Analysis der Wirklichkeit*, Straßburg, Karl F. Trübner, 1880, 680 pp.
- « LITERARISCHES Centralblatt für Deutschland », Leipzig, E. Avenarius; vol. 1 (Nr. 1-26), 1874; vol. 2 (Nr. 27-52), 1874; vol. 3 (Nr. 1-52), 1875.
- « MAGAZIN für die Literatur des Auslandes », Berlin, vol. 1 (Nr. 1-12), 1873; vol. 2 (Nr. 14-26), 1873; vol. 3 (Nr. 27-52), 1873; vol. 1 (Nr. 1-26), 1874; vol. 2 (Nr. 27-52), 1874.
- MAREZOLL, Theodor, *Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechtes*, Leipzig, J. Ambrosius Barth, 1875, 595 pp.
- MARQUARDT, Joachim, *Römische Staatsverwaltung*, Leipzig, S. Hirzel, 1881, 2 voll. in 1, 583 pp. [Solo vol. 1]
- MARX, Karl, *Das Kapital: Kritik der politischen Oekonomie*. 3. Auflage, Hamburg, Otto Meissner, 1883-85. [Solo vol. 1 e 2].
- MAYER, Georg, v. CONRAD.
- MEDEM, Rudolf, v. KRAEPELIN.
- MEYER, Hugo, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Erlangen, Deichert, 1882, 725 pp.
[Le indicazioni in tratte dall'esemplare danneggiato della biblioteca di Barreto vennero completate nella Bayerische Staatsbibliothek di Monaco di Baviera.]
- MILL, John Stuart, *System der deductiven und inductiven Logik*, Braunschweig, Friedrich Vieweg, 1868, 2 voll.
- MÖBIUS, Paul, *Katechismus der deutschen Literaturgeschichte*, Leipzig, J. J. Weber, 1870, 240 pp.
- MOMMSEN, Theodor, *Römisches Staatsrecht*, 2. Auflage, Leipzig, S. Hirzel, 1876-77, 2 voll.
- « MUSIKALISCHES WOCHENBLATT ». Organ für Musiker und Musikfreunde, herausgegeben von E. W. Fritsch, Leipzig, E. W. Fritsch, 1873, 2 voll. (4. Jg.).
- MUTHER, Theodor, *Die Reform des juristischen Unterrichts. Eine akademische Antrittsvorlesung*, Weimar, H. Böhlau, 1873, 23 pp.
[Rilegato con « Stimmen der Zeit. Monatschrift für Politik und Literatur », Gotha, E. Reyer, Oktober-December 1858, pp. 1-352: la prima annata di questa rivista viene tuttavia computata dal 1859; poiché questo esemplare è privo di indice e di frontespizio, i dati bibliografici sono stati desunti dalle segnature sui sedicesimi.]
- NAUMANN, Julius, *Theoretisch-praktische Anleitung zur Abfassung deutscher Aufsätze in Regeln, Musterbeispielen und Dispositionen im Anschluss an die Lektüre klassischer Werke für die oberen Klassen böherer Schulen*, Leipzig, Teubner, 1874, 317 pp.
- NOIRÉ, Ludwig, *Die Welt als Entwicklung des Geistes*, Leipzig, Veit, 1874, 486 pp.
- Id., *Grundlegung einer zeitgemässen Philosophie*, Leipzig, Veit, 1875, 114 pp.
- OTTO, v. JOHN.
- « PHILOSOPHISCHE Monatshefte », Berlin, Verlag von F. Henschel, 1874, vol. 9, Hefte 6-10, pp. 273-472 e vol. 10, Hefte 1-10, pp. 1-484.

[Rilegato con vol. 9: « Blätter für Armenpflege und Wohlthätigkeit ». Organ des Vereins gegen Verarmung in Berlin, 1873, Nr. 1-6, pp. 1 104.]

- PREL, Karl Freiherr du P., *Der Kampf ums Dasein am Himmel. Die Darwin'sche Formel nachgewiesen in der Mechanik der Sternenvwelt*, Berlin, Denicke, 1874, 109 pp.
- « PREURISCHE Jahrbücher », Berlin, 3-4, 1879 (voll. 43-44); 6, 1880, (vol. 46, manca 45); 7, 1881 (vol. 47, manca 48); 1, 1882 (vol. 49, manca 50); 11-12, 1883 (voll. 51-52); 7 voll.
- RAUMER, Karl von, *Geschichte der Pädagogik vom Wiederaufblühen klassischer Studien bis auf unsere Zeit*, Gütersloh, Bertelsmann, 1874-80, 4 voll.
- ROSSHIRT, Conrad Franz, *Entwicklung der Grundsätze des Strafrechts nach den Quellen des gemeinen deutschen Rechts*, Heidelberg, K. Groos, 1828, 526 pp.
- RUBO, Ernst Traugott, *Kommentar über das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich und das Einführungsgesetz*, Berlin, Carl Heymanns' Verlag, 1872, 162 pp.
- ID., *Militär-Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Berlin, Carl Heymanns' Verlag, 1872, 162 pp.
- SAMUELY, Adolf, *Das Princip der Ministerverantwortlichkeit in der constitutionellen Monarchie*, Berlin, Julius Springer, 1869, 127 pp.
- SANDERS, Daniel, *Deutscher Sprachschatz geordnet nach Begriffen zur leichten Auffindung und Auswahl des passenden Ausdrucks*. Ein stilistisches Hilfsbuch für jeden Deutsch Schreibenden, Hamburg, Hoffmann & Campe, 1873, 3 voll.
- ID., *Wörterbuch deutscher Synonymen*, Hamburg, Hoffmann & Campe, 1871, 743 pp.
- SAUER, Carl Marquard, *Geschichte der Weltliteratur in Einzeldarstellungen*. Vol. III: *Geschichte der italienischen Litteratur*, Leipzig, Wilhelm Friedrich, [1859], 629 pp.
- SCHERR, Johannes, *Schiller und seine Zeit*, Leipzig, Otto Wigand, 676 pp.
- SCHMIDT, Adolf, *Epochen und Katastrophen*, Berlin, A. Hofmann, 1874, 405 pp.
- SCHMIDT, Julian, *Bilder aus dem geistigen Leben unserer Zeit*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1870, 528 pp.
- ID., *Bilder aus dem geistigen Leben unserer Zeit. Neue Folge*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1871, 490 pp.
- ID., *Neue Bilder aus dem geistigen Leben unserer Zeit. Der ganzen Folge dritten Band*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1873, 402 pp.
- ID., *Geschichte der deutschen Literatur seit Lessing's Tod*, Leipzig, F. W. Grunow, 1866-67, 3 voll.
- ID., *Geschichte der französischen Literatur seit Ludwig XVI.*, Leipzig, F. W. Grunow, 1873-74, 2 voll.
- SCHMITZ, Bernhard, *Deutsch-französische Phraseologie*, Berlin, Langenscheidt, 1878, 179 pp.
- ID., *Die neuesten Fortschritte der französischenglischen Philologie*, Greifswald, L. Bamberg: 1873, 1. Heft, 104 pp.; 1869, 2. Heft, 143 pp.; 1862, 3. Heft, 123 pp.
- ID., *Encyclopädie des philologischen Studiums der neueren Sprachen, hauptsächlich der französischen und englischen*, Leipzig, Koch, 1875-79, 3 voll.
- SCHNEIDER, Lina, *Geschichte der niederländischen Litteratur*, Leipzig, W. Friedrich, [1887], 868 pp. (*Geschichte der Weltliteratur in Einzeldarstellungen*. vol. IX).
- SCHÖNBACH, Anton, *Über die humoristische Prosa des XIX. Jahrhunderts*, Graz, Leuschner & Lubensky, 1875, 89 pp.

- SCHOPENHAUER, Arthur, *Die Welt als Wille und Vorstellung*, Leipzig, F. M. Brockhaus, 1873, 2 voll.
- SCHOTT, G. E., *Handbuch der pädagogischen Literatur der Gegenwart*, Leipzig, Julius Klinkhardt, 1869-71, 3 voll.
- SCHRADER, Eberhard, *Keilinschriften und Geschichtsforschung: ein Beitrag zur monumentalen Geographie, Geschichte und Chronologie der Assyrer*, Giessen, J. Ricker, 1878, 555 pp.
- SCHÜRMAYER, J. H., *Handbuch der medicinischen Policei*, Erlangen, Ferdinand Enke, 1848, 553 pp.
- SCHÜTZE, Theodor Reinhold, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Leipzig, J. M. Gebhardt, 1874, 558 + 24 pp.
- ID., *Die notwendige Theilnahme am Verbrechen*, Leipzig, J. M. Gebhardt, 1869, 423 pp.
- SCHWARZE, Friedrich Oskar, *Commentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Leipzig, Fue, 1873, 862 pp.
- SIEBER, Ferdinand, *Katechismus der Gesangskunst*, Leipzig, J. J. Weber, 1871, 176 pp.
- SPIR, African, *Denken und Wirklichkeit*, Leipzig, J. G. Findel, 1873, 2 voll.
- SPITZER, Daniel, *Wiener Sparziergänge*, Wien, L. Rosner, 1874-77, 3 voll.
- Staat oder Geistlichkeit in der Schule*. Stenographische Berichte der Verhandlungen des Hauses der Abgeordneten über den Gesetz-Entwurf betreffend Beaufsichtigung des Erziehungs- und Unterrichtswesens, Berlin, Fr. Kortkampff, 1872, 152 + 80 pp.
- STAHR, Adolf, *Weimar und Jena*, Berlin, T. Guttentag, 1871, 234 pp.
- Statistik der preußischen Schwurgerichte und der von denselben erkannten Strafen und Freisprechungen für das Jahr 1878*. Angefertigt im Königliches Justiz-Ministerium, Berlin, Reichsdruckerei, 1880, 120 pp.
- « STIMMEN der Zeit », v. MUTHER.
- STOBBE, Otto, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, Berlin, W. Hertz, 1871-78, 3 voll.
- STRICKER, S., *Physiologie des Rechts*, Wien, Toeplitz & Deuticke, 1884, 144 pp.
- SYBEL, Heinrich von, *Die deutschen Universitäten, ihre Leistungen und Bedürfnisse*, Bonn, Max Cohen, 1874, 67 pp.
- TOBIAS, Wilhelm, *Grenzen der Philosophie; constatirt gegen Riemann und Helmholtz, vertheidigt gegen von Hartmann und Lasker*, Berlin, G. W. F. Müller, 1875, 394 pp.
- TREITSCHKE, Heinrich von, *Historische und politische Aufsätze*, Leipzig, S. Hirzel, 1871, 3 voll.
- ULLMER, R. Ed., *Commentar zum privatrechtlichen Gesetzbuche des Kantons Zürich*, Orell Füssli, 1870-78, 3 voll.
- « UNSERE Zeit », Deutsche Revue der Gegenwart. Monatsschrift zum Conversations-Lexikon, Leipzig, F. A. Brockhaus, 1869-72, 8 voll.
- VANICEK, Alois, *Etymologisches Wörterbuch der lateinischen Sprache*, Leipzig, Teubner, 1881, 388 pp.
- WALLNER, Edmund, *Die Oper im Salon. Ein reichhaltiges Repertoire von ein- und mehrstimmigen Opern-Gesängen welche ohne mit Scenerie und Kostüm von Dilettanten leicht besetzt und ausgeführt werden können*. Für alle Freunde des dramatischen Gesanges namentlich für Dilettanten Bühnen und Gesangvereine, herausgegeben von Edmund Wallner, Erfurt, Friedr. Bartholomäus, s. d., 75 pp.

- WARTMANN, Jakob, *Leitfaden zum Unterrichte in der Naturgeschichte*, St. Gallen, Scheitlin und Zollikofer, 1866, 163 pp.
- WEBER, Georg, *Lehrbuch der Weltgeschichte mit Rücksicht auf Cultur, Literatur und Religionswesen, und einem Abriss der deutschen Literaturgeschichte als Anhang*, Leipzig, W. Engelmann, 1863, 2 voll.
- WILMANS, C., *Die Credit-Noth der Grundbesitzer und deren Abhülfe durch eine Norddeutsche Bundes-Hypotheken-Bank*, Berlin, F. Guttentag, 1868, 91 pp.
- « ZEITSCHRIFT für Völkerpsychologie und Sprachwissenschaft », Berlin, 1860-71, 7 voll.
[La collezione non presenta lacune, poiché i singoli volumi vennero pubblicati nel 1860, 1862, 1865, 1866, 1868, 1869, 1871.]

LUIGI CAPOGROSSI COLOGNESI

JHERING E 'LO SPIRITO DEL DIRITTO ROMANO'

Nella parte introduttiva dello 'Spirito del diritto romano', sin dalla prima sua edizione del 1852, incontriamo un'annotazione relativamente appartata, ma non per questo meno significativa da parte di Jhering. Nell'enunciare infatti la sua insoddisfazione per i caratteri e l'impostazione dominante nel campo degli studi romanistici, egli opponeva ad essi il modo esemplare in cui la storia del diritto romano era stata affrontata da Gibbon, nella sua classica opera sulla 'Decadenza e caduta dell'Impero Romano', nel corso del capitolo 44° dedicato appunto ad un'ampia esposizione della storia giuridica di questo popolo. Di tale trattazione il romanista tedesco si affretta dunque a sottolineare il carattere altamente suggestivo, ben superiore a quello dei « lavori assai più ampi sino ad allora pubblicati dai giuristi » (1). La causa andrebbe rintracciata a suo giudizio nella superiore capacità di Gibbon di rappresentare in modo unitario e comprensivo un insieme di fenomeni e di istituti in genere studiati dagli specialisti in forma settoriale e frammentaria, incapace di dar loro un effettivo significato.

Devo dire che la prima reazione, nella lettura di questa nota di Jhering, è di pieno consenso. Chi non ricorda il ben noto (almeno per noi romanisti) capitolo di Gibbon come una sintesi straordinariamente efficace e piena di spirito? Ma alcune dubbi sopravvengono immediatamente.

(1) Cfr. R. v. JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, I, rist. 6^a ed. del 1907, Aalen, 1968, 56 nt. 26. (= I, 1^a ed., Leipzig, 1852, 48 nt. 26) (= JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, tr. fr., I, Paris, 1886, 56 nt. 26). Nelle note successive si citeranno, nel caso di corrispondenza alle edizioni più tarde, i passaggi della prima edizione del '52 fra parentesi tonda e fra parentesi quadra i passaggi della traduzione francese;

Per quanto acuto e ricco di una vivissima sensibilità storica appaia il quadro tracciato da Gibbon, per quanto vivaci le connessioni ivi individuate fra la più vasta storia della società romana e della sua cultura e la specifica sfera della vita e delle istituzioni giuridiche, non possiamo dimenticare l'alto livello di sintesi dovuto al concentrarsi nel breve spazio di un capitolo dell'immenso materiale giuridico romano di cui disponiamo. Da ciò derivava quindi l'impossibilità di un approfondimento analitico dei singoli elementi dell'ordinamento giuridico romano e del loro significato nel quadro di una più complessa ricostruzione dei processi evolutivi della storia di tale ordinamento. Nessuna descrizione dunque della sua morfologia e della sua struttura interna.

Sotto questo profilo appare per lo meno discutibile il confronto critico fra questo capitolo di Gibbon e l'insieme delle ricerche specialistiche sulle istituzioni giuridiche romane. I quesiti dei romanisti e la natura stessa del materiale su cui essi lavoravano non potevano che differire da quelli cui aveva fatto riferimento Gibbon nella sua pur splendida sintesi.

Per il modello di storiografia giuridica da lui auspicato, Jhering trascurava i romanisti della sua e delle precedenti generazioni e si rivolgeva ad uno storico: non solo, ma ad uno storico straniero. E questo a mezzo del secolo scorso, quando cioè la romanistica tedesca aveva già da tempo acquisito un ruolo di assoluta supremazia in tutta Europa e allorché, più in generale, in tutti i settori dello studio dell'antichità classica e della storia romana, la scienza tedesca aveva ormai assunto un ruolo affatto centrale. Tutto ciò dunque suscita più di un interrogativo, inducendoci ad approfondire i motivi ultimi di questo atteggiamento.

Non è difficile attribuire al richiamo a Gibbon un valore polemico nei riguardi di quelle tradizioni di studi cui lo stesso Jhering apparteneva e all'interno delle quali egli si era formato, né appare troppo ardita l'idea che, in tal modo egli mirasse a mettere in discussione la stessa concezione della storia giuridica proposta da Savigny e dalla sua scuola: quello che è certo, comunque, è che la insoddisfazione di Jhering andava ben al di là della mera evoluzione in senso sistematico e dommatizzante della romanistica tedesca più recente rispetto alle originarie prospettive della Scuola storica.

Sotto questo profilo infatti non dobbiamo dimenticare il rap-

porto che lega Jhering, negli anni ancora immediatamente antecedenti alla pubblicazione del primo volume del *Geist* al più illustre seguace di Savigny, G.F. Puchta, alla cui influenza (oltre che alla stessa evoluzione savigniana nel *System*) questi sviluppi vanno appunto ricondotti. Il ritardo nella pubblicazione del *Geist* che, per ammissione dello stesso Jhering, al consiglio di Puchta va attribuito, per nulla può associarsi ad un dissenso di quest'ultimo nei riguardi del contenuto dell'opera che, del resto, a lui verrà poi dedicata.

Del resto la polemica di Jhering si concreta in un obiettivo certamente non esclusivo, comunque assai significativo. La personalità scientifica esplicitamente richiamata, se non direttamente rappresentativa degli indirizzi metodologici e dei precisi orientamenti della Scuola storica, costituisce infatti un momento molto importante in quei mutamenti di fondo che, alla fine del secolo precedente, avevano preparato la svolta segnata dall'opera giovanile di Savigny, sino al suo famoso manifesto del '16.

Negando dunque che compito dello storico del diritto romano fosse circoscritto alla vicenda di singoli istituti giuridici o di singoli concetti e complessi normativi, Jhering rilevava che in concreto ci si era effettivamente limitati a questo più ristretto orizzonte. E in tal senso adduceva appunto l'opera di Hugo. È vero che in essa si tende a tracciare una periodizzazione della lunga storia del diritto romano che ricomprende tanto quella che era chiamata allora la 'storia interna' di esso (la storia cioè degli istituti privatistici) che la 'storia esterna' (la storia della scienza giuridica, nonché dello stesso diritto pubblico e delle istituzioni) di Roma. Ma, aggiunge, Jhering, la 'Storia' di Hugo riunisce in modo meramente meccanico ed esterno questi due aspetti e li colloca in una prospettiva fondata sull'individuazione di stadi successivi effettuata in modo affatto arbitrario, tale da portare a una vera e propria frantumazione della visuale storiografica. I suoi periodi invero « non sono altro che delle stazioni dove le diverse istituzioni si congiungono e donde esse, una volta giuntevi tutte insieme, ripartiranno di nuovo, ciascuna nel suo autonomo sviluppo » (2). E il feroce richiamo alle « stazioni » è portato ancora più avanti: « Hugo vede in queste 'stazioni' il vantaggio che si cerca

(2) GRR, 63 e nt. 29 (55 s. e nt. 29) [64 e nt. 31].

effettivamente di realizzare con le stazioni di posta e cioè che si trovano a distanze regolari». Una regolarità altrettanto utile per il viaggiatore che per il lettore, ma, in quest'ultimo caso, del tutto arbitraria.

L'ampiezza e la radicalità della polemica di Jhering traspasano anche da altre sue affermazioni, laddove, anzitutto, egli sostiene che, sino alla data di pubblicazione di questo suo volume, nel 1852, tutta la ricostruzione storica del diritto romano non era mai andata oltre la raccolta e l'analisi di meri 'fatti' di carattere relativamente esterno. In questa categoria egli infatti colloca non solo, com'è ovvio, i dati normativi, le costituzioni imperiali etc., ma, ciò che è più significativo, anche le nozioni e le idee prodotte dai giuristi romani. Al contrario, Jhering ritiene che una vera storia giuridica non possa limitarsi a immagazzinare e classificare in un archivio ideale un materiale bruto, essendo piuttosto chiamata a dare ad esso un suo più intimo significato.

Si tratterà dunque di giungere a cogliere l'interno divenire di questo insieme di elementi attraverso la percezione di quella che Jhering chiama «la connessione reale dei fatti», che consiste ai suoi occhi nell'intimo e non immediatamente percepibile rapporto che unisce gli elementi effettivamente significativi che non necessariamente dovranno essere contigui sul piano meramente temporale ⁽³⁾.

Ma per cogliere sino in fondo il significato di questa polemica e dell'alternativa globale proposta da Jhering nei riguardi della tradizione romanista tedesca, occorrerà volgerci al concreto tipo di ricostruzione che l'autore è venuto sviluppando a conclusione delle premesse che abbiamo sinora considerato.

2. Com'è noto, all'epoca della redazione dei primi volumi del *Geist*, Jhering aveva una visione dei fenomeni giuridici organizzati a più piani. La stratificazione proposta nel primo volume di questa sua opera si presenta a tre livelli, il più basso dei quali consistendo nelle forme elementari rappresentate dalle mere 'regole' del diritto, dalle norme giuridiche. Ad esso sovrasterebbe poi un altro livello costituito dalle categorie e dai concetti elaborati dalla scienza giuridica,

⁽³⁾ GRR, 60 s.; 62 s. (53 s.; 55) [61; 63].

attraverso cui i complessi normativi sono organizzati e interpretati, diventando così ‘produttivi’ di nuove forme giuridiche ⁽⁴⁾. Il terzo piano, il più elevato sarebbe infine rappresentato da un non troppo meglio identificato «elemento psichico del diritto», quella forza abbastanza oscura che ispira e unifica i singoli elementi costitutivi del ‘diritto’ di un popolo e che è indicato essenzialmente attraverso l’analogia con le facoltà spirituali dell’individuo.

In questa sovrapposizione di un elemento spirituale, alla dimensione ‘corporale’, materiale del diritto, l’impiego sempre così ampio della metafora, in Jhering, giunge a livelli abbastanza pericolosi. Nel caso infatti di questo più elevato stadio della vita giuridica — corrispondente, come s’è detto, dalla dimensione spirituale, psichica — la metafora non appare più tanto utilizzata a chiarire e rendere più immediata la percezione di uno o di un complesso di concetti e di idee, ma, addirittura, finisce col sostituirsi a questi o, almeno alla loro esposizione in termini analitici.

Lo ‘spirito’ del diritto resta così un oscuro elemento colto solo in termini intuitivi, atto a dare allo spettatore la immediata coscienza dell’organicità e dell’unitarietà di un insieme di fenomeni e di istituzioni e idee fra loro anche apparentemente lontane e prive di evidente connessione ⁽⁵⁾.

In questa rappresentazione gli stessi fenomeni giuridici assumono un’esistenza a sé, concetti e prodotti spirituali che presentano, nel linguaggio dell’autore, la composità e la fisionomia di fenomeni naturali. Questo anche in virtù, come s’è accennato, dell’accentuarsi della metafora. Conformi a tale tendenza appaiono così le ricorrenti analogie della vita giuridica ai fenomeni biologici ⁽⁶⁾, secondo una

⁽⁴⁾ GRR, 39 s. (29) [40]; v. anche p. 42 (31) [42 s.].

⁽⁵⁾ GRR, 44 s. (34) [45 s.].

⁽⁶⁾ GRR, 48 (39) [48 s.]: «Der Zweck der Organe liegt in ihren funktionen; die Organe sind vorhanden, damit sie bestimmte Verrichtungen ausüben. In diesem Zwecke beruht wiederum der Grund ihrer ganzen Organisation; letzere ist so beschaffen, wie sie durch jene Funktionen geboten ist. Wie dies vom physischen Organismus gilt, so auch vom dem des Rechts». Cito dalla prima edizione, conservata pressoché integralmente anche nelle successive; Queste affermazioni sono comunque da valutarsi anche alla luce degli ulteriori approfondimenti e precisazioni: v. in particolare p. 56 s. (47 s.) [56 s.] e 57 s. (49) [58]. Su questo aspetto si v. F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, tr. it., II, Milano, 1980 (ed. ted. Göttingen, 1967), 316 s.; *Bemerkungen über Jhering und*

prospettiva volta a cogliere l'«anatomia» e la «fisiologia» del diritto, che del resto dirette connessioni ha a sua volta con le tendenze organicistiche della Scuola storica.

Ma proprio per questo non appare immediatamente chiaro, al di là e dal di sotto di questo insieme di enunciazioni programmatiche, sino a che punto la conclamata volontà di innovare lo studio del diritto romano in una prospettiva più accentuatamente storicizzante comporti una radicale rottura con i precedenti orientamenti. Nel *Geist* infatti alcune delle linee di tendenza della Scuola storica riemergono, sia pure oscurate da un linguaggio sempre più accentuatamente naturalistico che, del resto, sembra a sua volta risentire di più generali tendenze della cultura europea verso la metà del secolo scorso.

Questo non superato legame con la tradizione della Scuola storica trova poi, a mio giudizio, un'altra evidenza nella teorizzazione esplicitamente enunciata da Jhering del carattere lento e graduale della evoluzione giuridica. Questo carattere è infatti da lui sostenuto come assolutamente necessario, escludendosi così, in linea generale ed a priori, la possibilità di quei salti, di quelle brusche accelerazioni che pure la storia delle società umane per altri aspetti — e in primo luogo per le forme della politica — può senz'altro avere (7).

Anche su questo punto il retaggio della concezione storiografica di Savigny è forte e durevole. Del resto, come ben sappiamo, una

den Darwinismus, in *Biologismus im 19 Jahrhundert* (ed. G. Mann), Stuttgart, 1973, 158 ss.; M.G. LOSANO, *Introd.* a R. V. JHERING, *Lo scopo nel diritto*, Torino, 1972, XL ss. e, ora, O. BEHRENDTS, *Rudolf von Jhering und die Evolutionstheorie der Rechts*, in *Die Evolutiongedanke in den wissenschaften* (ed. G. Patzig), Göttingen, 1991, 291 ss.

(7) Cfr. GRR, 69 (62) [70 s.]: « Ich kann an die obige Bemerkung anknüpfen, dass die innere Verbindung der Thatsachen wesentlicher ist, als die äussere Verbindung durch die Zeit » e pertanto « diese Bedeutung besthet nun zunächst darin, dass die Geschichte auf diesem Gebiete ausserordentlich langsam arbeitet, bei geringer Production ungemein viel Zeit gebraucht. Gesetze Können freilich in kurzer Zeit viele erlassen werden, aber nicht jedes Gesetz betrachte ich als eine geschichtliches Ereigniss ». E per questo esse appaiono a Jhering quali nuvole che passano rapidamente « wenn die Geschichte arbeitet ». Al contrario la produttività della storia del diritto ha « die Entwicklung des Rechtsorganismus zum Gegenstande », e si evidenzia non in ciò che « derselbe konsumirt, sondern was er verdaut ».

rappresentazione siffatta della storia giuridica è destinata a protrarsi lungo tutto il secolo scorso, restando addirittura patrimonio delle generazioni più recenti (8).

Nel caso di Jhering può peraltro insorgere il sospetto che questa assoluta necessità di tempi lunghi, nella maturazione delle trasformazioni di fondo delle istituzioni e della cultura giuridica, sia anche legata ad un modello evolutivo che nella prima metà del secolo scorso era venuto acquisendo un ruolo centrale in quelle che, ora chiameremmo, le ‘ scienze umane ’. Mi riferisco alla linguistica indeuropea.

I riferimenti a questa giovane disciplina sono espliciti e particolarmente frequenti in questo primo volume del *Geist* e denotano una duplice attenzione, sia per i risultati che essa può offrire nella ricostruzione della fase più arcaica delle idee e delle istituzioni giuridiche, sia — e questo per noi è più significativo — per il valore guida nella costruzione di un metodo di analisi e interpretazione di processi storici fondato su leggi non dissimili da quelle che con tanto successo le scienze naturali vanivano già allora indagando (9). Del resto è questo un atteggiamento non dissimile da quello che è dato di trovare in altri importanti autori contemporanei: penso anzitutto ad H.S. Maine ed alla sua famosa opera su *Ancient Law*, apparsa pochi anni dopo i primi volumi del *Geist*. Il paradigma indoeuropeo, nel caso di Maine, è stato assunto ben più di altre discipline quali la geologia o la stessa biologia quale preciso punto di riferimento per la costruzione di quel metodo comparativistico posto da Maine a fondamento della sua così fortunata serie di ipotesi e interpretazioni della vita giuridica arcaica.

(8) Penso anzitutto ad una figura centrale nella storiografia giuridica di fine ottocento come Pietro Bonfante. Su questo particolare aspetto mi permetto di rinviare al mio saggio *A cent'anni dalle 'res Mancipi' di Pietro Bonfante*, in *Quaderni fiorentini*, 17, 1988, 139 ss. e bibl. cit. in Ivi, in nt. 36 e 37, sono citati i più significativi scritti bonfantiani su questo concetto di evoluzione giuridica ‘ lenta e graduale ’ e il suo valore autonomo rispetto alle scienze naturali, cui va aggiunto, soprattutto per la valutazione bonfantiana del ruolo della scuola storica nel senso di una interpretazione naturalistica dei fenomeni giuridici e della loro evoluzione, la prolusione di Parma del 1895, di P. BONFANTE, *La giurisprudenza nello svolgimento del diritto*, in *Temi Veneta*, 1895, ora in BONFANTE, *Scritti giuridici vari*, IV, Roma, 1925, 19 ss.

(9) Si v. ad es., GRR, 30 nt. 3; 33 nt. 7; 69 nt. 30; 77; 92 (16 nt. 3; 20 nt. 7; 63 nt. 30; 71; 88) [30 e nt. 8; 34 nt. 12; 70 nt. 33; 77; 92 s.].

3. Il carattere fondamentale dei temi posti al centro del grande orizzonte tracciato nel primo volume del *Geist* appare immediatamente evidente in apertura di discorso, investendo il fondamento stesso dell'esperienza giuridica romana. Un fondamento che, rintracciato eminentemente sul piano storico, non poteva non proiettarsi verso alcune fondamentali questioni di quella che, oggi, chiameremmo una teoria generale del diritto e dello Stato.

Il fatto poi che Jhering, in tal modo, si volgesse ai problemi di origini, interessato, in questa parte della sua opera, alla fase più risalente del diritto romano e al momento costitutivo della stessa unità cittadina rendeva più facile il suo sforzo di offrire una interpretazione organica e fortemente coesa di tali processi grazie appunto alla maggiore compattezza delle istituzioni primitive.

Sotto l'apparente complessità delle interpretazioni, dietro la ricchezza del materiale considerato e l'originalità di molte delle ipotesi ivi introdotte, l'analisi di Jhering, in questa prima parte del suo lavoro, appare solidamente ancorata su un'architettura relativamente tradizionale. Essa riguarda infatti due temi centrali: da una parte il processo di formazione del diritto, dall'altra la genesi dell'ordinamento statale. Il tentativo di proporne l'inquadramento su un piano eminentemente storico resta fondato su una distinzione fondamentale nella scienza giuridica ottocentesca. La fase genetica e la prima evoluzione delle istituzioni romane si svolge infatti tutta (o è quanto meno interpretabile) all'interno della tradizionale dicotomia 'pubblico' 'privato' su cui tutta l'intero sapere giuridico, sia nelle discipline scientifiche che nell'organizzazione degli stessi corsi universitari si era da tempo e in tutta l'Europa continentale organizzata.

A questa polarità infatti corrisponde, nella visuale di Jhering, la duplice presenza dell'elemento individuale (che possiamo individuare nella formula «volontà soggettiva»⁽¹⁰⁾ da lui impiegata) e delle aggregazioni sociali quali fattori costitutivi dell'ordinamento giuridico e dell'apparato statale romano.

Il primo — l'elemento individuale — è colto da Jhering essenzialmente nel momento del conflitto interindividuale, che, in una

(10) GRR, 107 ss. (103 ss.) [108 ss.].

fase relativamente avanzata, trova la sua espressione e formalizzazione nel processo civile. A tal uopo è ampiamente valorizzata, com'è ovvio, la preziosa testimonianza delle Istituzioni gaiane che permette all'autore di collegare le forme processuali ancora vitali nella tarda Repubblica alla remota età delle origini cittadine, i rituali arcaicizzanti, irrigiditi sotto il diuturno controllo pontificiale, alle forme di autodifesa materiale, svolte e già in qualche modo ritualizzate dalla incipiente presenza della comunità cittadina, successivamente tradotte in un rituale che si limita simbolicamente a evocare l'antica lotta.

Attraverso le originarie forme di autodifesa, il conflitto fra gli individui appare il momento genetico di un processo che sfocierà nella formazione di un sistema di norme — un 'diritto privato' — atte a regolare i rapporti fra questi stessi soggetti.

Dalla forma del processo arcaico romano Jhering prende così lo spunto per proporre un'ambiziosa ricostruzione dei meccanismi che hanno presieduto alla formazione del 'diritto' dei Romani che in tal modo è esplicitamente ricondotto, per la sua origine, alla idea della forza materiale. È questa infatti, «la forza personale» che «è la genitrice, e pertanto anche la tutrice legittima del diritto»⁽¹¹⁾. Alle origini del diritto romano «diritto e forza si confondono nella conquista dei beni del nemico».

La regolamentazione del conflitto e la sua successiva formalizzazione, sino alla sussunzione simbolica della forza nel rituale delle *legis actiones* rappresentano così il coerente sviluppo delle originarie premesse. E di tutto ciò resterà traccia ancora in seguito, proprio nel carattere convenzionale che la giustizia privata conserverà nella più tarda organizzazione processuale romana⁽¹²⁾. Malgrado sia ben possibile immaginare che questo sia il processo che *sempre*, per tutte le società, abbia segnato la genesi della sfera giuridica privata, è da sottolineare come il disegno così proposto resti chiaramente circoscritto, in quest'opera, all'esperienza romana e nulla giustifichi una sua illimitata estensione.

⁽¹¹⁾ GRR, 175 (160) [177].

⁽¹²⁾ Su questo punto in verità la prima edizione del '52 appare più rapida, anche se non diversamente orientata dalle successive: cfr. comunque GRR, 167 ss. (143 ss.) [169 ss.].

Sono così giunto a sfiorare il problema di un certo rilievo al fine di una più profonda comprensione della portata effettiva dell'opera di Jhering. È infatti almeno possibile il sospetto che, pur essendo fondata sull'analisi di un materiale giuridico esclusivamente o quasi riferito al diritto romano, essa si spingesse a generalizzazioni che andassero al di là dei meri orizzonti dell'antico ordinamento romano. È un dubbio questo non del tutto ingiustificato se si considerano due ordini di considerazioni. Da una parte il livello di elevata astrazione cui Jhering tende a giungere nella rappresentazione di processi evolutivi e nella individuazione di meccanismi e fattori causali la cui efficacia parrebbe non circoscrivibile alla sola storia di Roma. Dall'altra la data stessa di pubblicazione del *Geist*, in un periodo che appare straordinariamente ricco di opere scritte da giuristi e da storici, orientate più a disegnare a grandi tratti le linee generali di sviluppo delle istituzioni e giuridiche sociali dei vari popoli che non la storia particolare di un particolare popolo in un determinato periodo cronologico, basti pensare per tutti all'*Ancient Law* di H.S. Maine⁽¹³⁾.

Considerato dunque il tipo di problematica affrontata dall'autore e il fatto che il taglio prospettico di tale opera non sia certo isolato nel quadro culturale ottocentesco, appare quanto meno legittimo chiedersi sino a che punto, in Jhering, l'utilizzazione del materiale giuridico romano sia servita per estendere il livello di generalizzazione del discorso.

La risposta, come vedremo, non è del tutto univoca. Per quanto concerne infatti il punto specifico dal quale siamo partiti — la genesi di una disciplina giuridica dei rapporti interindividuali — possiamo infatti rispondere con notevole sicurezza che mai, il grande giurista tedesco, sembra essere andato al di là di quei confini che egli stesso si era proposti sin dal titolo della sua opera, riferita appunto

(13) Cfr. H.S. MAINE, *Ancient Law*, London, 1861. Su quest'opera che ha sin dalla data di pubblicazione assunto un valore centrale nella formazione di un paio di generazioni di giuristi anglosassoni e che ha avuto una risonanza europea, si è accumulata una letteratura relativamente abbondante, si v. da ultimo, fra i contributi più significativi, J.W. BURROW, *Evolution and Society*, Cambridge, 1970; BURROW & COLLINI, *The clue to the maze*, in S. COLLINI-D. WINCH & J. BURROW, *That Noble Science of Politics*, Cambridge, 1983, 209 ss.; P. STEIN, *Legal Evolution*, Cambridge, 1980, 86 ss.

esclusivamente al diritto romano. Non solo, ma in questo contesto incontriamo una considerazione che appare illuminata sulla consapevole assenza, in Jhering, dell'idea di uno sviluppo unilineare delle istituzioni giuridiche e sociali dei vari popoli e della sua propensione ad ammettere la presenza di possibili altre forme evolutive diverse da quella da lui focalizzata per il diritto romano. Mi riferisco alla rapida annotazione che, per *differentiam*, parrebbe evocare la presenza di meccanismi diversi e alternativi a quelle forme del conflitto individuale da cui sarebbe scaturito l'ordinamento romano.

L'esperienza romana arcaica, caratterizzata dall'elemento conflittuale cui si è già fatto riferimento e le cui tracce persisteranno anche in seguito nell'accentuato aspetto convenzionale conservato dal processo privato, costituisce infatti, secondo l'esplicita affermazione di Jhering, una possibile, ma non l'unica forma evolutiva di un ordinamento giuridico. L'affermazione del diritto attraverso la lotta privata e il conflitto non potrà immaginarsi allo stesso modo laddove si sia avuta una precoce affermazione di un'autorità superiore alle parti, sia essa di carattere latamente 'politico', anticipatrice dello Stato, sia di carattere religioso: in quest'ultimo caso attraverso un sistema giudiziale fondato sull'ordalia e su oracoli ⁽¹⁴⁾.

Quest'ultimo riferimento, sia pure effettuato in forma molto rapida, conferma il valore circoscritto della interpretazione così proposta e il fatto che per Jhering fosse da escludersi una ricostruzione del processo di formazione delle istituzioni giuridiche attenenti alla sfera 'privatistica' dei rapporti interindividuali, generalizzabile a tutte le società umane secondo uno schema evolutivo di tipo unilineare. È per Roma insomma e solo per essa che vale l'insistenza di Jhering sull'intimo rapporto tra 'forza' e 'diritto', una forza intesa non già come mero fatto materiale, ma come « coscienza della legittimità » di questo stesso elemento ⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁴⁾ Cfr. GRR, 167 (143) [169].

⁽¹⁵⁾ GRR, 175 (160) [177]: Jhering dunque esplicitamente sostiene di essere partito dall'immagine primigenia « dove diritto e forza si confondono nella conquista del bottino nemico » e, passando per l'autodifesa sino all'organizzazione della giustizia (« *Rechtspflege* »: quest'ultimo concetto verrà poi esplicitato nelle edizioni successive come l'idea dell'inefficacia della forza a causa della constestabilità del diritto e « dove la decisione contrattuale dei conflitti costituisce il germe dell'organizzazione giudiziaria »).

E dunque anche la conseguenza ultima di questa impostazione, il fatto che, si debba postulare «la completa indipendenza, all'origine, del diritto privato rispetto allo Stato»⁽¹⁶⁾, non può essere estesa al di là della portata circoscritta alla esperienza romana rispetto a cui lo stesso Jhering è venuto espressamente a proporla. Questo tuttavia non significa che altri elementi della costruzione proposta in questa parte del *Geist*, a loro volta, non fossero formulati in modo tale da presupporre o, comunque, da tollerare quella rappresentazione unilineare dell'evoluzione sociale e giuridica così ampiamente diffusa in quegli anni.

Vi è anzitutto la singolare separazione fra il processo di formazione delle istituzioni giuridiche privatistiche che abbiamo ora rapidamente considerato e la genesi dell'ordinamento statale, ma vi è soprattutto, l'interpretazione di quest'ultimo processo che sembrano muoversi secondo una logica affatto diversa da quella da ultimo considerata.

Certo, anche la formazione dell'ordinamento statale appare un elemento da collocarsi all'interno di processi storici determinati: in questo il relativismo di Jhering appare del tutto conforme alle tendenze che fra gli studiosi delle forme sociali e giuridiche primitive, sembrano prevalere in quegli anni⁽¹⁷⁾. Né del resto lo schema interpretativo che incontriamo a tale proposito del *Geist* sembra proporsi in termini di particolare originalità. Alle antiche idee patriarcali ci si rifà infatti, postulando una linea di continuità dagli organismi sociali minori sino al modello dello stato cittadino.

Quello che qui rileva è però il fatto che, in tal modo, Jhering radicalizzasse la diversità del fondamento storico e dei processi costitutivi della sfera dei rapporti giuridici e delle istituzioni privatistiche rispetto alle strutture statali: Di fronte al fondamento individualistico della prima, associato alla idea della 'forza' e della lotta di ciascun individuo in difesa di pretese sentite come 'giuste', sta

In questa rappresentazione, aggiunge ancora Jhering, l'assunto di base è che «la forza è la madre del diritto». Una forza carica del senso di legittimità sostanziale, «al servizio dell'idea giuridica» e che costituisce «il principio del diritto privato stesso nella sua originaria freschezza ed energia».

⁽¹⁶⁾ Cfr. GRR, 219 (203) [220].

⁽¹⁷⁾ GRR, 208 (192 s.) [210]; 224 s. (218 s.) [225].

infatti il carattere organicistico della formazione dello Stato. Su quest'ultimo aspetto possiamo dunque affermare che Jhering sposta decisamente l'accento dal ruolo individuale a quello dei gruppi sociali che preesistono ai processi considerati e che quindi — non diversamente dall'individuo nella sua 'lotta' per l'affermazione del suo diritto — sono assunti come elementi costitutivi dello Stato. Sotto questo profilo è indubbio che questo primo volume del *Geist* si colloca fra quelle opere che, significativamente, verso la metà del secolo scorso, tendono a riprendere vecchi schemi e idee in ordine all'origine dello Stato, cercando o illudendosi di recuperare una dimensione storica a tale problema contro gli apriorismi delle teorie contrattualiste del secolo precedente. Questi schemi, come ho già accennato, tendono a tracciare una linea continua di sviluppo dalle forme più elementari della vita associata, anzitutto la famiglia di sangue, sino all'ordinamento cittadino e allo Stato antico ⁽¹⁸⁾.

Sotto questo profilo è indubbio che qualche incertezza possa sopravvenire nel lettore: se cioè lo schema così applicato sia necessariamente riferibile solo all'esperienza romana o se non possa essere generalizzato come un modello valido in assoluto per l'evoluzione di tutte le società primitive. Anche in questo caso è indubbio comunque che per Jhering al centro dell'interesse si collocava essenzialmente ed esclusivamente la vicenda romana. E del resto, se lo schema patriarcale da lui utilizzato si presta senz'altro al tipo di generalizzazioni ora accennato, effettuate da molti altri studiosi dell'epoca, così non è per la particolare ipotesi storiografica che incontriamo in proposito nel *Geist*. È infatti di grande interesse il fatto che Jhering, pur partendo da questa comune matrice, e muovendosi secondo gli schemi comuni a tutte le varie ipotesi 'patriarcali', riveli poi un'attenzione assai maggiore di quella dei suoi contemporanei per gli aspetti tecnici e per la portata specifica degli istituti arcaici romani, ciò che, nel complesso, assicura una maggiore cautela nel loro impiego in formulazioni di carattere generale che pure non sono assenti in questa parte dell'opera.

Tale caratteristica appare evidente proprio in relazione al modo in cui lo sviluppo dell'ordinamento sociale primitivo verso le forme

⁽¹⁸⁾ Su questo aspetto, si v. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Sir Henry S. Maine e l' Ancient Law*, in *Quaderni fiorentini*, 10, 1981, 109 ss.

statali viene proposto da Jhering. Egli infatti sul punto, pur restando in una prospettiva che continuo a definire 'patriarcale' per il suo assunto di base di una evoluzione di tipo unilineare dalle forme sociali 'minori' di tipo parentale a quelle 'superiori', sino alla città-Stato, tende a evitare quella forte semplificazione dei processi evolutivi che in genere gli autori a lui contemporanei e analogamente orientati tendevano a fare assumendo l'idea di un *continuum* di queste stesse forme familiari rispetto alle superiori strutture politico-statali.

Sotto questo profilo il nostro romanista si spinge sino ad escludere il carattere immediatamente patriarcale dello Stato romano arcaico, negando che esso si sia immediatamente formato sulla (o esclusivamente sulla) matrice della famiglia retta dal sovrano potere del *pater familias*. Fra questa e lo stato cittadino egli infatti postula una soluzione di continuità segnata proprio dall'intervento di un altro fattore evolutivo rispetto al vincolo parentale cui si riferiscono in modo organico le strutture minori di tipo familiare ⁽¹⁹⁾.

Il particolare interesse di questa sua posizione consiste soprattutto, a mio giudizio, nel fatto che il romanista tedesco, in tal modo, ribaltava un uso che delle istituzioni familiari romane era stato fatto

⁽¹⁹⁾ Cfr. GRR, 181 (166) [182]: «Neben dem Geschlechterstaat gibt es noch einen anderen Ausfluss des Familienprinzip, den patriarchalischen Staat. Der Unterschied beider liegt darin, dass die Familie dort bloss zur rechtlichen Basis des Staats gemacht wird, hier aber den Protohypus der ganzen Verfassung und Verwaltung gewährt. Das Verhältniss der staatlichen Unterordnung ist dem der Kinder zum Vater nachgebildet, die Macht des Staatsoberhauptes ist eine erweiterte väterliche Gewalt und wirth in diesem Geiste gehandhabt. Beide Ausflüsse des Familienprinzips können in einer und derselben Staatsverfassung zusammentreffen; der Geschlechterstaat begründet dann das Verhältniss in der 'Seitenlinie', die politische Verbrüderung; der Patriarchalstaat das Verhältniss in 'auf- und absteigender Linie', die politische *patria potestas*». A p. 259 [260], viene da Jhering molto chiaramente indicato il carattere di rottura rappresentato dalle strutture gentilizie rispetto al sistema familiare governato della *patria potestas* del *pater*. Così l'idea di uno « stato patriarcale », non potrebbe che associare la stessa potestà regia alla potestà del *pater*. Ma se nel « mondo romano » vi fosse stata questa concezione espansiva della *patria potestas*, allora si sarebbe « immediatamente proceduto alla più immediata applicazione di esso nell'organizzazione della *gens* », dove il di lei « Patriarch ... hätte das naturgemässe Urbild des obersten Patriarchen abgeben »: ciò che appunto, malgrado la pallida figura del *princeps gentis*, non è stato. È questa una interpretazione che manca ancora nella I edizione ed apparirà invece già nella II edizione dell'opera (p. 259). Cfr. anche *infra* nt. 23.

sovente nella riflessione europea. È indubbio che le radici stesse delle moderne concezioni patriarcali che solo mediatamente si rifacevano alle antiche teorie aristoteliche, erano soprattutto ispirate a due modelli: quello proposto dall'Antico Testamento e quello, particolarmente significativo dal punto di vista delle strutture giuridiche, proprio del diritto romano ⁽²⁰⁾. È indubbio come la potente immagine dei patriarchi biblici, l'esemplare collocazione della donna all'interno della famiglia, il sistema di primogenitura attestato dall'Antico Testamento avevano pesato sugli orizzonti di coloro che si erano avviati verso una riflessione sui vari tipi di società umane, così la potente figura del *pater familias* e il carattere di assoluta subordinazione di tutti i suoi familiari al suo ruolo giuridico — così insistito nella tradizione anche letteraria che aveva fornito il materiale pedagogico ai moderni europei — dovevano necessariamente costituire un punto di riferimento preciso per ogni tentativo di ricostruzione del processo evolutivo delle società primitive verso forme più elevate che, soprattutto nel pensiero ottocentesco, non potevano non coincidere con l'emersione dello Stato. Sotto questo profilo storici e giuristi del secolo scorso, avendo soprattutto riguardo alla tradizione dell'antichità classica, avevano a disposizione un modello che questa evoluzione uniforme, in un *continuum* sia sociale che culturale, poteva ben giustificare.

Mi riferisco alle strutture gentilizie, comuni sia alle società greche che a Roma. Fra la famiglia nucleare retta dalla potente figura del padre e la *civitas*, la *gens* si colloca come un elemento ambivalente, che conserva parte della natura della prima, anticipando però ruoli e funzioni della seconda. La *gens* infatti deriva certamente la sua esistenza da strutture essenzialmente familiari di tipo agnaticio e ancora in epoca storica essa continua a basarsi su vincoli di natura agnaticia. Ma contemporaneamente, questo stesso organismo, sottolinea con chiarezza Jhering, dello Stato cittadino anticipa sia funzioni che natura.

Per Jhering tuttavia questo carattere ambivalente dell'ordina-

⁽²⁰⁾ Cfr. alcune rapide ma incisive indicazioni nel recente, splendido saggio di George W. STOCKING, *Victorian Anthropology*, New York-London, 1987, 122 ss., l'opera che, oggi e per molto tempo ancora, sicuramente costituirà il punto di partenza obbligato per ogni ricerca sulle scienze sociali nel XIX secolo.

mento gentilizio non costituisce tanto un anello che serve a congiungere e collegare le forme sociali più elementari all'ordinamento politico cittadino in via di costituzione. Questo organismo infatti è soprattutto considerato dal nostro autore sotto il punto di vista dei processi di trasformazione interni alle stesse strutture familiari: in una parola alla loro progressiva perdita di 'naturalità'.

Con la *gens* infatti si completerebbe il processo di separazione « della famiglia naturale dalla famiglia giuridica » addirittura già avviato all'interno della stessa famiglia agnaticia, come nota acutamente Jhering in proposito ⁽²¹⁾. Poiché la *gens* non si fonda più su un reale vincolo di sangue, essa finisce l'esaltare il proprio ruolo politico (e la stessa memoria degli antenati comuni, aggiungerei, finisce col giocare nello stesso senso) che ne diviene l'elemento qualificante.

Lo Stato cittadino, secondo Jhering, si sarebbe costituito essenzialmente come confederazione di *gentes*: concepite queste, a loro volta, come 'minori' stati. Tanto che esso può espressamente definirsi come semplice « federazione di Stati » ⁽²²⁾, non sovrappo-
nendosi lo Stato alle *gentes*, ma identificandosi con esse.

Ma proprio il carattere interno alla *gens* permette di valutarne il suo ruolo di filtro rispetto alla linea che va dalla famiglia allo stato. Essa infatti, ben diversamente dai minori gruppi familiari dai quali pur deriva, rappresenta una struttura sostanzialmente acefala che evidenzia la comunanza dei suoi membri su un piano essenzialmente paritetico. Ed è proprio questo carattere ad essere stato trasmesso dalla *gens* allo stato cittadino, impedendo così a questo di assumere quelle connotazioni 'patriarcali' caratteristiche di altre forme politiche primitive. Per questo, come ho detto, la *gens*, agli occhi di Jhering, costituisce un diaframma, un singolarmente contraddittorio elemento di frattura, oltre che di continuità, nel processo di crescita delle forme politiche statali rispetto alle preesistenti forme sociali ⁽²³⁾.

⁽²¹⁾ GRR, 206 (191) [208].

⁽²²⁾ GRR, 205 s. (190) [207]. In questo sistema « lo Stato non ha alcun rapporto politico diretto con il cittadino isolato », esso « non si colloca al di sopra delle *gentes*, consiste nelle *gentes* » e il potere statale non è altro che la somma dei poteri delle varie comunità gentilizie.

⁽²³⁾ Cfr. GRR, 189 s. (174 s.) [191]: La *gens* non è altro che l'insieme dei gentili, essa perciò non costituisce a sua volta un potere a questi sovrapposto, « ciascuno dei suoi

Da una rappresentazione del genere possiamo dunque ricavare alcune conseguenze abbastanza significative che converrà qui evidenziare. Anzitutto la sostanziale tensione fra il carattere preminentemente naturalistico delle strutture sociali di base — organizzazioni familiari, vincoli di parentela etc. — e l'avvio di un processo evolutivo verso tipi di aggregazione a preminente carattere politico. Già nel sistema di parentela così centrale nell'esperienza romana e dell'antichità classica in generale, la parentela agnatzia, diversamente dalla forma 'naturalistica' della *cognatio*, si registra la netta attenuazione del dato meramente naturalistico, con la conseguente emersione di una «parentela civile».

Solo nella fase affatto iniziale dello sviluppo sociale, secondo il nostro autore, sarebbe quindi prevalsa una base naturalistica nella definizione dei raggruppamenti familiari. La fase immediatamente successiva di tale evoluzione avrebbe visto infatti, secondo l'impostazione di Jhering, il netto attenuarsi di questo aspetto naturalistico con l'affermazione del sistema agnatzio a danno dei rapporti di *cognatio* e con la conseguente emergenza di una «parentela civile» rispetto alla parentela meramente naturale. È degno di nota, che la stessa famiglia *proprio iure* del più antico diritto romano debba collocarsi in questo stadio relativamente più avanzato, essendo essa, com'è noto, rigidamente definita secondo i principi agnatzii. È certo comunque che questo carattere artificiale dei vincoli costitutivi di tali aggregazioni sociali viene compiutamente e integralmente realizzato con il coagulo della *gentes*.

La costruzione di Jhering si profila così nella sua sostanziale complessità. Da una parte infatti tale autore partiva, non diversamente dagli schemi 'patriarcali' precedentemente ricordati, dall'idea di un'origine della società politica dall'aggregazione 'naturale' di forme parentali elementari ('naturali', vorrei aggiungere ancora una volta). Dall'altra però egli escludeva il carattere 'naturale' della successiva fase di costruzione dell'ordinamento statale, negando a questo il carattere di un risultato di crescita spontanea di organismi

membri non è il soggetto della *gens*, ma l'eguale di tutti gli altri gentili», la persistenza dell'originario legame familiare nella *gens* si riduce «auf das Verhältniss der Brüder untereinander; das der *patria potestas* ist weber in der Gens noch in dem Gesamtstaat staatsrechtlich nachgebildet».

identificabili «in natura», e riconducibili alla realtà primordiale della famiglia ‘naturale’.

In questa fase infatti interviene in maniera determinante un fattore ‘culturale’ attraverso cui si realizza la stessa aggregazione di più *gentes* in un raggruppamento più ampio e politicamente meglio definito.

Sia lo stesso costituirsi delle *gentes* prima, sia la loro successiva saldatura in una più vasta unità politica appaiono così come un processo culturale che trova la sua maggiore evidenza nel momento in cui esso si conclude con l’affermazione di un sistema gerarchico, connaturato esso stesso al potere statale, e che tuttavia, come già abbiamo visto, non deriva dal modello naturalistico della famiglia patriarcale.

5. Le considerazioni sin qui esposte già ci permettono di apprezzare la cautela con cui Jhering appare aderire agli schemi patriarcali, la sua sostanziale ostilità ad andare oltre la storia romana, estendendoli in generale alla evoluzione di tutte le società primitive: tendenza questa che invece in modo più o meno accentuato ed esplicito era presente in molte delle formulazioni di queste teorie proposte nel secolo scorso. Esempio di questo particolare rapporto di Jhering con le teorie patriarcali mi sembra per l’appunto il fatto che egli negasse allo Stato romano l’essersi modellato sul sistema gerarchico di tipo patriarcale delle strutture familiari. In ciò egli infatti si distaccava da un punto centrale di questo corpo di teorie e insieme postulava uno sviluppo tutto particolare delle istituzioni romane arcaiche.

Per un altro verso tuttavia, e proprio in relazione allo stesso complesso di problemi, Jhering finiva poi col riprendere la logica profonda di queste stesse teorie (e quindi, sia pure indirettamente, la loro caratteristica tendenza alla generalizzazione) nel momento in cui si spostava ad esaminare funzioni e ruoli dei soggetti di questo stesso processo di trasformazione dalle strutture ‘preciviche’ allo Stato.

In effetti, rispetto a questo, Jhering tornava a postulare una analogia, se non una identità di funzioni delle strutture gentilizie rispetto allo Stato. Più il nostro sguardo si sposta verso l’età delle origini ‘pre-statali’, più si può constatare, infatti, che in questi «gradi inferiori

della vita sociale », la famiglia presenta una forza ed una compattezza inversamente proporzionali a quelle dello Stato e costituisce un vero e proprio « succedaneo dello Stato », con caratteri assai più stabili di quelli che le saranno propri nell'età successiva ⁽²⁴⁾.

In questa rappresentazione riemerge dunque un'ambiguità sottile che derivava da un'idea mai espressa chiaramente, ma che necessariamente costituisce il presupposto stesso della interpretazione così proposta: l'idea di una sostanziale omogeneità funzionale, rispetto allo Stato, non solo della *gens*, ma, in generale, di ogni struttura familiare. È proprio in relazione a questo insieme di forme parentali (semberebbero considerate unitariamente e non solo riferite alle più 'elevate' forme gentilizie) che se ne afferma la funzione vicaria rispetto al ruolo che sarà poi, in una fase più avanzata, dell'ordinamento statale ⁽²⁵⁾.

In questo modo si presuppone una continuità tra le forme sociali più 'elementari', di tipo familiare, e la superiore forma dello Stato: quella linea di continuità che Jhering sembrava avere escluso nel momento in cui, in un altro punto del suo discorso, aveva

⁽²⁴⁾ Cfr. in particolare GRR, 184 (159) [185]: « die Gens die Identität der Familie und des Staats ist, sich, wie man es will, als eine Familie mit staatsrechtlichen Charakter und als ein Staat mit familienartigem Charakter bezeichnen lässt »; e 189 (174) [191]: « insofern nun der Gesamtstaat nur eine Gens in vergrösserten Massstabe ist, sowie man die Gens einen Staat in verkleinerten nennen kann ». Ma v. anche il testo citato in nota seguente.

⁽²⁵⁾ Fondamentale è un brano restato inalterato dalla prima edizione. Cfr. GRR, 179 (164) [180 s.], in cui si constata che la famiglia antica si presenta con caratteristiche strutturali radicalmente diverse dalla famiglia moderna: al carattere essenzialmente privatistico di questa e al tipo di rapporti relativamente circoscritti di questa si contrappone infatti una fisionomia del tutto diversa della famiglia arcaica. A tale proposito Jhering enuncia un principio generale secondo cui « l'organizzazione esterna, giuridica della famiglia si presenta in rapporto inverso alla maturità dello sviluppo statale: più questo è imperfetto (' unvollkommer ') più quella è sviluppata (' ausgebildeter '), e viceversa ». Solo a partire dalla seconda edizione del volume (GRR, I, 2^a ed., Leipzig, 1866, 179) apparirà l'ulteriore, energica sintetizzazione secondo cui « per tutto il tempo in cui la famiglia deve costituire il surrogato dello Stato, essa richiede un'organizzazione incomparabilmente più stabile di quando lo sviluppo completo delle forme e del potere dello Stato la esonererà da tale funzione ». Ma già nella prima edizione appariva la sintesi ultima di tali idee, secondo cui « Im Laufe der Zeit verwandelt sich die durch des staatliche Prinzip bestimmte Familie in einen durch das Familienprinzip bestimmten Staat ».

individuato nella *gens* una morfologia che non riproduceva gli schemi strutturali delle forme familiari più elementari. Ed è proprio questa continuità che costituisce, al contrario, un postulato centrale del complesso delle 'ipotesi patriarcali'. Non a caso essa è uno dei punti di forza dell'intera architettura di quella che probabilmente è stata la teorizzazione di maggior successo e più influente in tutta la letteratura ottocentesca. Mi riferisco all'opera già ricordata di H.S. Maine, *l'Ancient Law*, pubblicata pochi anni dopo la comparsa del primo volume del *Geist*. Un complesso di idee che resterà un elemento costante anche nelle successive teorizzazioni di fine secolo, fra cui spiccherà l'opera del romanista italiano P. Bonfante a sua volta non marginalmente influenzata dai due saggi che ho ora citato ⁽²⁶⁾.

Ma la complessità del pensiero di Jhering, rispetto agli schemi patriarcali, si rivela ben oltre questo aspetto, pur rilevante, e caratterizza, nell'insieme, tutta la rappresentazione che egli viene facendo dello stesso processo di formazione dello Stato. Si consideri in proposito il significato stesso assunto dai gruppi gentilizi nella linea evolutiva che porta all'affermazione dell'ordinamento statale.

Esemplare appare, a tale proposito la portata effettiva del ruolo centrale attribuito agli organismi familiari nel processo di formazione della società primitiva. Una storia della società che abbia come suoi protagonisti iniziali questi gruppi, implicitamente rinuncia a riferirsi al singolo individuo come il soggetto del processo di aggregazione delle strutture sociali che appaiono così ormai un dato di partenza, alternativo all'idea di un 'contratto tra liberi ed eguali'. Non credo sia dunque erroneo affermare, come del resto è stato già e autorevolmente fatto, che la fioritura di questo tipo di interpretazioni ottocentesche dell'evoluzione sociale primitiva si colloca su un versante opposto alle teorie contrattualiste dell'età precedente ⁽²⁷⁾.

⁽²⁶⁾ Per quanto riguarda P. Bonfante, le idee di Jhering sono sovente richiamate sia nelle sue *Res Mancipi* che nei contributi successivi, sia pure più per precisare dissensi e avanzare critiche che per esprimere adesioni. Ma è questo autore, insieme a Maine e, meno, a Fustel uno dei punti di riferimento nell'impostazione generale del romanista italiano. Quanto alla possibile incidenza del *Geist* sul pensiero di Maine, è questo un punto incerto per la nota elusività del giurista inglese in ordine alle sue fonti: cfr. comunque CAPOGROSSI, *Sir Henry Maine* cit., 100 e nt. 32;

⁽²⁷⁾ Cfr. P. GROSSI, *Un altro modo di possedere*, Milano, 1977, 53 ss.

È tuttavia, proprio l'utilizzazione affatto particolare di tali concezioni che abbiamo potuto riscontrare in Jhering, paradossalmente, rende possibile un recupero, sia pure parziale, del ruolo dell'individuo nel processo costitutivo della società politica. Ciò avviene attraverso il rilievo affatto centrale da lui attribuito, nel corso di questa vicenda, alla *gens* romana.

Abbiamo già visto il valore precipuo attribuito a tale organismo ai fini dell'affermazione dell'ordinamento statale romano. Va ora sottolineato come Jhering, partisse dal suo carattere acefalo per sottolinearne la natura essenzialmente 'repubblicana': a differenza di altri egli infatti evitava di immaginare una fase della storia delle *gentes* romane in cui sussistesse la forte autorità di un *princeps*, analogamente a quella del *pater* per le strutture familiari.

Ciò che avvicina dunque lo Stato primitivo alla *gens*, paradossalmente, sarebbe appunto il carattere paritario, di consorteria di eguali che è proprio dei gentili. Tale carattere costituisce però a sua volta una sia pure indiretta testimonianza della natura essenzialmente convenzionale del processo che ha portato alla costituzione di entrambi questi organismi. È poi vero che per lo Stato verrà ad affermarsi inevitabilmente un principio gerarchico, del resto bene attestato dalle sue strutture sin dalle origini. Ma questo principio non deriva dal patrimonio gentilizio immesso, 'trasferito' nello Stato stesso nel corso del suo processo costitutivo, ma dall'intervento di un altro fattore. Si tratta di un dato esterno al processo evolutivo di cui le *gentes* sono le protagoniste — il fattore militare — sostanzialmente nuovo e diverso nella sua essenza.

Già queste rapide considerazioni ci possono dunque far comprendere come la ricostruzione di Jhering della struttura dello Stato primitivo modellata su quella della *gens* in base alla naturale evoluzione di questa, rendesse possibile la accentuazione del fondamento convenzionale dello Stato arcaico. Per tale autore, convenzionale dunque è l'espressione della sovranità statale e, così come lo è anche l'elemento normativo che, in Roma, null'altro sarebbe se non « un contratto con cui » i membri della comunità cittadina « si impegnano a tenere una certa condotta ». In questa rappresentazione la volontà dello Stato non può quindi intendersi altro che come « la volontà dell'insieme dei cittadini », lo Stato stesso non

essendo altro che la mera somma di questi ⁽²⁸⁾. Sul punto tornerò immediatamente di seguito: per ora mi interessa piuttosto sottolineare la forte omogeneità con la rappresentazione che lo stesso Jhering ha dato del carattere paritario delle strutture gentilizie ⁽²⁹⁾.

Come sempre, anche nel percorrere questa particolare prospettiva tematica, Jhering si guarda bene dall'allargare il suo discorso oltre i confini specifici dell'esperienza romana. E tuttavia è per noi significativo che, ora, questa possa essere interpretata secondo schemi non troppo lontani da quella tradizione contrattualista che pure sembravano in partenza abbastanza estranei, se non opposti alla sua visuale. È da sottolineare poi come Jhering, nel procedere in questo suo così personale percorso, appaia fortemente impegnato nel tentativo di cogliere la specificità dell'esperienza statale romana anche rispetto alle moderne concezioni dello Stato. Nel tracciare infatti i caratteri dell'antica città-Stato, egli insisteva piuttosto sulla diversità rispetto alle esperienze moderne, ponendo a base dello Stato romano un'idea di *populus* e della *res publica* delineata in termini di grande autonomia rispetto alla terminologia giuridica e alle sottostanti concezioni dei moderni. La sua analisi si spostava così su un piano eminentemente storico, abbandonando i modelli generali dibattuti sovente dagli storici e ai quali lo stesso Jhering aveva del resto prestato attenzione ⁽³⁰⁾.

Ma ancora una volta, va sottolineato, questa specifica interpretazione terminologica del nostro romanista, esaltava i fattori individualistici e il carattere potenzialmente atomistico della costituzione romana.

In tal modo gli spunti così ricavati da Jhering venivano a coincidere con il carattere 'convenzionale' dell'ordinamento ro-

⁽²⁸⁾ Già nel 1852 possiamo leggere, con forte sottolineatura da parte di Jhering, la seguente affermazione, GRR, 216 (201) [217]: « La volontà dello Stato è la volontà di (tutti) gli individui, la legge un contratto con cui costoro si vincolano reciprocamente a osservare una certa condotta ». Il testo originario concludeva qui che « das Recht im objektiven Sinn ist die daraus antstehende Verpflichtung aller. Nicht der Staat ... sondern die Individuen sind das Subjekt der gesetzgebenden Gewalt ». Le edizioni successive presentano qui uno sviluppo del discorso che, nella sostanza, non diverge dalla primitiva impostazione anche se appare più circostanziato.

⁽²⁹⁾ Cfr. *supra* nt. 23.

⁽³⁰⁾ Cfr. GRR, 207 ss. (192 s.) [209 s.]; cfr. anche 210 s. (195 s.) [211 s.].

mano che ho più sopra rapidamente ricordato. Così, anche sotto il profilo del costruirsi dello Stato in Roma, si veniva a recuperare quel ruolo dell'individuo e della sua volontà su cui in precedenza lo stesso Jhering aveva fondato l'altro grande filone tematico da lui affrontato: la genesi dell'ordinamento privatistico. Quell'unità di impianto del primo volume del *Geist* che, ad una prima lettura era sembrata mancare, si riproponeva così in modo abbastanza chiaro, limitando, o addirittura rendendo marginale il peso degli schemi evolutivi legati alle teorie patriarcali.

6. È indubbio che la costruzione così proposta sia caratterizzata da una impostazione abbastanza sincretistica del suo autore, pronto a utilizzare, o, quanto meno, a tener conto di idee e schemi appartenenti ad una pluralità di tradizioni. Ma forse, ancora più interessante di questo atteggiamento, pur così singolare nella tradizione di studi da cui Jhering proveniva, è da sottolineare e da apprezzare nel suo giusto valore la capacità che egli mostra ad allargare non già 'spazialmente' la sua lettura della società romana proiettandola verso le generalizzazioni di cui si è già discusso, ma l'uso del materiale documentario a questa riferito. In tal modo vediamo da lui richiamati fattori e dati significativi, ma abbastanza trascurati dalla precedente storiografia giuridica.

Mi riferisco in particolare a uno degli snodi centrali affrontati da Jhering nel primo volume del *Geist*, il rapporto fra lo Stato cittadino e le strutture gentilizie. Noi infatti possiamo cogliere in quest'opera l'emersione di alcuni aspetti problematici che potevano proporsi effettivamente sulla base della documentazione di cui storici e romanisti disponevano già prima di Jhering, ma che, in generale, erano restati abbastanza sfuocati o soffocati all'interno di diverse o più vaste tematiche.

Partiamo dunque, per renderci conto della portata precisa di questa mia considerazione, dal passaggio dall'ordinamento gentilizio al sistema della città-Stato. È importante sottolineare come per Jhering questo passaggio fosse connotato da un mutamento della natura stessa dei processi organizzativi. Mentre infatti le strutture parentali si presentano con un carattere spontaneo e di 'naturalità', così non è per la struttura della *polis* che evidenzia il carattere artificiale della sussunzione al suo interno di queste stesse *gentes*.

Se infatti l'evoluzione delle strutture familiari minori verso forme più ampie ed organiche, sino alla struttura della *gens*, è avvenuta in forma spontanea — naturale — così non è per il successivo sinecismo gentilizio nella *civitas*. Ed è appunto la stessa struttura gentilizia che appare costituire il cardine di questo complesso processo che varia al suo interno la sua stessa natura. Essa infatti presenta, nell'interpretazione di Jhering, un carattere bivalente: naturale quanto al modo in cui essa viene a formarsi, assume nella sua composizione e funzione una valenza artificiale. Questo carattere artificiale viene poi ad accentuarsi, come del resto è ovvio, nella città-Stato, giacché, come s'è accennato, in essa Jhering vede l'intervento di un principio costitutivo nuovo ed esterno al processo di aggregazione. Esso è dato dal fattore militare che, come già abbiamo visto, introduce quell'elemento gerarchico che i più 'bassi' ed elementari organismi sociali fondati su basi parentali avevano conosciuto sotto forma del potere patriarcale, ma che si era perso nella fase intermedia rappresentata dagli ordinamenti gentilizi in cui quelli erano confluiti, dove invece si era imposto un modello paritetico e non gerarchico.

Ora dunque quest'ultimo elemento riappare nuovamente, e con forza. Ma non più legato a fattori naturalistici — il *pater* — ma alle rafforzate funzioni di autodifesa del nuovo raggruppamento: la *civitas*. L'intervento di questa funzione militare assolta dalla formazione statale si esprime sia nel carattere evidentemente artificiale del numero delle genti all'interno delle curie, sia nell'organico stesso delle curie e delle tribù cittadine, riferito appunto al primitivo esercito cittadino ⁽³¹⁾. È dunque l'elemento militare che serve a

⁽³¹⁾ Ricorderò dunque rapidamente come per Jhering, alle origini della costituzione cittadina, si ponessero due contemporanei e contrapposti principi: quello del 'coordinamento' fra pari e quello della subordinazione gerarchica. Così in GRR, 179 (163) [180] leggiamo come « nella più antica costituzione statale » si può individuare la « combinazione di due principi »: « eines koordinirenden, des Familienprinzips, und eines subordinirenden, der Wehrverfassung ». Ma questi giocano un ruolo diverso, per le origini: « der älteste Staat steht mit seinen Füssen im Familienprinzip; mit seinen Spitzen und Mittelgliedern in der Wehrverfassung, d.h. die Gentes und die Stellung der Individuen innerhalb derselben werden durch jenes Prinzip, die Curien, Tribus mit dem könig und den Vorständen sämtlicher Genossenschaften durch das militärische Interesse bestimmt ». Nel definire più analiticamente questo secondo principio 'gerarchi-

Jhering a spiegare la riaffermazione di quel principio gerarchico che egli aveva e giustamente negato per il sistema gentilizio, introducendo così una profonda frattura nell'evoluzione delle forme sociali primitive.

Lo Stato cittadino, anche sotto questo profilo non è dunque il prodotto di una crescita necessaria (e quindi facilmente generalizzabile anche ad altre o a tutte le società). Esso nella visuale di Jhering, cessa così di essere il risultato di un mero processo unilineare di evoluzione interna delle primigenie forme sociali costituite dai rapporti parentali e di sangue e dalle istituzioni da esse derivanti per proporsi come il risultato di un più complesso processo. Processo in cui interviene un fattore esterno rappresentato appunto dall'elemento militare.

Anche e soprattutto sotto questo profilo si ripropone quella prospettiva che abbiamo già avuto occasione di cogliere nell'analizzare l'interna evoluzione dalla famiglia naturale verso le strutture

co', richiamandosi alla dimensione militare della vita comunitaria, Jhering giunge poi alle seguenti formulazioni che riporto testualmente. GRR, 247 s. (240 ss.) [248 s.]: « das militarische Interesse ist das Motiv, das den Staat um einen Gedanken bereichert, den wir bis jetzt noch nicht kennen, den der Ueber- und Unterordnung, und den Geschlechterstaat die Form der Wehrverfassung aufwingt ». Questo processo, in verità, si presenta già compiuto nell'età della città-Stato, con le sue istituzioni militari e il suo *rex*. Esso risale appunto ad una fase anteriore, ed è già in questa che si definisce il carattere artificiale della divisione del popolo in trenta curie e trecento decurie (identificate ciascuna con una *gens*) che « non sono il risultato di uno sviluppo organico, ma appaiono istituite consapevolmente per un scopo determinato ». Scopo di carattere militare appunto per assicurare « die Schlachtordnung », l'ordine di battaglia. Per ciò Jhering può concludere che « die Wehrverfassung die Grundformen des Staats bestimmt, die religiösen und politischen Interessen aber sich dadurch gegebenen Ordnung anschmiegen ... das Volk ist heer ». In questa prospettiva è però di grande interesse constatare come Jhering attribuisca un duplice valore alla *gens* che proprio per questo finisce con l'assumere un centrale ruolo di cardine e di saldatura fra la fase, diciamo così, 'naturalistica' dell'evoluzione sociale, e quella successiva di carattere 'culturale' dominata dalle funzioni militari e politiche. Osserva infatti giustamente tale autore che se la curia è una divisione essenzialmente militare, la *gens* costituisce una suddivisione dell'esercito ('Heersabtheilung'), ma non una suddivisione artificiale. Artificiale è solo il numero delle *gentes*. Ciò che era reso possibile attraverso un meccanismo che assicurava in Roma il perpetuarsi di siffatto numero rispetto alle mutevoli vicende di ciascuna *gens*, permettendo la sostituzione di antiche *gentes* che scomparivano con nuove *gentes*, sempre all'interno dell'organico predeterminato.

statuali e dove, già a livello delle figure intermedie della famiglia agnaticia e soprattutto della *gens*, si era individuato l'attenuarsi e il dissolversi dell'elemento meramente naturalistico a favore di un aspetto specificamente culturale, in quel caso costituito da quella che possiamo definire la identificazione dei gruppi sociali su fondamenti essenzialmente giuridici. Ancor più ora appare pesare questa tendenza ove si passi a considerare quest'altro fattore esterno che interviene a regolare il modo in cui tali gruppi si sono venuti aggregando all'interno della nuova comunità cittadina. Esso lo abbiamo visto identificato da Jhering nelle esigenze militari e nella costituzione dell'esercito primitivo e consiste quindi in un dato squisitamente 'culturale', che nulla più ha a che fare con l'elemento naturalistico prevalente invece all'interno delle strutture familiari.

In tal modo l'autore recuperava ed esaltava una funzione che era già propria del sistema gentilizio — quella di autodifesa del gruppo dalle minacce esterne — e che già, come espressione di una forza a difesa del 'giusto' aveva preparato il formarsi di un principio di legittimità. Solo che, mentre nel sistema delle *gentes*, possiamo dire, queste esigenze di autodifesa non avevano ancora plasmato la struttura interna del gruppo intaccandone l'originario carattere paritario, ora, nello stato arcaico l'accresciuta importanza di tale aspetto appare destinata a incidere profondamente su tutto il suo sistema organizzativo.

Sottolineando così il profondo mutamento nei sistemi di organizzazione sociale che da ciò ne è derivato, Jhering, come ho già sottolineato, si emancipava da quegli schemi evolutivi che invece avrebbero pesato costantemente sul complesso delle teorie patriarcali. Alle origini dello Stato e al suo vertice non si pone così la dilatata immagine del *pater*, ma si esalta il momento del comando militare e della guerra definita, nella prima redazione del '52, come la « benefica » ispiratrice dello Stato e del diritto ⁽³²⁾.

7. Tra le pagine più felici del primo volume del *Geist* sono propenso ad annoverare quelle dedicate alla struttura e al funzionamento dell'ordinamento gentilizio. In esse infatti Jhering mostra di rendersi ben conto del significato effettivo e delle conseguenze

⁽³²⁾ Questa affermazione si legge a p. 255 della 1^a ed. Più in generale su tali idee cfr. GRR. 251 ss. (224) [252 ss.].

logiche che alcune interpretazioni della *gens* comportano. Ciò che appare tanto più significativo in quanto su tali punti la successiva storiografia non ha saputo, ancora sino ai giorni nostri, offrire un quadro interpretativo soddisfacente e tale da dar conto delle intrinseche difficoltà di alcune ipotesi il cui valore è venuto assumendo, nel corso del tempo, un carattere tralaticio.

Torniamo dunque rapidamente all'assunto costituito dal carattere 'politico' della *gens* e della sua organizzazione acefala. Jhering si mostra consapevole — assai più degli storici a lui contemporanei e, soprattutto di quelli successivi — dei problemi che da tale impostazione scaturiscono e che attengono essenzialmente al fondamento della coesione interna che il gruppo gentilizio deve avere per assolvere alle funzioni ad esso riconosciute in genere dagli storici di Roma arcaica.

Nella visuale di Jhering viene infatti meno la possibilità della spiegazione più facile di tale coesione, riferita ad un vincolo di tipo naturalistico fondato su un sistema potestativo configurato sul modello della *patria potestas*, a sua volta derivante da un rapporto di sangue. Diventava così necessario rifarsi ad altri criteri: ed in questo appunto consiste il valore peculiare del tentativo di Jhering. Valore in genere sfuggito agli studiosi delle generazioni successive proprio per il motivo che costoro non sono giunti neppure a cogliere il nodo storiografico che lo schema evolutivo adottato sia da Jhering che da loro stessi poneva. Innumerevoli giuristi e storici, sino ancora all'età a noi più vicina si sono così limitati a postulare un carattere 'politico' di questi ordinamenti 'precivici' senza peraltro definirne il contenuto e limitandosi ad operare secondo quelle semplificazioni di tipo evolutivistico il cui modello può essere ricondotto alla fortunata e felice opera di Maine.

Jhering dunque ricerca il fondamento della compattezza nel tempo del gruppo gentilizio nell'azione convergente di due ordini di fattori: uno riferito a quell'aspetto convenzionale della consociazione cui già s'è fatto cenno, l'altro consistente in un insieme di elementi di carattere materiale e spirituale.

Quanto al primo, la constatazione di fondo che non è certo circoscritta alle *gentes* ma investe tutte le strutture sociali primitive, ivi compreso il primo embrione dello Stato cittadino, è il fatto che l'appartenenza al gruppo è garanzia essenziale della sopravvivenza

stessa dell'individuo privo di ogni tutela rispetto ad una realtà sociale oltre che naturale tendenzialmente ostile. La spinta ad una durevole consociazione fra individui attribuisce forza al vincolo fra di essi sussistente e ingenera la necessaria e persistente subordinazione loro alle regole ed ai comportamenti che da ciò deriveranno.

Inutile addirittura evocare in proposito il retroterra culturale cui una rappresentazione del genere può ricondursi: qui rileva piuttosto l'articolata utilizzazione da parte di Jhering degli istituti romani arcaici per illustrare in concreto il contenuto della tutela offerta dal gruppo gentilizio ai suoi membri ⁽³³⁾ e, di contro, l'esplicarsi di una disciplina a questi imposta dalla *gens* e i concreti obblighi da ciò derivanti ⁽³⁴⁾.

Quest'ultimo aspetto costituisce, a mio avviso, la parte più originale di queste pagine di Jhering. In esse infatti incontriamo un'ipotesi altamente suggestiva che collega il controllo esercitato dal gruppo gentilizio sui *mores* dei suoi membri al successivo regime introdotto nella città repubblicana mediante la figura del censore ⁽³⁵⁾.

⁽³³⁾ GRR, 185 ss. (170 ss.) [186 ss.]. Si tratta dei due istituti, dalle radici sicuramente arcaiche, della tutela degli impuberi e delle donne e della solidarietà del gruppo nella responsabilità per la vendetta di sangue.

⁽³⁴⁾ Su tali controlli esercitati dal gruppo gentilizio nei riguardi dei suoi membri, si v. GRR, 184 s. (169 s.) [185 s.] e soprattutto 190 s. (175) [191 s.].

⁽³⁵⁾ GRR, 191 ss. (176 ss.) (193 ss.): « Dies negative Strafmittel ersetzte also der Gens vollständig den Mangel einer positiven Strafgewalt oder richtiger sie schloss letztere dem Erfolg nach in sich, ähnlich wie die Excommunication für die Kirchliche Strafgewalt im Mittelalter dieselbe Bedeutung hatte. Es war damit der Gens möglich gemacht, eine sittenrichterliche Gewalt über das einzelne Mitglied auszuüben, auf indirektem Wege jene, soll ich sagen theoretisch unbeschränkte Freiheit des Individuums in höchst wirksamer Weise zu temperiren. Es ist nun meine feste Ueberzeugung, dass dies in ausgedehntem Masse geschah, und zwar stütze ich sie auf folgende Erwägung. Es war eine ächt römische Idee, dass zwar die individuelle Freiheit eines möglichen Missbrauches wegen rechtlich nicht beschränkt zu werden brauche oder dürfe, dem Missbrauch aber auf anderen Wege, nämlich durch die sittenpolizeiliche Gewalt des Censors gesteuert werden müsse ... nun dieses für unsere Auffassung im hohen Grade befremdliche Eingreifen des Censors in das Privatleben der römischen Sinnesweise selbst zur Zeit der höchsten Freiheitsentwicklung nicht widerstrebte, so darf man um so eher der ältern Zeit eine gleiche Ansicht unterlegen ... Weit entfernt also, die Einführung der Sittenrichterlichen Gewalt in Rom von der der Censur an zu datiren, erblicke ich in letzterer nichts als die spätere Gestalt einer uraltern Einrichtung, eine Handhabung derselben von Seiten des Gesamtstaats gegenüber Plebejern sowohl wie Patriciern, während dieselbe bis dahin an die patricische Gentilverfassung

Nell'arcaica organizzazione della *gens* la forza vincolante di tale controllo collettivo è assicurata esclusivamente dall'interesse dei gentili a non essere esclusi dal gruppo: esclusione che, appunto, rappresenta la più energica sanzione che il gruppo stesso può irrogare ai suoi membri. Ed è questo controllo dei comportamenti individuali che, a sua volta, assicura la superiorità di ceto delle genti patrizie nei riguardi dei plebei ⁽³⁶⁾.

La percezione delle radici gentilizie dei censori repubblicani costituisce indubbiamente un elemento di grande suggestione nel quadro ricostruttivo tracciato da Jhering ed ancora oggi appare un importante punto di riferimento per la storiografia contemporanea. Ma ancor più importanti, a mio giudizio, sono le pagine da lui dedicate al fondamento materiale della potenza e della compattezza gentilizia. È questo un tema che aveva impegnato la storiografia tedesca sin dal Niebuhr che, come ben sappiamo, alla storia dell'*ager publicus* aveva dedicato una particolare attenzione. E il problema dell'unità gentilizia alla figura dell'*ager publicus* arcaico appare in realtà strettamente associato. L'unità economica della *gens* passa in effetti necessariamente attraverso il controllo della terra, l'elemento centrale in un'economia così relativamente 'primitiva'. Si tratta dunque di una terra in qualche modo assimilabile alla figura dell'*ager publicus* repubblicano: ed è ciò appunto Jhering tende ad affermare.

Tale autore riconosce infatti che, già prima delle XII Tavole, e certo con esse, il principio della proprietà privata appare pienamente recepito dall'ordinamento romano. Esso è di origine plebea e favorevole agli interessi plebei, come del resto già era chiaro a molti romanisti dell'età di Jhering ⁽³⁷⁾. D'altra parte solo in parte la terra

geknüpft gewesen war. Es ist bezeichnend, dass die Censur zwei Jahre nach der *lex Canuleja*, die den Plebejern das *connubium* mit den Patriciern verlieh, eingeführt ward, und dass sie in demselben Masse an Macht und Einfluss zunimmt, wie die alt Gentilverfassung abnimmt. Nachdem durch jenes Gesetz die familienrechtliche Scheidewand zwischen Patriciern und Plebejern niedergerissen war, legte die Censur den Keim zu einer Verallgemeinerung jener ursprünglich patricischen Sittenpolizei ».

⁽³⁶⁾ GRR, 188 (173) [190]; 194 s. (179 s.) [196 s.].

⁽³⁷⁾ 199 (183 s.) [200], dove si contrappone la proprietà privata del suolo, ispirata al « principio plebeo » e ci si interroga se già prima delle XII Tavole esso avesse vinto il « principio patrizio », tanto da dissolvere la memoria di questo diverso regime territoriale. V. anche l'esplicito richiamo alla « proprietà comune dei gentili » a p. 204 (188) [205].

è distribuita in proprietà privata, mentre ancora all'inizio della Repubblica buona parte di essa resta sottoposta al regime pubblicistico, più rispondente agli interessi delle *gentes* patrizie⁽³⁸⁾. È su questi aspetti che il contributo di Jhering appare ai nostri occhi di particolare rilievo. Egli infatti sottolinea la peculiarità, per questa fase risalente, tanto delle terre private che di quelle pubbliche. Per le prime egli esclude l'esistenza di un diritto da parte dei singoli così esteso e illimitato come conoscerà poi il diritto romano nell'età successiva. In quest'epoca infatti questo tipo di proprietà è « sottoposta a delle restrizioni nell'interesse della *gens* »⁽³⁹⁾: limiti di cui resterà traccia insufficiente nell'età successiva. Soprattutto la *gens* appare in grado di difendersi contro il pericolo che un intero patrimonio di una famiglia le venga sottratto⁽⁴⁰⁾.

Ma la parte del discorso di Jhering per noi di gran lunga più importante è quella che riguarda la terra di diretto interesse delle *gentes* e che è classificata come 'pubblica'. Nel linguaggio del nostro autore questo termine assume una valenza particolarmente dilatata — almeno nel riferirsi alla lontana età delle origini cittadine, sino al primo secolo della Repubblica. Per valutare appieno questo estendersi del valore di *publicus* riferito alla terra, dobbiamo dunque partire dalla stretta analogia di funzioni che a suo tempo abbiamo visto affermata da Jhering a proposito delle *gentes* rispetto allo Stato cittadino. Anche per l'aspetto che qui ci interessa si deve dunque partire dalla derivazione di questo da quelle: in tal modo pervenendosi ad un'interpretazione tutta particolare della stessa genesi dell'*ager publicus* nella sua accezione tradizionale.

Per Jhering dunque ciascuna *gens* avrebbe disposto sin dall'ini-

⁽³⁸⁾ Su questo punto si rinvia alla citazione testuale riportata *infra* in nt. 42.

⁽³⁹⁾ GRR, 200 (185) [201]: « Es gab nämlich von jeher in Rom an Grund und Boden theils öffentliches theils ein durch das Interesse der Gens gebundens Privateigentum ».

⁽⁴⁰⁾ In GRR, 204 s. (188 s.) [205 s.], Jhering individua due maniere in cui la *gens* avrebbe potuto subire questa diminuzione patrimoniale. La prima costituita dalla uscita dei suoi membri dal vincolo gentilizio, la seconda dalla libertà di disposizione testamentaria loro concessa. L'*adrogatio* sarebbe stato quindi il meccanismo che avrebbe difeso il gruppo nel primo caso assicurandogli un controllo rispetto alla volontà dell'individuo, con la mediazione della comunità, ed analogamente il *testamentum calatis comitiis* giocava nei riguardi della libertà di disposizione testamentaria.

zio di un'area comune di terra analogamente alla titolarità dell'*ager publicus* da parte dello Stato. O meglio, precisa con grande acutezza il nostro autore, sarebbe quest'ultima figura ad essersi formata nell'ambito dell'ordinamento statale, in analogia al regime esistente all'interno di ciascuna gente e che sarebbe stato «trapiantato nello Stato»⁽⁴¹⁾. Jhering non si spinge a ricostruire il regime di sfruttamento di tale territorio ad opera della *gens*, anche se appare propenso ad immaginare una qualche forma collettivistica, non troppo diversa da quelle che hanno caratterizzato i popoli germanici in una fase relativamente primitiva della loro storia⁽⁴²⁾.

È probabile che la ricchezza stessa delle questioni affrontate in un'opera come quella qui esaminata e la rapidità con cui Jhering accenna alle varie ipotesi ed ai vari argomenti abbia impedito alle successive generazioni di storici e di romanisti di utilizzare appieno le indicazioni in esse contenute. È certo, a mio giudizio, che in ordine al problema ora accennato dell'assetto territoriale della comunità arcaica, Jhering avesse proposto un'ipotesi che teneva conto dei termini reali della questione rappresentata dalla natura giuridica di un bene che si immagina di pertinenza di un gruppo (la *gens*). Con la sua ricostruzione tale autore aveva messo chiaramente a fuoco il tipo di rapporto possibile fra la ricchezza fondiaria e la signoria collettiva della *gens*. Assai meglio di quanto non sarebbero

(41) GRR, 200 (185) [201 s.]: «Das öffentliche Eigenthum des Staats, der *ager publicus* ist bekannt. Es unterliegt für mich aber keinem Zweifel, dass dies Verhältniss sich keineswegs auf den Gesamtstaat beschränkte, vielmehr innerhalb jeder Gens sich wiederholte, ja ehr umgekehrt von der Gens auf den Gesamtstaat, als von letzterem auf jene übertragen wurde. Ich berufe mich darauf, dass die Gens den Staat im kleinen darstellt, dass von den drei Interessen, die ihren höchsten Brennpunkt in Gesamtstaat finden, den politischen, religiösen und militarischen, jedes an der Gens ihren niedern hat, dass, wenn zur Versehung jener Interessen dort das Verhältniss der *ager publicus* nöthig ist, es hier mindestens ebenso unentzehrlich erscheinen muss.

Der Schwerpunkt und die Lasten des ältesten Staates ruhen nicht sowohl in und auf ihm selber, als in und auf den Gentes; bedurfte er für das Dach, das er über die einzelnen Geschlechterhäuser spannte, und das auf ihnen als auf seinen Pfeilern ruhte, des *ager publicus*, so war dasselbe Bedürfniss für die einzelne Gens in einem noch höhern Grade vorhanden ».

(42) In GRR, 200 s. (185 s.) [202], Jhering lascia impregiudicata la questione se le terre comuni delle *gentes* fossero distribuite gratuitamente fra tutti i gentili o se assegnate a titolo oneroso.

riusciti gli studiosi più tardi, sino ai giorni nostri, egli era riuscito a proporre un'ipotesi che tenesse conto del fatto che, « per la stabilità e la solidità della *gens* era necessario che essa avesse una base materiale solida, che sussistesse un legame sicuro fra essa e le ricchezze che a lei facevano capo » (43).

8. La rappresentazione elaborata da Jhering riusciva così a mettere bene in evidenza il carattere collettivistico e paritetico della signoria gentilizia. Non solo ciò era del resto attestato dalla mancanza di un punto di riferimento al vertice del gruppo — analogo al *pater* della *familia proprio iure* — ma dal fatto che, ancora in età storica, il sistema delle azioni popolari appare l'unica traccia, a giudizio dell'autore, che ci riporta a queste forme arcaiche. Allorché, appunto, la legittimazione di ciascun membro della *gens* a intervenire a protezione dei beni comuni discendeva dall'idea di una comune partecipazione alla fruizione di questi e dall'assenza di una ipostatizzazione del gruppo (come invece sarà possibile per la *civitas*) con la creazione di un soggetto unitario cui imputare fittiziamente questa comune titolarità (44).

Al di là di questo rapido, anche se stimolante, riferimento alle azioni popolari, Jhering non sembra essersi granché preoccupato della relativa povertà, nelle fonti antiche, delle indicazioni relative a questa originaria signoria collettiva delle *gentes*. A differenza mi sembra dell'altro elemento costitutivo della forza gentilizia: la clientela arcaica. In quest'ultimo caso infatti tale autore appare esplicitamente interrogarsi sulle ragioni di tale silenzio.

In particolare, egli sottolinea, colpisce l'assenza nella lingua latina di tracce adeguate dell'importante rapporto fra patrono e clienti d'età arcaica, sia per quanto concerne la concessione da parte dei gentili dei lotti di terra in beneficio precario, sia per indicare la situazione patrimoniale del cliente, diversa da quella perfettamente individuata dal punto di vista terminologico, del *paterfamilias* romano (45).

(43) GRR, 197 (182) [199].

(44) Cfr. GRR, 202 nt. 98 (186 nt. 98) [203 nt. 147], nonché, più in generale, pp. 201 ss. (186 ss.) [202 ss.].

(45) GRR, 240 (233 s.) [240 s.]: « il silenzio della lingua latina sull'aspetto

In verità piuttosto che di assenza, per Jhering si tratta di uno dei tanti casi in cui l'originaria portata di una serie di vocaboli tecnici è venuta a modificarsi nel tempo a seguito delle mutate strutture sociali. Per tale autore infatti due termini ricchi di valenze per tutta l'età classica, *peculium* e *precarium* trarrebbero origine appunto dagli arcaici rapporti di clientela. Per quanto riguarda il primo, le indicazioni di Jhering sono semplici e ricalcano una linea di pensiero abbastanza tradizionale ⁽⁴⁶⁾. Più interessanti invece le considerazioni relative al *peculium*.

Con molta acutezza infatti tale studioso tenendo fermo — in modo abbastanza plausibile del resto — la risalenza di tale figura, tende a dimostrare che essa mal si applicasse tanto alla situazione economica dello schiavo che a quella del *filius familias*: i due casi che invece si avranno in maniera esclusiva in età più avanzata.

Il ragionamento di Jhering parte dunque dallo stretto collegamento che proprio la radice del vocabolo presenta con le forme della vita agraria proprie dell'età delle origini cittadine proiettando verso questa fase la genesi dell'istituto. Ora, in questo contesto arcaico l'idea di un'attività agraria da parte del *filius*, organizzata in forma autonoma rispetto alla famiglia, appare assai improbabile e rara. Per lo schiavo, aggiunge Jhering, in questa fase remota, addirittura inammissibile ⁽⁴⁷⁾. Di qui dunque la possibilità che sia l'istituto che

materiale della clientela è impressionante », non disponiamo infatti di alcun termine che possa indicare questa concessione di terra ai clienti o il patrimonio stesso di questi ultimi. Per Jhering infatti quest'ultimo tipo di rapporti doveva essere distinto dai *bona* del *pater familias* e del *patrimonium* della *familia* stessa. Poiché la lingua doveva necessariamente riflettere la realtà dei rapporti sociali, prosegue Jhering, si tratta di sapere se tali indicazioni sono totalmente scomparse col tempo o invece « abbiamo continuato ad esistere, nel latino più tardo, avendo mutato significato ».

⁽⁴⁶⁾ GRR, 241 s. (234 s.) [241 s.]: *peculium* avrebbe dunque indicato in origine ogni bene concesso al cliente su sua preghiera: terre, abitazioni etc. Esso era sempre revocabile *ad nutum* del patrono e dava luogo piuttosto a una situazione di fatto (il patrono si ripigliava i beni quando lo voleva) che a una relazione giuridica fra cliente e patrono. Questi caratteri si conserveranno allorché tale rapporto si applicherà a relazioni diverse da quelle che legavano il cliente al suo patrono.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. GRR, 242 s. (235 s.) [243]: i beni acquisiti dal cliente erano denominati *peculium* ed erano sottoposti al regime che, più tardi, sarà quello applicato a tale figura riferita allo schiavo e al *filius familias*: « faktisch gehörte es zwar dem Klienten, juristisch aber galt der Patron als Eigentümer desselben ». Il termine stesso — evocatore del

il termine relativo avessero origine in relazione ad un'altra situazione patrimoniale derivante dalla concessione precaria di lotti di terra agricola da parte della *gens* ai propri clienti, secondo un'ipotesi largamente diffusa fra gli storici di Roma arcaica. In questa prospettiva *peculium* avrebbe designato l'attività agricola dei clienti distinta dal patrimonio e dalla sfera economica di pertinenza della *gens* e dei singoli gentili e solo in età successiva si sarebbe esteso a indicare la posizione del *filius* e dello schiavo sul modello dell'arcaico rapporto di clientela ⁽⁴⁸⁾.

Jhering giustamente ricorda come entrambi i rapporti evocati dai due termini *peculium* e *precarium* siano definiti *magis facti quam iuris*, non potendo comportare, la clientela, che rapporti di tale genere ⁽⁴⁹⁾. In effetti questa precisazione ci fa cogliere l'aspetto forse più fecondo di questa parte dell'opera di Jhering dedicata alle strutture sociali arcaiche. Che è precisamente costituita dalla coscienza della non 'giuridicità' (sotto il profilo ovviamente del 'diritto della città'), dell'ordinamento gentilizio e quindi della necessità, per la sua efficacia, che potesse essere fatto valere, appunto, in via di fatto, sulla base della forza materiale della *gens*.

L'importanza di questa intuizione di Jhering non è stata quasi mai adeguatamente valutata dalla storiografia successiva: essa infatti riusciva a cogliere la sostanziale autonomia della *gens* rispetto alla costituzione cittadina e sottraeva così la legittimità della *gens* all'ordinamento della *civitas*, alla nuova e più 'recente' immagine dello 'Stato'. In tal modo l'organizzazione e l'esistenza stessa della *gens* acquisivano un valore autonomo. Ovviamente, dal punto di vista del diritto cittadino — l'unico destinato a sopravvivere nel tempo e ad

piccolo bestiame — ci riporta a una realtà staccata « von der Hauptheerde », cioè ad un'entità agricola distinta « von dem des Hauptgutes getrennten landwirtschaftlichen Betrieb ». Un rapporto insomma che per qualche verso parrebbe evocare quello che « unserer heutigen Tagelöhner auf dem Gütern, mit seiner Landwirtschaft zu der des Patrons stand », ed è da questo rapporto che ha avuto origine l'idea del *peculium*, della separazione del piccolo patrimonio del cliente dalla grande ricchezza del patrono. In quest'epoca così risalente « dem Sohn oder Sklaven ein Sondervermögen einzuräumen war nichts weniger als nothwendig; wenn es aber geschah, lag es nahe, den bereits bekannten Ausdruck *peculium* darauf zu übertragen ».

⁽⁴⁸⁾ Cfr. GRR, 243 (236) [244].

⁽⁴⁹⁾ GRR, 240 s. (234) [241].

acquistare un valore generale — la capacità della *gens* di imporsi con valore vincolante ai comportamenti dei soggetti ad essa legati, ai gentili stessi ma anche, come nel caso qui specificamente considerato, ai clienti, assumeva un significato sul piano di fatto, prescindendo appunto dall'intervento 'esterno' delle norme cittadine ⁽⁵⁰⁾.

9. Ad una considerazione complessiva di questo primo volume dell'opera di Jhering, il lettore non si sottrae all'impressione di forti tensioni che sottendono al suo impianto concettuale. Abbiamo del resto già incontrato a più riprese simili antinomie: si pensi anzitutto alla rappresentazione individualistica della genesi delle norme di diritto privato contrapposta ad una concezione evolutiva dello Stato cittadino ingenerato dal processo di crescita e di trasformazione dei primitivi gruppi familiari. In tal modo la città-Stato è da Jhering radicalmente staccata da quel fondamento contrattualistico postulato invece per la sfera del *ius civile*. La genesi dello Stato esclude dunque un ruolo primario alla volontà dei futuri cittadini, ma, insieme, pur immaginata secondo uno schema che è presente anche nelle teorie patriarcali del secolo scorso, è egualmente distante da una interpretazione in senso patriarcale del potere politico, recuperando così, come abbiamo visto un fondamento non organicistico, ma, direi, 'atomistico' della struttura politica cittadina.

Più che su questi punti cui nelle pagine precedenti si è rivolta una particolare attenzione, vorrei ora indugiare su un altro carattere della ricostruzione proposta da Jhering e che, in modo più o meno accentuato, influenza l'andamento complessivo del suo discorso. Si tratta della particolare attenzione da lui dedicata al valore funzionale che ciascun istituto giuridico romano e la sua rispettiva evoluzione ha ai fini dell'organizzazione materiale dei rapporti sociali e della configurazione complessiva di tale società. L'analisi dei fenomeni giuridici in quest'opera di Jhering appare dunque quanto mai lontana dal crescente formalismo e dalla tendenza all'astrazione che costituiscono uno degli esiti della Scuola storica. Da questo punto di

⁽⁵⁰⁾ Su questi aspetti mi permetto di richiamare la mia *Proprietà e signoria in Roma antica*, Nuova ed., Roma, 1992, Cap. I; cfr. anche L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La città e la sua terra*, in *Storia di Roma* (edd., A. MOMIGLIANO-A. SCHIAVONE), I, 275 ss. ora in *Proprietà cit.*, Cap. II.

vista la svolta segnata già dalla prima redazione del *Geist*, rispetto a quella tradizione di studi cui pure le origini scientifiche di Jhering facevano riferimento, appare importante.

Ci si potrebbe chiedere sino a che punto questo persistente interrogativo che si propone nelle pagine del *Geist* circa la 'funzione' degli istituti giuridici esprima una più radicale consapevolezza di un principio regolatore della vita giuridica e della sua storia fondato sulla nozione di 'utilità'. È certo che proprio quest'opera di Jhering denota una particolare attenzione, superiore a quella in genere riscontrabile nella scienza giuridica tedesca del secolo scorso, vero i modelli e i presupposti concettuali del diritto inglese. In particolare il nome di Jeremy Bentham appare evocato più di una volta in tale testo e sempre con una valenza sostanzialmente positiva.

È abbastanza verosimile che il filone di idee e soprattutto il tipo di approccio costituito dall'utilitarismo inglese abbia avuto un'efficacia vivificante sul metodo storico di Jhering. D'altra parte è almeno possibile che questo filone di pensiero abbia agevolato la successiva maturazione dell'opera di Jhering verso quegli orizzonti positivistici e quell'evoluzionismo sociale che saranno in lui così accentuati. Ciò detto resta, nel complesso, l'impressione di un impiego relativamente episodico e superficiale di questi stessi orientamenti utilitaristici da parte di tale autore: in coerenza del resto con il suo sostanziale sincretismo. Del resto forse l'aspetto più significativo, nel saggio, è oggetto da un altro tipo di insistiti richiami: mi riferisco alle non infrequenti menzioni del pensiero di Hegel. Sull'hegelismo di Jhering e su quanto di superficiale vi fosse in ciò è stato già scritto: mi interessa richiamare questo punto non solo per poter valutare appieno anche tali riferimenti ad una ben diversa tradizione filosofica, ma, più in generale per renderci conto che, sovente, in questo autore, il peso delle sue ipotesi ricostruttive e del suo lavoro di storico e di giurista non corrisponda ad un livello comparabile nelle sue interpretazioni sul piano della teoria generale o, peggio, come filosofo della storia.

Ma forse, anche sotto questo profilo, egli potrebbe poi mostrare sia pure paradossalmente, un'altra affinità peculiare alla grande tradizione dell'empirismo inglese ponendosi in termini relativamente autonomi rispetto ad altri orientamenti assai forti invece all'interno della sua stessa tradizione nazionale.

ANGELO ABIGNENTE

IL CONTRIBUTO
DI RUDOLF SMEND ED HERMANN HELLER
AL DIBATTITO WEIMARIANO SU DIRITTO E STATO

1. « Strutture del reale » e diritto. — 2. Kelsen e Smend a confronto. — 3. Dimensioni della sovranità. — 4. Giustizia costituzionale e legge.

1. « *Strutture del reale* » e diritto.

La riflessione kelseniana sullo Stato, la riduzione di questo a momento prettamente giuridico, a diritto ed ordinamento, nella critica serrata alla teoria dei “due lati”, eredità della elaborazione di Jellinek, ha un’indubbia connotazione filosofica. Molto spesso la critica si è soffermata sulla componente neokantiana che accompagna la teorizzazione kelseniana, riscontrandone la significativa presenza non soltanto nella netta separazione tra *Sein* e *Sollen*, quanto piuttosto nella accettazione dell’assioma fondamentale di quella impostazione filosofica: l’essere il metodo conoscitivo produttivo del suo oggetto. Collocando l’opera kelseniana nella congerie culturale degli anni ’20, si vede in essa riemergere significativamente quella “svolta copernicana” operata da Kant nell’attribuzione al pensiero di un carattere *produttivo* fondato su categorie trascendentali precedenti l’esperienza.

Ed è proprio la critica a questo modo di procedere, a questo metodo o a questa matrice filosofica, un elemento ‘forte’ che avvicina, nonostante le significative differenze, le letture di Smend ed Heller della teoria kelseniana dello Stato e della sovranità.

Nella ricerca di un’«oggettività apparente» che prescinde totalmente dal dato esperienziale e storico del reale, si configura l’«irrealtà spettrale di una dottrina dello Stato senza Stato e di una

scienza giuridica senza diritto» (1). Nel rifiuto di ogni metafisica che si ponga oltre la “pura datità” del fatto, viene completamente trascurato il momento della trasformazione di quel dato, “risolto” nella comprensione sistematica. Un processo “creativo”, richiesto dalla «normatività concreta», in cui assume un ruolo imprescindibile la volontà soggettiva che trasforma il “dato” nel “posto”: questo è il procedere delle scienze dello spirito. Di fronte a questo proce-

(1) H. HELLER, *Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart* (1929¹), ora in Id., *Gesammelte Schriften*, Bd. 2, Leiden, Sijthoff, 1971 (trad. it., *Osservazioni sulla problematica attuale della teoria dello Stato e del diritto*, in H. HELLER, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, a cura di P. Pasquino, Milano, Giuffrè editore, 1987, p. 361).

La letteratura su R. Smend non è particolarmente vasta e si concentra quasi esclusivamente sulla sua dottrina dell'integrazione. Tra i contributi tedeschi si segnalano, particolarmente per un'analisi filosofica delle fonti smendiane: R. BARTLESBERGER, *Die Integrationslehre Rudolf Smends als Grundlegung einer Staats-und Rechtstheorie*, Dissertation, Erlangen 1964; W. BAUER, *Wertrelativismus und Wertbestimmtheit im Kampf um die Weimarer Demokratie*; H. MAYER, *Die Krisis der deutschen Staatslehre und die Staatsauffassung Rudolf Smends*, Dissertation, Köln 1930; M. MOLLS, *Allgemeine Staatslehre oder politische Theorie? — Interpretation zu ihrem Verhältnis am Beispiel der Integrationslehre Rudolf Smends*, Berlin 1969; J. POESCHEL, *Anthropologische Voraussetzungen der Staatstheorie Rudolf Smends*, Berlin 1978; K. RENNERT, *Die 'geisteswissenschaftliche Richtung' in der Staatsrechtslehre der Weimarer Republik*, Berlin 1987; P. VON OERTZEN, *Die Soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*, Frankfurt 1974; W. SCHLUCHTER, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat: Hermann Heller und die staats-theoretische Diskussion, in der Weimarer Republik*, Baden-Baden 1983, pp. 52-90.

Per quanto riguarda la riflessione più direttamente giuridica, sempre in area tedesca vanno segnalati: H. EHMCKE, *Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin 1953; W. KAGI, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, Zürich 1945, pp. 142-146; fondamentale, anche se opera una critica distruttiva della dottrina smendiana, è H. KELSEN, *Der Staat als Integration*, Wien 1930; O. KOLLREUTER, *Integrationslehre und Reichsreform*, Tübingen 1929; N. LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, Berlin 1965, pp. 43-52; per quanto poi riguarda, invece, la letteratura in lingua italiana su Smend sono da segnalare: N. BOBBIO, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, in «Memorie dell'istituto giuridico dell'Università di Torino», 2 s. 28, Torino 1934, pp. 51-63; U. POMARICI, *La teoria dell'integrazione in R. Smend*, in «Democrazia e diritto», 22 (1982), n. 2, pp. 109-135; C. ROEHRSEN, *L'Integrationslehre di Rudolf Smend*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 12 (1982), pp. 117-130; va infine segnalata l'edizione italiana dell'opera fondamentale di Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht (Costituzione e diritto costituzionale)*, intr. di G. Zagrebelsky, trad. di F. Fiore e J. Luther, Milano, Giuffrè, 1988), a cui si rinvia per ogni altra notizia bio-bibliografica su Smend, nonché per l'eccellente saggio introduttivo di Zagrebelsky.

dere la « paura della decisione che nasce dalla paura della storia » fa sì che « l'oggettività del dover essere (*Sollen*) politico-giuridico, dunque una forma di validità normativa rispetto alla volontà individuale, venga generalmente confusa con l'oggettività del dover essere (*Müssen*) logico-matematico, che è indipendente dalla volontà » (2).

È particolarmente incisivo Heller allorché definisce i principi metodologici della dottrina dello Stato, intesa a concepire lo Stato « in divenire come struttura » (3), nella processualità delle forme statali aperte al mutamento conseguente alla « dinamicità dello Stato in quanto unità di volontà storico-individuali » (4). Criticando l'elaborazione di Jellinek, per alcuni versi precorritrice della definizione weberiana di procedere *idealtipico*, Heller definisce il suo metodo come quel procedimento « concettuale dialettico » che ricorre ad asserzioni formali, valide, se « costantemente ricondotte alla totalità », soltanto come momento strumentale e transitorio. Lo Stato, pertanto, non è « sintesi concettuale soggettiva che il soggetto conoscente presuppone in modo arbitrario », ma « formazione reale attiva nel mondo storico-sociale » (5).

Certo una tale presa di distanza dal neokantismo, condotta nella critica serrata a Rickert, fa trasparire il rifiuto di una metodologia che assuma come suo postulato caratterizzante la *avalutatività* del procedere conoscitivo (6), ma con quel postulato rifiuta anche la possibilità di fondare, sugli assunti neokantiani, una teoria che superi le impostazioni jellinekiane e kelseniane.

La critica degli autori della *Methodenstreit* a Kelsen poggia pertanto, essenzialmente, sul rifiuto di una considerazione del momento giuridico come istanza che possa prescindere dal dato del "reale". La teoria kelseniana, che riprende consapevolmente o inconsapevolmente, i dati formalistici della tradizione giuridica dell'Ottocento tedesco, ed in particolare Laband e Jellinek, ripone nella

(2) H. HELLER, *Osservazioni*, cit., p. 360.

(3) H. HELLER, *Staatslehre*, (1934¹), ora in *Gesammelte Schriften*, cit., (trad. it., *Dottrina dello Stato*, a cura di U. Pomarici, Napoli, ESI, 1988, p. 92).

(4) H. HELLER, *Osservazioni*, cit., p. 381.

(5) ID., *Dottrina*, cit., pp. 108 ss.

(6) Come sottolinea bene W. SCHLUCHTER, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat: Hermann Heller und die staatsrechtliche Diskussion in der Weimarer Republik*, Baden-Baden 1983, p. 56.

Grundnorm l'origine ultima dell'unità del momento giuridico, la sua autonomia rispetto alla considerazione sociologica e comunque a qualsiasi approccio alla realtà effettuale. Il considerare la norma fondamentale come presupposto dato ed indimostrabile dell'unità del diritto riproduce la stessa proposizione dell'unità "a priori" del comando sovrano, che si poneva come dato nella stessa tradizione giuridica ottocentesca. Ma, mentre quell'unità — il presupposto di un'unità già data e che non richiede di essere costruita — corrispondeva nella Germania prussiana al dato reale dell'unità ipotetica che non trova riscontro nel reale, non concretamente posta, ma astrattamente presupposta (7).

L'obiettivo principale degli autori della *Methodenstreit* — soprattutto, naturalmente, quelli che ponevano al centro del problema la riconsiderazione della matrice *politica* del diritto — era invece il tentativo di recuperare la concretezza del momento giuridico, di rinsaldare, specie in Smend, il dato giuridico con il dato sociale, di recuperare all'interno della società il diritto come istanza che ne costituisce un'articolazione essenziale e che in essa si fonda: il raggiungimento, pertanto, di un'unità non data, né caratterizzata da qualsivoglia ontologismo, ma teleologicamente perseguita.

Lo sguardo al "reale" come imprescindibile momento di determinazione del concetto stesso di Stato è costitutivamente presente nella teoria dell'integrazione. « Lo Stato — afferma Smend — esiste solo perché ed in quanto si integra continuamente, si costruisce nei e a partire dai singoli — e in questo processo continuo consiste la sua essenza di realtà sociale spirituale » (8). Nello Stato, « unione sovrana di volontà » caratterizzata dalla « costante integrazione verso la realtà » coesistono « processi formali di diverso genere, da un lato, e contenuti materiali dei tipi più svariati, dall'altro » (9). Se nella "leadership" è dato cogliere un momento di integrazione personale all'interno di una vita spirituale, l'unione e la rappresentazione

(7) P. PASQUINO, *Introduzione a H. HELLER, La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 3 ss.

(8) R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München-Leipzig 1928, ora in: ID., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin 1968, pp. 119-276 (trad. it., *Costituzione*, cit., p. 76).

(9) *Ivi*, p. 78.

dell'unità di un popolo intorno ad un simbolo, una rappresentazione di questa unità ricostruita nella « realtà spirituale », nella « vita spirituale » di un popolo che si definisce come comunità, l'elemento formale dell'integrazione, in opposizione a quello materiale, è particolarmente evidente nella contrapposizione dei due momenti dell'integrazione funzionale e materiale. Nella prima assumono rilievo le « funzioni o procedure integrative. [...] forme di vita collettivizzanti »⁽¹⁰⁾ che permettono il formarsi di quell'unità estrinsecamente percepibile del « contenuto di senso che costituisce il contenuto materiale della comunità »⁽¹¹⁾. Particolare evidenza assumono in quest'ambito i processi formativi della volontà nella loro valenza strettamente strumentale e funzionale alla « creazione costante della comunità statale come unione di volontà in generale »⁽¹²⁾. Le procedure elettorali, il referendum, lo stesso parlamento non assumono un valore in sé, non rappresentano di per se stesse una garanzia per la formazione di una volontà "buona", ma assumono un rilievo meramente strumentale per la formazione dell'« individualità politica del popolo nel suo insieme »: « Per quanto riguarda il senso ultimo dello Stato parlamentare, non conta che in generale il parlamento delibere e in particolare delibere bene, ma piuttosto è importante che la dialettica parlamentare conduca alla formazione di gruppi, alla associazione, alla formazione di un determinato atteggiamento politico complessivo all'interno del parlamento e del popolo dello Stato che condivide quella esperienza vissuta »⁽¹³⁾.

Il momento formale del processo di integrazione viene perciò immediatamente ricongiunto all'elemento materiale e, in un certo senso, ad esso subordinato. Se, infatti, il « tratto essenziale e comune a tutti i processi formali di integrazione è il fatto di essere in quanto tali senza scopo »⁽¹⁴⁾ è proprio intorno allo scopo che viene a costituirsi lo Stato. Questo, spogliato di qualsiasi carattere personalistico, « è una realtà soltanto in quanto realizzazione di senso; è

⁽¹⁰⁾ *Ivi*, p. 88.

⁽¹¹⁾ *Ivi*, p. 90.

⁽¹²⁾ *Ibidem*.

⁽¹³⁾ *Ivi*, p. 94.

⁽¹⁴⁾ *Ivi*, p. 99.

identico a questa realizzazione di senso [...] è unione sovrana di volontà» (15).

Lo Stato è, cioè, prodotto di quell'interrelazione sempre rinnovantesi tra comunità e valori che in esso viene simbolizzata come "unità individuale": «Solo grazie a questa ricchezza di valori lo Stato domina, cioè diventa una connessione permanente e unitaria di esperienze vissute che motiva i suoi appartenenti; ma diventa un'esperienza vissuta unitaria soltanto come totalità di valori» (16). Lo Stato quale «connessione di senso» non è strumento per la realizzazione degli scopi della comunità ma da essi è formato, da essi trae la sua legittimità (17) e la sua durevolezza. La forma stessa dello Stato «è il tipo specifico [...] di quella vita in cui esso diviene di continuo realtà e nel contempo individualità, [...] mentre la dottrina delle forme di Stato è una dottrina relativa ai tipi di sistema di integrazione» (18).

Sottesa alla teoria dello Stato di Smend vi è la concezione fenomenologica di Theodor Litt del «circolo chiuso», luogo di oggettivazione dello spirito, di interrelazionalità, strutturante, in un continuo divenire, le singole individualità. In questa interrelazione dello spirito con la realtà si apre un nuovo rapporto tra teoria e prassi, diverso da quello postulato dal neokantismo, anche se non scevro dal pericolo di ricadere in uno "spiritualismo" della realtà sociologica e statale (19). Proprio questo spiritualismo, da cui seppe tenersi distante Heller (20) che pure assumeva Litt come referente oppositivo al neokantismo, esercitò invece la sua influenza su Smend nel concepire l'unità sociale non già come finzione ipostatica di riferimento, ma come realtà unitaria ove la "totalità" della vita sociale non viene costituita in contrapposizione ma in relazione all'individualità che intende riconoscere e proteggere. Procedere

(15) *Ivi*, p. 100.

(16) *Ivi*, p. 102.

(17) «Legittimità è essenzialmente integrazione tramite valori materiali», *ivi*, p. 189.

(18) *Ivi*, p. 181.

(19) In questo senso W. SCHLUCHTER, *Entscheidung*, cit., p. 65 ss.

(20) H. HELLER, *Dottrina*, cit., pp. 116,142.

conoscitivo, attribuzione di senso e agire sociale sono così in stretta relazione nel divenire storico dello Stato.

Kelsen, nella sua critica alla dottrina della costituzione di Smend ⁽²¹⁾ contrappone la teoria della conoscenza di Litt alla teoria smendiana dell'integrazione considerandole come assolutamente opposte ed intraducibili l'una nell'altra ⁽²²⁾; ma, in realtà, indicare lo Stato come luogo dell'integrazione altro non è che contraddistinguerlo, con una specificità propria, tra gli altri « circoli chiusi » sociali. Lo Stato è il luogo di mediazione delle differenze nel raggiungimento di un'unità guidata dall'azione del potere politico, formato dai soggetti politici quali il parlamento, i partiti, le istituzioni ed i gruppi, che hanno come specifica funzione la trasformazione dell'ideale democratico in unità politica. La legittimazione del potere politico, fondata nella condivisione dei valori sottesi alla formazione di una volontà politica, ricongiunge in unità la democrazia formale con la democrazia materiale. La discriminazione tra sfera tecnica e sfera politica, espressa anche nella bipartizione della costituzione weimariana, trova la sua ricongiunzione nel processo di integrazione.

Nella graduazione della componente politica con quella tecnica, presenti entrambe nel processo di integrazione, prendono forma i tre « tipi », logicamente distinguibili ma storicamente interagenti, elaborati da Smend: l'« integrazione personale », nella ricostruzione dell'unità intorno alla « leadership » ⁽²³⁾; l'« integrazione funzionale », ove assumono significato le « funzioni o procedure integrative », che costruiscono la comunità statale come « individualità » ⁽²⁴⁾; l'« integrazione materiale », che entrambe le fonda nella « realizzazione di scopi comuni » ⁽²⁵⁾.

E tuttavia nella netta separazione tra momento politico e momento tecnico della integrazione non si configura una specificità dello Stato che lo caratterizzi rispetto alle altre aggregazioni sociali.

⁽²¹⁾ H. KELSEN, *Der Staat als Integration*, Wien 1930, poi in Id., *Drei kleine Schriften*, Aalen, Scientia Verlag, 1971.

⁽²²⁾ *Ivi*, p. 45.

⁽²³⁾ R. SMEND, *Costituzione*, cit., p. 82.

⁽²⁴⁾ *Ivi*, p. 88.

⁽²⁵⁾ *Ivi*, p. 100.

Se infatti lo Stato viene concepito come comunità autolegittimantesi in virtù di valori propri, nella concretezza di « rapporti storici » determinati ⁽²⁶⁾, la specificità dello Stato rispetto agli altri « circoli chiusi » non può risiedere in altro che nella “potenza”: « la realtà dello Stato » è intesa da Smend come « sviluppo della sua potenza ordinatrice e formatrice » ⁽²⁷⁾. Il momento democratico trova espressione nella formulazione, storica e concreta, dei contenuti dello Stato, dei valori sulla cui base esso si è posto nella sua individualità sovra-individuale. Ma proprio in questo porsi dello Stato al di sopra degli individui, nel suo pre-porsi all’integrazione degli individui — che intanto vengono integrati in quanto fanno esperienza dei suoi valori storicamente contingenti — riemerge una centralità della sovranità e della potenza che in ipotesi Smend tendeva a contrastare.

Il “compito” dell’integrazione si rivela così — sia pure senza esplicita volontà, senza consapevolezza da parte di Smend — come occultamento del fine essenziale, quello dell’autoconservazione dello Stato.

È, invece, evidente e dichiarato l’intento di Smend di offrire con la teoria dell’integrazione un elemento polemico e critico tanto nei confronti del sincretismo metodologico quanto nei confronti del monismo che ha caratterizzato la dottrina statualistica tedesca dell’Ottocento ⁽²⁸⁾.

Il problema della legittimazione dello Stato, perseguito « tramite altri valori, specialmente tramite il valore del diritto » ⁽²⁹⁾, diviene secondario per una teoria che vuol porsi come paradigma per la conoscenza della realtà dello Stato in ogni sistema culturale a prescindere dall’assetto dei valori che storicamente lo costituiscono. L’intento fondamentale della teoria dell’integrazione è proprio il

⁽²⁶⁾ *Ivi*, p. 110 ss.

⁽²⁷⁾ *Ivi*, p. 169.

⁽²⁸⁾ In particolare Smend, pur riconoscendo a Jellinek e Kelsen il merito di aver sottolineato il problema metodologico quale momento essenziale ad una dottrina dello Stato, ne critica lo « svuotamento progressivo di risultati oggettivi fino al punto zero, ora raggiunto del tutto consapevolmente dalla *Dottrina generale dello Stato* di Kelsen del 1925 », *ivi*, p. 62. Con la sua teoria di una rifondazione materiale dello Stato nei suoi contenuti etici, « ci si trova, almeno in senso molto generale, d’accordo, in quanto non si sia di Vienna », *ivi*, p. 63.

⁽²⁹⁾ *Ivi*, p. 125.

superamento del « tentativo di comprendere isolatamente la norma, da un lato, e la realtà, dall'altro. La norma riceve dalla vita e dal senso, che è posto ad essa come scopo, la qualità e il contenuto della sua validità » (30).

Ma non è dato, agli occhi dell'interprete di quella teoria, prescindere da un dato storico ad essa sotteso. L'eclissi di un sistema eticamente "forte", residuo di un assetto politico imperiale fortemente fondato, rende indifferibile la questione della considerazione dell'elemento etico del vivere comune, di una rifondazione dei valori che presiedono all'unità di un popolo, alla vigilia del completo obnubilamento che caratterizzò la vita politica tedesca degli anni Trenta.

Questa teorizzazione dello Stato che si sviluppava a partire dal suo imprescindibile momento materiale, l'individuazione dell'unità statale nell'unità di un sistema ideale di senso, il ridimensionamento della componente formale nell'esperienza giuridica dello Stato, implica importanti conseguenze sul piano teorico. Le classiche elaborazioni degli istituti fondamentali del costituzionalismo moderno sono rilette alla luce della nuova prospettiva integrazionista. La stessa configurazione della problematica degli organi dello Stato assume una nuova veste. Gli organi non sono più intesi come mero strumento giuridico per la realizzazione di una funzione che è considerata elemento di prioritaria attenzione, ma come portatori di una specifica funzione integrativa della comunità statale. « Gli organi, le funzioni formali e i compiti materiali sono gli elementi essenziali della costituzione. Nella formazione degli organi, nella loro esistenza e nella loro attività costituzionale lo Stato vive, viene integrato in forma personale; nelle funzioni formali la sua vita è processo, è integrazione funzionale » (31). Degli organi diventa prioritario non l'aspetto dell'incorporazione della funzione, ma l'organizzazione, il loro "obbligo" del rapporto dialettico con i soggetti che compongono la comunità di senso. « Nella formazione, nell'esistenza e nella funzione degli organi lo Stato diviene vivo, reale, cioè si integra del tutto indipendentemente dal contenuto giuridico dei singoli atti dell'organo » (32).

(30) *Ivi*, p. 275.

(31) *Ivi*, p. 159.

(32) *Ivi*, p. 222.

In questa prospettiva viene ancora una volta criticata da Smend l'impostazione teorica della Scuola di Vienna, la configurazione gradualistica delle fonti normative, dei poteri e delle funzioni. Non un rapporto gerarchico, che collega ad « anelli » i vari organi in un rapporto di sovra- e sotto-ordinazione, ma piuttosto « momenti dialettici » di un rapporto reciproco, lineare, che sviluppa il coagire degli organi dello Stato. La « specificità » di un sistema costituzionale e di uno Stato deriva proprio dalla combinazione dei vari organi, dalle loro « partecipazioni differenti al sistema di integrazione dello Stato » ⁽³³⁾.

Così, la stessa caratterizzazione delle differenti statualità può evincersi dal diverso combinarsi di legislativo ed esecutivo che rappresentano i momenti salienti della vita dello Stato. Legislazione ed amministrazione sono infatti funzioni connaturate al concetto di Stato e concepibili unicamente all'interno della sua realtà. La stessa classica divisione dei poteri viene riletta come distinzione di « tre sistemi di funzioni: il gioco politico d'insieme di legislativo ed esecutivo, cui si aggiungono governo e dittatura come funzioni d'integrazione immediatamente politiche; quindi legislazione e giurisdizione come portatrici della vita del diritto; infine l'amministrazione come promozione tecnica del benessere da parte dello Stato » ⁽³⁴⁾.

Lo Stato come « realtà » è comunità autogenerantesi e continuamente evolventesi nella trasformazione dei suoi contenuti e delle sue forme. La costituzione è il momento di positivizzazione di questa trasformazione che si genera nel processo continuo di integrazione: « La costituzione è l'ordinamento giuridico dello Stato, più precisamente della vita in cui esso ha la sua realtà vitale, cioè del suo processo di integrazione. Il senso di questo processo è la sempre nuova produzione della totalità della vita dello Stato, e la sua costituzione è la normazione tramite leggi (*gesetzliche Normierung*) di singoli aspetti di questo processo » ⁽³⁵⁾. E questo momento di giuridicizzazione, di normativizzazione del processo di integrazione in cui è sempre presente un elemento « politico » che la distingue dall'ordinamento giuridico comporta in sé, nel suo « senso imma-

⁽³³⁾ *Ivi*, p. 232.

⁽³⁴⁾ *Ivi*, p. 176.

⁽³⁵⁾ *Ivi*, p. 150.

nente» il carattere dell'elasticità, della trasformabilità funzionale al suo tendenziale riferirsi alla «totalità dello Stato e alla totalità del suo processo di integrazione»⁽³⁶⁾. Come momento di positivizzazione del vivere della comunità la costituzione è in un perenne rapporto dialettico con la realtà che ne costituisce il contenuto materiale: «Come diritto positivo la costituzione non è soltanto norma, ma anche realtà; come costituzione è realtà integrativa [...] costantemente riprodotta dalla vita costituzionale in continuo rinnovamento»⁽³⁷⁾.

La teoria di Smend assume una rilevanza particolare all'interno del dibattito costituzionale weimariano. La individuazione di un concetto di Stato, da elaborare nella contrapposizione tra il retaggio conservatore monarchico e l'emergente liberalismo è tema centrale delle riflessioni teoriche di quel periodo. Il "purismo" labandiano, ripreso da Kelsen e collocato all'interno della sua teoria democratica, si pone nella sua staticità come un elemento certamente non risolutivo della problematica della sovranità; la staticità metodologica è, ad un tempo, funzione e causa di questa non risoluzione: essa si pone in effetti proprio l'obiettivo — costitutivamente enunciato in Kelsen — di vanificare il problema della sovranità nella sua valenza politica, che è come dire vanificarlo *tout-court*. La irriducibilità del problematico e conflittuale porsi del reale viene soltanto apparentemente risolta nell'approccio metodologico che sia in Kelsen che in Smend, in questo punto convergenti, intende salvaguardare la unicità dello Stato. Pur privilegiando l'approccio metodologico, Smend tuttavia si distingue da Kelsen nel rifiuto della separazione radicale del *Sollen* dal *Sein* e nel privilegiamento della considerazione del reale come momento essenziale e caratterizzante l'esperienza giuridica. In Smend rimane così centrale il riferimento ai valori, ossia la individuazione di una soluzione interna al problema della sovranità che poggia, in ultima istanza, sulla «necessità dell'autonomia, dell'affermazione dell'*Ich Welt*, al centro di una corrente sociale, vitale che lo esprima e in cui esso si riconosca»⁽³⁸⁾. Viene pertanto in primaria evidenza la socialità dell'agire, letta in chiave fenomenologica che

⁽³⁶⁾ *Ibidem*.

⁽³⁷⁾ *Ivi*, p. 153.

⁽³⁸⁾ U. POMARICI, *La teoria*, cit., p. 118.

assume come dato ineludibile la trasformabilità della positivizzazione della norma, della costituzione, in un costante e dialettico rapporto tra costituzione scritta e costituzione materiale. Certo, questo riferimento al valore è implicitamente presente anche in Kelsen, in particolare nell'elaborazione teorica della norma fondamentale che poggia in ultima istanza la sua validità sul suo contenuto, ma in Smend questo continuo riferirsi al valore è assunto esplicitamente come dato ineludibile e fondante in modo archetipico l'intera costruzione del processo di integrazione.

2. *Kelsen e Smend a confronto.*

La critica kelseniana alla teoria dell'integrazione di Smend assume una rilevanza particolare anche se vista non più dall'angolo visuale del fondamento epistemologico, dell'impostazione filosofico-metodologica, così influenzata dalla lettura di Litt, ma piuttosto dallo specifico del momento giuridico. Centrale diventa in questo contesto il saggio kelseniano *Der Staat als Integration*.

Kelsen si sofferma particolarmente sull'intento smendiano di definire la teoria dello Stato concependo in modo sistematico la sua "realtà", una realtà naturale o "effettiva" sempre negata dal normativismo in quanto non conseguente o derivante dall'ordinamento giuridico⁽³⁹⁾. Ed in questa accentuazione la critica kelseniana va al di là di quanto lo stesso Smend riteneva sulla problematicità « della fattualità dello Stato come unione di coloro che gli appartengono di diritto », in quanto essa si pone come « problema pratico [...] conquista culturale che come ogni realtà della vita spirituale è la vita stessa nel suo fluire, bisognosa di costante rinnovamento e perfezionamento »⁽⁴⁰⁾.

Né convince del tutto la netta *indipendenza* intravista da Kelsen del rapporto reale di appartenenza degli individui allo Stato con le relazioni prodotte dall'ordinamento giuridico positivo. Può piuttosto riscontrarsi in Smend una costante attenzione al dato normativo nella natura composita della vita statale che si pone come « adem-

⁽³⁹⁾ H. KELSEN, *Der Staat als Integration*, Wien 1930, r.a. Aalen 1971, p. 51.

⁽⁴⁰⁾ R. SMEND, *Costituzione*, cit., p. 74.

pimento di un compito posto sia dalla legislatività dello spirito rispetto al valore, che dal diritto positivo dello Stato»: due momenti, quindi, che si pongono come dati “inscindibili” ad una teoria dello Stato in quanto «il diritto dello Stato non è altro che una positivizzazione di quelle possibilità e di quei compiti che derivano dalle leggi dello spirito e perciò soltanto a partire da questi può essere compreso. Viceversa, quelle possibilità e quei compiti hanno bisogno della positivizzazione giuridica per realizzarsi in modo durevole e soddisfacente» (41). Non si tratta, quindi, né di intendere la “realtà” nella sua accezione naturalistica, né di separare nettamente e quasi contrapporre questa “realtà” all’ordinamento positivo ma di comprendere *insieme*, nel rifiuto da un lato della riduzione dello Stato ad ordinamento e dall’altro nella critica alle teorie organiciste, l’ordine dell’esperienza individuale e l’ordine dell’esperienza giuridica nell’ambito comune e composito dell’esperienza statale: è questa forse la difficoltà maggiore incontrata da Kelsen che intende restare fedele al dogma dell’unicità del punto di vista conoscitivo.

Da questa non accolta conciliabilità dei due momenti deriva la critica di Kelsen al concetto stesso di integrazione, funzione attiva e costante del legame sociale, non unione statica, corpo organico, ritenuto non originale ed inconsistente nella proposizione di un legame privo di una precisa qualificazione (42). Obiezioni che gli sembrano essere rafforzate dall’affermazione di Smend per cui «il principio di senso dell’integrazione, dell’associazione unificatrice, non è quello dello Stato in generale, ma quello della sua costituzione» (43), in quanto ritiene che non sia possibile considerare la costituzione come ordinamento giuridico dello Stato e, al tempo stesso, sostenere che la realtà dello Stato possa realizzarsi «in modo del tutto indipendente» (44) dall’ordinamento giuridico positivo. Ma, a ben considerare, non è propugnata da Smend una totale

(41) *Ivi*, pp. 77-78.

(42) H. KELSEN, *Der Staat*, cit., p. 52. In questo contesto Kelsen polemizza con la definizione smendiana del nesso Stato - integrazione: «Lo Stato esiste solo perché ed in quanto si integra continuamente, si costruisce nei e a partire dai singoli — e in questo processo continuo consiste la sua essenza di realtà sociale spirituale»: R. SMEND, *Costituzione*, cit., p. 76.

(43) *Ivi*, p. 54.

(44) H. KELSEN, *Der Staat*, cit., p. 53.

“indipendenza” della costituzione dalla realtà della vita statale ma una costante correlazione conseguente al dinamismo stesso dei «fondamenti istintivi», delle «funzioni vitali» che essa consacra in modo mai esaustivamente completo: «La costituzione è l’ordinamento giuridico dello Stato, più precisamente della vita in cui esso ha la sua realtà vitale, cioè del suo processo di integrazione. Il senso di questo processo è la sempre nuova produzione della totalità di vita dello Stato, e la costituzione è la normazione tramite leggi di singoli aspetti di questo processo» (45).

Introducendo l’analisi del primo tipo di integrazione smendiana — il tipo personale — Kelsen solleva il sospetto di un’ambiguità che celerebbe una implicita valutazione politica: ciò, in particolar modo, nel giudizio che Smend dà della funzione governativa la quale *deve* — e Kelsen sottolinea questo *soll* — integrare non soltanto una parte dei cittadini ma tutto il popolo dello Stato. In questa affermazione si celerebbe un giudizio di valore, un’immagine del «governo giusto» (46).

Il soffermarsi di Smend, quale esempio pregnante, sulla «funzione integrativa» della monarchia è per Kelsen indice significativo di un’utilizzazione politica da parte del giurista tedesco del suo apparato concettuale. Kelsen sottolinea il ruolo subordinato che Smend affida alla «funzione tecnica» del monarca, all’assolvimento dei compiti ad esso demandati dalla costituzione; ed effettivamente Smend definisce “meccanicistica” una considerazione della sola funzione tecnica che si limita ad enumerare meramente i vantaggi e gli svantaggi della figura del monarca ponendo in primo piano quella che può definirsi una «funzione facoltativa» e trascurando «completamente il compito indispensabile, vale a dire essere nella propria persona l’incarnazione, l’integrazione della totalità del popolo», essere insomma il «simbolo» dell’unità (47). Kelsen accusa dunque Smend non solo di rovesciare, per così dire, le priorità antepo-
nendo alla funzione tecnica la funzione simbolica, ma di più, gli rimprovera

(45) R. SMEND, *Costituzione*, cit., p. 150.

(46) H. KELSEN, *Der Staat*, cit., p. 55.

(47) R. SMEND, *Costituzione*, cit., p. 84.

di porre in antitesi le due funzioni come se « la funzione simbolica non fosse che il riflesso di quella tecnica » (48).

Traspare in questa critica l'intento costantemente e tenacemente perseguito di criticare sistematicamente la necessaria coesistenzialità dell'elemento politico, ossia carismatico, alla forma-Stato in quanto tale, alla sua forma cioè di fenomeno tecnico-giuridico. E ciò stupisce in quanto Smend nelle sue affermazioni si pone nel solco della grande tradizione del pensiero politico che ha il suo culmine nell'idea hegeliana di Stato di potenza. Nei *Lineamenti di Filosofia del Diritto* Hegel afferma: « La personalità dello stato è reale soltanto se intesa come una *persona, il monarca* », ed aggiunge: « Il concetto del monarca è il concetto più difficile per il raziocinamento, cioè per la riflettente considerazione dell'intelletto, perché tale raziocinamento si ferma alle determinazioni isolate, e perciò poi anche conosce soltanto argomenti, punti di vista finiti e il *dedurre* da argomenti. Così esso espone la dignità del monarca come qualcosa di *dedotto* non soltanto secondo la forma, bensì secondo la sua determinazione; peraltro il suo concetto è di essere non un che di dedotto, sibbene ciò che *ha inizio semplicemente da sé*. Pertanto si avvicina qui più di tutto alla verità la rappresentazione di considerare il diritto del monarca come fondato sull'autorità divina » (49). Ma *oltre* Hegel la coesistenzialità del politico alla sfera tecnico-giuridica è incisivamente sostenuta da Max Weber, proprio quel Weber che Kelsen — ma anche Smend — colloca all'interno del luogo comune della secolarizzazione della politica, della *risoluzione* del politico, del carisma nella gabbia d'acciaio della burocrazia. Quell'opposizione che Smend pone fra attività integratrice ed attività tecnica è il fulcro di due tra i più importanti scritti politici di Weber, *Parlamento e governo nel nuovo ordinamento della Germania* e *La politica come professione* che costituiscono le dighe nell'ambito delle quali si sviluppa il discorso politico weberiano, nonché nelle ultime pagine di *Economia e società*. Innanzitutto sul sovrano nella monarchia costituzionale: proprio qui appare pregnante, nella riflessione weberiana, la differenza che costituisce l'essenza del politico,

(48) H. KELSEN, *Der Staat*, cit., p. 56.

(49) G.W. HEGEL, *Lineamenti*, Bari 1987, par. 279.

tra aspetto tecnico ed aspetto carismatico, ossia tra dipendenza dall'ordinamento da un lato e libertà, elemento creativo dall'altro. Infatti « nonostante la sua impotenza, il sovrano parlamentare viene conservato soprattutto perché egli, con la sua semplice esistenza, e per il fatto che il potere viene esercitato 'in suo nome', garantisce in virtù del suo carisma la *legittimità* dell'ordinamento sociale e patrimoniale esistente, e tutti gli interessati hanno ragione di temere che la sua eliminazione possa scuotere la credenza nella 'conformità al diritto' di questo ordinamento ». Ricoprendo una carica « suprema », « assegnata una volta per tutte », egli al tempo stesso « contiene formalmente il desiderio di potenza dei politici », assicurando così « una partecipazione realmente attiva al potere politico non in virtù di regole giuridiche, ma soltanto in virtù di un'eminente capacità personale o di un'elevata influenza sociale » (50).

Qual è allora la differenza che il politico induce e mantiene accanto al giuridico? Perché Weber parla nell'ambito del processo di democratizzazione di una « forma cesaristica di selezione dei capi » (51), di una « scelta plebiscitaria » accanto alla « scelta parlamentare » dei capi (52)?

Ed ancora, dalla differenza tra aspetto tecnico ed aspetto integrativo prende le mosse la riflessione di Weber sul problema « delle future forme di organizzazione politica » di fronte all'irreversibile avanzata della burocratizzazione: la questione « più importante di tutte, sorge dalla considerazione di ciò che la burocrazia come tale *non è in grado di fare* » (53), la questione cioè dei limiti della funzione burocratica e dunque della differenza dell'aspetto tecnico-burocratico rispetto allo « spirito direttivo ». Differenza, precisa Weber, « non necessariamente nella forma, ma certo nella sostanza » (54). Formalmente, dice insomma Weber, da un punto di vista tecnico-giuridico, le funzioni direttive non differiscono da tutte le altre funzioni e così è anche per il ministro rispetto ai funzionari

(50) M. WEBER, *Economia e società*, Milano, Edizioni di Comunità, 1960², II, p. 461.

(51) *Ivi*, p. 746.

(52) *Ivi*, p. 748.

(53) *Ivi*, p. 704.

(54) *Ivi*, p. 705.

governativi. Materialmente, invece, ossia « per il *sensu* della sua posizione, egli è [...] deve essere qualcosa di diverso dagli altri funzionari » (55). E, « la differenza sta soltanto in parte nel carattere della prestazione che si attende »: inaccettabile è infatti quella concezione, ribadisce Weber, che vorrebbe il dirigente arbitro della decisione, il funzionario, invece, relegato in un « ordinario lavoro subalterno ». La differenza che costituisce l'essenza del carisma e l'essenza del politico rispetto alle altre funzioni e che ne fa, per dirla con Smend, il perno del processo di integrazione statale, sta, piuttosto, « nella specie di *responsabilità* dell'uno e dell'altro »: il funzionario si affida, nell'« eseguire coscienziosamente » gli ordini alla responsabilità di coloro che questi ordini gli hanno impartito; questo è il suo onere di funzionario, armonizzare la propria convinzione con l'ordine dell'apparato in modo assoluto, in modo che essa appaia unica. Il politico, invece, lotta per affermare la propria creativa convinzione anche contro le direttive dell'apparato e soprattutto nel portare intera su di sé la responsabilità di ciò che quella convinzione comporta: il carisma del politico gli deriva dunque non già dall'uniformarsi all'ordinamento, ma *proprio all'opposto* nel distaccarsi da esso, nel saper-sene nel profondo distaccare e nel lottare per imporre il proprio punto di vista, perché è la passione per la « Sache » e non già l'esser ligio all'ordinamento il fine della sua azione nello Stato.

Ecco dunque perché aspetto tecnico ed aspetto integrante non solo possono ma *devono* restare come elementi differenti di un'unità che è quella dello Stato.

Rispetto dunque allo spettro 'semantico' del problema, così come si è brevemente cercato di delinearlo, quantomeno elusiva appare la critica kelseniana la quale si sofferma, più che altro, nell'individuazione di contraddizioni terminologiche tendenti a mostrare l'inconsistenza delle tesi smendiane. Così, continuamente Kelsen ritorna a rimproverare Smend di ridurre il concetto dell'unità statale ad un fenomeno socio-psichico, e dunque naturalistico (56) in quanto dal punto di vista della dottrina pura del diritto, che identifica Stato e ordinamento giuridico, l'unico asse di valutazione possibile, l'asse che *fonda e spiega* lo Stato, è la norma; mentre per

(55) *Ibidem.*

(56) Cfr. ad es. *op. cit.*, p. 62.

Smend il sistema di norme, lungi dall'essere pensato come fondante, appare come risultato soltanto possibile e comunque sempre precario; di qui la centralità del processo di integrazione di valori comuni ed aggreganti che trovano la loro radice viva e vitale in motivazioni esterne alla statica tecnico-giuridica.

Appare perciò sintomatico di questa incomunicabilità concettuale fra i linguaggi dei due autori che Kelsen si meraviglia del fatto che Smend ponga la vita spirituale e sociale come un progresso apparentemente infondato — e comunque non fondato dall'ordinamento giuridico — « verso la sempre nuova produzione di un'unità in sé conclusa e priva di contraddizioni, cioè nel sempre nuovo elevarsi di un ordinamento giuridico positivo a una unità spirituale vivente »⁽⁵⁷⁾. Sintomatico soprattutto del fatto che qui si trovano di fronte due concezioni culturali, ma anche due *fedi* differenti: quella di Kelsen, liberale, che crede possibile contenere il conflitto sociale sulla base del sistema chiuso delle norme giuridiche, che antepone dunque il giuridico in quanto momento fondante, alla sfera politica, nella convinzione che la costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico legando alla perfezione nell'istanza ordinamentale posizione ed esecuzione della norma riesca a frenare e ad annullare le spinte extra-normative dell'istanza politica; quella di Smend, ancora con gli occhi rivolti allo Stato prussiano, pone la « legislatività dello spirito rispetto al valore », ossia l'etica comunitaria come l'unico possibile saldo fondamento alla crisi della democrazia weimariana e che dunque necessariamente rovescia, o meglio *sdoppia*, la priorità kelseniana nella convinzione che l'ordinamento giuridico non sia che risultato ed indice, mai fondamento, dell'ordine politico.

3. *Dimensioni della sovranità.*

La teoria kelseniana dello Stato rappresenta il fondamentale referente polemico di Hermann Heller. Egli ne sottolinea la continuità con il « positivismo logico » di stampo naturalistico e storico-matematico raccolto intorno al « fiero vessillo del metodo giuridi-

(57) R. SMEND, *Costituzione*, cit., pp. 110-111.

co» (58). L'elaborazione di una legge generale che nella sua astrattezza elimina ogni individualità ed assume a metodo il procedere delle scienze della natura, proprio nella sua tendenza al conoscere *oggettivo* perde il suo oggetto che, secondo Heller, non può mai cogliersi come definito e precostituito ma che, invece, costantemente si pone solo e soltanto nella propria specificità storica, in cui esiste ed in cui è possibile ritrovarlo. Il « fatto », relegato dal kelsenismo al di fuori del mondo giuridico, è per Heller un'astrazione improduttiva, che non esiste come dato da mediare nella conoscenza volitiva e creatrice di ordini.

La completa contrapposizione del giuridico al reale trascura che

(58) H. HELLER, *Osservazioni*, cit., p. 382. Per la letteratura critica su Heller si indicano, senza alcuna pretesa di esaustività: AA.VV., *Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891-1933*, a cura di Ch. Müller e I. Staff, Baden-Baden 1984; S. ALBRECHT, *Hermann Hellers Staats- und Demokratieauffassung*, Frankfurt-New York 1983; U. POMARICI, *Oltre il positivismo giuridico. Hermann Heller e il dibattito sulla costituzione weimariana*, Napoli 1989; G. ROBBERS, *H. Heller: Staat und Kultur*, Baden-Baden 1983; W. SCHLUCHTER, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat. Hermann Heller und die staatsrechtliche Diskussion in der Weimarer Republik*, Baden-Baden 1983²; tra i lavori, poi, che fanno consistenti riferimenti all'opera e alla figura di Heller, vanno perlomeno ricordati: W. ABENDROTH, *Antagonistische Gesellschaft und politische Demokratie*, Neuwied und Berlin, 1972, pp. 109-138; W. BAUER, *Wertrelativismus und Wertbestimmtheit in Kampf um die Weimarer Demokratie. Zur Politologie des Methodenstreits der Staatsrechtslehrer*, cit., pp. 349-426; J. BLAU, *Sozialdemokratische Staatslehre in der Weimarer Republik*, Marburg 1980, pp. 62-214; P. COSTA, *Il modello giuridico della sovranità: considerazioni di metodo e ipotesi di ricerca*, in « Filosofia politica », a. V, n. 1, giugno 1991; E. HENNIG, *Hermann Heller. Anmerkungen zum Versuch einer Synthese von Nationalismus und Sozialismus*, in *Neue politische Literatur*, H. 4, 1971, pp. 507-519; P. VON OERTZEN, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*, Frankfurt am Main, 1974, passim; F. OSTERROTH, *Der Hofgeismar-Kreis der Jungsozialisten*, in « Archiv für Sozialgeschichte », 4, 1964, pp. 525-569; P. PASQUINO, *Hermann Heller: sovranità e rappresentanza*, introduzione a H. HELLER, *La sovranità e altri scritti...*, cit., pp. 2-14; U. POMARICI, *Nota del curatore*, in: H. HELLER, *Dottrina dello Stato*, cit., pp. 443-451; U.K. PREUSS, *Zum staatsrechtlichen Begriff des öffentlichen untersucht am Beispiel des verfassungsrechtlichen Status kultureller Organisationen*, Stuttgart 1969, pp. 27 ss., 131 ss.; B. SORDI, *Sovranità e integrazione: rileggendo due teorie dello Stato*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 18 (1989), pp. 643-667; R. TREVES, *La dottrina dello Stato di Hermann Heller*, in *Studi in onore di Francesco Messineo*, Milano 1958, vol. 4, p. 447 ss.; TH. VESTING, *Aporien des rechtswissenschaftlichen Formalismus: Hermann Hellers Kritik an der Reinen Rechtslehre*, in « Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie », vol. 1991 LXXVII/Heft 3.

«ogni diritto, poiché è una realtà che ha radici nell'esistente, ha un aspetto storicamente individuale» ⁽⁵⁹⁾, è «dato storico [...] mai 'puro', ma gravato da un residuo terrestre» ⁽⁶⁰⁾. La ricerca di una «validità in generale» viene perseguita su di un piano meramente logico, come luogo di unità astratta, pura equivalenza matematico-naturalistica, del molteplice. La concezione dello Stato che ne deriva è pertanto volutamente avulsa dalla decisione quale istanza imprescindibilmente individuale ⁽⁶¹⁾.

Mi sembra che in questo punto la critica helleriana colga veramente il segno; l'elaborazione di leggi generali perseguita specie dal primo Kelsen nella netta separazione dalla particolarità storica del reale, caratterizza una dimensione prettamente statica.

Lo Stato definito da Heller «[...] concreta unità politica nella molteplicità» ⁽⁶²⁾ non è forse vicino allo Stato dell'«integrazione materiale» di Smend o allo Stato schmittiano che nella costituzione fonda l'unità politica? Lo sforzo di questi tre autori — se si vuole tentare di individuare una coordinata comune, un loro possibile, comune orizzonte di riferimento — sta tutto nel collocare su un piano differente il problema dell'unità come lo aveva impostato e risolto il kelsenismo. Tentare dunque il comprendere lo Stato (nonché evidentemente il diritto e la sovranità), non a partire da leggi che lo precostituiscano ma, all'opposto, tentare di ritrovare nella concreta relazionalità dell'oggetto quella che Heller, in esplicito riferimento a Kant, poneva come l'*esperienza possibile*. Da questo tipo di riflessione nascono tanto la dottrina dell'integrazione di Smend, quanto il concetto amico/nemico di Schmitt, nonché il concetto di sovranità helleriano. Tentare di risolvere in modo diverso il problema politico dell'unità: un'unità che viene tanto più tenacemente perseguita quanta più lucida consapevolezza esiste della mancanza di una metodologia in grado di realizzare questo scopo ⁽⁶³⁾.

L'intento di Kelsen di liberare la dottrina dello Stato dal problema della sovranità, dal suo 'dogma', è rivolto, all'opposto, alla

⁽⁵⁹⁾ H. HELLER, *Osservazioni*, cit., p. 384.

⁽⁶⁰⁾ *Ivi*, p. 395.

⁽⁶¹⁾ *Ivi*, p. 393.

⁽⁶²⁾ H. HELLER, *La sovranità*, cit., p. 69.

⁽⁶³⁾ Cfr. per tutti, la riflessione di H. HELLER, *Dottrina dello Stato*, cit., pp. 59-60.

purificazione del 'giuridico' da ogni residuo metafisico: « la dissoluzione teoretica del dogma della sovranità, di questo massimo strumento dell'ideologia imperialistica [...] costituisce uno dei risultati più importanti della dottrina pura del diritto » (64). In questo sforzo Kelsen appare ad Heller particolarmente vicino al sindacalismo francese e, in particolare, a Leon Duguit: per entrambi, infatti, l'intento principale è quello di liberare la scienza giuridica da ogni componente metafisica ridefinendo la portata di categorie fondamentali — persona, volontà, norma — nella loro esclusiva valenza tecnico-giuridica (65).

Da questo punto di vista la dottrina pura del diritto rappresenta per Heller il paradigma della crisi della dottrina dello Stato nella cultura tedesca, il prodotto finale di un procedimento che tende ad isolare la dottrina dello Stato dalle scienze sociali, procedimento che, iniziatosi già con il Romanticismo e con la scuola storica, ha assunto nelle teorizzazioni del Gerber, Laband e, in certa misura, Jellinek, di cui Kelsen è fedelissimo erede, un carattere definitivamente formalistico, « privo di sostanza e di legami verso l'alto e verso il basso » (66), Il netto distacco, operato da Kelsen, della dottrina dello Stato dalle scienze sociali per assorbirla *in toto* nella 'sistematica' del diritto, il suo rifiuto di considerare gli elementi metafisici ed etici presenti nella fondazione giuridica, nonché il perseguimento di una purezza metodologica si accompagnano al rifiuto di una qualsiasi utilizzazione della stessa sociologia da parte della dottrina dello Stato. Se nell'organicismo di Gierke permane il tentativo di una spiegazione complessiva dello Stato, inteso come « prodotto necessario delle forze sociali che operano negli individui » (67), in Laband si assiste ad una radicalizzazione nell'approccio formalistico tale da eliminare nella definizione stessa dei soggetti giuridici qualunque

(64) H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, Franz Deuticke Verlag, p. 153 (trad. it. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1952, p. 168).

(65) H. HELLER, *La sovranità*, cit., p. 83 ss.

(66) *Ivi*, p. 35.

(67) O. V. GIERKE, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien*, Tübingen 1915, p. 97.

considerazione che esuli dalla mera riduzione alla componente giuridica, dalla mera qualificazione normativa.

Con Jellinek, poi, si arriva alla completa separazione della giurisprudenza dalla sociologia, separazione che, comunque, non riesce ad essere coerentemente perseguita lungo tutto lo sviluppo della sua teoria: momenti 'sociologici' — quali ad esempio il territorio — si incuneano nella netta contrapposizione fra una dottrina generale dello Stato ed una sociologia generale dello Stato rendendo 'impura' ed imperfetta l'enucleazione di una sfera giuridica autonoma.

Con Kelsen, infine, si consuma per Heller la netta separazione della scienza giuridica dalle altre scienze sociali, separazione tesa a costituire le pure forme del diritto, « fragili al pari di sfere di vetro soffiato »⁽⁶⁸⁾ ma cogenti al punto da liberare l'operatore del diritto dal problematico misurarsi e dal confronto critico con i dati della realtà storica. Lo « Stato senza Stato », il « diritto senza diritto », questo processo di svuotamento interno conseguente alla disincarnazione dal reale, alla sottrazione delle categorie giuridico-formali all'*humus* da cui pure traggono origine, ha importanti implicazioni nella formulazione del problematico concetto helleriano di sovranità: « nel sistema della 'dottrina pura del diritto' l'assenza di dimora per il concetto di sovranità è una derivazione necessaria della mancanza di soggetto in quella dottrina. L'immagine giuridica del mondo non è mai stata spersonalizzata in modo più radicale, ed il problema del rapporto fra individualità e norma non è mai stato negato in modo più reciso »⁽⁶⁹⁾. Nella teoria kelseniana, sottolinea Heller, la persona si riduce a centro di imputazione di fattispecie normative, fittizia creazione dell'ordinamento giuridico: la persona, sia essa persona fisica, giuridica e lo Stato stesso. La sovranità, fondata da Bodin nel potere di porre ed abrogare le leggi, viene a scomparire nell'impersonalità della legge, forma senza comando, senza volontà.

Non è certo casuale che Heller ponga Bodin al centro della sua analisi del concetto di sovranità: la costruzione realistica del soggetto della sovranità operata da Bodin consente infatti ad Heller di

⁽⁶⁸⁾ H. HELLER, *La sovranità*, cit., p. 43.

⁽⁶⁹⁾ *Ivi*, p. 79.

opporsi al processo senza soggetto cui approda l'ordinamento giuridico costruito da Kelsen. Ed ancora mentre Bodin pone in primo piano e in grande evidenza il rapporto problematico fra volontà e norma, Kelsen tenta di dissolverlo volgendolo sul piano metodologico e costruendo in tal modo una sfera del puro dover essere a priori separata dalla volontà concreta. Bodin è infine funzionale alla teoria helleriana anche da un punto di vista immediatamente politico: il sovrano di Bodin è un titolare dell'autorità sicuro di sé ed improntato alla decisione; Kelsen, invece, mira con la sua dottrina dello Stato a rassicurare una borghesia impaurita che spera di aggirare i rischi insiti nell'azione e nella decisione tramite l'autorità onnipervasiva ed oggettiva del diritto positivo, una borghesia il cui ideale era rappresentato da un ordinamento il quale rendesse superflua la dimensione politica e decisionale, riducendosi con ciò a pura amministrazione dell'esistente. È dunque sintomatica l'attenzione rivolta da Heller a Bodin e alla dottrina classica della sovranità: egli voleva infatti coniugare la dottrina dello Stato — e, ciò, con grande lucidità soprattutto nella sua ultima opera, la *Dottrina dello Stato* — come scienza politica.

L'acquisizione positiva della teoria bodiniana — una concezione problematica della relazione volontà/norma e la consapevolezza dell'impossibilità di difendere l'ordinamento giuridico in una formalizzazione assoluta — non porta però Heller a disconoscere il carattere vincolante dell'ordinamento giuridico. Quest'ultimo resta però sempre condizionato dal titolare della volontà politica nonostante la propria, relativa autonomia normativa: il diritto, sia che si concretizzi in un ordine autoritativo, sia che si concretizzi in un ordine contrattuale, resta sempre dipendente dalla volontà. Ed è proprio il momento della volontà l'elemento che 'muove' il processo giuridico nella teoria helleriana: «Anche se si immagina l'umanità come un'unica organizzazione autoritativa — afferma Heller — la produzione e l'applicazione del diritto rimangono pur sempre vincolate alle decisioni di volontà individuali. Ciò che vale in generale per ogni idea, vale in particolare per l'idea del diritto; essa appare soltanto sotto una forma mascherata! Anche la decisione umana più oggettiva è quindi sempre soggettiva e dovunque sia in questione l'ordine di un comportamento sociale e non solo un accordo di principio, l'autorità esercitata direttamente da un'idea è impossibile.

Anche quando il motivo della disposizione ad obbedire, oltre all'abitudine, all'interesse ed all'inclinazione, viene rafforzato dalla forza obbligatoria di un'idea, continua ad essere indispensabile un'unità di volontà che individualizzi il significato dell'idea» (70). Quindi il momento volitivo, decisionale, l'«unità di volontà» è l'aspetto che caratterizza la sovranità. Una decisione, una volontà che non assume rilevanza però, come in Schmitt, nel caso d'eccezione ma anzi nella situazione normale, ordinaria, nella regolarità della positivizzazione giuridica.

Kelsen, all'opposto, nella 'purezza' della sua dottrina ha nettamente contrapposto il dover essere alla volontà ipostatizzando costantemente la separazione dell'essere dalla normatività.

Gli ordinamenti giuridici concreti sono per Heller istituiti e continuamente consolidati dalle decisioni. Questa sottolineatura della centralità della volontà nella realizzazione e nella conservazione dell'ordinamento giuridico non diventa tuttavia in Heller incondizionato volontarismo: come si è accennato, la volontà costitutiva è essa stessa vincolata normativamente. Analogamente a Bodin, che distingue tra *ius* e *lex*, Heller distingue fra principi giuridici sovrappositivi, ossia « principi costitutivi del contenuto del diritto con una pretesa etica di validità » (71), oppure « principi per la costruzione della forma pura del diritto » (72) e norme giuridiche positive scaturite da un atto di volontà vincolato a quei principi giuridici sovrappositivi (73). L'ordinamento giuridico non è per Heller risultato di un 'automovimento' ma di un processo continuo di posizione di atti individuali di scelta, di una mediazione continua tra mondo dei valori e contenuti positivi storicamente determinatisi nell'esperienza. Il diritto positivo non può dunque nascere né dalla semplice convinzione nella sua giustizia, né da una decisione arbitraria. La positività del diritto si fonda piuttosto « da un lato nell'idealità dei principi giuridici, dall'altro nella fattualità sociale di un'unità volontaria che decide in ultima istanza e positivizza la norma giuridica, cioè la traspone dal regno delle possibilità giuridiche limitate solo da

(70) *Ivi*, p. 99.

(71) *Ivi*, p. 110.

(72) *Ibidem*.

(73) *Ivi*, pp. 111-113.

quei principi, peraltro innumerevoli, in quello della realtà singolare del diritto» (74).

Il problema della sovranità viene da Heller strettamente legato alla questione: come possono venire positivizzati in modo vincolante i principi giuridici in una comunità storica, concreta? (75).

Innanzitutto: sovrano è, per Heller, il titolare di un'unità di « decisione efficace » (76), un'unità che si estrinseca, come già si è accennato, non nella eccezionalità di una decisione ultima, ma nella ordinarietà di una decisione « costante ed universale » (77). Ed infatti egli definisce il diritto come un « ordinamento sociale posto dall'autorità esistente in una comunità, il quale limita, per mezzo di norme, il comportamento sociale, cioè degli uni verso gli altri, di soggetti dotati di volontà » (78). Il problema della sovranità può venire risolto, dunque, solo allorché esiste un soggetto della sovranità che, grazie alla decisione, positivizza i principi giuridici nella determinazione e nella coerenza delle condizioni storico-sociali. La questione della sovranità e del suo soggetto diventa allora quella dell'unità dello Stato moderno. Essa non può né venire costruita in base ad un principio metafisico, né venire posta come finzione giuridica: essa deve venire mostrata come realtà sociale e politica, in quanto il processo di secolarizzazione della modernità impedisce qualsiasi fondamento di legittimazione trascendente al potere. Sovranità è dunque, per Heller, « la proprietà di un'unità di azione e di decisione universale sul territorio, in forza della quale per garantire il diritto essa si afferma in modo assoluto eventualmente anche contro il diritto » (79).

Questo è il punto di vista che vede Heller in contrasto non solo con la scienza dello Stato in alcune sue decisive espressioni, ma lo

(74) *Ivi*, p. 113.

(75) *Ivi*, pp. 94 ss.

(76) *Ivi*, p. 100.

(77) *Ivi*, p. 104.

(78) *Ivi*, p. 108.

(79) *Ivi*, p. 244. Sul punto cfr. P. PASQUINO, *Introduzione*, a H. HELLER, *La sovranità*, cit., p. 12, il quale sottolinea come in questo affermarsi della decisione « eventualmente anche contro lo Stato » vive tutta la conflittualità di una continua trasformazione — trasformazione dei principi giuridici in norme, dello *jus in lex* — il cui motore è proprio la decisione sovrana intesa come decisione riprodotte e dinamica.

pone, soprattutto, al centro fra positivismo giuridico e decisionismo. Heller concorda infatti con Carl Schmitt allorché egli dice che il problema della sovranità va inteso all'interno della categoria di decisione, che la fede razionalistica nella legge, cioè, non è in grado di risolvere il vero nodo che si cela nella categoria di decisione: l'individualità⁽⁸⁰⁾.

Heller concorda peraltro con Kelsen: ancorare la sovranità ad un organo che decida sullo stato d'eccezione vuol dire misconoscere un'autonomia fondamentale all'ordinamento giuridico. Heller si pone così al centro tra Kelsen e Schmitt: egli è un fautore della sovranità dello Stato come «unità di decisione universale suprema»⁽⁸¹⁾, che, in quanto tale, dà unità e univocità al sistema giuridico nella molteplicità e varietà delle sue norme, nella singolarità e concretezza storica dei suoi contenuti resi validi non attraverso un processo logico ma in base ad un atto creativo, volitivo, mai semplicemente conoscitivo. L'assunzione «di una *volonté générale* rappresentata e concretamente presente»⁽⁸²⁾ mostra l'intenzione di Heller di declinare la teoria dello Stato come teoria della democrazia. Ecco che le categorie di decisione, di sovranità, di «unità universale di decisione sul territorio» trovano una prima concretizzazione politica: il potere, che è sempre potere *rappresentativo*, ed il suo esercizio devono sempre restare vincolati a questa volontà generale. La democrazia può realizzarsi, per Heller, solo lì dove la struttura istituzionale, la forma organizzativa riflettono l'idea-forza della discussione razionale come mezzo per la formazione dell'unità statale. Il parlamentarismo, che è la forma organizzativa di questo sistema, s'innalza a valore⁽⁸³⁾.

⁽⁸⁰⁾ H. HELLER, *La sovranità*, cit., p. 134.

⁽⁸¹⁾ *Ivi*, p. 168.

⁽⁸²⁾ *Ivi*, p. 167.

⁽⁸³⁾ Qui va ricordato, per un possibile e positivo raffronto delle posizioni di Heller e Kelsen, che la concezione helleriana del parlamentarismo è, proprio nello stesso senso di Kelsen, diretta contro Carl Schmitt: cfr. H. HELLER, *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung* (1927¹), ora in ID., *Gesammelte Schriften*, Bd. 2, pp. 203-247 (trad. it., *Il concetto di legge nella costituzione di Weimar*, in H. HELLER, *La sovranità*, cit., pp. 317-318; ID., *Politische Demokratie und soziale Homogenität*, (1928¹), ora in ID., *Gesammelte Schriften*, cit., Bd. 2, p. 427; ID., *Europa und der Faschismus*, (1929¹), ora in *Gesammelte*, cit., pp. 469, 489; ID., *Genie und Funktionär in der Politik*, (1930¹), ora in

E qui Heller si volge contro la nota critica di Schmitt al parlamentarismo ⁽⁸⁴⁾ contestandone tanto il punto di vista storico, quanto la posizione che questi attribuisce a tale forma politica intendendola come principio storico-spirituale. Il parlamentarismo — qui un possibile legame con Kelsen — è innanzitutto uno strumento di tecnica sociale che acquista il proprio significato in base alla validità del principio materiale dello Stato di diritto. La sua crisi non consegue dunque, per Heller, dal fatto che la ‘verità’ non sarebbe più raggiungibile attraverso la discussione, come sostiene Schmitt; essa risiede piuttosto nel fatto che « manca quella comunità di volontà e di valori presupposta che è la base comune indispensabile per una discussione parlamentare pacifica » ⁽⁸⁵⁾. Principio maggioritario e rappresentanza acquisiscono quindi tutto il loro spessore e la loro forza — in quanto mezzi tecnici — solo lì dove è presente una volontà statale, sia pure ancora in via di formazione. Solo l’esistenza di una volontà generale può infatti « indurre la minoranza a sottomettersi ai rappresentanti nominati dalla maggioranza » ⁽⁸⁶⁾.

Per quel che concerne, poi, la relazione tra volontà e norma si è già accennato al fatto che Heller instaura un rapporto, innanzitutto, fra principi giuridici e norme giuridiche ⁽⁸⁷⁾: i primi, in quanto *possibilità* inerenti il mondo giuridico necessitano della decisione sovrana per diventare realtà giuridica e quindi diritto positivo. Questo però non elimina il rischio di un’interpretazione decisionistica, in quanto i principi giuridici, se pure obbligano la volontà, risultano così generali da lasciare ampi margini alla volontà sovrana nell’azione e nella decisione.

Può certo costituire una forza della dottrina helleriana il fatto che il rapporto fra principio giuridico e norma giuridica non venga

Gesammelte, cit., pp. 619-620; ID., *Autoritärer Liberalismus*, (1933¹), ora in *Gesammelte*, cit., p. 647.

⁽⁸⁴⁾ Citiamo *Der Begriff des Politischen, Legalität und Legitimität* e *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* quali opere più significative nello sviluppo della polemica schmittiana contro l’ideologia liberale della forma parlamentare.

⁽⁸⁵⁾ H. HELLER, *Europa*, cit., p. 469.

⁽⁸⁶⁾ H. HELLER, *La sovranità*, cit., p. 140.

⁽⁸⁷⁾ *Ivi*, pp. 192 ss.

concepito come rapporto linearmente deduttivo, bensì venga inquadrato in un nesso dialettico mediato dagli atti di volontà ⁽⁸⁸⁾.

Ciò può essere tuttavia visto anche come una debolezza della dottrina helleriana: l'interpretazione che la volontà fornisce, nella sua decisione, del principio giuridico è una tra le molteplici interpretazioni, tutte ugualmente possibili ⁽⁸⁹⁾.

Da questo punto di vista la positivizzazione dei principi appare interamente consegnata alla discriminazione arbitraria del detentore del potere: quel che trasforma le « infinite possibilità » contenute nei principi, non sembra essere né una scala 'oggettiva' di valori, né la stessa appartenenza al principio, quanto la « possibile » fruizione del titolare dell'autorità. Il titolare dell'autorità si impone con la propria decisione, dunque, non perché ne ha il 'diritto', ma perché ha il potere di fare ciò. Il soggetto della sovranità viene così implicitamente assunto ad istanza di trasformazione dell'indecidibilità di quelle « infinite possibilità » contenute nei principi, nella decisione fattuale che pone il diritto come potere. Da questo punto di vista è lo stesso concetto di giustizia a diventare problematico.

Insomma, nella relazione istituita da Heller fra principio giuridico e norma giuridica viene in luce il rischio cui, costantemente, resta esposto tutto il diritto positivo, la sua interna fragilità, nonché la sua ineliminabile dipendenza dal potere e dalla sfera etica.

Se il diritto nasce dalla positivizzazione di principi giuridici ad opera della decisione sovrana esso non opererà allora esclusivamente grazie ai suoi propri autonomi strumenti. È solo grazie al potere che esso verrà sanzionato e conservato nella sua validità, né potrà contraddire quella consapevolezza giuridica dominante nello specifico ambito culturale, poiché essa, orientata com'è a principi giuridici sovrapositivi funge da istanza critica.

Il diritto positivo appare così in Heller posto al centro della tensione fra potere e morale: un potere, che, per quanto sovrano, resta vincolato alla volontà generale concreta; una morale che, per quanto critica, non ha carattere giusnaturalistico e metastorico, ma

⁽⁸⁸⁾ Cfr. per questa problematica: H. HELLER, *Dottrina dello Stato*, cit., pp. 342 ss., 348-350, 374-375; Id., *La sovranità*, cit., p. 111 ss.; Id., *Il concetto di legge*, cit., p. 330.

⁽⁸⁹⁾ W. SCHLUCHTER, *Entscheidung*, cit., p. 99; H. HELLER, *La sovranità*, cit., p. 113.

piuttosto storico-culturale. Ma questo era, appunto, il fine che Heller si era prefisso nell'indagare le radici della sovranità contemporanea; tentare di spiegare e porre al centro la tensione esistente fra diritto, potere e morale senza cadere né nel giusnaturalismo, né nel positivismo storicistico.

È a questo punto opportuno tematizzare la differenza che assume la dottrina helleriana della sovranità nel passaggio da *La sovranità* alla *Dottrina dello Stato*: quel consenso realmente presente e rappresentabile, che costituiva e connotava il potere supremo de *La sovranità*, diventa nella *Dottrina dello Stato* molto meno 'visibile' e sicuro. Il colpo decisivo a questa certezza che animava il testo del 1927 risale naturalmente agli immediati eventi storici legati alla crisi della repubblica weimariana: nasce così il problema dell'autonomia del singolo di fronte al potere sovrano, problema che costituisce il nerbo delle pagine più mature della *Dottrina dello Stato*.

Ciò non vuol dire che Heller, nella sua ultima opera, abbia rivisto la propria teoria della sovranità ma, certo, vi ha introdotto dei contrappesi: alla ragion di Stato egli contrappone ora, in un drammatico scontro a carattere etico-politico, la ragione giuridica individuale ⁽⁹⁰⁾. Questo è lo scontro, dunque, fra certezza del diritto e legittimità ⁽⁹¹⁾.

Questo conflitto, tuttavia, supera la dimensione politico-giuridica ed istituzionale per acquisire una drammaticità etica in quanto pone la sovranità dello Stato in antagonismo immediato ed irrisolvibile con l'autonomia dell'individuo: «Solo la coscienza giuridica individuale, e sempre soltanto essa, sarà in grado di assicurare la giustizia: nasce così nello Stato moderno un conflitto inevitabile ed insanabile tra la legalità e la legittimità dello Stato. Questo conflitto è inevitabile, perché in un popolo vitale non può mai dominare un consenso generalizzato sul contenuto e sull'applicazione dei principi giuridici in vigore. Ed è insanabile perché entrambi, lo Stato e il singolo, esistono solo nel rapporto conflittuale nel quale si trovano il diritto positivo e la coscienza giuridica» ⁽⁹²⁾.

L'antagonismo fra la potenza sovrana dello Stato e l'autonomia

⁽⁹⁰⁾ Id., *Dottrina dello Stato*, cit., pp. 348-350.

⁽⁹¹⁾ *Ibidem*.

⁽⁹²⁾ *Ivi*, pp. 348-349.

coscienza dell'individuo nasce dal fatto che entrambe sono, in modo differente, in relazione con i principi giuridici etici. I principi giuridici regolano da un lato — in quanto norme rivolte all'intenzione individuale — gli obblighi di fronte alla propria coscienza o a Dio; dall'altro, invece, — in quanto norme sociali — essi regolano gli obblighi contratti verso altri uomini o gruppi ⁽⁹³⁾: nel primo caso ci troviamo dinnanzi ai comandamenti della morale e della religione, mentre nel secondo caso siamo di fronte agli obblighi convenzionali e giuridici; questa differenza, tuttavia, non dipende dal fatto che i principi giuridici hanno contenuti differenziati, ma dal fatto che essi vengono positivizzati da istanze diverse: «al fine di distinguere i differenti tipi di norme, decisivo non è mai il solo contenuto normativo ma, sempre, anche l'autorità cui viene per convenzione imputata la statuizione delle norme» ⁽⁹⁴⁾.

Il conflitto descritto da Heller è quello lacerante ed irrisolvibile della volontà scissa tra l'obbligo normativo del comportamento esteriore, la legalità e l'intenzione normativa del comportamento interiore, la legittimità della coscienza individuale, la moralità. Qui però si può forse dire che nel conflitto fra ragion di Stato e morale individuale entra in crisi quella sovranità dello Stato che nell'opera del '27 Heller aveva descritto come incontrastato ed assoluto potere (incontrastato ed assoluto quantomeno rispetto ad un principio individuale).

Di più: questo conflitto egli non lo vede soltanto come il frutto di una differente statuizione di uno stesso contenuto normativo (le 'diverse' autorità interiori ed esteriori) bensì, per quanto solo implicitamente, come il frutto di una inconciliabilità contenutistica di due principi giuridici etici validi in sé e per sé. Ossia: il principio giuridico che fonda l'autoconservazione dello Stato è in sostanziale contraddizione con il principio giuridico che fonda l'autoconservazione dell'individuo. Il mondo dei valori è scosso da un conflitto che non può trovare soluzione: entrambe le norme, quella sociale e quella dell'intenzione, si rivolgono all'individuo con pari legittimità: all'individuo, cioè, in quanto cittadino, che fa parte di una comunità

⁽⁹³⁾ *Ivi*, pp. 283-284.

⁽⁹⁴⁾ *Ivi*, p. 285.

e all'individuo in quanto singolo, considerato nell'assoluta solitudine della propria coscienza.

La dimensione tragica di questo conflitto sta tutta nell'impossibilità di una sua risoluzione con una misura esterna al conflitto stesso, con un giudizio che ne risolva il nodo.

Ma, a ben guardare, *questo* è proprio il fine di Heller: il principio transpersonale, nel quale tanto il positivismo storicistico, quanto il naturalismo umanistico dello Stato come *magnus homo* à la Gierke giungono a fine. Lo Stato e l'individuo vanno considerati come fini in sé, senza che l'uno debba venire sacrificato all'altro, e senza, quindi, però, — questa è la conclusione paradossale di Heller — che la realizzazione dell'uno possa pensarsi senza la contemporanea realizzazione dell'altro.

Questo e non altro è ciò che Heller, del resto, rivendicava alla conclusione della riflessione metodologica nella sua *Dottrina dello Stato*: l'unità gestaltica, transpersonale dello Stato — nella quale né la forma può venire dedotta dagli elementi, né questi ultimi, a loro volta, possono venire dedotti in modo meccanico ed immediato dalla forma — non può venire *decisa*, prodotta tramite la priorità di *un* elemento rispetto agli altri: la forma che, di volta in volta, si muta è sempre e solo risultato dell'intreccio dialettico degli elementi fra loro, risultato della dipendenza reciproca che essi stessi realizzano nel perseguimento conflittuale dei propri interessi ⁽⁹⁵⁾.

E qui allora va detto che il transpersonalismo — proprio perché è qualcosa di più e di diverso da una semplice somma di istanze precostituite, proprio perché trasforma gli elementi che lo compongono — non coglie lo Stato e l'individuo come istanze astratte, tout-court, ma *quello* Stato e *quell'*individuo che reciprocamente riflettono in modo consapevole gli scopi della parte avversa. Quello Stato non è più, evidentemente, lo Stato-potenza, né lo Stato in quanto compiuto dispiegamento di tecnologie ed amministrazione, ma è, per l'appunto, lo Stato che conserva al proprio interno, come forza viva e vitale il principio e lo scopo della volontà individuale in quanto conflittuale. Lo Stato ha in tal forma l'individuo al proprio

⁽⁹⁵⁾ *Ivi*, pp. 104 ss.

interno e solo così, d'altronde, può rifletterne logiche, intenzioni, interessi, bisogni.

Quello Stato e quell'individuo perseguono i propri scopi solo e soltanto se tengono presente lo scopo esterno dell'altro: questo è, in altri termini, il compimento dello Stato liberale classico, l'annuncio programmatico dei principi fondamentali dello Stato sociale di diritto di cui Heller viene, a giusta ragione, designato fra gli anticipatori in ambito giuridico ⁽⁹⁶⁾.

Cerchiamo allora, infine, di cogliere la radice del problema helleriano, cerchiamo di riarticolare il nodo del conflitto Stato-individuo: tanto le norme regolanti il 'foro interno' individuale, quanto quelle preposte al 'foro esterno' mostrano una concretizzazione dei principi giuridici che differisce tanto, quanto lo richiedono l'autonomia dei due ambiti in questione, quello personale e quello statale. Ora, il principio giuridico, al fine di poter essere esplicitato e posto, deve venir riferito ad ambiti funzionali, al fine di poter acquisire rilevanza di contenuto, potenza effettiva. E questi ambiti funzionali sono organizzati e sorretti da leggi: la sovranità dello Stato da un lato, l'indipendenza del singolo individuo dall'altro. Tanta diversità spiega l'entità abnorme del conflitto: al fine dello Stato, colto nella sua propria origine, la legge che lo governa, è la conservazione del suo potere, potere che altresì può essere conservato solo estendendone in modo sempre più ampio e profondo il controllo; il fine del singolo individuo sta invece nell'armonizzare le convinzioni 'in foro interno' con la realtà esterna, ponendo tuttavia nel caso d'eccezione ⁽⁹⁷⁾ la preminenza assoluta della propria convinzione individuale sulle necessità del 'Tutto'. Il conflitto tra sovranità statale ed autonomia individuale intanto assume forme tragiche, in quanto coinvolge — come un destino — lo Stato nella dimensione etico/esistenziale. Lo Stato potrebbe rinunciare a sovrintendere alla sfera morale, potrebbe rinunciare a 'dialogare' con l'individualità sepa-

⁽⁹⁶⁾ Penso, tra gli altri, ad Abendroth, Ehmke, U.K. Preuss, von Oertzen — per le cui opere si rinvia alla nota 1 — solo per citare alcuni tra coloro che hanno ricostruito la genealogia dello Stato sociale di diritto. Cfr. inoltre, a questo proposito, AA.Vv., *Der bürgerliche Rechtsstaat*, Frankfurt am Main 1978.

⁽⁹⁷⁾ H. HELLER, *Dottrina dello Stato*, cit., pp. 333 ss.

rando morale da diritto. Ma allora il conflitto che fonda lo Stato post-imperiale perderebbe di senso.

Occorre dunque procedere sulla strada di questo conflitto per vedere in che modo esso struttura la relazione Stato-individuo, in che modo esso si traduce in forme stabili, in istituzioni. Va allora detto che lì dove Heller parla della decisione individuale, del singolo, utilizza il concetto di individualizzazione proprio per spiegare la traduzione dei principi in norme del foro interno; lì invece dove parla delle norme giuridiche attinenti all'ordinamento statale parla, per lo più, di positivizzazione.

L'individualizzazione non è *mediata*, ma solo *decisa* dalla propria coscienza, mentre, lì dove si tratta di positivizzazione occorre la mediazione di un potere dotato di autorità affinché esso possa realizzarsi, andare a buon fine. Poiché, tuttavia, Heller configura questo potere come potere fornito di autorità — ossia di legittimità —, come potere 'immanente', potere universale di decisione in un ambito territoriale determinato, ne consegue che il processo di positivizzazione dei principi giuridici etici in norme giuridiche resta per l'appunto limitato a questa 'ridislocazione' dei principi, ad opera di un potere esterno, in un dato di fatto sociale limitato alla sola sfera esterna; laddove, invece, l'individualizzazione di principi giuridici si realizza tutte le volte che l'intenzione individuale esprime norme che stabiliscono un nesso forte — ossia produttivo — tra principi giuridici e realtà sociale ⁽⁹⁸⁾.

L'immediatezza è dunque la qualità delle norme dell'intenzione, il loro luogo l'interiorità; mediazione è invece la forma in cui esistono le norme sociali, esteriorità è il luogo nel quale si realizzano: l'irrisolvibilità del dato conflittuale riemerge anche qui prepotentemente allorché non si rinuncia — così come accade in tutto il positivismo — a scindere l'ambito del diritto da quello della sfera etico-politica. Questo è lo scoglio che Heller intende affrontare e superare.

Un passo ulteriore potrebbe essere compiuto, in quest'analisi dello sviluppo del concetto helleriano di sovranità, se si constatasse che l'unicità, l'unitarietà del mondo dei valori non è per Heller,

⁽⁹⁸⁾ *Ivi*, p. 345.

affatto, *realità*; altrimenti, non avrebbe mai potuto affermare, in un luogo centrale della sua *Dottrina dello Stato*: «L'ipotesi fondamentale di questa dottrina dello Stato consiste nel supporre l'insostenibilità della struttura di classe dello Stato attuale e la validità delle tendenze di sviluppo che gli si rivolgono contro. Proprio perché queste tendenze di sviluppo hanno reso problematiche realtà ed unità dello Stato odierno, il problema-cardine della dottrina dello Stato va posto in questi termini: è possibile e in che modo lo Stato attuale come un'unità attiva nella realtà storico-sociale, come una forma storica reale?»⁽⁹⁹⁾.

Il carattere irrisolvibile del conflitto cresce soprattutto nella convinzione che esista un mondo unitario dei valori, convinzione che mai è dato ritrovare, come si è appena esemplificato, nei testi helleriani: l'unità non è mai un *dato*, ma sempre un *fine* ideale che va continuamente confrontato con la complessità e la contraddittorietà dei dati concreti. Occorre dunque richiamare quella distinzione fatta da Heller a proposito del conflitto fra ragione statale e convinzione individuale — ossia tra positivizzazione esteriore e individualizzazione interiore, mediazione e immediatezza — per comprendere come non si riesca ad affrontare l'analisi della dottrina helleriana dello Stato senza porre al suo centro la categoria dell'*unità nella molteplicità*. I principi giuridici etici 'predicano' la giustizia ed il bene *sia* se formulati nella positivizzazione dell'ordinamento, *sia* se espressi nella forma pura dell'immediata convinzione interiore dell'individuo. Nel corso della sua *Dottrina dello Stato* più volte Heller si esprime in modo significativo sulla necessità di pensare lo Stato — nell'ambito delle scienze della realtà — come unità nella molteplicità; come, cioè, da una molteplicità in prima istanza ed apparentemente irriducibile divenga, proceda il tentativo di porre l'unità. E, nel far ciò, egli prende significativamente le distanze tanto dalla soluzione spiritualistica di Smend — cui pure inizialmente aveva prestato grande interesse — quanto da quella finzionale di Kelsen, cui pure *ex-post* può, per certi versi, venire ricondotto⁽¹⁰⁰⁾.

⁽⁹⁹⁾ *Ivi*, p. 104. Cfr. inoltre, a questo proposito, H. HELLER, *Politische Demokratie*, cit., pp. 421 ss.; ID., *Europa*, cit., pp. 465 ss., in particolare pp. 467-480.

⁽¹⁰⁰⁾ H. HELLER, *Dottrina dello Stato*, cit., pp. 141-142, 144, 157, 353-355. Per quanto riguarda, in particolare, il rapporto Heller-Kelsen, per il quale si rinvia al seguito

È l'organizzazione che costituisce per Heller il modulo esteriore di una possibile unità dello Stato: questa unità, razionalmente conseguita, organizza le molteplicità in conflitto tra loro nell'ambito territoriale ma da essa resta fuori il punto di vista individuale nella forma del principio etico: l'organizzazione non può raggiungere questo livello di consapevolezza, di comprensione. Ed è per questo che tutto il processo organizzativo, il divenire forma-Stato dell'organizzazione dominante grazie alla mediazione dell'autorità, in una parola i principi giuridici quali principi di regolazione formale del diritto vanno tenuti distinti dalle massime etiche già da sempre indiscutibili ed indiscussi principi della morale individuale. Diventa evidente allora che la coppia opposizionale interiorità/esteriorità che serviva ad Heller per mostrare la sostanziale distanza fra diritto e morale indica anche qualcos'altro: il diritto non può venire assimilato alla morale ma non può neppure restarne del tutto separato. Tutta la costruzione dialettica della *Dottrina dello Stato* culmina nella constatazione dell'esistenza di un reciproco condizionamento fra sviluppo della costruzione giuridica in quanto realizzazione dei principi giuridici etici e in quanto potere; l'un termine è distinto dall'altro ma non può farne a meno.

L'individuo della modernità vive nelle forme cogenti della società razionalizzata, una società nella quale egli non può porre in modo immediato la propria natura etica, in cui egli deve imparare a calcolare le conseguenze delle proprie azioni: la sua autonomia ne risulta inevitabilmente ridotta, ma non annullata — come si è detto

del saggio, si può dire che, se si riconosce l'imprescindibilità del momento volitivo-discrezionale anche all'interno della *Reine Rechtslehre* — riconoscimento reso esplicito, è noto, solo nelle opere del « secondo » Kelsen — un punto di contatto con Heller, al di là delle critiche testuali di quest'ultimo, può forse intravedersi nella definizione helleriana della decisione come momento individualizzante il contenuto normativo e, pertanto, espressione della sovranità. La decisione, non più « eccezionale », ma imprescindibilmente funzionale alla esperienza giuridica, inderogabilmente posta in ogni assunto scientifico che non accetti la separazione fra etica e diritto, diritto e politica, non è forse anche momento essenziale di quella produzione normativa concretizzante che, nella formulazione kelseniana, assume la sentenza giurisprudenziale? Il libero e discrezionale prodursi dell'atto normativo, che nel suo contenuto trasfonde i continui condizionamenti storico-politici, non è forse vicino a quel decidere positivizzante la norma, mediativo di una determinazione obbligatoria?

— in uno Stato che rifletta questo individuo — un cittadino cioè e non un suddito — e sappia dunque anch'esso compiere il passo da Stato di potenza a Stato di diritto.

La dottrina dello Stato di Heller ci fornisce così un punto di vista peculiare del rapporto che intercorre nella modernità fra morale, potere e diritto: le massime etiche della morale da un lato e la 'ragione' dello Stato dall'altro appaiono come due sfere in sé fondate, fini in sé e che in se stesse contengono il proprio principio di validità. Il diritto invece — di qui il suo problematico porsi, la sua fragilità — si realizza soltanto nell'atto della positivizzazione, atto nel quale sono compresenti in una certa misura tanto la morale quanto il potere: il diritto si configura, allora, inferiore alla sfera della morale, nella misura in cui esso avrà sempre bisogno di un potere effettivo che lo produca e lo mantenga in validità, che lo garantisca; esso sarà tuttavia anche sempre superiore al potere, nella misura in cui la sua produzione e la sua validità saranno costantemente regolate da quei principi giuridici formali che, sempre, restano vincolati all'idea del Bene. Il diritto si differenzia, dunque, tanto dal potere quanto dalla morale; eppure esso può costituirne, proprio in questo suo essere differente da entrambi, una possibile unità dialettica, una possibile forma: «il problema centrale di tutta la teoria giuridica, la questione del rapporto fra volontà e norma, può essere risolto dall'autorità giuridica sovrana soltanto se l'autorità dello Stato viene intesa, come accade nella scienza della realtà, come un'unità dialettica di entrambe. L'autorità della volontà sovrana dello Stato, la sua qualità di potere 'supremo', si fonda sulla sua legittimità. Il diritto è la forma fenomenica necessaria, tanto da un punto di vista etico-spirituale quanto da un punto di vista tecnico, di ogni potere che sia duraturo [...]» ⁽¹⁰¹⁾. D'altronde, dice Heller, «Lo Stato vive della sua legittimazione». Ma «l'oggetto» di questa legittimazione «non è tanto racchiuso, come quasi sempre si dice, nella domanda: perché si deve tollerare la coercizione statale? ma, innanzitutto, in un'altra domanda: perché dovrebbero venir offerti allo Stato, in un supremo sacrificio, il proprio patrimonio etico e la vita stessa? [...] Le immani pretese dello Stato non vengono

⁽¹⁰¹⁾ H. HELLER, *Dottrina dello Stato*, cit., pp. 298-299.

giustificate dal fatto che esso assicura un ordine sociale ‘qualsiasi’ sul territorio, ma dall’ambizione che esso mostra di un ordine giusto [...]. La legittimazione può essere soltanto etica» ⁽¹⁰²⁾.

La configurazione — con il nesso dialettico di potere, diritto e morale — di un’unità nella molteplicità quale imprescindibile connotato della sfera statale, fa trovare ad Heller, tra l’altro, anche la soluzione di quella problematica jellinekiana che costituiva il punto di partenza della *Methodenstreit*. Il nesso che Heller costruisce fra sfera normativa e sfera fattuale risolve infatti il problema di ‘trovare’ un legame fra i due ‘lati’ dello Stato. Heller come Kelsen voleva, attraverso un concetto di Stato di diritto inequivoco, evitare quella soluzione che lasciava lo Stato scindersi in una sfera normativa del diritto ed in un’altra fattuale del potere. Diversamente da Kelsen, però, Heller tenta al contempo di concepire i due ‘lati’ in un’unità non finzionale ma reale, un’unità nella quale resti cioè produttivo e vitale un confronto fra i due intendimenti opposti. Questa era del resto anche la posizione jellinekiana che viene però da Heller sistematizzata — e non ridotta ad una teoria della forza normativa del fattuale — nella concezione dello Stato come organizzazione ⁽¹⁰³⁾. Accanto alla forza normativa del fattuale, ed *oltre* essa — perché si dia Stato di diritto e lo stato d’eccezione non trasformi il Politico in dittatura — deve prendere forma la forza fattuale del normativo.

4. *Giustizia costituzionale e legge.*

La distanza che separa Heller e Kelsen nelle contrapposte elaborazioni dottrinali sulla sovranità acquista una valenza significativa se riferita ad alcuni istituti e categorie giuridiche fondamentali. In questa luce può essere letto il dibattito sorto tra i due autori all’interno della *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. Invitato nel 1927 a tenere una conferenza su *Il concetto di legge nella costituzione di Weimar* Heller critica l’«armonia veramente stupefacente» ⁽¹⁰⁴⁾ a cui era pervenuta la dottrina dominante nel ritenere concettualmente essenziale la distinzione categorica tra le leggi in

⁽¹⁰²⁾ *Ivi*, pp. 334-336.

⁽¹⁰³⁾ *Ivi*, pp. 352 ss.

⁽¹⁰⁴⁾ H. HELLER, *Il concetto di legge*, cit., p. 306.

senso *materiale* e le leggi in senso *formale*, concetti « nel migliore dei casi inutili e nel peggiore confusi e dannosi » (105). Un'armonia peraltro pronta a sfaldarsi non appena dal piano nominalistico ci si sposta all'analisi delle distinzioni concettuali che i singoli autori contrapponevano per distinguere le categorie elaborate e, ancor di più, non appena da questo piano si trascorreva ad esaminare in particolare cosa i singoli autori intendessero per norma e per norma giuridica. Nel suo *excursus* storico Heller mette in evidenza come i "classici" rappresentanti di questa dottrina dominante, sino a Laband, Jellinek e Anschütz, richiedano per il concetto di legge materiale, identificantesi con la norma giuridica, espressione autentica del potere legislativo, il requisito della "generalità" anche con l'intento di ovviare così al principio classico della divisione dei poteri o delle funzioni dello Stato, non sempre rigorosamente osservato nell'assunzione da parte del potere legislativo di funzioni rientranti nell'amministrazione, estrinsecantesi nella produzione di leggi materiali. Ma il carattere della generalità non può essere di per sé determinante per il concetto di norma giuridica: « Che le norme più importanti di una comunità siano in genere anche le più generali, è dal punto di vista del concetto di norma giuridica una casualità di natura tecnico-organizzativa, la quale dipende semplicemente dal fatto che al legislatore viene fornita in genere una sufficiente base di astrazione per la formulazione astrattamente generale delle sue leggi » (106). Né varrebbe qualificare le norme giuridiche dal loro scopo, quello di imporre "limiti sociali", o dalla sfera di intervento, l'ambito delle libertà e della proprietà dei cittadini (107). Tali limitazioni del concetto di norma giuridica alle leggi materiali verrebbero a creare, accanto alle norme, delle "non-norme giuridiche": una contraddizione insostenibile per un discorso giuridico. Una contraddizione, peraltro, che nella sua « limitazione arbitraria del concetto di norma » specularmente è riproposta nella configurabilità di leggi formali prive di contenuto normativo, magari fondata sull'esistenza nelle leggi di "particelle" prive di tale contenuto. « Una legge — afferma Heller — è però una totalità. E se contiene

(105) *Ivi*, p. 325.

(106) *Ivi*, p. 316.

(107) *Ivi*, pp. 319 ss. Per queste posizioni Heller si rifà a Jellinek e ad Anschütz.

certo definizioni di concetti, constatazioni di circostanze di fatto, programmi ecc., che in un caso possono essere necessari a concretizzare i suoi comandi giuridici e nell'altro solo un'inutile loquacità del legislatore, pure con la dimostrazione che esistono parti di legge senza contenuto normativo, non è ancora fornita in alcun modo la prova che ci siano 'leggi' di tal genere» (108).

Rifiutando quindi come inammissibile una discriminazione tra gli atti di statuizione del diritto per «essenza, natura o sostanza» Heller fonda la loro diversità formale nel mutevole e storico combinarsi degli ideali di libertà ed eguaglianza che costituiscono gli elementi costitutivi dello «Stato di diritto materiale». Dal suo ideale di libertà deriva il principio dell'autodeterminazione, «il principio della determinazione di tutti gli atti dello Stato da parte della *volonté générale* che si esprime nella legge» (109). Soltanto da questo principio, e non da una diversità di natura, deriva la supremazia della legge costituzionale la quale «possiede la sua qualità, la sua forza di legge, la sua 'incrollabilità' esclusivamente perché vale come deliberazione autonoma della *volonté générale* che rappresenta i valori della comunità» (110). Proprio per questo motivo la costituzione del *Reich* non contempla una riserva generale di legge definibile in quanto tale e le stesse accezioni particolari, presenti nella sua seconda parte, vanno indagate particolarmente da un'analisi che sarebbe oscurata dalla contrapposizione formale/materiale.

Coerentemente con l'impostazione seguita, Heller perviene quindi ad una definizione generalissima di norma giuridica intesa come «norma individualizzata dell'autorità della comunità e che vincola la volontà di azione delle relazioni intersoggettive», che ricomprende cioè anche le manifestazioni di autonomia privata ove l'autorità va individuata come quella volontà comune che obiettivizza la *lex contractus*. Ed in questa affermazione Heller appare oltremodo vicino agli assunti della *Reine Rechtslehre* giungendo finanche ad abbozzare, forse andando anche oltre le sue premesse,

(108) *Ivi*, p. 322.

(109) *Ivi*, p. 327.

(110) *Ivi*, p. 328.

una concatenazione “dialettica” che nel processo continuo di individualizzazione richiama molto da vicino lo *Stufenbau* ⁽¹¹¹⁾.

Una affinità che non sfugge a Kelsen che, nel suo intervento al dibattito, si mostra sorpreso di essere stato classificato tra gli eredi di quella “dottrina dominante” tanto criticata da Heller e rivendica invece a sé il merito di aver per primo combattuto « gli abusi per cui da concetti giuridici — che si atteggiano a concetti giuridici fondamentali — si ricavano risultati politicamente favorevoli » ⁽¹¹²⁾. Rifiutando quella contrapposizione tra leggi formali e leggi materiali

⁽¹¹¹⁾ Cfr. a questo proposito: Ch. MÜLLER, *Kritische Bemerkungen zur Auseinandersetzung Hermann Hellers mit Hans Kelsen*, in AA.VV., *Der soziale Rechtsstaat*, cit., pp. 693 ss. Müller infatti ridiscute criticamente il conflitto Heller-Kelsen partendo dal presupposto che molta parte di esso si fondasse su degli equivoci o su dei preconcezioni. Ad esempio egli dice (*ivi*, p. 705): questo conflitto potrebbe anche essere spiegato, forse, con il fatto che Heller si è via via avvicinato a Carl Schmitt? Questo è certo uno degli elementi che ha favorito le incomprensioni tra i due giuristi ma, per restare al tema Heller-Schmitt, accettare, come fa Heller, i *limiti* dell'ordinamento giuridico non vuol dire immediatamente essere decisionista nel senso di Schmitt. Heller riconosce, indubbiamente, che il potere può produrre diritto (Cfr. *Dottrina dello Stato*, cit., pp. 398-399). A differenza di Schmitt, però — che si serve del concetto weberiano di legittimità trasformandolo in una categoria giuridica, prosegue Müller (*ivi*, p. 706), e quindi scambiandolo di fatto con il concetto di legalità, al fine più o meno dichiarato di minare l'ordinamento legale della repubblica weimariana — Heller espone i problemi della legittimità restituendo a questa categoria tutto il suo spessore metagiuridico: cfr. *Dottrina dello Stato*, cit., pp. 405 ss. Così come, mentre la difesa della generalità della legge era fatta da Schmitt per esaltare l'indipendenza e il potere *di fatto* legiferante dell'Esecutivo e della magistratura al fine di aggirare il potere del parlamento, la difesa kelseniana della generalità della legge mirava ad assicurare quegli spazi lasciati liberi dalle norme generali per le decisioni individuali: egli non mira dunque a precludere al parlamento la possibilità di risolvere un conflitto attraverso una legge parlamentare, né a prescrivere quanto generale debba essere — in senso quantitativo — la regolamentazione necessaria. Proprio nello stesso senso, afferma dunque Müller (*ivi*, p. 711) Heller interpreta la generalità della legge a partire dall'uguaglianza dinanzi alla legge (Cfr. H. HELLER, *Il concetto di legge*, cit., pp. 318-319). Qui Müller vede un decisivo punto d'incontro tra Heller e Kelsen. In particolare, sarebbe secondo lui possibile legare l'idea dell'uguaglianza dinanzi alla legge in quanto condizione costitutiva a carattere etico della forma giuridica con la dottrina pura del diritto, in quanto anche Kelsen vede nell'uguaglianza di applicazione un postulato — sia pure a carattere logico e non etico — della forma giuridica.

⁽¹¹²⁾ *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung*, cit., in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer (VVDSrL)*, H. 4, Berlin, De Gruyter, 1928, p. 176. Si tratta dell'intervento di Kelsen nel dibattito sulla relazione di Heller.

egli aveva proposto di definire nel concetto di “forma di legge” il «fondamento dello Stato moderno per cui la norma giuridica generale dev'essere prodotta in una forma determinata, ossia tramite una determinazione parlamentare» (113).

In modo ancora più radicale Kelsen rivendica a sé ed alla sua scuola — particolarmente a Merkl — la paternità di quella critica alla identificazione del diritto con la legge da cui consegue il riconoscimento della natura normativa di tutti gli atti dell'ordinamento giuridico e riconosce l'affinità, anche terminologica, degli assunti helleriani con la teoria dello *Stufenbau* nella considerazione di quel passaggio progressivo dalla generalità all'individualità che si sviluppa come processo continuo di individualizzazione normativa: «'Individualizzazione', 'concretizzazione': ma non è altro che la discesa (o la salita) dal generale, astratto, all'individuale, al concreto» (114). Ed in questo processo ogni atto normativo si presenta con un carattere di novità che sarebbe disconosciuto da Heller quando include «Kelsen ed i suoi allievi» in quel tentativo teorico di «razionalizzare fino in fondo la storia e l'individualità ed in tal modo di 'legalizzarle' in anticipo» (115).

Certo, Kelsen è consapevole che l'introduzione dell'elemento dinamico nella sua teoria, con le implicazioni che ne derivano, non è definitivo nelle sue prime opere, ed in particolare nei *Hauptprobleme*: espressamente lo riconosce, anche se avverte che nulla in quell'opera era contrastante con le elaborazioni che ne sarebbero seguite. È invece proprio su questo punto che si radica la critica helleriana: nella sua replica all'intervento di Kelsen Heller, infatti, riprendendo argomenti già sostenuti nel suo saggio su *La crisi della dottrina dello Stato* e *La sovranità*, individua nello *Stufenbau* non già «una parte essenziale e caratteristica del sistema kelseniano», ma al contrario il momento della sua “dissoluzione” (116).

Il vero contrasto tra i due autori è, però, proprio in uno dei “passi centrali” della relazione di Heller: la qualificazione della legge rispetto alle altre norme giuridiche «per la sua maggiore validità

(113) *Ivi*, p.177.

(114) *Ivi*, p. 179.

(115) H. HELLER, *Il concetto di legge*, cit., p. 328.

(116) *Id.*, *La sovranità*, cit., p. 284.

materiale»⁽¹¹⁷⁾. Se Kelsen aveva affermato di non aver inteso cosa si intendesse con quel concetto, Heller ribadisce che in esso è da leggersi «un'esplicita opposizione al suo apriorismo formalistico» capace di «sublimare i rapporti di potere in relazioni logiche»⁽¹¹⁸⁾. È, cioè, l'intento di non considerare dannosa «l'irruzione della politica da destra e da sinistra», ma di salutarla come la forza capace di fare uscire la dottrina dello Stato «dall'infruttuoso, arbitrario e positivistico logicismo»⁽¹¹⁹⁾. Quindi è la considerazione dell'elemento politico, dei rapporti politici di potere, a dividere ed opporre le concezioni helleriane, intrise di una valorizzazione del contenuto giuridico, dalle formalistiche posizioni del liberale Kelsen.

Questa contrapposizione emerge anche in occasione di un successivo dibattito tra i due autori. Nel 1928, infatti, la *Vereinigung* affidò a Kelsen una relazione su *Natura e sviluppo della giustizia costituzionale*. In quella occasione Kelsen ribadisce la identificazione dello Stato con l'ordinamento giuridico, entrambi caratterizzati da una processualità formativa interna per cui «il diritto regola la propria creazione e lo Stato si crea e si ricrea senza posa insieme col diritto»⁽¹²⁰⁾. A causa di questa identificazione, allorché Kelsen si pone il problema di definire la natura e la funzione della giustizia costituzionale, della «garanzia giurisdizionale della costituzione»⁽¹²¹⁾, egli non può non ridurla a “garanzia della regolarità” di questo processo di formazione che si sviluppa per gradi, regolarità di atti statali⁽¹²²⁾. E ciò in quanto la stessa costituzione — che nella sua accezione di «costituzione in senso materiale coincide con la costituzione in senso formale»⁽¹²³⁾ —

⁽¹¹⁷⁾ Id., *Il concetto di legge*, cit., p. 328.

⁽¹¹⁸⁾ *Der Begriff*, cit., p. 180.

⁽¹¹⁹⁾ *Ivi*, p. 204.

⁽¹²⁰⁾ H. KELSEN, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit* (1928) in VVDStRL, H. 5 (1929), pp. 30-88 [trad. it. *La garanzia giurisdizionale della costituzione (la giustizia costituzionale)*, in: H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milano, Giuffrè, 1981, p. 147. La traduzione italiana è stata fatta sull'edizione francese del testo. Citiamo l'edizione tedesca, in particolare, perché a differenza dell'edizione francese e di quella italiana, riporta il dibattito a cui partecipò anche Heller].

⁽¹²¹⁾ *Ivi*, p. 145.

⁽¹²²⁾ *Ivi*, p. 176 ss.

⁽¹²³⁾ *Ivi*, p. 153.

formalizzando i contenuti giuridici in requisiti di regolarità ⁽¹²⁴⁾, viene definita come « principio in cui si esprime giuridicamente l'equilibrio delle forze politiche » ⁽¹²⁵⁾.

La giustizia costituzionale, quindi, attraverso il controllo di regolarità esercitato sugli atti, leggi ed altri atti immediatamente subordinati alla costituzione, perviene ad una verifica dell'esercizio delle funzioni statali per sindacarne la conformità al dettato costituzionale. Un controllo, svolto da un organo “terzo” ⁽¹²⁶⁾, che si configura come garanzia “repressiva” ed “oggettiva” e che si sostanzia nell'annullamento dell'atto considerato irregolare ⁽¹²⁷⁾.

Se pure Kelsen, protagonista del modello di giustizia costituzionale consacrato nella costituzione austriaca del '20, si sofferma sull'indicazione dei mezzi più idonei che scelte politicamente caratterizzate potrebbero assumere al fine di raggiungere quella funzione di “garanzia” che si intende perseguire, il suo discorso si mantiene fortemente ancorato, sotto un profilo teoretico, ad una prospettiva prettamente giuridica. Il criterio del controllo di costituzionalità non può che formularsi in norme positive: « l'applicazione di norme diverse da quelle giuridiche, di norme ‘superpositive’ quali che siano, dev'essere considerata del tutto esclusa » ⁽¹²⁸⁾. La funzione della giustizia costituzionale, pertanto, resta del tutto interna all'ordinamento giuridico e la sua istituzione è garanzia di “obbligatorietà” dell'ordinamento stesso ⁽¹²⁹⁾. E, anche quando attraverso di essa si intenda perseguire un fine “materiale”, quale il mantenimento di un regime democratico, essa si presta unicamente quale garante della formalizzazione di quel principio nella regola di maggioranza: « Se l'essenza della democrazia risiede non già nell'onnipotenza della maggioranza ma nel costante compromesso tra i gruppi che la

⁽¹²⁴⁾ *Ivi*, p. 154.

⁽¹²⁵⁾ *Ivi*, p. 152.

⁽¹²⁶⁾ Kelsen non trascura di indicare le possibili obiezioni conseguenti all'attribuzione della prevalenza di un organo giurisdizionale sugli altri poteri dello Stato: una questione rilevante per valutare l'opportunità di scelte politiche, ma del tutto carente di un fondamento giuridico. *Ivi*, pp. 172 ss.

⁽¹²⁷⁾ Kelsen distingue le « garanzie di regolarità » in « preventive » e « repressive » ed ancora in « oggettive » e « soggettive »: cfr. *ivi*, pp. 169 ss.

⁽¹²⁸⁾ *Ivi*, p. 188.

⁽¹²⁹⁾ *Ivi*, pp. 199 ss.

maggioranza e la minoranza rappresentano in parlamento, e quindi nella pace sociale, la giustizia costituzionale appare strumento idoneo a realizzare quest'idea. La sola minaccia di ricorrere al tribunale costituzionale può costituire nelle mani della minoranza strumento idoneo per impedire alla maggioranza di violare incostituzionalmente i suoi interessi giuridicamente protetti ed opporsi così, in ultima analisi, alla dittatura della maggioranza, che non è meno pericolosa per la pace sociale di quella della minoranza »⁽¹³⁰⁾.

Ben altra è l'impostazione helleriana della funzione e del ruolo della giustizia costituzionale nello Stato di diritto. Ciò che in particolare Heller oppone a Kelsen è di aver delineato per la giustizia costituzionale un ambito di azione illimitato, un'estensione generale ad ogni estrinsecazione delle funzioni statali, tralasciando, ancora una volta, di considerare la centralità del "politico". Quel "politico" inteso nel suo specifico collegamento allo Stato di diritto, che « comprende atti che non sono sottoponibili a giudizio, alla decisione di un'autorità giudiziaria; essi non sono né atti di diritto positivo, né atti regolabili tramite norme di diritto positivo »⁽¹³¹⁾. È la presenza di questo tipo di atti, in cui sovente si manifestano conflitti e sovrapposizioni di poteri, a segnare il limite della giustizia costituzionale come strumento di assoluta garanzia della costituzione. Ed a sostegno di questa sua critica al formalismo kelseniano « alla ricerca di sicurezze »⁽¹³²⁾, Heller cita l'esempio dell'America dove l'ampliamento della giustizia costituzionale non ha portato ad un ridimensionamento della componente politica ma ad un suo radicamento nello stesso organo giurisdizionale. E se Kelsen intende porre in evidenza la particolare opportunità di un organo di giustizia costituzionale per dirimere i conflitti insorgenti tra Stati all'interno di uno Stato federale⁽¹³³⁾, Heller sottolinea come tale conflitto debba risolversi su di un piano generale e non possa di volta in volta essere devoluto alla cognizione di un tribunale, poiché « nella vita dello Stato esistono *sempre* casi, e sempre ve ne saranno, nei quali

⁽¹³⁰⁾ *Ivi*, pp. 202-203.

⁽¹³¹⁾ H. KELSEN, *Wesen und Entwicklung*, cit., p. 112 (Si tratta dell'intervento di Heller nella discussione sulla relazione di Kelsen).

⁽¹³²⁾ *Ivi*, p. 113.

⁽¹³³⁾ H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 203 ss.

l'amministrazione della giustizia giungerà troppo tardi e non solo per motivi tecnico-giuridici ma per motivi che sono immanenti al diritto e che rendono impossibile una decisione giuridica».

Anche sul piano metodologico Heller non tralascia di trarre alcune pregnanti considerazioni dal "disagio" kelseniano conseguente alla sua identificazione dello Stato col diritto; disagio reso particolarmente evidente allorché Kelsen, configurando la giustizia costituzionale come garante della «legittimità delle funzioni statali» viene implicitamente a distinguere quest'ultime dalle funzioni giuridiche; laddove, in caso contrario, si giungerebbe all'assurdo per cui «si darebbe anche il caso di un'illegittimità delle funzioni giuridiche ed il caso di una legittimità di funzioni illegittime»⁽¹³⁴⁾. Ed è a questa obiezione che risponde in particolare Kelsen nella sua replica, opponendo alla «furia giovanile» della critica helleriana la riproposizione di quella giuridicizzazione dello Stato che prende forma nel processo di legittimazione progressiva dello *Stufenbau*. Kelsen non nega la rilevanza delle considerazioni politiche nel processo produttivo del diritto ma distingue nettamente tra «produzione» e «conoscenza giuridica». È quest'ultima che la *Reine Rechtslehre* intende assumere a proprio oggetto e a proprio metodo e che, nella formalizzazione della realtà giuridica, giustifica e fonda i compiti e le funzioni di un istituto atto a salvaguardare, in ultima istanza, il mantenimento della pace, «l'ideale di sicurezza così schernito da Heller»⁽¹³⁵⁾. Ma può l'ideale "razionalistico" di sicurezza espungere totalmente dalla valutazione di conformità di una norma alla costituzione quella componente politica che è entrata in gioco nel suo porsi? Può in definitiva il giudizio di costituzionalità assumere ad unico criterio le norme positive e tralasciare del tutto le norme "superpositive quali che siano"? Forse un'analisi sul funzionamento degli organi di giustizia costituzionale nei paesi occidentali, ed anche nel nostro, potrebbe mostrare il contrario!

⁽¹³⁴⁾ Id., *Wesen und Entwicklung*, cit., p. 113.

⁽¹³⁵⁾ *Ivi*, p. 123 (Si tratta della replica kelseniana al dibattito sulla propria relazione).

Figure dell'esperienza

MARIE SANDSTRÖM

«RES FUNGIBILES» UND DIE PRODUKTIVE RECHTSWISSENSCHAFT

Im Jahre 1866 tritt der schwedische Rechtswissenschaftler Ernst Viktor Nordling den neugeschaffenen Lehrstuhl der juristischen Enzyklopädie, der Rechtsgeschichte und des römischen Rechts an. In seiner Antrittsvorlesung nahm Nordling die Gelegenheit wahr, wie er es selbst ausdrückte, «sowohl den inneren Zusammenhang zwischen den ihm übertragenen Fächern, als auch deren äußeres Verhältnis zu den übrigen Disziplinen zu untersuchen» ⁽¹⁾. Es war in dieser Hinsicht vor allem die Bedeutung des römischen Rechts für das positive Rechtsstudium, das Nordlings Gedanken einnahm. Die traditionellen Argumente, die vorgebracht wurden, um den Platz der römischrechtlichen Studien im Rahmen einer nationalen Juristenausbildung zu verteidigen, waren, nach Nordling, von zweifelhaftem sachlichen Wert. Daß römischrechtliche Rechtsprinzipien — ja, ganze Rechtsinstitute — im materiellen schwedischen Recht aufgenommen worden sind, war allerdings unbestritten. Dies bedeutete aber an sich nur, daß das römische Recht der äußeren Rechtsgeschichte gleichgestellt wurde, denn «Durch diese Tatsache ist auf gewisse Weise die Kenntnis der Vorschriften des römischen Rechts aus demselben Grund erforderlich, der für das Erwerben des Wissens um unsere eigene ältere

⁽¹⁾ *Om Romerska Rättens, Juridiska Encyklopedins och Rättshistoriens betydelse för rätts-studiet*. Föredrag vid inträdet i professuren i nämnda ämnen vid Upsala universitet (*Über die bedeutung des römischen Rechts, der juristischen Enzyklopädie und der Rechtsgeschichte für das Rechtsstudium*). Vortrag bei Antritt der Professur der genannten Fächer an der Universität zu Uppsala), Antrittsvorlesung, in Naumanns Zeitschrift, Jahrg. 4, Stockholm 1867, S. 699.

Rechtsverfassung spricht » (2). Dieses Argument ist offenbar, nach Nordlings Meinung, unzureichend, um auch nur einen bescheidenen Einschlag römischen Rechts in der Juristenausbildung zu verteidigen; so wie der juristische Stoff, der die äußere Rechtsgeschichte darstellt, muß auch das materielle römische Recht als « dem Leben abgestorben » (3) und damit weniger relevant für eine praktisch bezogene rechtswissenschaftliche Tätigkeit angesehen werden. Es ist vielmehr ein anderes Motiv, zumindest auf dem Gebiet des Zivilrechts, das für die Stellung des römischen Rechts an den schwedischen Universitäten entscheidend gewesen ist:

« Aber außer diesem rein historischen Verhältnis, in dem das römische Recht zu unserem positiven Recht steht, hat es für dieses in zivilrechtlicher Hinsicht auch eine andere Bedeutung, die sich sehr der Bedeutsamkeit nähert, die wir der juristischen Enzyklopädie zuerkennen » (4).

Nordlings explizite Bestreben, in seiner Antrittsvorlesung das Verhältnis zwischen den Fächern seiner Professur zu verdeutlichen, führte zu einer sorgfältigen Untersuchung der Begründetheit dieses Arguments. Die Frage der Bedeutung der römischrechtlichen Studien für die Juristenausbildung bezog sich in Nordlings Darstellung vor allem auf die Frage, ob das römische Recht, in zivilrechtlicher Hinsicht, die rechtswissenschaftlichen Anforderungen der Zeit an eine juristische Enzyklopädie erfüllen konnte. Nordling leitete deswegen seine kritische Analyse mit dem Versuch ein, die Aufgabe, die die juristische Enzyklopädie in den juristischen Studien zu erfüllen hatte, zu definieren:

« Die juristische Enzyklopädie hat zur Aufgabe, das Verhältnis des Rechts zu den übrigen Zwecken aufzuzeigen, die vom menschlichen Wesen verfolgt werden, innerhalb des Rechts die höchsten Prinzipien aufzuzeigen, auf denen die speziellen Bestimmungen beruhen, das Recht in seine

(2) A a O S. 704: « Das römische Recht hat, wie bekannt ist, einen großen Einfluß auf die Rechtsverfassung der neueren Staaten ausgeübt. — Dieser Einfluß ist in unserem Land und auf unsere Gesetzgebung wohl geringer gewesen als sonst im allgemeinen; aber er ist doch hinreichend stark gewesen, um merklich zu sein, nicht allein in einzelnen Bestimmungen, sondern auch in ganzen Rechtsinstituten ».

(3) Das Zitat ist aus SAVIGNY, F.C. von: *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Neudruck nach der 3. Aufl., Freiburg 1892, S. 106 entnommen. Die Aussage wird Feuerbach zugeschrieben.

(4) *Antrittsvorlesung*, S. 704.

einzelnen Hauptzweige aufzuteilen und sorgfältig die Grenzen zwischen diesen festzustellen, sowie schließlich die faktischen Verhältnisse und Daten mitzuteilen, die das Rechtsstudium im allgemeinen voraussetzt » (5).

Die hauptsächliche Aufgabe des Faches hat folglich systematischen Charakter: mit Hilfe der Leitprinzipien « das Recht in seine Hauptzweige aufzuteilen » und « die Grenzen zwischen diesen aufzuzeigen ». Diese Einsicht in das Recht (6) soll, bereits « beim ersten Betreten des juristisch-wissenschaftlichen Gebietes », ein « Verirren in den Massen von Spezialitäten verhindern, die bei diesem Studium, mehr als sonst im allgemeinen, sich den Studierenden aufdrängen » durch Vermitteln einer « Übersicht über dessen einzelnen Teile » (7). Nordling fuhr fort:

« Aber sie trennt nicht nur (8), sondern verbindet auch. Sie vereinigt mit einander nicht nur allein die verschiedenen Zweige des Rechts, sondern auch die besonderen Regeln innerhalb eines jeden von diesen durch ein Band, das diese nicht nur auf eine äußere Weise zusammenhält, sondern sie in einem inneren notwendigen Zusammenhang miteinander erscheinen läßt. Sie zeigt die juristische Wissenschaft als ein systematisches Ganzes, in dem es eine Einheit gibt, die auch ihre speziellsten Teile durchzieht. Sie zeigt auch auf welche Weise diese in einer bestimmten Ordnungsfolge durch das gemeinsame Prinzip miteinander und dem Ganzen verbunden sind » (9).

Dieses Systematisierungsbestreben prägte jedoch, nach Nordlings Auffassung, sämtliche der Fächer, die in die neugeschaffene Professur eingingen. Diese Lehrfächer haben alle einen theoretischen Charakter, d.h. sie beziehen sich nicht unmittelbar auf das nun geltende Recht (10), sondern haben die Aufgabe eine zugleich

(5) A a O. S. 703. Bemerke die Fortsetzung des Zitates: « Ihr Wert für dieses Studium in jeder der nun genannten Hinsichten ist unverkennbar. In letztgenannter Hinsicht ist dieser Wert ohne weitere Auslegung deutlich. Im übrigen ist er nicht so augenfällig, aber in Wirklichkeit von weit größerer Bedeutung ».

(6) Vgl. Friedrich Julius Stahls Ausdruck — « die blosse Einsicht in das Recht » — in *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, Bd. II, S. 169.

(7) NORDLING, a a O. S. 703.

(8) Systematik als Kunst « der Verknüpfung (oder « Verbindung ») und Trennung », siehe SANDSTROM, Marie: *Die Herrschaft der Rechtswissenschaft*, Stockholm 1989, S. 150ff.

(9) A a O. S. 703f.

(10) NORDLING, A a O.S. 700: « Bereits auf den ersten Blick fällt dem Betrachter ins Auge, daß keines dieser Fächer, die zu dem neuen Lehrstuhl gehören, einen Teil

wissenschaftlich notwendige wie sachliche Einheit in dem positivrechtlichen Material zu schaffen,

«Denn ohne diese wird das positive Recht nichts anderes als eine ungeordnete Masse einzelner Sätze, die lose nebeneinander stehen, und deren Anwendung höchst gewagt und mangelhaft sein muß⁽¹¹⁾. Das positive Recht muß zu einem organischen Ganzen verbunden werden und seine Teile in dem darauf beruhenden inneren Zusammenhang gesehen werden, wenn man will, daß sie die Festigkeit und Abgeschlossenheit erhalten sollen, die für deren richtige Anwendung notwendig sind. Die genannten grundlegenden Lehrfächer vermitteln eine solche Auffassung des Rechts ... »⁽¹²⁾.

Das Studium des römischen Rechts wurde folglich aus Nordlings Gesichtspunkt auf zwei verschiedene Arten motiviert, teils hat das römische Recht als ein europäisches «Universalrecht»⁽¹³⁾ gedient und sich damit einen «Einfluß auf das allgemeine Rechtsbewußtsein gesichert», teils, und es ist besonders aus diesem Grund, daß dieser Einfluß seine Aktualität beibehalten hat, ist das römische Recht als ein vollkommen «ausgebildetes Dogmensystem»⁽¹⁴⁾ aufgefaßt worden. Nordling weist darauf hin, daß es besonders die wissenschaftlich gebildeten Juristen gewesen sind, die römischrechtliche Studien als ein unveräußerliches Moment einer wissenschaftlichen Juristenausbildung dargestellt haben. Diese Vorliebe für römisches Recht, die die Rechtswissenschaftler traditionell hegten, erklärte Nordling mit Hinweis auf den charakteristischsten Zug dieser Rechtsordnung — die akademisch tätigen Juristen «haben» nämlich «in der reichen Literatur des römischen Rechts, ..., ein dankbares Feld für ihren Forschungseifer gefunden, da die systematische Form dieses Rechts zugleich deren wissenschaftlichen

des positiven Rechts des Landes zum Gegenstand haben. Keines von ihnen gibt Regeln, die zur unmittelbaren Anwendung innerhalb der schwedischen Gesetzesanwendung kommen. Nur insofern gewisse Rechtssätze, die aus diesen hervorgehen, als in das positive Recht aufgenommen angesehen werden können, kommen sie neben ihm zur Anwendung ».

⁽¹¹⁾ Praktisch sämtliche juristischen Kunstgriffe — Gesetzes- und Rechtsfallauslegung, Schlüsse ex analogia und e contrario usw. — setzen eine bestimmte Auffassung der rechtlichen Systematik voraus.

⁽¹²⁾ A a O. S. 700.

⁽¹³⁾ A a O S.705.

⁽¹⁴⁾ A a O. ibidem.

Sinn zufriedenstellt» (15). Diese Auffassung hatte auch die Entwicklung der schwedischen Rechtswissenschaft beeinflusst und es konnte deshalb kaum verwundern, daß «es viele sind, die die Ansicht teilen, daß die Bedeutung des römischen Rechts für uns hauptsächlich die gleiche wie die der Enzyklopädie ist, daß die erstere deshalb bei uns vorgetragen werden sollte, nicht als das positive Recht des römischen Volkes, sondern als einen das juristische Studium im allgemeinen einleitenden enzyklopädischen Kursus, sowie, daß ein solcher besonderer Kursus, frei behandelt und von der römischen Rechtsauffassung getrennt, dann nicht erforderlich ist» (16). Nordling teilte jedoch nicht diese Meinung: das römische Recht kann, nach «unserem Gedanken» (17) nicht direkt als juristische Enzyklopädie dienen, nicht einmal, was unbestreitbar am ehesten auf der Hand liegen würde, auf dem Gebiet des Vermögensrechts. In Nordlings Kritik an der Gewohnheit der wissenschaftlich geschulten Juristen, das römische Recht zur juristischen Enzyklopädie zu erhöhen, gehen zwei getrennte Aspekte dieser Problematik ein. Das römische Recht konnte nicht als der wirkliche Inhalt der juristischen Enzyklopädie angesehen werden, teils weil die meisten Rechtsinstitute im Vermögensrecht bereits zu dieser Zeit der Gesetzgebung unterworfen worden waren, d.h. sie «stehen auf eigenem Grund» (18), teils — und «Was mehr ist — das römische Recht besitzt in sich nicht die Konsequenz und Widerspruchslosigkeit, oder die Freiheit von erstarrtem Formalismus, daß seine Bestimmungen als allgemeingültige Rechtsregeln gelten könnten» (19).

Das wichtigste Argument für ein Studium des römischen Rechts machte folglich dessen vorbildliches Streben nach Systemgemäßheit im rechtlichen Material aus. Deshalb sollte auch die Frage der Bedeutung der römischrechtlichen Studien für die Ausbildung fähiger Juristen nach dem Grad von systematischer Einheit und Widerspruchslosigkeit, die diese Rechtsordnung aufzuweisen

(15) A a O. ibidem.

(16) A a O. S. 706.

(17) A a O ibidem.

(18) A a O S. 706f.

(19) A a O ibidem.

vermochte, entschieden werden. In einem Aufsatz von 1867 versuchte Nordling von diesem Ausgangspunkt her einen Teil des römischrechtlichen Erbguts zu analysieren, das kraft seiner vermeintlich wissenschaftlichen Konsequenz das rechtliche Denken innerhalb eines besonderen Gebietes noch beherrschte, nämlich die Lehre über die fungiblen Sachen. Die Einteilung von Rechtsobjekten in *res fungibiles* und *res non fungibiles* hat, gemäß Nordling, ihren positiven Grund in folgendem Passus aus *Sententiæ Pauli*:

« Wir geben als Darlehen, wenn (besser: Darlehen wird damit charakterisiert, daß) wir nicht speziell die gleichen Sachen zurückerhalten sollen, die gegeben worden sind, sondern andere Sachen gleicher Art. Im anderen Fall würde die Rechtshandlung Leihe oder Deposition sein. Sie wäre auch kein Darlehen, wenn Sachen anderer Art zurückgegeben werden sollen, wie z.B. wenn Wein an Stelle von Weizen gegeben werden soll. Das Darlehen beruht in seinem Dasein auf (dem Vorhandensein von) solchen Sachen, die nach Gewicht, Anzahl oder Maß bestimmt werden. Denn nur dadurch, daß Güter dieser Beschaffenheit gegeben werden, daß es bei Rückzahlung, wenn diese in Sachen gleicher Art geschieht, den Verdienst macht, der sonst nur durch Zurückgeben der gleichen Spezies zu erhalten wäre, können wir das Rechtsverhältnis zustande bringen, daß durch Darleihe entsteht. Durch das Geben von Sachen anderer Beschaffenheit kann kein solches Rechtsverhältnis zustande gebracht werden, denn gegen den Willen des Gebers kann nicht irgendetwas für etwas anderes bezahlt werden » ⁽²⁰⁾.

Paulus' Darstellung der Natur des Darlehens muß, meinte Nordling, als eine Illustration der Spannweite der juristischen Analyse aufgefaßt werden. Es ist sogar so, daß dieses Zitat ein Bild zweier unterschiedlicher Perspektiven auf, oder Niveaus in der Rechtsordnung gibt, zwischen denen jede praxisbezogene Rechts-

⁽²⁰⁾ *Om res fungibiles och dermed sammanhängande ämnen (Über resfungibiles und damit zusammenhängende Gegenstände)*, Uppsala 1867, S. 2f. Nordlings Auslegung des untenstehenden Zitats aus Paulis Sentenzen. Hinw. L. 2 Dig. de rebus creditis si certum petetur et de conditione (12:1), aus Mommsens Edition der Pandekten: *Justiniani Digestorum seu Pandectarum, Libri I-XVII*, Berolini, 1866, zitiert nach NORDLING, A a O. S. 1: « Mutuum damus recepturi non eandem speciem quam doaimus (alioquin commodatum erit aut depositum), sed idem genus: nam si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum. Mutui datio consistit in his rebus, quæ pondere numero mensura consistunt, quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie: nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest ».

wissenschaft das Vermögen haben muß, sich frei zu bewegen. In dieser Hinsicht bekräftigt die Struktur in der Analyse des Darlehnsinstitutes durch römische Juristen die Vermutung, daß die Vortrefflichkeit der römischen Rechtswissenschaft sich vor allem in deren systematischem und methodologischem Element gründete. Paulus leitet seine Bestimmung des Begriffes «Darleihe» mit einem Bericht über die Handlungsmuster, die das Entstehen dieser rechtlich geregelten Verhältnisse verursachen, ein. Der formelle juristische Charakter des Darlehens — seine Rechtsfolge — kann so ausgedrückt werden, daß der Darlehnsnehmer andere Dinge zurückgeben wird als die, die er einmal vom Darleiher erhalten hat ⁽²¹⁾. Diese Beschreibung ist jedoch nicht erschöpfend; auch Tausch kann ohne größere Probleme unter diese Definition fallen. Aber mit Hilfe dieses Einwandes — im Falle als Wein gegen Weizen getauscht wird — wird der Gedanke in eine andere Richtung gelenkt. Ein Rechtsverhältnis qualifiziert sich erst zum Darlehen, wenn die rechtlich bestimmte Folge ist, und das faktische Handeln erwartet wird, daß der Darlehnsnehmer freilich andere Sachen, aber Sachen gleicher Art übergibt, wie er früher erhalten hat. Diesen Aspekt der Bestimmung der Darleihe faßte Nordling als den natürlichen Grund für das Entstehen dieser Rechtsfolge auf:

«Danach ging er dazu über, das Verhältnis im einzelnen Leben aufzusuchen, worauf sich die juristische Seite des Darlehens stützt. Dies ist, daß es Sachen gibt, bei denen man im allgemeinen nicht an den speziellen Dingen, die man in einem bestimmten Fall zur Hand hat, hängt, sondern von dem Individuellen absehend, sich hauptsächlich auf die Eigenschaften, die sie mit anderen gemeinsam haben, oder mit anderen Worten der Art, der die Sachen zugehören, beziehen ⁽²²⁾.

Damit sollten die wichtigsten Voraussetzungen zur Abgrenzung und damit auch zur Entstehung des Darlehens angegeben sein; nämlich die Behauptung, daß in unserer Welt Dinge existieren, die vor allem als zur gleichen Art zugehörend aufgefaßt werden. Auf

⁽²¹⁾ Siehe A a O. S. 3: «Hieraus zeigt sich, daß der Jurist zuerst den juristischen Charakter des Darlehens angegeben hat, oder den, daß andere Sachen vom Darleiher zurückgegeben werden als die, die er erhalten hat, wozu wir, als eine auslegende Erklärung hinzufügen können, daß mit der Darlehnhingabe das Eigentumsrecht an den übergebenen Sachen vom Geber auf den Nehmer überführt wird».

⁽²²⁾ A a O. S. 3.

diese Weise werden die rechtlichen Folgen einer bestimmten Handlung — in diesem Fall das Übergeben von bestimmten Sachen — von den Eigenschaften, die dem Objekt für die Rechtshandlung zugeschrieben werden können, bestimmt. Die juristische Charakterisierung der Darleihe ist damit, nach Paulus' Auffassung, direkt abhängig davon, inwieweit eine bestimmte Eigenschaft des Dinges, in diesem Fall deren Austauschbarkeit oder Fungibilität festgestellt werden kann. Es ist mithin durch Paulus' Bestimmung des Darlehnsinstitutes, daß die Lehre über die fungiblen Dinge ihre juristische Relevanz erhält:

« Bei Austausch solcher Sachen erscheinen daher nicht die speziellen Dinge als für sich selbständig, sondern mehrere solcher werden in einem bestimmten Quantum zusammengenommen, das durch Messen, Wiegen oder Zählen bestimmt wird. Diese Behandlung stellt folglich ein äußeres Kennzeichen der genannten Sachen dar. Solche Sachen stellen gerade den Gegenstand für das Darlehen dar und geben dieser Handlung ihren rechtlichen Charakter, denn, da es im allgemeinen gleichgültig ist, wenn bei einer Lieferung von derartigen Sachen, bestimmte spezielle Dinge oder andere, die der gleichen Art angehören, übergeben werden, so ist man berechtigt anzunehmen, daß der Darleiher es akzeptiert, andere spezielle Dinge als die, die er überlassen hat, entgegenzunehmen, und daß dies also eine in der eigentlichen Rechtshandlung inbegriffene Bedingung gewesen ist » ⁽²³⁾.

Das Zitat bezieht sich also nur auf das Objekt für das rechtlich geregelte Handeln, das durch eine quantitative Schätzung — « messen, wiegen oder zählen » bestimmt wird — und deshalb als eine « bestimmte Menge » — ein Quantum — einer bestimmten Sorte oder Art aufgefaßt wird. Da die Dinge, die auf diese Weise fungibel genannt werden können, in einen Austausch zwischen zwei Parteien eingehen, so kann man annehmen, daß der Darleiher bereit ist, andere Dinge vom Darlehnsnehmer anzunehmen als die, die er ursprünglich überlassen hat. Diese Gleichgültigkeit der Parteien gegenüber den speziellen Eigenschaften der einzelnen Sachen macht sich für den Juristen in Form einer Vermutung über den materiellen Inhalt der Rechtshandlung bemerkbar; wenn zwischen zwei Partnern auf diese Weise fungible Dinge ausgetauscht werden,

⁽²³⁾ A a O S. 3 f.

kann man annehmen, daß diese Gleichgültigkeit eine konkludente Vertragsbedingung darstellt.

Die Lehre über die fungiblen Dinge kann als ein sowohl unproblematisches wie auf jede Weise bequemes Merkmal der Darlehnsituation erscheinen. Rechtsobjekte wie Öl, Geld, Saatgut und Bier werden normalerweise als typische Beispiele solcher Dinge angeführt, die als prinzipiell austauschbar aufgefaßt werden müssen und die somit Gegenstand einer Darlehnshandlung sein können:

«Dieses Raisonement scheint eine zufriedenstellende Erklärung des faktischen Grundes für die Rechtsfolgen bei Darleihe zu geben. Eine Eigenschaft ist bei Sachen gefunden, die bewirkt, daß, wenn sie einem anderen übergeben werden, die Handlung zum Darlehen wird; und ein leicht erkennbares Kennzeichen ist aufgezeigt, wodurch diese Eigenschaft sich im äußeren zu erkennen gibt»⁽²⁴⁾.

Aber bei einer genaueren Analyse dieser Überlegung geht hervor, daß die Lehre über die austauschbaren Dinge — die Entdeckung des Rechtswissenschaftlers von einer Eigenschaft bei den Dingen, «die bewirkt, daß, wenn sie einem anderen übergeben werden, die Handlung zum Darlehen wird» — ihren Grund in einer bestimmten Auffassung über den Aufbau der dinglichen Welt hat. Die Eigenschaft bei bestimmten Sachen, die der Jurist zu finden hoffte, mußte bestimmte Forderungen erfüllen: teils muß sich dieses Prädikat um seinem Zweck zu dienen auf irgendeine Weise in der Sinnenwelt manifestieren, d.h. es muß ein «leicht zu erkennendes Kennzeichen» haben⁽²⁵⁾, teils mußte seine Qualität als eine grundlegende Eigenschaft bei einer größeren Gruppe von Dingen erfaßt sein. Es liegt, sogar in diesem Stadium der Untersuchung, sehr nahe auf der Hand, daß die einzige objektive Einheit, die diese Forderungen erfüllen könnte, die Attribute seien, die zur Natur der Dinge gezählt werden können⁽²⁶⁾.

Das Streben der römischen Juristen eine objektive Eigenschaft

⁽²⁴⁾ A a O S.4.

⁽²⁵⁾ Modalität, oder Existenz, siehe SCHRODER, JAN: *Wissenschaftstheorie und Lehre der «praktischen Jurisprudenz» auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert*, Frankfurt- am-Main 1979, S.83f, und *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd 6, Stichwort «Modalität», Sp. 9.

⁽²⁶⁾ Attribute, im Wesen begründete Eigenschaften, d.h. Wesensattribute oder natürliche Eigenschaften, siehe Schröder, a a O ibidem.

für das Entstehen eines spezifischen Rechtsverhältnisses zugrunde-zulegen scheint also vorauszusetzen, daß diese Qualität in sich einen selbstständigen und apriorischen Charakter hat, d.h. daß sie ein Wesensattribut darstellt. Die Austauschbarkeit muß als eine ganz objektive Bestimmung der inneren Einheit bestimmter Dinge aufgefaßt werden und damit auch unabhängig von ihrem Gegensatz, dem subjektiven — in diesem Zusammenhang willkürlichen — Willen bei den Parteien:

« Es ist klar, daß, wenn ein bestimmtes Verhältnis auf diese Weise der Grund für das Rechtliche im Darlehen sein soll, daß auf demselben die Annahme eines bestimmten Willens beim Darleiher beruht, dessen Wille dann das genannte rechtliche Element motiviert, so muß dieses Verhältnis etwas vom Willen des Gebers Unabhängiges sein; denn wäre es anders, beruht das erwähnte Verhältnis auf dem Willen des Gebers, so muß man damit beginnen, gerade diesen Willen zu untersuchen und aus seiner Beschaffenheit unmittelbar die Rechtsfolgen herleiten. Der römische Jurist spricht aber ganz absolut über Sachen « quæ pondere numero mensura consistunt » und « quæ in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie », und setzt also das Dasein einer derartigen Eigenschaft bei einer gewissen Sorte von Sachen als etwas Unwillkürliches und Gegebenes, folglich vom einzelnen menschlichen Willen unabhängig voraus » ⁽²⁷⁾.

Es ist, nach meiner Meinung, unmöglich, den nahen Zusammenhang zwischen der Wahl von Fungibilität als Grund für die Bestimmung des Darlehens und der aufgezwungenen Passivität des Rechtssubjektes zu ignorieren. Wenn es möglich ist, eine solche Eigenschaft bei dem in Rede stehenden Ding zu konstatieren, so ist es dadurch entschieden, daß die Rechtshandlung Darlehen genannt werden soll; dies gänzlich ungeachtet der Willensrichtung, die die Parteien faktisch gehabt haben. Dieser Gegensatz zwischen dem rechtlichen Subjekt und Objekt, der seinen Ausdruck in dieser Darstellung bekommt, ist ein direktes Abbild der erkenntnistheoretischen Lage vor der von Kant durchgeführten sogenannten kopernikanischen Wende in der Philosophie. Die Vernunft, die gezwungen wurde einzusehen, daß « alle unsere Erkenntnisse müssen sich nach den Gegenständen richten » ⁽²⁸⁾ ist identisch mit diesem prinzipiell machtlosen und bewegungslosen Rechtssubjekt.

⁽²⁷⁾ NORDLING, a a O. S. 4.

⁽²⁸⁾ KANT, Immanuel: *Kritik der reinen Vernunft*, S. 21.

Das Erkenntnisobjekt, das in seinem dogmatischen Schlummer zurückgeblieben ist, hatte auch keine andere Ambition als die innere Ordnung der Dinge abzubilden; auf die gleiche Weise war der Willen des Darleihers durch das Vorhandensein einer besonderen Eigenschaft des Gegenstandes für die Rechtshandlung bestimmt. Diese Auffassung findet explizit Stütze in Nordlings eigenem Bericht über Entstehen und Entwicklung der Lehre über die fungiblen Dinge, denn dieser Rechtssatz baut, schreibt Nordling, von Anfang an auf «das Auffassen der Fungibilitäten als einen wirklichen Charakter bei bestimmten Sachen»⁽²⁹⁾ auf. Eine noch mehr ausgesprochene Verbindung zur juristischen Wesensmetaphysik findet man in folgender Passage:

«Daß Zasius die neugestaltete Bezeichnung *res fungibiles* als einen Ausdruck für die wirklich vorhandenen Sachen und für eine *konstante*⁽³⁰⁾ Eigenschaft bei diesen ansah, zeigt seine Äußerung daß die somit bezeichneten Sachen «*propter naturæ vel artis similitudinem*» für einander verwendet werden konnten. Auf gleiche Weise sprechen die, die mit sorgfältigerer Bestimmung der von Zasius erfundenen Bezeichnung, sie danach aufnahmen, über die Abhängigkeit der Fungibilität von der «*natura*» der Sache, oder wiesen sonst auf die natürlichen Eigenschaften bei Sachen hin, als das Wesentliche in der Fungibilität. Eine andere Auffassung war bei denen nicht möglich, die entweder diese mit der Verbrauchbarkeit, die eine natürliche Eigenschaft ist [sic], identifizierten oder diese als ein wesentliches Moment in der ersten eingehen ließen. Aber eine solche Auffassung stimmt auch mit dem Satz im römischen Recht überein, der Anlaß zum Begriff der Fungibilität gegeben hat, obgleich daselbst der Verbrauchbarkeit keine Bedeutung eingeräumt worden ist. Es ist nämlich unbestreitlich, daß Paulus gemeint hat, auf eine bestimmten Sachen innewohnende Beschaffenheit hinzuweisen, als er davon spricht, daß innerhalb derselben Sorte die eine die andere ersetzen kann. Deshalb ist dieselbe Auffassung in einem gewissen Grade noch vorhanden bei denen, die die Verbrauchbarkeit etwas in den Hintergrund haben treten lassen. Sogar die, die voll und ganz die Fungibilität und die Verbrauchbarkeit von einander getrennt haben, sind in nicht geringem Grade immer noch unter dessen Einfluß.»⁽³¹⁾

Eine moderne Vernunft, die die harte Schule durchgemacht hat, die Kants Kritik der reinen Vernunft ausmacht, kommt schnell zur Einsicht über die Widersprüche, womit die ältere Wesensmetaphysik behaftet ist. Wie kann es überhaupt möglich sein, sich eine

⁽²⁹⁾ NORDLING, a a O. S. 18.

⁽³⁰⁾ Meine Hervorhebung.

⁽³¹⁾ A a O. S. 27f.

Eigenschaft zu denken, die sichtbar und doch weder Zeit- noch Raumbestimmungen unterworfen ist ⁽³²⁾. Weiter: Wie kann eine solche Eigenschaft ihrerseits für die faktischen Rechtsfolgen des Darlehens zugrundegelegt werden? Diese prinzipiell unlösbare Problematik stellt den charakteristischsten Zug im klassischen Naturrecht dar. Mit der Natur des Rechtsobjekts als einzigem und ausschließlichem Grund für die Darleihe herrscht ein absoluter Gegensatz zwischen dem konkreten und damit individuellen Rechtsverhältnis ⁽³³⁾ und seiner rechtswissenschaftlichen Bestimmung, der Lehre über die fungiblen Dinge.

Der wissenschaftlich geschulte Jurist mußte deshalb später zur Einsicht kommen, daß es unmöglich ist, den archimedischen Punkt des Darlehens in der objektiven Eigenschaft Austauschbarkeit zu finden, denn — wie Kant dies ausdrückte — «alle Versuche, über sie [z.B. das Rechtsobjekt] a priori etwas durch Begriffe auszumachen, wodurch unsere Erkenntnis erweitert würde, gingen unter dieser Voraussetzung zunichte» ⁽³⁴⁾. Statt dessen ist es, wenn es überhaupt möglich sein soll, die Lehre über die austauschbaren Dinge als das entscheidende Element in der Charakterisierung des Darlehensverhältnisses darzustellen, notwendig, dem Wortlaut im Paulus-Zitat eine andere und «modernere» Auslegung zu geben. Und es war gerade eine solche wohlwollende Auslegung, die Nordling zu der Annahme leitete, daß «es Sachen gibt, bei denen man *im allgemeinen* ⁽³⁵⁾ nicht an den speziellen Dingen, die man in einem bestimmten Fall zur Hand hat, festhält, sondern von dem Individuellen absehend, sich hauptsächlich auf die Eigenschaften,

⁽³²⁾ Der erkenntnistheoretisch komplizierte und und überhaupt schwer erklärlche Übergang von Essenz, d.h. Attribut, zu Existenz, die einer auffassenden Vernunft sinnlich auffaßbaren Modalität, d.h. die Art und Weise, wie das Ding in der Erfahrungswelt realisiert wird.

⁽³³⁾ Die Art, wie das Rechtsverhältnis im positiven Recht gestaltet — geregelt — wird und Bestimmungen wie die «konstante Eigenschaft» Zasius' scheinen prinzipiell unvereinbar zu sein. Der Gegensatz zwischen der mangelhaften aber praktisch verwendbaren Rechtsordnung des auffassenden Subjekts und der dinglichen Ordnung im Naturrecht, macht auch das charakteristische Merkmal der klassischen Naturrechtslehren aus.

⁽³⁴⁾ KANT, a a O. S. 21.

⁽³⁵⁾ Meine Hervorhebung.

die sie mit anderen gemeinsam haben, oder mit anderen Worten der Art, der die Sachen zugehören, bezieht»⁽³⁶⁾. Die gesuchte Eigenschaft und damit auch das Kriterium für die Darleihe wird folglich im allgemeinen nur in Dingen der Sorte, die man normalerweise als typisch austauschbar auffaßt, wiedergefunden:

« Wir sind jedoch gezwungen, wohl nicht in der eigentlichen Deutung der Gesetzesstelle, aber in der Auslegung danach bei dem Gedanken zu bleiben, einer bestimmten Art von Sachen bloß im allgemeinen die erwähnte Eigenschaft zuzuerkennen, auf Grund derer sie auf die angegebene Weise behandelt würden »⁽³⁷⁾.

Der Gedanke hinter dieser Neudeutung von Paulus' Definition der Darleihe ist derselbe, der Kants kopernikanische Wende in der Philosophie prägt; nämlich, wenn es nicht möglich ist Erkenntnis über⁽³⁸⁾ irgendeine apriorisch objektive Eigenschaft zu haben, wird man gezwungen, das empirische Material an sich als Ausgangspunkt der Analyse anzuerkennen. Es gibt Dinge, über die man erfahrungsmäßig feststellen kann, daß sie im allgemeinen als austauschbar aufgefaßt werden. Dieses Faktum führt den Juristen zu der scheinbar natürlichen Annahme, daß der Darleiher akzeptiert hat, « andere spezielle Dinge als die, die er überlassen hat, entgegenzunehmen, und daß dies also eine in der eigentlichen Rechtsbehandlung inbegriffene Bedingung gewesen ist », denn — wie oben festgestellt worden ist — « im allgemeinen » betrachtet man ja diese Dinge auf eine solche Weise. Diese Qualität muß, um ihrem Zweck zu dienen, ein konstatierbares und äußeres Kennzeichen der Sachen, die generell als austauschbar betrachtet werden sollen, darstellen; die Art der Parteien, diese Dinge rein physisch zu behandeln, gibt dabei die Antwort:

⁽³⁶⁾ Siehe NORDLING, a a O S. 3.

⁽³⁷⁾ A a O. S. 4. Der erste Versuch Nordlings, durch eine rechtswissenschaftliche Analyse den materiellen Inhalt des römischen Rechts zu modifizieren.

⁽³⁸⁾ Faktisch, mit den Sinnen, eines Dinges innere Einheit und Charakter zu erfahren ist, nach Kant, eine Widersinnigkeit. Anstatt dieser unnützen Wesensbetrachtung muß das menschliche Erkenntnissubjekt den Weg zurück zum faktischen Sehen finden und daraus regelmäßige Handlungsweisen, empirische Kausalitäten etc., konstruieren.

« Bei Austausch solcher Sachen erscheinen deshalb nicht die speziellen Dinge als für sich selbständig, sondern mehrere solcher werden in ein bestimmtes Quantum zusammengekommen, das durch messen, wiegen oder zählen bestimmt wird. Diese Behandlung stellt folglich ein äußeres Kennzeichen der erwähnten Sachen dar. Solche Sachen stellen gerade den Gegenstand für das Darlehen dar und geben dieser Handlung ihren rechtlichen Charakter, denn, da es im allgemeinen gleichgültig ist, wenn bei einer Lieferung von derartigen Sachen bestimmte spezielle Dinge oder andere, die der gleichen Art angehören, übergeben werden, so ist man berechtigt anzunehmen, daß der Darleiher es akzeptiert, andere spezielle Dinge, als die, die er überlassen hat, entgegenzunehmen und daß dies also eine in der eigentlichen Rechtshandlung inbegriffene Bedingung gewesen ist » (39).

Man soll jedoch nicht aus diesem Grund dazu verleitet werden zu glauben, daß der Parteiwille, oder das faktische Handeln der Parteien, damit der entscheidende Faktor für die Entstehung und die Abgrenzung des Darlehens geworden ist. Die Existenz einer objektiven Eigenschaft, die man im allgemeinen bei einer bestimmten Art von Dingen findet — die Austauschbarkeit — bestimmt statt dessen den Willen und das Handeln der Parteien, d.h. der Jurist kann, von einer Analyse des Rechtsobjektes ausgehend, eine Mutmaßung des Willens der Parteien aufstellen und damit diese Annahme als eine explizite Vertragsbedingung auffassen. Aber selbst diese äußerst vorsichtige Revision der Lehre über die fungiblen Dinge führte zu ungereimten Konsequenzen, denn « auch dieses Zugeständnis, das notwendig war, um den Leser nicht aus den vorgeschriebenen Gedankengängen herauszuführen, ist größer als wir zugestehen können » (40). In der « modernen » Auslegung von Paulus' Zitat findet man nämlich ein Element wieder, das, wenn es konsequent durchgeführt wird, einen Bruch mit der Auffassung der römischen Juristen beinhaltet (41); dieser Erklärungsversuch spiegelt de facto, und gerade darin liegt das Problem, einen radikalen Umschwung der Bedeutung des Begriffes « Fungibilität » wider. Als Nordling über die Entwicklung berichtet, die die Lehre über *res fungibiles* durchgemacht hat, wird die

(39) A a O. S. 3 f.

(40) A a O. S. 4.

(41) Siehe a a O. S. 7.: « was doch offensichtlich nicht die Meinung des Juristen gewesen ist ».

Darstellung von einer strengen Epocheneinteilung geprägt. Die Lehre über die austauschbaren Dinge per se umfaßt nämlich, nach Nordlings Auffassung, zwei diametral verschiedene Sichtweisen der Darlehensproblematik: zunächst, wie Zasius, die Fungibilität als einen wirklichen Charakter oder eine Natur, im Ding verborgen, aufzufassen, tendierten die Juristen in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts vielmehr dazu, « sie zu einem relativen Begriff, eine äußere Betrachtungsweise des Dinges kennzeichnend, zu machen »⁽⁴²⁾. Im folgenden Zitat unterwirft Nordling diese Entwicklung einer scharfsinnigen Untersuchung:

« Doch beginnt bei verschiedenen neueren Rechtslehrern eine Ansicht hervorzubrechen, nach der es nicht so ganz bei der Realität des Begriffes Fungibilität bleibt, soweit dieser an die Sachen gebunden sein soll. Folgendermaßen beschreibt Hugo — ... — den Gegenstand, der damit allgemein bezeichnet wurde, auf die Weise, daß unter verbrauchbaren [offenbar falsch, statt dessen austauschbaren] Sachen « sehr oft nicht auf die Species, sondern auf die Gattung und Menge gesehen wird »⁽⁴³⁾. Für ihn ist die Fungibilität demnach nicht — oder soll nicht sein — eine natürliche Eigenschaft bei den Sachen, sondern eine bestimmte Betrachtungsweise von ihnen. Das Reale im Begriff, also begriffen, können nicht die Sachen sein, die den Gegenstand der Betrachtung darstellen, sondern die betrachtende Person. Ihm ist die Fungibilität eine Bestimmung, mag es auch sein, daß er dabei im Hinblick auf Sachen auf eine gewisse Weise festgelegt ist. Vom gleichen Standpunkt, wenn auch in der Form den vornehmlichen und wesentlichsten Raum der Sachen beibehaltend, bestimmt auch Ahrens « vertretbare Sachen » als « Sachen, die nicht als individuell bestimmte, sondern nur nach der Quantität oder nach der Gattung in Betracht kommen »⁽⁴⁴⁾, diese Definition Ahrens ist anscheinend von der Auffassung beeinflusst, daß es keine Sachen gibt, die in sich unwillkürlich « vertretbar » oder « unvertretbar » sind⁽⁴⁵⁾.

Der Schritt, die Fungibilität als eine in bestimmten Rechtsobjekten innewohnende und philosophisch notwendige Eigenschaft — ein konstantes Attribut — zu betrachten zu der Sichtweise, die in obenstehendem Zitat manifestiert wird, ist natürlich lange. Es ist deshalb nicht verwundernswert, daß diese Entwicklung der Lehre über die austauschbaren Dinge in Wirklichkeit den allgemeinen Prozeß widerspiegelt, durch den das moderne Subjekt sein Mün-

(42) A a O. S. 18.

(43) Siehe *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*, Bd. IV, 1820, S.29f.

(44) Siehe *Juristische Encyclopaedie*, Wien 1855, S. 609.

(45) NORDLING, a a O. S. 28f.

digkeitsalter erreichte und sich von der Tyrannei der objektiven Attribute emanzipierte: die kopernikanische Wende der kantianischen Vernunftskritik. Diese Befreiung der menschlichen Vernunft bekam ihren deutlichsten Ausdruck in der Anwendung des Begriffes «Modalität», in Kants Vernunftskritik. In einer wesensmetaphysischen Erkenntnistheorie wird die Modalität, oder der Modus, als eine Art, auf der die ontologischen Attribute in eine existente Form übergehen, aufgefaßt. Mit Ausgangspunkt im Gesetz des Widerspruchs wurde ein absoluter Gegensatz zwischen Essenz und Existenz postuliert; damit wurde die Modalität eines Dinges als etwas dem Wesensattribut prinzipiell entgegengesetzt aufgefaßt — der Begriff wurde tatsächlich oft mit Zufälligkeit und Veränderlichkeit identifiziert ⁽⁴⁶⁾. Die konstatierbaren Eigenschaften eines Dinges, die Art, in der ein Objekt in der Realität auftreten, waren auf diese Weise in die empirische Scheinwelt, die die wissenschaftliche Vernunft so fürchtete, eingegangen. Dieser Zufälligkeitsscharakter hatte seinen Ursprung im ungenügenden Auffassungsvermögen und möglicherweise auch potentiellen bösen Willen der menschlichen Vernunft, und damit entstand ein Gegensatz zwischen dem Attribut — dem Wesen — und der Modalität, den nicht einmal Kausalitätsüberlegungen als dem sogenannten Gesetz des zureichenden Grundes (*ratio sufficiens*) zu überbrücken vermochte.

Mit Kants Kritik der wesensmetaphysischen Vernunftsvorstellung wurde diese Frage auf ihre Spitze getrieben. Der Ausgangspunkt für die kantianische Wende war die Schlußfolgerung des Philosophen, daß dieser Gegensatz tatsächlich ein unauflöslicher Widerspruch ist und bleibt, der den wissenschaftlichen Lebensnerv bedroht. Anstatt anzunehmen, daß der menschliche Wille sich nach den Bestimmungen der Dinge zu richten habe, worüber wir übrigens niemals sichere Erkenntnis gewinnen können werden, so ist es für den Wissenschaftler vielleicht fruchtbarer anzunehmen, daß «die Gegenstände müssen sich nach unserer Erkenntnis richten, welches so schon besser mit der verlangten Möglichkeit einer Erkenntnis derselben a priori zusammenstimmt, die über Gegen-

⁽⁴⁶⁾ Siehe *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd 6, Sp. 9: «bedeutet oft weiter nichts als Zufälligkeit oder veränderliche Bestimmungen eines Dinges».

stände, ehe sie uns gegeben werden, etwas festsetzen sollen» (47). Von diesem Standpunkt aus ist es offensichtlich, daß die Auffassung von der Modalität der Dinge, d.h. die Art, wie sie auftreten und in der Erfahrungswelt behandelt werden, eine radikale Veränderung erfahren muß: «Neuerdings aber hat man das Wort auch in der eigenthümlichen Bedeutung genommen, dass man darunter das Verhältnis eines Dinges zum denkenden Subjecte versteht» (48). Die Lehre über die fungiblen Dinge konnte nicht länger als die Frage aufgefaßt werden, ob ein Ding ein wirkliches Attribut, d.h. eine Wesenseigenschaft von Austauschbarkeit habe oder nicht, oder inwiefern man sagen kann, daß die Art, in der man bestimmte Dinge behandelt — z.B. messen, zählen oder wiegen — eine hinreichende Basis in diesem Attribut habe. An die Stelle des Attributes als Grund trat danach das «modi» des Dings, oder mit anderen Worten, der selbständig gewählte Gesichtswinkel des denkenden Subjektes und seine Weise das Ding zu behandeln:

«Besonders charakteristisch ist Mackeldeys Art zu Wege zu gehen bei der Bestimmung des in Rede stehenden Begriffs. Nachdem er die Einteilung der Sachen in «vertretbare» und «nicht vertretbare» erwähnt hat, setzt er fort: «Die Begriffe sind relativ. Vertretbar ist eine jede Sache alsdann, wenn es bei dem Rechtsverhältnis, dessen Gegenstand sie ist, nicht sowohl auf ihre Species, sondern blos auf ihre Gattung und Quantität ankommt, so dass sie nur in genere oder in eadem quantitate et qualitate gegeben zu werden braucht. Nicht vertretbar ist eine Sache alsdann, wenn sie bei einem Rechtsverhältnis nach ihrer Species in Betracht kommt, und daher auch in specie prästiert werden muss». Es ist folglich die Art und Weise, wie die Sachen bei einem Rechtsverhältnis vorkommen, die den Einteilungsgrund darstellen, nicht irgendeine besondere Beschaffenheit bei den Sachen selbst. Deshalb kann jede Sache als fungibel vorkommen, und auch als nichtfungibel» (49).

Damit hatte die menschliche Vernunft, die es früher nur vermochte, die inneren Eigenschaften und Relationen der Dinge passiv abzubilden, sich das Recht erkämpft anzugeben, aus welchem Gesichtswinkel man in einem bestimmten Fall die Sachen

(47) KANT, a a O. S. 21.

(48) Siehe *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd 6, Sp. 9 (Hinweis auf KRUG, W. T.: *Allgemeinem Handwörterbuch* 2, 1833, Neudruck 1969).

(49) NORDLING, a a O. S. 28f. Dies ist sowohl für Immobilien als auch für Mobilien gültig.

betrachten soll. In obenstehendem Zitat kann man demnach auch dem Emanzipationsprozeß der juristischen Vernunft folgen, denn, wenn es der Wille der Parteien ist, der das Fundament für die Charakterisierung der rechtlichen Gegenstände ausmacht, so kann ein und dieselbe Sache sowohl fungibel als auch nicht-fungibel sein. Ob ein Ding ein *res fungibiles* ist oder nicht, sollte demnach ganz auf der Einstellung des Parteiwillens im jeweiligen Falle beruhen. Dieses Bestreben, den Parteiwillen als das konstituierende Element der Darlehnshandlung aufzufassen, findet seine Entsprechung innerhalb beinahe aller Teile des Vermögensrechts. Es scheint sogar möglich zu behaupten, daß dies den eigentlichen Kern der kopernikanischen Wende innerhalb der Jurisprudenz darstellt⁽⁵⁰⁾; der freie oder vielmehr befreite menschliche Wille konnte danach unbehindert den Gesichtswinkel wählen, der seinen Absichten am besten entsprach und durch dieses Vermögen der bewußten Wahl, das Fundament für das Entstehen und die Wirkungen verschiedener Rechtsverhältnisse zu schaffen, denn:

« Es ist nämlich leicht einzusehen, daß der Mensch, der, sowohl die Zusammenfassung der äußeren Dinge, deren er sich bedienen soll, als auch die besonderen Dinge, die darin eingehen sollen, frei nach seinem Zweck anpaßt, nicht dabei von bloß einer Seite beim Ding bedingungslos gebunden ist, sondern daß seinem Willen die Möglichkeit gelassen wird, gleichwohl Gewicht zu legen auf die besonderen Eigenschaften, die die individuellen Dinge besitzen, und die man im allgemeinen nicht bei anderen wiederfindet, auch wenn sie der gleichen Art angehören, oder daß lediglich die allgemeinen Eigenschaften, die für die ganze Gattung gemeinsam sind, berücksichtigt werden sollen. Ja, wenn Sachen im allgemeinen, zumindest zuletzt, in Beziehung auf den Benutzer einen bestimmten individuellen Gebauch erhalten und wenn die menschliche Individualität danach strebt, sich auch in den Dingen geltend zu machen, die ihrem Zweck dienen, so ist die Folge sogar die, daß bei den meisten Sachen im allgemeinen deren individuelle Eigenschaften berücksichtigt werden, und daß auch jede Sache bei besonderen Gelegenheiten Gegenstand einer solchen Auffassung werden kann »⁽⁵¹⁾.

Auch diese Leistung, die Kontrolle des denkenden Subjekts über die dingliche Welt wiederherzustellen, stellte jedoch in sich

⁽⁵⁰⁾ Siehe WILHELM, Walther: *Die Entwicklung der juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, S. 72f (freie Handlungsmöglichkeiten als Grund für den systematischen Aufbau des deutschen Privatrechts).

⁽⁵¹⁾ A a O. S. 4f.

«nur ... einen halben Schritt» auf dem Weg zu einer Lösung der Probleme dar, zu der Paulus' Definition Veranlassung gegeben hat. Durch die Kritik, die Kant die philosophische und damit auch die naturrechtliche Vernunft unterworfen hatte, hatte nämlich der «Begriff» — die Eigenschaft der Fungibilität — ihre «Realität als Rechtsobjekt auf der einen Seite verloren, ohne auf der anderen eine solche Realität vollständig gewonnen zu haben» (52). Die Entwicklung der Lehre über die fungiblen Dinge, die beinhaltete, daß man «res fungibiles vom Ausdruck für wirkliche Sachen zur Bezeichnung einer bestimmten Betrachtungsweise davon übergehen ließ», mußte, wenn sie auf die Spitze getrieben wird, dazu führen, daß die Austauschbarkeit, sowie alle objektiven Eigenschaften, als prinzipiell für eine sichere Erkenntnis unerreichbar aufgefaßt wird. Aus diesem System, in dem die Hegemonie der Vernunft dadurch garantiert wurde, daß «alles Organ ist» (53), sollten alle derartigen Eigenschaften entfernt und durch reine und formelle Gedankenkategorien ersetzt werden. Eine Analyse der Natur der freien Vernunft — des reinen Willens — enthüllt jedoch, daß dies de facto bedeuten würde, daß das Darlehen voll und ganz sein theoretisches Fundament verlöre.

Die erkenntnistheoretische Freiheit, die der Entwicklung der Lehre über die fungiblen Dinge zugrunde liegt, ist traditionell mit Zufälligkeit und Willkür verknüpft worden. Man kann, ohne zu übertreiben, den freien Willen als einen in sich wissenschaftlich unbestimmten oder «unsichtbaren» Faktor charakterisieren. Das Vermögen des freien Willens zur Realisierung, zur Handlung ist unendlich vielfältig, und die individuelle Wahl sollte damit «abhängig von» einer Unzahl «wechselnder Umstände sein, auf die allgemeine Rechtsregeln nicht gebaut werden können» (54). Nordling führte als Beispiel den Unterschied in der Betrachtungsweise

(52) A a O. S. 34f.

(53) KANT, a a O. S. 35.

(54) A a O. S. 5. Das Zitat lautet im ganzen wie folgt: «Irgendein allgemeingültiges Verhältnis für einige Sachen, durch das es gleichgültig sein würde, aus welchen speziellen Dingen sie bestehen, läßt sich deswegen nicht aufweisen, sondern es ist ausschließlich die Berücksichtigung der Art der Sachen, oder, im Gegensatz dazu, die Rücksicht auf deren speziellen Beschaffenheit, bedingt durch wechselnde Umstände, worauf allgemeine Rechtsregeln nicht aufgebaut werden können».

ein und derselben Ware an, die auf der einen Seite zwischen dem Produzenten oder Händler und auf der anderen Seite dem Konsumenten existiert. Denn von dem, «der, der die Funktion der Verteilung in der großen ökonomischen Maschinerie besorgt», kann, wenn seine «Tätigkeit für sich betrachtet wird, gesagt werden, daß er mehr die Art der Dinge berücksichtigt. Das Charakteristische dieser Betrachtungsweise geht hervor, wenn man z.B. die Bedingungen der Lagerhaltung betrachtet». Dagegen sieht «der Konsument... hauptsächlich auf das Individuelle der Sachen» und diese Perspektive prägt auch die Art, wie er das Ding behandelt»⁽⁵⁵⁾. Es wäre, mit Ausgangspunkt in obenstehender Überlegung, nicht ungereimt anzunehmen, daß Nordling mit seiner Annahme, daß der Parteienwille für sich unzureichend ist, um eine erschöpfende rechtliche Charakteristik der Darlehnsrelation zu geben, recht hatte:

«Ist es folglich unrichtig, als Fundament für das Rechtsverhältnis beim Darlehen die angenommene eigentümliche Beschaffenheit bei bestimmten Sachen aufzustellen, von der nachher der Wille des Darleihers mit Notwendigkeit auf eine bestimmte Art bestimmt sein würde, so verbleibt es als eine Möglichkeit, daß der römische Rechtslehrer darin das Richtige getroffen hätte, daß es die beabsichtigte Bestimmung im Willen des Gebers ist, die das Rechtliche in der Darleihe begründet, obwohl das Vorhandensein der gleichen Bestimmung durch andere Verhältnisse als eine gewisse Eigenschaft bei den gegebenen Sachen oder irgendeine äußere Art in deren Behandlung konstatiert werden müssen. Die beabsichtigte Bestimmung im Willen des Gebers war Gleichgültigkeit für das Individuelle in den Sachen, die von ihm besessen wurden, und statt dessen wurde von seiner Seite hauptsächlich die Gruppe, der die Sachen angehören berücksichtigt. Soll nun diese Bestimmung im Willen ein hinreichender Grund für die Entstehung der Rechtsfolgen sein, die das Darlehen charakterisieren, nämlich der Übergang des Eigentumsrechts und das Recht auf Zurückgabe anderer Sachen, so müssen diese Rechtsfolgen in jedem Fall, wenn der Grund vorhanden ist und eine Übergabe von Sachen geschieht eintreten. Dies ist indessen nicht der Fall. Denn, wenn einem anderen Sachen zur Aufbewahrung gegeben werden und nicht zu seinem Gebrauch, so verbleibt das Eigentumsrecht beim Deponenten, er mag sich selbst bekennen oder es soll herausgefunden werden, daß ihm die Beibehaltung von genau den Sachen, die überlassen worden waren, völlig gleichgültig gewesen ist. Sogar wenn die Sachen zum Gebrauch eines anderen überlassen werden, so bewirkt der Umstand, daß der Geber gleichgültig gegenüber der Beibe-

⁽⁵⁵⁾ A a O. S. 5.

haltung der Sachen ist, nicht den Übergang des Eigentumsrechts an den Empfänger »⁽⁵⁶⁾.

Es ist in Wirklichkeit unumgänglich notwendig, wenn es überhaupt möglich sein soll, die rechtswissenschaftliche Bestimmung der Darleihe beizubehalten, einen äußeren Bestimmungsgrund für den Parteiwillen in den Fällen zu finden, in denen ihm kein klarer Ausdruck gegeben worden ist.

Wenn die von Kant gelehrte philosophische Vernunft bei der bloßen Andeutung einer Wesensargumentation in der Lehre über die fungiblen Dinge erschreckt zurückweicht, so schaudert die juristische Vernunft, die von Kant buchstäblich verlassen worden ist, vor den Forderungen, die damit an die rechtswissenschaftliche Argumentation gestellt wird. Dieses Schaudern fand Nordling unter anderem bei Mackeldey, der, nachdem er festgestellt hatte, daß alle Dinge, mobiles wie immobiles Eigentum, gleichzeitig sowohl fungibel als auch nicht-fungibel sein können, dennoch einen Weg aus diesem relativistischen Dilemma zu finden versuchte:

« Dies legt Mackeldey noch weiter aus, indem er anmerkt, daß sich die Einteilung nicht auf bloß bewegliche Sachen beschränkt, sondern, daß auch unbewegliche Sachen als Fungible in Betracht kommen können. Doch versucht er schließlich, beinahe vor dem Resultat schaudernd, zu dem er gekommen ist, diesem Begriff die sachlich-reale Bedeutung zurückzugeben, die er ihm vorher geraubt hat, indem er sagt: «Aber nur unter den beweglichen Sachen sind solche, die sich vorzugsweise zu vertretbaren Sachen eignen, und dies sind diejenigen, welche im täglichen Handel und Wandel gemessen, gezählt oder gewogen zu werden pflegen (quæ pondere, numero vel mensura constant). Dieses nennt man denn vertretbare Sachen im vorzüglichen Sinne, oder man bezeichnet sie als ihrer Natur nach vertretbare Sachen. Auf die gleiche Weise will Savigny seinen «Quantitäten» einen solchen realen Inhalt geben, durch deren Bestimmung als «Sachen, deren Werth nach der im Verkehr vorherrschenden Ansicht, nicht auf ihrer Individualität, sondern lediglich auf Zahl, Maass oder Gewicht innerhalb einer gewissen Gattung beruht, so dass bei gleichem Umfange verschiedene Individuen derselben Gattung völlig gleichgeltend sind». Es ist also eine in der allgemeinen Umsetzung vorfindliche Gleichgültigkeit gegenüber der Individualität bestimmter Sachen, worauf sich die Begriffsübereinstimmung innerhalb des sachlichen Gebietes stützen soll. Daß dieser Grund jedoch im allgemeinen auf der subjektiven menschlichen

⁽⁵⁶⁾ A a O. S. 6f. Vgl. betreffend der Abgrenzung zur Deposition, HASSELROTH, Berndt: *Några frågor angående deposition*. Inlaga (*Einige Fragen die Deposition betreffend. Eingabe*), Malmö 1927, S. 5ff.

Auffassung von den Sachen bei jeder besonderen Gelegenheit beruht, und nicht bei diesen konstant ist, haben wir bereits zu Anfang dieser Abhandlung gezeigt, und ist auch von Mackeldey zu allererst auf das Vollständigste anerkannt ». ⁽⁵⁷⁾.

An Stelle des Wesensattributs wird der theoretisch interessierte Jurist gezwungen, die allgemeine Meinung innerhalb des ökonomischen Verkehrs zu setzen. Der individuelle, und damit vollständig unberechenbare Parteiwille wird durch einen angenommenen kollektiven Willen ersetzt. In seinem Aufsatz richtete Nordling vernichtende Kritik gegen diesen undeutlichen und unsicheren Argumentationsweise, aber er betonte gleichzeitig, daß die Treibkraft, die dieser Überlegung zugrundeliegt die Notwendigkeit, einen objektiven Bestimmungsgrund des einzelnen Parteiwillens zu finden, sowohl gesund als auch notwendig war.

Auf die gleiche Art, wie die Natur der Dinge und deren besondere Eigenschaften schwerlich dazu taugen, ein überzeugender Grund für die Bestimmung des Darlehens zu bilden, scheint auch der Parteiwille ein komplettierendes objektives oder sachliches Element zu fordern, um einen Grund für die Rechtsfolgen der Darleihe darstellen zu können. Der freie Wille ist für sich nicht ausreichend, um irgendeine rechtliche Relation zu charakterisieren; bereits der Begriff « Relation », sei sie rechtlich oder nicht, scheint zwei verschiedene Existenzen vorauszusetzen. Es kann natürlich angenommen werden, daß diese zwei selbständigen Einheiten ganz einfach von den Parteien in einem Rechtsverhältnis repräsentiert werden. Für die Bestimmung des inneren Grundes des Darlehens wäre eine solche Überlegung eine intellektuelle Sackgasse. Die klassische Vertragstheorie baut nämlich auf dem Gedanken auf, daß erst wenn die Parteiwillen prinzipiell übereinstimmend sind, ein Vertrag überhaupt zustande gekommen ist ⁽⁵⁸⁾. Es ist also unmöglich, den einen Parteiwillen als eine Bestimmung oder Manifestation des anderen aufzufassen. Das Vorkommen von zwei übereinstimmenden Willen ist statt dessen die äußerste, wenn auch in den meisten Fällen fiktive, Voraussetzung dafür, daß ein Vertrag

⁽⁵⁷⁾ A a O. S. 29f.

⁽⁵⁸⁾ Oder aus guten Gründen angenommen wird, daß dieser Punkt erreicht worden ist, vgl. Gebundenheit auf Grund von Passivität oder konkludenter Handlungen.

überhaupt geschlossen worden ist. Es ist also notwendig, einen Gegenpol zu den prinzipiell übereinstimmenden Parteiwillen zu finden, der es möglich macht, das Verhältnis zwischen den Parteien als eine Darleihe zu betrachten:

« Wir finden also, daß es einem allein durch die Sachen nicht gelingen kann, eine sichere Grundlage für den Fungibilitätsbegriff zu erhalten, sondern daß diese von einer bestimmten Betrachtungsweise von Sachen bei Personen abhängig gemacht worden ist. Aber man konnte nicht dabei stehenbleiben. Denn, wenn es zwischen allen Rechtslehrern unstreitig ist, daß man mit *res fungibiles* das Rechtsobjekt bezeichnet, und eine andere Auffassung nicht einleuchtend wäre, so weit das Wort *res* etwas bedeuten soll, so muß man entweder danach streben, der Fungibilität eine real-sachliche Bedeutung zu vindizieren, was jedoch aus dem Grund nicht gelingt, worauf man diese Arbeit aufgebaut hat, oder auch die Realität des Rechtsobjekts von einer anderen Gattung als Sachen zu erwerben versuchen. Dieses Letztere war dagegen möglich und ist auch, nach unserem Gedanken, bereits von dem einen oder anderen, wenn auch unbewußt, gemacht worden »⁽⁵⁹⁾.

Dieses Suchen nach einem objektiven Grund für die Einstellung des Willens muß in der eigenen ausgeprägten Natur des Parteiwillens beginnen. In sich ist der Wille unbestimmt, er stellt eigentlich nur das Vermögen zur Realisierung — der transitorische Zustand zwischen Idee und Handlung — dar. Es ist folglich notwendig, den Willen mit einer bestimmten Idee zu verbinden, um ihn damit sichtbar, systemgemäß und wissenschaftlich bestimmbar zu machen. Nur dadurch ist es möglich anzunehmen, daß der Parteiwille das theoretische Fundament für die rechtlichen Folgen des Darlehens darstellt. Es ist für den Rechtswissenschaftler unumgänglich notwendig, in der Objektwelt eine manifeste⁽⁶⁰⁾ Ursache für den Willen sich «vernünftig» zu verhalten zu finden. Dieses Streben bedeutete keinen Rückzug zu einem schwankenden Common-sense-Räsonnement des Typs, dem Savigny und Mackeldey fürsprachen. Es war keine Frage, was die «Mehrheit» meint, sondern nur, was als theoretisch und systematisch vernünftig aufgefaßt werden muß. Dies ergibt sich deutlich bei einem Vergleich mit der Überlegung in dem aktuellen Aufsatz und der Art, wie

⁽⁵⁹⁾ A a O. S. 30f.

⁽⁶⁰⁾ Konstatierbar, sichtbar, körperlich — etwas Äußeres. Die natürliche Forderung auf intellektuelle «Sichtbarkeit».

Nordling seine Wissenschaftsauffassung in den Vorlesungen über die juristische Enzyklopädie entwickelte. Das Resultat des Willens, die Rechtshandlung, muß als die Realisierung einer Idee, einer systematisch höheren und erschöpfend bestimmten Einheit, aufgefaßt werden. Dies bedeutet, daß man in der Idee die Willensbestimmung findet, die allerdings diese Freiheit aufzuheben scheint, die aber in Wirklichkeit die Freiheit des Subjekts mit erkenntnistheoretischer Notwendigkeit identifiziert. Denn alles, was natürlich und in der Subjektwelt beheimatet ist, d.h. alles was vernünftig ist, muß auch notwendig sein ⁽⁶¹⁾. Dies stellt den angenommenen transzendentalphilosophischen Ausgangspunkt dar.

Die Zielsetzung ist also nicht, den bloß freien Willen zu erreichen. Der Jurist sucht nach einem auf eine besondere Art qualifizierten Parteiwillen; nur der notwendige oder vernünftige Wille ist hinreichend bestimmt, um das rechtliche Fundament für eine Rechtshandlung darzustellen. Dadurch fallen auch die Gebiete Philosophie und Rechtswissenschaft zusammen, denn «die Philosophie wie die Rechtswissenschaft haben vernünftige Personen zum Gegenstand».

Auch auf dem Gebiet des Vermögensrechts repräsentiert der vernünftige Wille die konstituierende Einheit. Nordling definierte die Theorie des Vermögensrechts, d.h. den Versuch der akademisch tätigen Juristen, ein rechtswissenschaftliches Fundament für die vermögensrechtlichen Statuten zu finden, wie die Lehre, die die «Regeln für die Tätigkeit des Staates bei der Regelung des allgemeinen gegenseitigen Verhältnisses von Privatpersonen, in Hinsicht auf die in der Sinnenwelt befindlichen Kräfte, welche als Mittel für deren vernünftigen Zweck aufgenommen sind», darstellt. Aus dieser Bestimmung geht also hervor, daß, wenn auch der Wille als an sich unbestimmt angesehen werden muß, das dahinterliegende Ziel als vernünftig qualifiziert werden kann oder nicht. Der archimedische Punkt, den Juristen so lange gesucht haben, war also weder im Parteiwillen an sich noch im Wesen des Dinges zu finden.

⁽⁶¹⁾ NORDLING, Ernst Viktor: *Föreläsning över den juridiska encyclopedien av E. V. Nordling*. Föreläsningsanteckningar (*Vorlesung in juristischer Enzyklopädie von Ernst Viktor Nordling*, Aufzeichnungen), IV: 44.

Die Unterdrückung des Wesensattributes durch den Parteiwillen führte unerbittlich zu unlösbaren Widersprüchen und unzufriedenstellenden Erklärungsversuchen; Nordlings Analyse von Paulus' Bestimmung der Darleihe die Lehre von den fungiblen Dingen stellte ein deutliches Beispiel dieser Problematik dar. Angesichts des befreiten Willens löste sich die dingliche Einheit auf: man ging dazu über, statt die Fungibilität als eine Eigenschaft in der Natur der Sache zu betrachten, sie als eine mehr oder weniger willkürlich gewählte Betrachtungsweise aufzufassen, und damit wurde die Frage des Darlehnsgrundes aus dem rechtswissenschaftlichen Gebiet hinaus befördert. Dies war, nach Nordling, unakzeptabel: «Wir stellen also an die Enzyklopädie den Anspruch, daß sie rechtlich» jedes einzelne Teil der Rechtsordnung «begründen soll»⁽⁶²⁾.

Von dem Gesichtswinkel der modernen Vernunft her ist es natürlich schwer, wenn nicht unmöglich, abzustreiten, daß die Fungibilität zum mindesten teilweise als eine von den Parteien gewählte Perspektive des Dinges aufgefaßt werden muß. Es kann gesagt werden, daß dies den transzendentalphilosophischen Ausgangspunkt für die Analyse des Darlehens repräsentiert. Der Parteiwille ist in sich jedoch so formlos und die mögliche Erscheinungsformen dieses Willens so unendlich variierend, daß es notwendig ist, die erforderliche Qualifizierung des Willens im Rechtsobjekt zu suchen. Der moderne Jurist nahm sich also vor, eine vom Parteiwillen freistehende objektive Bestimmung zu finden, die es diesem Willen möglich machte, seiner innewohnenden Vernunft Ausdruck zu geben. Und dies bedeutete, wenn man diesen Gedankengang im Falle der Darleihe anwendet, daß Nordlings Streben darauf gerichtet war, eine oder mehrere Eigenschaften im Ding zu finden, die es dem rechtlich bestimmten Parteiwillen notwendig machten, sich gerade auf das Rechtsverhältnis Darleihe einzurichten. Das Charakteristische oder die Idee der Darleihe war folglich das Prinzip, daß das Vorhandensein einer besonderen Eigenschaft im Rechtsobjekt die vernünftige und dadurch rechtliche Einrichtung des Parteiwillens gewährleistet.

Paulus' Definition des Darlehens war insofern falsch, als sie

⁽⁶²⁾ NORDLING, *Antrittsvorlesung*, S. 708.

sich nur auf das Äußere und Formelle der Darlehnsituation richtete⁽⁶³⁾. Das Messen, Wiegen und Zählen war vielmehr nur der physische Ausdruck für eine bestimmte Absicht. Anstatt eine Handlung oder den flüchtigen Willen einseitig zu betrachten war es notwendig, die Idee oder den Zweck hinter der Darlehenshandlung zu analysieren. Die Natur der Darleihe ging, nach Nordling, am deutlichsten hervor, wenn man das Darlehen mit den nahe verwandten Rechtshandlungen Leihe und Miete verglich. Im täglichen Sprachgebrauch existierte kein klarer Unterschied zwischen diesen Begriffen; man benutzte sie im allgemeinen als gegenseitige Synonyme. Aber durch eine rechtswissenschaftliche Analyse geht sowohl das, was diese Termen vereint als auch was sie trennt hervor:

« Wir sollen nun nicht weniger deren gemeinsamen Charakter näher aufzeigen, durch den sich sämtliche von anderen Rechtshandlungen unterscheiden, als auch die Verschiedenheit in materieller Hinsicht, die zwischen ihnen stattfindet, und die der faktische Grund zu deren juristischem Unterschied ist. Sie stimmen alle darin überein, daß eine Person von einer anderen empfängt wie diese dem vorigen übergibt Sachen, um vom Empfänger gebraucht und genutzt zu werden »⁽⁶⁴⁾.

Das gemeinsame Merkmal, das es ermöglicht, sie als nahe verwandt aufzufassen, ist das Faktum, daß sämtliche dieser Rechtsbegriffe die Übergabe eines Dinges von einer Person an eine andere, um vom Empfänger gebraucht zu werden, bezwecken. Es war nun vor allem das charakteristische Merkmal des Darlehens, das Gegenstand für Nordlings Interesse war und er stellte daher fest, daß:

« Die drei Rechtshandlungen unterscheiden sich in juristischer Hinsicht dadurch, daß bei der Darleihe das Eigentumsrecht an den Sachen, die deren Gegenstand sind, mit dem Empfang dem Darlehnsnehmer gehört, während der Entleiher und Mieter nur das Nutzungsrecht zu dem in Leihe und Miete gegangenen Gutes genießt, und diese letztgenannten Rechtshandlungen dadurch, daß das Nutzungsrecht vom Entleiher ohne Schuldigkeit dafür Ersatz zu leisten, ausgeübt wird, wogegen der Mieter gegenüber dem Vermieter ersatzpflichtig für den Gebrauch des Gutes ist, was bei uns « Mietek » genannt wird »⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶³⁾ Siehe *Über res fungibiles*, S.7.

⁽⁶⁴⁾ A a O. S. 9f.

⁽⁶⁵⁾ A a O. ibidem.

Durch die Übergabe wird in dem einen Fall Leihe und Miete nur das Nutzungsrecht zum rechtlichen Objekt überführt; in dem anderen Fall, dem Darlehen, geht statt dessen das Eigentumsrecht an den Dingen, die überliefert wurden, über. Der Übergang des Eigentumsrechts, kann de facto gesagt werden, sei der rechtliche Zweck der Darleihe. In dieser Idee, die Absicht, daß das Eigentumsrecht mit der Übernahme und dem Empfang von Sachen übergehen soll, geht sowohl der Parteiwille als auch seine nähere Bestimmung ein. Der Unterschied zwischen diesen Rechtshandlungen ist nämlich, neben der faktischen Einrichtung des Parteiwillens und dessen prinzipiellen Freiheit, «auf der Beschaffenheit der gegebenen und erhaltenen Sachen zu beruhen»; der Parteiwille kann nur der spezifischen Einrichtung für das Darlehen durch die Befindlichkeit einer in den Sachen niedergelegten «natürlichen Eigenschaft» zugeschrieben werden. Im Gegensatz zum Fungibilitätsbegriff muß diese Eigenschaft folglich ein in der Hauptsache objektives Element des Darlehens darstellen:

« Wir sehen auch, was besonders das Darlehen betrifft, daß es eine objektive, vom Gutdünken des Einzelnen unabhängige Beschaffenheit bei bestimmten Sachen gibt, die macht, daß bei der Maßnahme in Hinsicht auf die, die die Darlehnsnahme in sich einschließt, der Wille des Handelnden auf eine besondere Art bestimmt angesehen werden muß, d.h. bestimmt auf eine andere Art, als er bei der gleichen Maßnahme im Hinblick auf andere Sachen sein würde, und daß deswegen ein vollgültiger äußerer realer Grund für das Eigentümliche im Darlehen, sowohl für die Art des einzelnen Willens als auch die dadurch entstehende juristische Folge aufgezeigt wird »⁽⁶⁶⁾.

Nordlings Untersuchung führte ihn zu der Annahme, daß der Eigentumsrechtsübergang eine entscheidende Voraussetzung für die Bestimmung der Rechtshandlung, die Darleihe genannt wird, darstellt. Der Zweck der Darlehnshandlung, im Gegensatz zu den Rechtshandlungen, die nur die Überführung eines begrenzten Rechts zu dem tradierten Ding beinhaltet, ist, daß dem Empfänger das gleiche Recht am Ding übertragen wird, das der Geber selbst gehabt hat. Die Möglichkeit, das Darlehen von der Leihe und Miete zu unterscheiden ist also ganz abhängig davon, inwieweit der Jurist es vermag, einen rechtlich annehmbaren Grund für den Eigen-

⁽⁶⁶⁾ A a O. S. 11f.

tumsrechtsübergang darzulegen, und der Parteiwille stellt in dieser Hinsicht den natürlichen Ausgangspunkt dar. Die Frage ist also: Welche Eigenschaft beim Ding macht es natürlich anzunehmen, daß mit der Übergabe beabsichtigt ist, daß das Eigentumsrecht an dem besonderen Ding zur Gegenpartei übergehen soll? Nordling beantwortete diese Frage im folgenden Passus:

«Der Unterschied zwischen den Rechtshandlungen nämlich auf der einen Seite Leihe und Miete und auf der anderen Darleihe beruht auf der Beschaffenheit der überlassenen und empfangenen Sachen in der Hinsicht, ob sie einen fortgesetzten Gebrauch durch den Empfänger zulassen, oder mit anderen Worten, inwieweit sie von ihm benutzt werden können, ohne daß sie in sich oder für ihn verlorengehen, oder ob dies nicht der Fall ist. Im ersten Fall ist die Rechtshandlung Leihe oder Miete. Geschieht dagegen das Letztere, so ist deutlich, daß, da die Sachen zum Gebrauch entgegengenommen werden, aber so etwas nicht geschehen kann, ohne daß der Empfänger sie verliert, er sie nicht in specie zurückgeben kann, sondern der Geber sich damit zufriedenstellen muß, die gleiche Quantität ebenso guter Sachen gleicher Sorte zurückzubekommen» (67).

Sowohl Leihe als auch Miete bauen auf dem Gedanken auf, daß in gewissen Fällen eine Überführung eines im Vergleich zum Eigentumsrecht begrenzten Verfügungsrechtes über ein bestimmtes Ding möglich ist (68). Auf diese Weise das Nutzungsrecht zum Rechtsobjekt zu überführen, setzt voraus, daß das eigene Recht des Gebers an der Sache — das Eigentumsrecht — in der Praxis durch die Handlung nicht aufgehoben wird. Im Falle, daß das Ding die Eigenschaft hat, ganz oder teilweise durch den Gebrauch des Empfängers zu vergehen, so ist es nicht natürlich, die Rechtshandlung als Leihe oder Miete aufzufassen (69), sondern vielmehr als ein Darlehen. Inwieweit ein Rechtsobjekt auf diese Art verbrauchbar (70) ist oder nicht, kann jedoch an sich nicht den Grund für die Abgrenzung zwischen auf der einen Seite Leihe oder Miete und auf der anderen Seite Darleihe ausmachen.

Nordlings Absicht mit dieser Auseinandersetzung war nicht, von neuem den Parteiwillen seiner neugewonnenen Freiheit zu berauben. Die natürliche Eigenschaft, die Nordling suchte, muß

(67) A a O. S. 11.

(68) Vgl. mit dem römischrechtlichen *ususfructus*, siehe a a O. S. 18f.

(69) Vgl. mit vor allem *quasi-ususfructus*, a a O. *ibidem*.

(70) Vgl. mit dem Begriff Hasselrots «Verzehrlichkeit» in a a O. S.5.

allerdings als prinzipiell entgegengesetzt und hauptsächlich unabhängig von der Willenseinrichtung der Parteien angenommen werden, aber ihre Rolle in der rechtswissenschaftlichen Bestimmung der Natur des Darlehens ist nicht, den rechtlichen Grund des Instituts in toto darzustellen. Die Ursache für das Streben des Juristen, einen Gegenpol zum Parteiwillen in der Rechts handlung zu konstiuieren, kann auf den rechtswissenschaftlich « unsichtbaren » Charakter des juristischen freien Willens zurückgeführt werden. Nur durch ein solches objektives Kriterium ist es überhaupt möglich, dem Parteiwillen eine solche Bestimmung zu geben, daß er den Grund für ein Rechtsinstitut ausmachen kann. Denn, durch den Besitz dieses äußeren Grundes kann der Jurist den freien, aber stummen Willen in eine offenbarte rechtliche Bestimmung der Natur der Darleihe und deren Folgen verwandeln, ohne deswegen die explizite Unabhängigkeit des Parteiwillens aufzuheben; « Bei diesem unseren Eingeständnis können wir in die Beschuldigung geraten, daß wir uns selbst auf das Feld der Subjektivität begeben haben, das wir uns selbst neulich gerühmt haben, vermieden zu haben, daß es nicht so ganz mit der Unabhängigkeit des einzelnen Willens bestellt ist, die wir unter Berücksichtigung auf deren Beschaffenheit die Sachen, die den Gegenstand des Darlehens darstellen, zurückgewinnen wollten: hierzu antworten wir, daß wir niemals bezweckt haben, Sachen mit Rücksicht auf deren Anwendungsweise, der Abhängigkeit des menschlichen Willens entzogen, zu erklären » (71). Nordlings Absicht war folglich vielmehr, die sachliche Eigenschaft zu finden, von der aus die menschliche Vernunft ihr eigenes Handeln als prinzipiell notwendig und damit der rechtswissenschaftlichen Analyse zugänglich aufzufassen vermag. Wenn die Dinge im allgemeinen durch den Gebrauch, der normalerweise damit verbunden ist, vergehen, so muß man folglich einleuchtend annehmen können, daß der Geber der Individualität des übergebenen Dinges gegenüber gleichgültig gewesen ist. Es existiert ein objektiver « natürlicher » Grund um, wenn nichts anderes festgestellt werden kann, anzunehmen, daß der Wille des Gebers bei der Übergabe in einer gewissen Richtung bestimmt

(71) NORDLING, a a O. S. 12.

gewesen ist. Man stellt mit Hilfe dieser Analyse der Sache eine Präsümption über den Inhalt des Parteiwillens auf:

«Die Sachen, die für einen menschlichen Zweck besessen werden, sind allerdings im allgemeinen, eine jede nach ihrer besonderen Art, für eine bestimmte Anwendungsweise geeignet, von der deswegen angenommen werden muß, daß sie im besondern Fall bezweckt war, *soweit kein anderes anderes Verhältnis bekundet wird* ⁽⁷²⁾; aber irgendein Hindernis für das Aufstellen eines anderen Zwecks beim Gebrauch der Sachen kann darin nicht gefunden werden. Dessen ungeachtet ist das Objektive im Grund für das Darlehen nicht aufgehoben. Denn, nachdem eine Sache bei einer bestimmten Rechtshandlung (Annahme: beim Empfang zum Gebrauch und zur Nutzung) für einen bestimmten Zweck bestimmt gewesen ist, sei es, daß dieser Zweck ihr allgemeiner ist, sei es ein für die Gelegenheit Vereinbarter, so ist die Entscheidung dieser Frage, ob die Sache mit dem festgestellten Zweck bestehen kann oder nicht, voll und ganz von der bereits befindlichen Beschaffenheit der Sache abhängig und nicht weiter vom Willen des Einzelnen » ⁽⁷³⁾.

Durch diese Distinktion vermeidet Nordling elegant jede Andeutung eines Zirkelschlusses. Im Gegensatz zum Verhältnis zwischen dem Parteiwillen und der Fungibilität, in dem die Austauschbarkeit zu einem unselbständigen Ausdruck des einzelnen Willens reduziert wird, stellt die Verbrauchbarkeit einen solch überwiegenden objektiven Grund dar, der einen dialektischen Gegenpol zum Parteiwillen darstellen kann. Durch die Präsümption des qualifizierten Parteiwillens wird sowohl dem Rechtssubjekt wie dem rechtlichen Objekt das Vermögen zugesichert, Rechtshandlungen zu «schaffen» und damit Rechtsfolgen «vorschreiben».

Alle Rechtshandlungen haben, meinte Nordling, diesen doppelten Charakter ⁽⁷⁴⁾. Denn alle Handlungen, rechtliche oder nicht, setzen teils eine realisierende, bewußt handelnde Kraft — ein Rechtssubjekt oder eine Partei —, teils einen Gegenstand, ein Objekt, für die einzelne Handlung voraus. Weder der menschliche Wille noch die inneren Eigenschaften des Rechtsobjektes können jedoch einzeln einen hinreichenden Grund für ein reelles Recht-

⁽⁷²⁾ Meine Hervorhebung.

⁽⁷³⁾ A a O. S. 12f.

⁽⁷⁴⁾ Vgl. A a O. S. 11: «Wir sehen also, wie die materiellen Absichten bei den in der Rechtshandlung Teilnehmenden vom Recht aufgenommen werden und zum Fundament für das juristische — das formelle — Verhältnis zwischen ihnen gemacht werden. Dies ist der Fall bei allen Rechtshandlungen, ebenso wie bei der nun vorliegenden».

sinstitut bilden. Es scheint unmöglich, sich eine Rechtshandlung wie die Darleihe ohne den Parteiwillen als konstituierendes Element zu denken; die Unbestimmtheit des Willens beinhaltet ihrerseits, daß das, was äußerlich ein und dieselbe Rechtshandlung zu sein scheint, zu völlig entgegengesetzten Rechtsfolgen führen kann. Durch seine postulierte Freiheit scheint der menschliche Wille paradoxerweise seine Handlungsfreiheit zu verlieren, denn die Handlung muß, um wirklich frei zu sein, in einer bewußten — vernünftigen! — Wahl begründet sein. Diese Auseinandersetzung offenbart in Wirklichkeit die Bedeutung, die Nordling und sonstige Vertreter der historischen Schule in den Begriff des freien Willens legten. Nur eine unzureichend emanzipierte Vernunft kann die subjektive Willkür und wissenschaftliche Zufälligkeit als einen Ausdruck für Freiheit auffassen. Das Handeln der menschlichen Vernunft, deren Geschichte, ist nur in dem Maße frei, in dem es seine philosophische Natur verwirklicht. Freiheit und Notwendigkeit stellen folglich keinen Gegensatz mehr dar; statt dessen müssen diese zwei Elemente als prinzipiell gleichberechtigte Seiten ein und derselben Einheit anerkannt werden. Von einem solchen Standpunkt her wird das Interesse an Auseinandersetzungen um die allgemeine Meinung zu dem allerdings fiktiven, aber für den Intellekt offenbaren «vernünftigen» Willen verschoben. Nordling konzentrierte sich folglich auf den Willen, der in der Darlehenssituation als eine Präsumtion ausgedrückt werden kann.

Zwischen Partei und Gegenstand für die Rechtshandlung postulierte Nordling eine rechtlich qualifizierte Relation. Dieses dialektische Verhältnis hatte seinen Grund in der Annahme, daß der Darlehensempfänger prinzipiell die Absicht hat, das Darlehensobjekt maximal auszunutzen; während der Geber vermutlich danach strebt, so viel Macht wie möglich über das Ding zu behalten. Die Verbrauchbarkeit der aktuellen Sache wird damit als eine rechtliche Bestimmung der «unsichtbaren» Willenseinrichtung — Parteiwillen in dubio — aufgefaßt werden, was die Frage bezweckt, ob die Übergabe des Dinges den Übergang des Eigentumsrechts oder nur des Nutzungsrechts am Darlehensobjekt beabsichtigt. Die Verbindung von einer bestimmten Auswendungsweise zur Verbrauchbarkeitseigenschaft eines Dinges in dieser Präsumtion, gibt folglich dem Juristen eine Möglichkeit, im allgemeinen die Fälle, in denen

die Übergabe des « geliehenen » Dinges zugleich einen Eigentumsübergang beinhaltet, zu erkennen. Damit ist der einzelne Wille geregelt worden, oder mit anderen Worten: der Parteiwille ist durch die Analyse der materiellen Voraussetzungen, die einen rechtlichen, d.h. einen vernünftigen oder verallgemeinerten ⁽⁷⁵⁾ Willen bestimmen, in einen Darlehnswillen verwandelt worden. Dies ist überhaupt das Wesen der Präsumtion; durch eine Untersuchung des objektiven Ausdruckes auf die innere Kraft zu schließen, die ihren Grund und ihre Ursache darstellt:

« Und wenn der Wille des Empfängers bereits beim Empfang auf den Gebrauch der Sachen gerichtet ist, so muß angenommen werden, daß er auch im selben Augenblick die Absicht hat, so große Macht im Verhältnis zum Geber über die Sachen zu haben, daß sie desgleichen die Disposition über die Sachen einbezieht, auch über deren Substanz, die die Bedingung zu deren Gebrauch darstellt. Weil die Ausübung einer solchen Disposition nicht vor sich gehen kann, ohne daß für den Ausübenden jedes Recht an den Sachen aufgehoben wird, so muß ihm als Empfänger das Umfassendste aller Rechte oder das Eigentumsrecht zuerkannt werden. Die Überführung des genannten Rechts vom Geber auf den Empfänger ist deshalb gerade fest an den Empfang der Sachen gebunden; und diese Rechtsfolge tritt unabhängig davon ein, ob sich die an der Rechtshandlung Teilnehmenden ihr bewußt waren oder nicht. Denn obgleich das Recht beabsichtigen und sich nach *dem Zweck und den Absichten des Einzelnen* eignen muß, *so schaffen diese doch nicht das Recht*; sie brauchen auch nicht gemeinhin das Recht im besonderen Fall wissen und kennen. Daher sind auch nicht die Bestimmungen des Rechts, auch mit Rücksicht auf das Verhältnis der Einzelnen untereinander, bedingt durch deren Bewußtsein über dieselben. Dagegen müssen wir annehmen, daß in das Bewußtsein der Handelnden eingeht, daß die Sachen, die vom Empfänger erhalten werden, nicht in specie zurückgegeben werden können. In diesem Bewußtsein bestimmen sie auch nach Anzahl, Maß oder Gewicht die Rückgabe anderer Sachen, die als Entgelt für das Darlehen geschehen soll; wobei jedoch zu bemerken ist, daß eine solche Bestimmung auch bei anderen Rechtshandlungen als Darlehen geschehen kann, sowie, daß es sogar bei dieser mitunter eintreffen kann, daß die Bestimmung, was zurückgegeben werden soll, nicht abstrakt auf die erwähnte Weise, sondern durch unmittelbar konkrete Anschauung geschieht » ⁽⁷⁶⁾.

Die Präsumtion, zu der die Verbrauchbarkeit des Darlehnsobjektes Veranlassung gibt, stellte folglich das Kriterium dar, das es möglich macht, die Darlehnsituation von den scheinbar gleichartigen Rechtsinstituten Leihe und Miete zu unterscheiden. Die Frage

⁽⁷⁵⁾ Denn eine Idee ist in diesem Sinn immer allgemein.

⁽⁷⁶⁾ A a O. S. 11. Meine Hervorhebung.

ist jedoch, ob diese Präsuntion auch eine Definition des Rechtsinstitutes Darleihe in toto darstellt und damit die Lehre über res fungibiles in der rechtswissenschaftlichen Argumentation ersetzen kann. Die Einführung der Verbrauchbarkeit als entscheidenden Faktor in der Präsuntion eines vernünftigen Willens in der Darlehnssituation klärt nämlich nicht das Verhältnis zwischen dem Darlehen und anderen Rechtshandlungen, die zwar einen Übergang des Eigentumsrechts beinhalten, in denen aber der Geber entweder nicht erwartet, daß er Dinge der gleichen Gattung als Entgelt bekommt — z.B. beim Tausch und Kauf — oder, wie im Falle einer Schenkung, überhaupt kein Entgelt erwartet. Dieser Einwand könnte den Todesstoß darstellen für Nordlings Versuch, einen Ersatz für die Lehre über die fungiblen Dinge zu konstruieren.

Wenn man diesen Einwand näher studiert, wird man bald, nach Nordling, gewahr, daß dieser nur auf einer unzulässigen Vereinfachung des Darlehnszwecks aufbaut. In Wirklichkeit stellt dieses Dilemma nur ein Scheinproblem dar, begründet auf einer Vermischung der Begriffe «Verbrauchbarkeit» (77) und «Austauschbarkeit». Die Verbrauchbarkeit darf nicht in sich als Ausgangspunkt für die Bestimmung der Darleihe betrachtet werden — dies bedeutete nur den Ausdruck «fungibel» in der Lehre über die fungiblen Dinge mit «verbrauchbar» zu ersetzen —; statt dessen garantiert diese objektive Bestimmung die Verwandlung des unbestimmten einzelnen Willens in eine allgemein vernünftige Willenseinrichtung, wenn auch nur vorläufig und in dubio. Diese Forderung auf «Voraussehbarkeit» und «Manifestation» gilt natürlich vor allem im Verhältnis zu anderen Personen als der Gegenpartei, und Nordling konstatierte folglich, daß der Verbrauchbarkeitsaspekt besonders bezweckt, die sachenrechtlichen Folgen des Darlehens zu regeln. Die Funktion der Verbrauchbarkeitspräsuntion,

(77) In dieser Hinsicht ist die Abgrenzung zwischen Deposition, sog. depositum irregulare, und der Darleihe besonders bemerkenswert. Es ist also nicht die Verbrauchbarkeit in sich, die den Grund für das Entstehen und Weiterbestehen der Darleihe ausmacht. Der Grund für die Darleihe ist stattdessen der Parteiwille — sozusagen präliminär — in und durch die «natürliche» Eigenschaft des Verbrauchbarkeitskriteriums ausgedrückt. Wenn diese präsumtive Einrichtung des Parteiwillens gebrochen wird, kann das, was als eine Darleihe erschien, in eine Deposition «verwandelt werden» — dies, obwohl die äußeren Bedingungen die gleichen geblieben sind. Vgl. HASSELROT, a a O. S. 5ff.

der Umwelt einen manifesten Ausdruck für den freien Willen zuzusichern, scheint auch konsistent mit den allgemeinen Prinzipien für den sogenannten Schutz des Dritten des Sachenrechts zu sein. Die Hauptregel für das Separationsrecht beleuchtet jedoch auch die Begrenzung dieser Präsomption als Bestimmung des Darlehnsinstituts in seiner Ganzheit; das sowohl konstituierende als auch abschließende Element der Darleihe die Übergabe gilt immer spezifischen, existierenden Dingen:

« Betrachtet man die Rechtsverhältnisse während der verschiedenen Stadien beim Darlehen, so wird man sie ganz verschieden finden. Bei gerade der Darlehnshandlung ⁽⁷⁸⁾, wenn bestimmte Sachen vom Darlehnsnehmer entgegengenommen werden, sind sie als Species und wirkliche Sachen vorhanden. Von diesen dabei bloß in genere vorkommend zu sprechen, oder als bloß in einer solchen Eigenschaft ausmachenden Gegenstand für die genannte Handlung, bedeutet einen Nonsens, und ist auch allgemein bestritten worden. Bei derselben Handlung stellen die Sachen weiter den Gegenstand für das erste der Sachenrechte, das Eigentumsrecht, dar, nämlich das Eigentumsrecht des Darlehnsgebers als mit der Handlung aufhörend und des Darlehnsnehmers als dabei unmittelbar entstehend. Auf genau die gleiche Weise verhält es sich bei der Rückzahlung der Schuld. Dabei werden auch wirkliche Sachen in specie zurückgegeben, und das Eigentumsrecht wird von dem einen auf den anderen übertragen, wenn auch in entgegengesetzter Richtung » ⁽⁷⁹⁾.

Der Eigentumsübergang bezieht sich folglich immer auf wirkliche Dinge und nicht auf abstrakte Bestimmungen wie Qualität und Quantität. Es ist dagegen offenbar, daß der Darleihe durch die Präsomption des freien Willens, die das Verbrauchbarkeitskriterium ermöglicht, keine ganz schlüssige Definition gegeben werden kann. Eine andere rechtliche Bestimmung ist notwendig für die Zeit, die zwischen der Übergabe, die das rechtliche Verhältnis zwischen den Parteien einleitet und der Übergabe, das « Entgelt », die das Darlehnsverhältnis zwischen ihnen auflöst, vergeht:

« Anders beschaffen ist das Verhältnis während der Zeit zwischen diesen beiden Handlungen und auch, wie einige Juristen annehmen, vor der erstgenannten Handlung und nachdem die Absprache über das zukünftige Darlehen getroffen worden ist. Darunter kommen Sachen als bloß generell oder abstrakt angegeben vor, d.h. sie kommen in Wirklichkeit überhaupt nicht vor.

⁽⁷⁸⁾ Handlung, Tat, Realisierung usw. umfaßt immer bestimmte, vorzugsweise physische, reale Dinge, d.h. das besondere und hinreichend Spezifizierte.

⁽⁷⁹⁾ A a O. S. 31f.

Das Recht, das dabei existiert, welches ist es? Ja, ein Forderungsrecht. Und was stellt das Objekt für dieses Forderungsrecht einer Person dar? Die Leistung einer anderen Person, d.h. diese Person selbst in einer bestimmten Handlung, die die Ausgabe von Sachen einer bestimmten Qualität und Quantität beinhaltet. Dies gibt uns den Schlüssel zur Lösung der Frage »⁽⁸⁰⁾.

Inter partes überwiegt statt dessen ein anderer Aspekt: daß die Eigentumsübergänge, die Taten, die die vollendete Rechtshandlung konstituierten, immer reelle Dinge betreffen, ist unvermeidlich, aber diese besonderen Dinge brauchen nicht — und was das Darlehen betrifft: können nicht — ein und dieselbe Sache darstellen. Zeit ist vergangen, die Dinge sind, da sie prinzipiell verbrauchbar sind, ganz oder zu einem überwiegenden Teil konsumiert worden und andere Dinge mußten an deren Stelle treten. Der Darlehensgeber hat statt dessen eine legitime Forderung auf ein bestimmtes Quantum der gleichen Sorte und Qualität. Wiederum kann es so scheinen, als ob Nordlings Überlegung nur zu einer Wiederherstellung der ursprünglichen Lehre über *res fungibiles* führt. Diese, die obligationsrechtliche Perspektive, ermöglicht es jedoch stattdessen dem Juristen, den wahren Grund der Fungibilität darzustellen. Zwischen den beiden Übergabeaugenblicken « existiert » ja das Objekt für diese Rechtshandlung im eigentlichen Sinne keineswegs. Die faktischen Dinge sind durch eine abstrakte Bestimmung, ein Quantum, ersetzt worden, das eigentlich nur die Äquivalenz zwischen dem faktischen Ding feststellt, das bereits übergeben worden ist und dem, das in der Zukunft als Entgelt übergeben werden soll. Die obligationsrechtliche Natur des Darlehens stellt folglich keine irgendwie objektiv konstatierbare Eigenschaft bei den faktischen Dingen dar, sondern statt dessen eine rechtliche Bestimmung von der zukünftigen Willenseinrichtung der Parteien. Die Austauschbarkeit, in der oben genannten Bedeutung, ist mithin, nach Nordlings Meinung, ausschließlich eine Bestimmung der Willensbekundung oder der Handlung einer Person. Im Darlehensfall besteht zu diesem Zeitpunkt nur ein Forderungsrecht⁽⁸¹⁾, und zwar eine Forderung in *dando*.

⁽⁸⁰⁾ A a O. *ibidem*.

⁽⁸¹⁾ Vgl. *Jur. Enz.*, IV: 44: « Obligationsrecht: Das Objekt ist eine Forderung »

« Sehen wir, für die Bestimmung der Fungibilität, von den Momenten beim Darlehen ab, wo die Sachen wirklich in specie produziert werden, was erforderlich ist, weil sie da nicht als bloß in genere bestimmt von den Handelnden in Betracht gezogen werden können, und halten wir uns an die Momente, in denen sie auf diese Weise bestimmt scheinen, so finden wir, daß das Recht, das in diesem letzteren Fall vorhanden ist, ein Obligationsrecht ist, und der Gegenstand dafür demnach eine persönliche Leistung ist. Wollen wir nun den res fungibiles sowohl eine reale wie auch eine rechtsobjektliche Bedeutung zusichern, so wird diese nichts anderes als eine Bestimmung zur genannten Leistung, oder mit anderen Worten, zu der Person, die schuldig ist eine Leistung zu erbringen; welche Person jedoch mit Rücksicht auf bestimmte Gattungen von Sachen auf eine gewissen Weise bestimmt ist. Dies wird dann das einzige sachliche Element darin. Es ist auch auf dem Objekt für ein Forderungsrecht, worauf ein Teil der neueren Rechtslehrer ihre Blicke gerichtet gehabt haben, wenn sie über res fungibiles (oder vertretbare Sachen) gesprochen haben, wobei sie dennoch übersehen haben, daß ein solches Recht nicht an eine bestimmte Sache gebunden ist, sondern, daß die einzige Art, worauf die Sachen im Rechtsobjekt eingehen können, eine abstrakte Angabe von Sorte und Quantität ist, eine Bestimmung zu einer Leistung darstellend, als das eigentliche Objekt ⁽⁸²⁾.

Eine wahre produktive rechtswissenschaftliche Bearbeitung des Darlehnsinstitutes setzt vor allem voraus, daß der Jurist die verschiedenen Aspekte der Darleihe — die «Austauschbarkeit» des Obligationenrechts, zuäüßerst gegründet im angenommenen Consensus des Parteiwillens, und der sachenrechtlich relevanten «Verbrauchbarkeit» — von einander zu trennen vermag. Eine weitere Forderung muß jedoch an das Verständnis des wissenschaftlichen Juristen gestellt werden: er muß außerdem in der Lage sein, diese juristischen Gesichtspunkte als die zwei Seiten aufzufassen, die zuerst zusammen die rechtliche Einheit der Darleihe konstruieren. Es ist also nicht hinreichend, nur den Unterscheid zwischen Verbrauchbarkeit und Austauschbarkeit festzustellen, es ist genauso wichtig, deren gegenseitiges Verhältnis zu klären. Nordling behauptet

mit der Definition des Sachenrechts: «Das Objekt des Rechtsverhältnisses ist eine Sache, in Specie», a a § 44.

⁽⁸²⁾ A a O. S. 32ff, z.B. Hugo, Warnkönig, Savigny und Puchta: «Noch wichtiger (als die Dauerbarkeit der Sachen) ist die individuelle Bedeutung. Alle Sachen können in Rechtsverhältnissen vorkommen als Gattungen und Individuen. Beim Eigenthum immer in der letzten Eigenschaft, bei Forderungen in der zweiten (eg. ersten): dies Grundstück, diese Geldstücke, oder in der ersten: ein Grundstück von so grossem Umfang, eine gewisse Quantität Geldstücke» (siehe PUCHTA, *Vorlesungen über das heutige römische Recht*, Bd I, Leipzig 1862, S.81).

tet, daß es die Unfähigkeit war, eine solche Relation zwischen den Begriffen zu konstruieren, der die Juristen zu der drastischen, auf dem Gebiet der Darleihe geradezu «kopernikanischen» Umdeutung der Lehre über *res fungibiles* gezwungen hat.

In dem Maße, in dem man sowohl die Verbrauchbarkeit als auch die Fungibilität als reelle Qualitäten beim Darlehnsobjekt auffaßt, so ist das Verhältnis zwischen diesen äußerst problematisch. Es ist unmöglich zu behaupten, daß diese Begriffe synonyme Ausdrücke für die gleiche sachliche Eigenschaft darstellen würden⁽⁸³⁾, und deshalb immer gleichzeitig im Ding vorkommen. Genauso unsinnig werden die Konsequenzen, wenn man annimmt, daß es sich um zwei ganz verschiedene Bestimmungen in ein und demselben Ding handelt; dies würde ja dazu führen, daß die Rechtshandlungen Leihe, Miete und Darleihe keine gegenseitigen Relationen hätten. Auch die Annahme, daß die Austauschbarkeit eine Unterabteilung zur Verbrauchbarkeit darstellen würde, oder vice versa, ist nicht haltbar. Dies würde nämlich gegen die Sentenz «*tertium non datur*», d.h. gegen die Hypothese streiten, daß das Recht ein methodologisch erschöpfendes System darstellt. In Wirklichkeit ist es, nach Nordlings Auffassung, gerade diese Vermischung von Verbrauchbarkeit und Austauschbarkeit, die die Juristen dazu verleitet hat, die Fungibilität als eine objektive Wesenseigenschaft aufzufassen, denn: «Eine andere Auffassung war bei denen nicht möglich, die entweder diese mit der Verbrauchbarkeit identifizierten, die eine natürliche Eigenschaft ist, oder diese als ein wesentliches Moment in der ersteren eingehen ließen. Aber eine solche Auffassung stimmt auch mit dem Satz im römischen Recht überein, der Anlaß zum Begriff der Fungibilität gegeben hat, obgleich daselbst der Verbrauchbarkeit keine Bedeutung eingeräumt worden ist. Es ist nämlich unbestreitbar, daß Paulus gemeint hat, auf eine in bestimmten Sachen wirklich inwohnende Beschaffenheit hinzuweisen, als er davon spricht, daß innerhalb derselben Sorte die eine die andere ersetzen kann. Deshalb ist dieselbe Auffassung in einem gewissen Grade noch vorhanden, auch bei denen, die die Verbrauchbarkeit etwas in den

⁽⁸³⁾ Siehe a a O. S. 26 f. Betrachte den qualitativen Unterschied zwischen der sachenrechtlichen «äußeren» und obligationenrechtlichen «inneren» Perspektive.

Hintergrund haben treten lassen. Sogar die, die voll und ganz die Fungibilität und die Verbrauchbarkeit von einander getrennt haben, sind in nicht geringem Grade immer noch unter dessen Einfluß » (84). Auch die «kopernikanische» Wende in der Lehre über die fungiblen Dinge bedeutete in dieser Hinsicht keine eigentliche Verbesserung der Lage. Allerdings machte diese Umdeutung des Begriffes «Fungibilität», nach Nordlings Auffassung, einen Fortschritt aus, verglichen mit Paulus' Definition der Darleihe. Durch die Auffassung der Bestimmung Austauschbarkeit als die Betrachtungsweise, die die Parteien de facto an das Objekt der Rechtshandlung angelegt haben, hatte man die Bedeutung des Parteiwillens für das Entstehen eines Rechtsverhältnisses erkannt. Diese Betrachtungsweise zwingt jedoch den Juristen zu einer unnatürlichen Begriffsanwendung; es scheint nämlich nicht möglich zu sein, die Lehre über res fungibiles als den allgemeinen Rechtsgrundsatz, der die Einrichtung des Parteiwillens regelt, aufzufassen:

« Wir finden also, daß es nicht bei den Sachen in sich gelungen ist, eine sichere Grundlage für den Fungibilitätsbegriff zu erhalten, sondern daß dieser von einer bestimmten Betrachtungsweise von den Sachen bei Personen abhängig gemacht worden ist. Aber man konnte dabei nicht stehenbleiben. Denn, wenn es zwischen allen Rechtslehrern unbestritten ist, daß man mit res fungibiles die Rechtsobjekte bezeichnet, und eine andere Auffassung nicht einleuchtend wäre, so weit das Wort res etwas bedeuten soll, so muß man entweder danach streben, der Fungibilität eine real-sachliche Bedeutung zu vindizieren, was jedoch aus dem Grund nicht gelingt, worauf man diese Arbeit aufgebaut hat, oder man muß, die Realität bei Rechtsobjekten einer anderen Gattung als Sachen zu erwerben versuchen. Dieses Letztere war dagegen möglich und ist auch, nach unserem Gedanken, bereits von dem einen oder anderen, wenn auch unbewußt, gemacht worden » (85).

Ein fungibles Ding muß — in dem Maße man dabei beabsichtigt, den Juristen mit einem objektiven Kriterium für die Darlehenssituation auszustatten — sich auf eine wirklich existierende rechtliche Einheit beziehen. Wenn diese Einheit nicht auf eine fruchtbare Weise im Objekt der Rechtshandlung gesucht werden kann, so ist es notwendig, sich an die aktiven Teilnehmer der Darlehnshandlung zu wenden, d.h. an das Rechtssubjekt. Es ist, wie Nordling dies ausdrückt, erforderlich

(84) A a O. S. 27 (f), Fn 1.

(85) A a O. S. 30f.

anzunehmen, daß die Verbrauchbarkeit eine Bestimmung « zu einem anderen Gegenstand »⁽⁸⁶⁾ ausmacht als den, der übergeben worden ist. Damit tritt der Unterschied und das Verhältnis zwischen den beiden notwendigen Aspekten, die nur zusammen die Theorie der Darleihe konstituieren können, in Erscheinung. Die Verbrauchbarkeitüberlegung geht von einer natürlichen Eigenschaft bei der Sache, die vom Darleiher zum Darlehnsnehmer übergeben wird, aus. Dieses objektive Kriterium stellt den Grund für die sachenrechtliche Präsomtion dar, die die Übergabe des Dinges zum Entstehen des ausgedehntesten aller Rechte qualifiziert, nämlich das Eigentumsrecht. Die Verbindung der Austauschbarkeit zum Parteiwillen ist offenbar von einer anderen und mehr direkten Art als die der Verbrauchbarkeit; im angenommenen Konsens des Parteiwillens entsteht nämlich das Forderungsrecht, das den Kern in der für die Darlehnsituation typischen Austauschbarkeitsqualität ausmacht. Es war demnach erst als man diese zwei getrennten Aspekte der Darleihe als zwei Seiten von ein und derselben Sache aufzufassen vermochte, daß die Rechtswissenschaftler sowohl die objektive Einseitigkeit, die der römischrechtlichen Lehre über die fungiblen Dinge anhaftet, als auch die subjektive Einseitigkeit, die die Auffassung prägt, daß nur der Parteiwille das konstituierende Element im Darlehen ausmacht überwinden:

« Gibt man der Benennung fungible Sachen die Bedeutung, das Rechtsobjekt bei einem Forderungsrecht zu bezeichnen, das im Geben von Sachen besteht, nach Quantität und Qualität angegeben, so gewinnt dieser Begriff eine ausgedehntere Anwendung als nur im Hinblick auf das Rechtsverhältnis, das durch eine Darlehns-handlung entsteht. Denn Forderungsrechte, von derartigen Rechtsobjekten ausgehend, können auf vielerlei andere Arten entstehen. Die Neigung, aus dem Begriff eine solch generelle Anwendung herzuleiten, dürfte einen nicht geringen Einfluß auf die vorher aufgezeigte Entwicklung ausgeübt haben, res fungibiles dazu übergehen zu lassen, statt Ausdruck für wirkliche Sachen zu sein, die Bezeichnung einer bestimmten Betrachtungsweise von ihnen zu sein. Aber wie dies nur ein halber Schritt ist, soll er als ganzer genommen werden. Der Begriff verliert nämlich durch diesen Schritt Realität als Rechtsobjekt auf der einen Seite, ohne auf der anderen eine solche Realität vollständig zu gewinnen. Deshalb kann man nicht dabei verbleiben. Statt zur Hälfte zu sehen, was in eben jener Darlehns-handlung vor sich geht, und zur Hälfte auf das Rechtsverhältnis, was daraus herrührt, sowie sich das unmögliche Werk vorzuneh-

(86) A a O. S. 27.

men, diese beiden in einem zu greifen, soll man jedes für sich betrachten und auf solche Weise sich in den Stand versetzen, sie zugleich mit anderen Verhältnissen zu sehen, die mit ihr gleichartig sind, in einem gemeinsamen klaren Licht »⁽⁸⁷⁾.

Nordlings Überlegung mündet demnach in einer rechtswissenschaftlichen Bestimmung der Darleihe, die nicht nur die Bedeutung des obligationsrechtlichen Austauschbarkeitskriteriums für die Abgrenzung zwischen dem Darlehnsinstitut und anderen Rechtshandlungen, die zur Entstehung von Forderungsrechten führen hervorhebt; ebenso wichtig ist nämlich der sachenrechtliche Aspekt, der es dem Juristen ermöglicht, den Eigentumsrechtsübergang von der Überlassung eines begrenzten Verfügungsrechts zu trennen. Dem Rechtsinstitut Darleihe wird ein rechtswissenschaftlicher — theoretischer — Grund teils im in der Übergabe offenbarten Parteiwillen gegeben, teils in der Entstehung einer Forderung in dando, d.h. der Forderung, in einer Zukunft ein bestimmtes Quantum Güter als Entgelt herauszubekommen. Im Vergleich zu dem Zitat aus *Sententiæ Pauli*, mit dem der Aufsatz eingeleitet wird, stellte Nordlings Bestimmung des Darlehns ohne Zweifel das Resultat eines Neubeschreitens innerhalb dieses Rechtsgebietes dar. Nordling konstatierte auch, daß, wenn wir mit dem Resultat vergleichen, «worauf wir mit der Darstellung des Darlehnswesens der römischen Rechtslehre gekommen sind, so finden wir allerdings, daß es in das Bewußtsein des Darleihers eingeht, daß andere Sachen zurückgegeben werden als diejenigen, die übergeben worden sind, sowie daß er annehmen muß, daß er als Folge darauf die Erfüllung auf diese Weise von der Verbindlichkeit des Darlehnsnehmers genehmigt hatte; daß es ferner für das Entstehen der Darleihe eine Bedingung darstellt, daß dem Darleiher das Individuelle der Sachen, die von ihm übergeben werden, gleichgültig ist, weil er sie wohl sonst, im Bewußtsein, sie zu verlieren, nicht ausgehändigt hätte, aber auch außerdem, daß diese seine Auffassung von den Sachen keineswegs den faktischen Grund darstellt, woraus die Darleihe sich zu ihrer juristischen Bedeutung entwickelt hat ebensowenig kann angenommen werden, daß eine allgemeine Meinung, falls so etwas überhaupt möglich ist, als die Grundlage der Darleihe

⁽⁸⁷⁾ A a O. S. 34f.

angenommen werden könnte —; sowie schließlich, daß der Umstand, daß die übergebenen Sachen gemessen, gewogen und gerechnet werden, nicht in einem notwendigen Verhältnis zum Darlehen steht, so daß es das eine nicht ohne das andere geben könnte, weshalb er auch nicht als ein äußeres Kennzeichen für das Vorliegen dieser Rechts-handlung anerkannt werden kann »⁽⁸⁸⁾. Soweit sich diese Mängel nur auf die juristische Bestimmung des Darlehen begrenzten, würde in Nordlings Verdammungsurteil jedoch kein entscheidender Schlag gegen das Ansehen des römischen Rechts als eine juristische Enzyklopädie für das Recht im Ganzen zu sehen sein. Nordlings Kritik an der Lehre über die fungiblen Dinge hatte indessen — wie aus dem Zitat unten hervorgeht — ein bedeutend weiteres Ziel. Daß die Lehre über die fungiblen Dinge nicht der sachenrechtlichen Perspektive der Darlehnshandlung gilt, war ohne weiteres klar; die Übergabe bezieht sich nämlich immer auf besondere Dinge. Aber auch für die obligationsrechtliche Bestimmung der Rechtsfolgen der Darleihe ist « res fungibiles » kein geeigneter Ausgangspunkt. Dieser Begriff führt nämlich den Gedanken unwillkürlich auf eine objektive Bestimmung, der unmittelbaren Kraft des freien Willens entzogen — in Wirklichkeit scheint es unmöglich zu vermeiden, daß sich die Überlegung um den Gedanken einer gleichzeitig reellen und a priorischen Einheit im Ding, einer « Natur »⁽⁸⁹⁾ fokussiert.

« Aber auch bei der Untersuchung dieses Begriffes innerhalb des Obligationsrechts meinen wir, daß keiner der Ausdrücke res fungibiles und vertretbare Sachen benutzt werden darf, weil man durch deren historischen Zusammenhang mit mutuum leicht verleitet wird, von neuem den realen Grund für den Begriff in einer bestimmten Sachen innewohnenden Eigenschaft zu suchen, die beim Darlehen auftritt »⁽⁹⁰⁾.

Nordlings Ziel mit diesem Aufsatz ist durch diese Feststellung erreicht; teils hat er konstatieren können, worauf die Unzweckmäßigkeit des römischen Rechts als juristische Enzyklopädie beruht, teils hat er, mit Ausgangspunkt im Mangel, der der römischen Lehre über die fungiblen Dinge anhaftet, eine rechtswissenschaftliche Bestimmung der juristischen Natur des Darlehens zu kon-

⁽⁸⁸⁾ A a O. S. 13.

⁽⁸⁹⁾ Siehe a a O. S. 35.

⁽⁹⁰⁾ A a O. S. 34f.

struieren vermocht, die — wenn nicht anders — kaum als einseitig bezichtigt werden kann. Auch die vornehmsten Produkte der römischen Rechtswissenschaft müssen von diesem Blickpunkt aus, durch die «kopernikanische» Wende der historischen Schule in der Rechtswissenschaft, von dem unfruchtbaren Streben, die Natur der Sache zu finden, als geprägt betrachtet werden, und damit kann das «römische Recht nicht einmal in vermögensrechtlicher Hinsicht von solchen Grundsätzen geleitet gewesen sein, die als allgemeingültige Rechtsprinzipien gelten können». Das Faktum, daß die Lehre über die fungiblen Dinge nach dieser Analyse sowohl einseitig als auch obsolet zu sein scheint, führte Nordling zu der Auffassung, daß das römische Recht sogar auf vermögensrechtlichem Gebiet sein Ansehen als *ratio scripta* verwirkt hatte, denn die ein für allemal gegebene Vernunftsrechtsordnung kann sich nicht erlauben, weder einseitig noch überholt zu sein. Also konstatierte Nordling, daß «Solches sollte und könnte man auf eine positivere Weise finden, wenn man bedenkt, daß die Vermögensverhältnisse, auch sie, eine Seite vom Leben des menschlichen Wesens sind, und daß sie also mitsamt diesem entwickelt werden müssen» (91).

Es dürfte in dieser Lage offensichtlich sein, daß Nordlings Kritik am römischen Recht als juristische Enzyklopädie vor allem gegen die Auffassung gerichtet war, daß das römische Recht das offenbarte Naturrecht darstellen sollte. Die historische Beengtheit des römischen Rechts machte einen solchen Standpunkt unmöglich, und so stellte Nordling fest, daß «Das römische Recht soll nicht als ein zum vollendeten Abschluß gebrachtes System von abstrakten Rechtssätzen vorgetragen werden, sondern in seiner historischen Entwicklung. Wir werden da nicht bloß trockene Dogmatik, sondern wir werden eine lebendige Wirklichkeit finden» (92). Der materielle Einschlag von römischem Recht, den das positive Recht beinhaltete, zeigte sich in vielen Fällen nur als ein «erstarrter Formalismus» (93) — ein Hemmschuh für die Lebensumstände, die

(91) *Antrittsvorlesung*, S. 706.

(92) A a O.

(93) «Darüber hinaus — das römische Recht besitzt in sich nicht die Konsequenz und Widerspruchslosigkeit, oder die Freiheit von erstarrtem Formalismus, daß seine Bestimmungen als allgemeingültige Rechtsregeln gelten können», a a O. S. 706f.

es zu regeln galt —, der überholte historische Umstände und ein niedrigeres Niveau in der Rechtsentwicklung widerspiegelt. In seiner Analyse von Paulus' Definition von *mutuum* wurde Nordling gezwungen ständig festzustellen, daß diese juristische Konstruktion zwar «vom positiven römischrechtlichen Standpunkt aus noch eben geht, aber vom Gesichtspunkt des allgemeingültigen Rechts nicht anerkannt werden kann»⁽⁹⁴⁾. In Nordlings vernichtender Kritik am Begriff *res fungibiles* — d.h. die praktischunvermeidliche Assoziation zur Natur der Sache oder dem Wesen — verbirgt sich mehr als nur verschiedene Arten, die Bedeutung des römischen Rechts für das positivrechtliche Studium zu betrachten und zu würdigen. Nordlings Haltung manifestiert statt dessen die Forderung der frühen historischen Schule auf eine Theorie mit Anwendungspotential, und sein Argument gegen die Lehre über *res fungibiles* stellt damit einen veritablen Todesstoß gegen die Auffassung über eine in Zeit und Raum allgemeingültige Rechtslehre dar. Dieser Standpunkt, daß die Rechtswissenschaft darauf begrenzt werden muß, nur dem Recht «bei einem bestimmten Volk und zu einer bestimmten Zeit»⁽⁹⁵⁾ zu gelten, geht deutlich aus Nordlings Definition der Disziplin hervor, die, seiner Meinung nach, vor anderen zur Aufgabe hatte, den positivrechtlichen Stoff mit einem rechtstheoretischen Fundament zu versehen: der juristischen Enzyklopädie:

«Die ist die Wissenschaft, die zur Aufgabe hat, das Verhältnis des Rechts zu sonstigen menschlichen Zwecken zu bestimmen, dessen Begriff im allgemeinen und dessen nähere Bestimmungen zu untersuchen, es in seine Zweige aufzuteilen und ... als etwas Äußeres die historischen Fakten und Daten frei darzustellen, die die Gründe für die juristischen Studien sind. Sie ist keine rationale Wissenschaft, sondern sie schließt sich auf die Weise an das positive Recht an, daß sie die Bestimmungen, die es in den einzelnen Staaten gibt, zu erklären versucht, aber sie ist jedoch auch nicht positiv, denn sie erfährt bloß die allgemeinsten Bestimmungen oder Prinzipien, die durch einen praktischen Zweck hervorgerufen sind»⁽⁹⁶⁾.

⁽⁹⁴⁾ *Über res fungibiles*, S. 26.

⁽⁹⁵⁾ Das Zitat lautet wie folgt: «das geltende Recht eines bestimmten Volkes zu einer bestimmten Zeit», STAHL, Friedrich Julius: *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, Bd. II, S. 169.

⁽⁹⁶⁾ NORDLING, *Antrittsvorlesung*, S. 703f.

In der Funktion der juristischen Enzyklopädie, d.h. der Funktion der rechtswissenschaftlichen Theorie innerhalb der Jurisprudenz, kann man zwei verschiedene, aber komplettierende Rollen unterscheiden; teils hat die juristische Enzyklopädie zur Aufgabe, die Gesellschaft mit größerer Einsicht in den materiellen Inhalt des Rechts zu versehen, oder mit anderen Worten, die Entwicklung der eigenen inneren Systematik des Rechts zu fördern, teils soll sie das Verhältnis des Rechts zu anderen menschlichen Zwecken untersuchen, d.h. dessen gesellschaftliche Anwendung zu erleichtern. Diese rechtsbildende Funktion ist mithin genauso notwendig wie die innere Wahrheit der Theorie, denn auch Rechtstheorie — ja, die juristische Wissenschaft im Ganzen — ist «eine praktische Wissenschaft, und deshalb muß sich jeder einzelne Zweig in ihr äußerst auf die Verwirklichung des Rechts im Leben beziehen. Die hier in Frage stehenden Lehrfächer [juristische Enzyklopädie, Rechtsgeschichte und römisches Recht] haben das mittelbar, die Lehrzweige, die das positive Recht umfassen, dagegen unmittelbar» (97).

Dieselbe einheitschaffende Kraft, die die innere Widerspruchslosigkeit schafft, die das rechtswissenschaftlich gestaltete und systematisierte Recht kennzeichnet, wird auch die Rechtsanwendung, die Praxis fördern, denn ohne rechtswissenschaftliche Theorie «wird das positive Recht nichts anderes als eine ungeordnete Masse von einzelnen Sätzen, die lose nebeneinander stehen, und deren Anwendung deshalb äußerst schwierig und mangelhaft sein muß. Das positive Recht muß zu einem organischen Ganzen verbunden sein und seine Teile in ihrem darauf beruhenden gegenseitigen Zusammenhang gesehen werden, wenn man will, daß es die Festigkeit und Abgeschlossenheit erhalten soll, die notwendig für dessen richtige Anwendung ist. Die genannten grundlegenden Lehrfächer vermitteln eine derartige Rechtsauffassung und die Rechtssprechung wird mithin zuerst durch diese richtig, gut und sicher» (98). Nordling geht noch einen Schritt weiter, wenn er konstatiert, daß es die vornehmste Aufgabe der juristischen Enzyklopädie ist, die allgemeinen Prinzipien zu finden — doktrinaire

(97) A a O. S. 703f.

(98) A a O. ibidem.

Gesetzen ⁽⁹⁹⁾ —, die unaufhörlich neu geltendes Recht produzieren:

«Sie verhindert dadurch das Entstehen von Auswüchsen in der Rechtsauffassung, die sich sonst als Folge von einseitiger Überschätzung von untergeordneten Rechtssätzen bilden können, sie hilft die Lücken zu füllen, die im positiven Recht möglicherweise gefunden werden, durch das Herleiten der Bestimmungen, die dazu benötigt werden, entweder aus Grundsätzen, die das positive Recht in nahe verwandten Fällen erkannt hat ⁽¹⁰⁰⁾, oder aus allgemeinen Rechtsprinzipien. Zuletzt erklärt und beleuchtet sie nicht nur die Tätigkeit, die der Staat zu einem bestimmten Zeitpunkt nach da geltendem Recht ausübt, sondern auch das Leben, das in der Rechtsgeschichte auf den Betrachter zukommt und die Entwicklung, die in der Zukunft zu erwarten ist, indem sie den inneren Grund aufweist, woraus die Entwicklung, sowohl in ihrer Ganzheit, als in ihren besonderen Teilen bloß ein Widerschein ist, die nur als auf diesem Grund ruhend richtig aufgefaßt werden kann » ⁽¹⁰¹⁾.

In Ernst Viktor Nordlings Aufsatz wird die unüberwindliche Transzendierungsproblematik des klassischen Naturrechts und dessen Unvermögen, auf eine widerspruchslose Weise einen Zusammenhang zwischen der juristischen Theorie — dem Naturrecht — und dessen Fleisch und Blut, dem positiven Recht, zu konstruieren, auf eine fast unbarmherzige Weise mit der Methodenauffassung der historischen Schule kontrastiert. Das Unvermögen der Naturrechtslehrer den rigiden Gegensatz zwischen Theorie und Praxis, der die naturrechtliche Methode charakterisiert, zu überwinden, wird durch die scheinbar naive Weise manifestiert in der die Naturrechtslehre den römisch-rechtlichen Einschlag in der Juristenausbildung motivierten. In den Blickpunkt stellte Nordling statt dessen das produktive Vermögen der Rechtswissenschaft: das Vermögen,

⁽⁹⁹⁾ Doktrinäre Gesetze im Gegensatz zu gegebenen Gesetzen. Diese Aufteilung markiert die Funktionsaufteilung zwischen der produktiven Kraft der juristischen Doktrin und die Rechtsbildung der sonstigen Rechtsquellen, siehe *Jur. Enz.*, § 47: « Der Unterschied zwischen gegebenen und doktrinären Gesetzen; Rechtsregeln und Rechtsinstitute », vgl. IV: 48: « Verschiedene Organe für die Heranbildung des Rechts: 1. Gesetzgebung, 2. juristische Doktrin, 3. allgemeines Rechtsbewußtsein », und IV: 49f.: « Das Verhältnis zwischen den rechtsbildenden Organen », IV: 50: « Formen für das Erscheinen des Rechts durch die verschiedenen Organe ».

⁽¹⁰⁰⁾ Vgl. mit der Lehre der Analogie bei Friedrich Carl von SAVIGNY im *System des römischen Rechts*, Bd. I, S. 291.

⁽¹⁰¹⁾ *Antrittsvorlesung*, S. 703.

das Recht « mit Bewußtsein » ⁽¹⁰²⁾ auszubilden, wie Nordling es ausdrückte.

Die produktive Rechtswissenschaft hatte, nach Nordlings Meinung, ihr Fundament in einer freien menschlichen Vernunft. Diese Freiheit der Vernunft ist nicht in erster Linie in dem Vermögen dieses Bewußtseins begründet, unabhängig von der Objektwelt die Bedingungen für sein Wissen zu diktieren. Ein solcher Ausgangspunkt würde nämlich genau zu dem statischen Wissenschaftsbegriff und der rigiden Methodenauffassung führen, die Nordling der römischen Rechtswissenschaft kritisiert. Diese Vernunft kann auch ihre neugewonnene Freiheit angesichts der Argumente, die in der Natur der Sache begründet sind nicht aufgeben, ohne dadurch in eine solche, aus Nordlings Gesichtspunkt, primitive Betrachtungsweise zu verfallen. Die unrechtfertigte Forderung des Wissenschaftlers auf Allgemeingültigkeit der Wissenschaft und der Methode hat uns dazu geführt, den Typ von Wissenschaftlichkeit, der vor allem in der Logik in Erscheinung tritt, als « mehr » wissenschaftlich als Relationen und Zusammenhänge anderer Art aufzufassen. Paradoerweise hebt der menschliche Gedanke damit sein eigenes Erkenntnistreben auf — ein auffallendes Beispiel dieses methodologischen Ideals ist Kants Preisen der Logik im Vorwort der Schrift « Kritik der reinen Vernunft ». Die Logik ist, nach Kant, eine der wenigen Disziplinen, die es wirklich vermochten, den wissenschaftlichen Weg einzuschlagen und dieses Verhältnis wird von dem Faktum bestätigt, daß die Logik « seit dem Aristoteles keinen Schritt rückwärts hat thun dürfen » sowie, und dies scheint Kant noch sonderbarer, « auch bis jetzt keinen Schritt vorwärts hat thun können, und also allem Ansehen nach geschlossen und vollendet zu sein scheint » ⁽¹⁰³⁾. Im Gegensatz zu dieser, für einen modernen Intellekt zweifellos fremden Betrachtungsweise, charakterisierte Nordling die grundlegenden Bestimmungen und Voraussetzungen der menschlichen Wissenschaft in folgendem Passus:

« Menschliches Wissen und Wissenschaft haben die Bestimmungen « Tätigkeit » und « Entwicklung ». » ⁽¹⁰⁴⁾.

⁽¹⁰²⁾ A a O. S. 702.

⁽¹⁰³⁾ KANT, a a O. S. 15.

⁽¹⁰⁴⁾ *Juristische Enzyklopädie*, I:3.

Es ist folglich erst dann, wenn die menschliche Vernunft ihre Freiheit als eine Möglichkeit zur Verwirklichung ⁽¹⁰⁵⁾ auffaßt, daß der Emanzipationsprozeß vollendet wird, der mit einem « halben Schritt » von Kants Kritik der reinen Vernunft eingeleitet worden ist. Die Entwicklung der menschlichen Lebensumstände setzt voraus und steht in einer Wechselwirkung mit der intellektuellen Tätigkeit des Menschen. Theorie setzt Anwendung voraus; Anwendung setzt Theorie voraus. Damit wird die Vernunft zu einem Willen, einer Absicht verwandelt, mit einem innewohnenden Trieb zur Realisierung. Die Handlung wird ihrerseits zu einer absichtlichen Tat qualifiziert, statt zu einer unbewußten Reflexbewegung.

Dieser Wille darf nicht in einem allzu abstrakten Sinne aufgefaßt werden; der menschliche Wille ist gewiß frei, aber er wird von einer Menge verschiedener reeller Faktoren gesteuert. Die Faktoren, die den einzelnen Willen in die eine oder andere Richtung geführt haben, können von einer unendlichen Zahl verschiedener Typen sein; typisch ist jedoch, daß alle diese entweder zu den besonderen Interessen des Einzelnen gezählt werden, oder, und dies ist natürlich besonderes, was die Wissenschaft betrifft, interessant, ihren Grund in der allgemeinen Vernünftigkeit des Willens haben. Sowohl Nordlings Darstellung der prinzipiellen Unbestimmtheit des freien Willens, wie auch seine Definition des Wesens der Philosophie gibt dieser Forderung eines vernünftigen oder wissenschaftlich bestimmten Willens Ausdruck:

« Die Philosophie hat alles Seiende zum Gegenstand, schließt dadurch aber andere Wissenschaften nicht aus, denn sie versucht die äußersten Gründe für alles Seiende zu erforschen. Sie gibt das richtige Gebiet für jede Wissenschaft an. Der Grund zu diesem Dasein ist nicht in der Sinnlichkeit zu suchen, sondern in dem Vernünftigen und Geistigen. Alles, auch das Tote hat sein richtiges Dasein in etwas Vernünftigem. Die Philosophie muß zwischen dem unbewußten und dem selbstbewußten Vernünftigen unterscheiden, das vornehmste Objekt ist das letztere (vgl. « Geisteswissenschaften »). Die Philosophie wie die Rechtswissenschaft hat vernünftige Personen zum Gegenstand » ⁽¹⁰⁶⁾.

⁽¹⁰⁵⁾ Vgl. mit dem « Objektivwerden » Schellings in *Vorlesungen über der Methode des akademischen Studiums*, S. 282.

⁽¹⁰⁶⁾ *Jur. Enz.* I:74.

Auch auf dem Gebiet des Rechts muß der freie Wille das Fundament für die juristische Bestimmung menschlicher Handlungen darstellen:

« Wir sehen also, wie die materielle Absichten bei den in der Rechts-handlung Teilnehmenden vom Recht aufgenommen werden und zum Fundament für das juristische — das formelle — Verhältnis zwischen ihnen gemacht werden. Dies ist der Fall bei allen Rechtshandlungen ebensogut wie bei der nun vorliegenden » (107).

Der Wille, der dem Recht zugrunde gelegt werden soll, kann jedoch nicht den freien Willen an sich ausmachen (108). Die Aufgabe der rechtswissenschaftlichen Theorie ist statt dessen, das Verhältnis zwischen der Einrichtung des Parteiwillens und den objektiven Eigenschaften und Umständen zu präzisieren, die die einzelne Rechtshandlung prägt. Somit stellt die Theorie des Vermögensrechts einen Versuch dar, « das gegenseitige Verhältnis privater Personen unter Berücksichtigung der in der Sinnenwelt befindlichen Kräfte, als von ihnen aufgenommenen Mittel für deren vernünftige Zwecke » (109) zu klären. Und es ist gerade dieses Ideal für die juristische Methodik, das Nordling in seiner Analyse des Darlehnsinstituts zu verwirklichen strebte.

Ein rechtswissenschaftlich bestimmter Wille muß, wenn er das Fundament für ein Rechtsinstitut sein soll, garantieren können, daß sowohl die Forderungen der Wissenschaftlichkeit — d.h. systematische Einheit und historische Kontinuität — sowie die Forderungen und Werte der Gegenwart in die Rechtsbildung eingehen. Hinter Nordlings Verbrauchbarkeitspräsumtion, mit deren Balance zwischen einer angenommenen allgemeinen Verhaltensweise zu den Eigenschaften eines Objekts und den besonderen Faktoren, die die Partei dazu treiben, von der allgemeinen Betrachtungsweise Abstand zu nehmen, verbirgt sich gerade eine solche juristische Vernunft. Dagegen kann dieser « vernünftige » Wille überhaupt nicht die Forderungen nach theoretischer Bestimmung und Freiheit von subjektiven Einschlägen, wie sie z.B. die klassische Naturrechtslehre aufstellt, erfüllen. Statt dessen taucht eine handlungs-

(107) *Über res fungibiles*, S. 11.

(108) *Jur. Enz.*, I:44.

(109) *Über res fungibiles*, S. 12.

kräftige Vernunft, deren Streben die historische Tat als ein Mittel anzuwenden, um ständig wechselnde Ausdrücke für eine dahintersteckende ideelle Einheit zu geben, auf. Deshalb war es auch für Nordling sowohl möglich als auch notwendig, beredt diesen sowohl allgemeinen als auch besonderen Willen im Recht zu verteidigen:

Bei diesem unseren Eingeständnis können wir in die Beschuldigung geraten, daß wir uns selbst auf das Feld der Subjektivität begeben haben, was wir uns neulich selbst gerühmt haben vermieden zu haben, daß es nicht so ganz mit der Unabhängigkeit des einzelnen Willens bestellt ist, wie wir unter Berücksichtigung auf deren Beschaffenheit die Sachen zurückgewinnen wollten, die den Gegenstand des Darlehens darstellen: hierzu antworten wir, daß wir niemals bezweckt haben, Sachen mit Rücksicht auf deren Anwendungsweise, der Abhängigkeit des menschlichen Willens entzogen, zu erklären » ⁽¹¹⁰⁾.

Denn nur auf diese Weise, « durchdrungen von Erfahrung von dem Gegenwärtigen und Vergangenen, aber gleichzeitig darüberstehend », versetzt uns die rechtswissenschaftliche Theoriebildung « auch in Stand, etwas den Schleier zu lüften, der die Zukunft verbirgt, und ahnende Blicke über die Tage zu werfen, die noch nicht gekommen sind » ⁽¹¹¹⁾.

⁽¹¹⁰⁾ *Über res fungibiles*, S. 12.

⁽¹¹¹⁾ *Antrittsvorlesung*, S. 712.

BERNARDO SORDI

ORIGINE E ITINERARI SCIENTIFICI DELLA NOZIONE DI
«ENTE PUBBLICO» NELL'ESPERIENZA ITALIANA (*).

Per ripercorrere oggi origini e itinerari della nozione di ente pubblico, l'ingombrante polimorfismo che la categoria ha assunto già nella prima metà del Novecento ed ancor di più nel diritto vigente può costituire un impaccio non lieve.

Certo, il compito dell'interprete, in questo caso, non può che essere quello di disseppellire una storia lontana: una storia remota in cui l'ente pubblico rappresentava ancora un concetto unitario, un istituto giuridico affidante, cui le diverse tipologie delle persone giuridiche pubbliche potevano ricongiungersi senza difficoltà, in un rapporto unitario di genere a specie.

Fissiamo delle scansioni convenzionali, ma sufficientemente operative: il codice civile del 1865, da una parte; la costituzione dall'altra: o più genericamente, la seconda guerra mondiale, considerato che su questi temi abbastanza relative sono le novità della carta repubblicana.

In prima approssimazione si potrebbe dire che la nostra vicenda ripercorre una parabola: quella dall'ente pubblico agli enti pubblici; dalla faticosa costruzione della nozione unitaria alla sua repentina dissoluzione, sotto la spinta di rilevanti, spesso impetuose, trasformazioni istituzionali.

Questa parabola sarà dunque — e non poteva essere altrimenti — al centro della ricostruzione proposta in queste pagine; arricchita però almeno di un passaggio ulteriore: il prima dell'ente pubblico; la

(*) Si pubblica qui, anticipatamente sugli *Atti*, la relazione tenuta il 25 ottobre 1991 nell'ambito del Convegno «*Ente pubblico*» ed *enti pubblici* organizzato dal Dipartimento di diritto pubblico dell'Università degli Studi di Firenze.

sua preistoria immediata, per così dire; il mondo ottocentesco, ad un tempo pubblico e privato — e vedremo subito in che senso —, incredibilmente meno complesso, certo, rispetto al presente, eppure non poco variegato, dei soggetti, delle persone giuridiche: il mondo — come si diceva allora — dei corpi morali.

Non c'è dunque soltanto un itinerario da ricostruire, ma due sentieri distinti, anche se contigui cronologicamente. Il primo: dai corpi morali alle persone giuridiche pubbliche e poi di qui all'ente pubblico. Il secondo: dall'ente pubblico agli enti pubblici. Se volessimo fissare delle date, potremmo dire che grosso modo il primo itinerario si snoda tra il 1865 ed il 1915; il secondo tra il 1915 ed il 1945. Entrambi gli itinerari hanno poi al loro interno — come vedremo — ulteriori scansioni cronologiche.

La duplicità degli itinerari è già, ci sembra, un primo dato significativo e non solo e non tanto per la completezza della ricostruzione. La consapevolezza che persino il secolo giuridico per eccellenza già conosceva un suo polimorfismo — se pure assai diverso, quantitativamente, dall'attuale — offre all'interprete dei parametri più certi per vagliare le costruzioni dei giuristi; per misurare il vecchio e il nuovo della tappa finale del nostro percorso, rispetto alle basi ottocentesche di partenza.

Cerchiamo, comunque, di procedere con ordine, ripercorrendo brevemente e con le schematizzazioni rese necessarie dalla complessità della vicenda, le diverse fasi individuate.

Al momento dell'unificazione il punto di partenza del nostro primo itinerario è estremamente semplificato. Lo è in primo luogo da un punto di vista istituzionale: oltre al gruppo degli enti territoriali — Stato, province, comuni — si contano gli istituti di carità e di assistenza regolati dalla legge del 1862 sulle opere pie, le Camere di commercio, regolate anch'esse da una legge del 1862, i collegi professionali — la legge sugli ordini degli avvocati e procuratori è del 1874, quella sui collegi notarili è del 1875 ⁽¹⁾ —, gli istituti di istruzione e di educazione pubblici — accademie, istituti militari, università —, le Casse di risparmio e i Monti di credito. A questi

⁽¹⁾ Si veda per le opere pie la L. 3 agosto 1862, n. 753; per le Camere di commercio la L. 6 luglio 1862, n. 680; per gli ordini degli avvocati e procuratori la L. 8 giugno 1874, n. 2786 e per i collegi notarili la L. 25 luglio 1875, n. 2786.

soggetti devono aggiungersi, con le loro particolarità, almeno gli istituti ecclesiastici ed i consorzi ⁽²⁾.

Ma semplificato il nostro punto di partenza è in particolare da un punto di vista normativo. E lo è a tal punto che la rubrica di riferimento è unica ed è l'articolo 2 del codice civile: « I comuni, le province, gli istituti pubblici civili od ecclesiastici, ed in genere tutti i corpi morali legalmente riconosciuti, sono considerati come persone e godono dei diritti civili secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico ».

Non solo dunque le diverse categorie di soggetti sopra richiamate non vengono definite nelle rispettive normative di settore — ove esistano — enti pubblici, ma lo stesso codice esclude una doppia rubrica, distinta per persone giuridiche pubbliche e persone giuridiche private, del tipo di quella oggi prevista dagli articoli 11 e 12 del codice civile del 1942.

La categoria generale utilizzata dal legislatore è dunque quella di corpo morale. Ed è categoria unitaria, anche se con forti connotazioni pubblicistiche, per il semplice motivo che il legislatore aveva fatto riferimento « agli istituti che hanno qualità permanente e contengono maggiore utilità » ⁽³⁾. Al tempo stesso, tuttavia, l'espressione era abbastanza ampia da « accogliere le varietà secondarie » ⁽⁴⁾.

Il quadro normativo non è però ancora completo. Il codice civile — è vero — conosce soltanto il corpo morale legalmente riconosciuto: la società civile non è persona perché il regime dei beni

⁽²⁾ Per un quadro coevo cfr. F. TEDESCHI, *Dei corpi morali secondo i principii della legge civile italiana*, Torino, 1877, mentre per i riferimenti analitici sempre utile il volume del Ciriec, *Gli enti pubblici italiani. Anagrafe, legislazione e giurisprudenza dal 1861 al 1970*, a cura di Alberto Mortara, Milano, 1972. La sintesi più recente, anche per i profili di ricostruzione storica, è quella di G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991, pp. 23 e ss. Specificamente dedicato alla vicenda ottocentesca invece A. DE NITTO, *Dottrina e realtà delle persone giuridiche pubbliche tra fine '800 ed inizi '900 in Italia. Alle origini del problema della « crisi dello Stato »*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 11/12 (1982-83), pp. 631 e ss.

⁽³⁾ L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, Torino, 1877, vol. I, *Articolo 2*, p. 143.

⁽⁴⁾ *Ibid.*, p. 143.

posti in comune segue le norme della comunione ⁽⁵⁾; le associazioni e fondazioni prive di riconoscimento non hanno propriamente «esistenza giuridica» e sono tutt'al più permesse purché non perseguano fini criminosi ⁽⁶⁾. Dal canto suo, però, il codice di commercio disciplina le società commerciali. L'articolo 77 (cod. comm.) ci ricorda che le società costituiscono rispetto ai terzi enti collettivi distinti dalle persone dei soci; l'articolo 98 detta le formalità perché una società sia «legalmente costituita» ⁽⁷⁾.

Possediamo quindi già una prima conclusione: nel mondo delle persone giuridiche la *summa divisio* non è quella tra persone giuridiche private e pubbliche, ma quella tra corpi morali e società

⁽⁵⁾ Lo aveva precisato la stessa Relazione Pisanelli: «non si è stimato comprendere nel detto articolo (l'articolo 2) le società civili. O si tratta di quel contratto di società che è regolato dal codice civile ed esso si risolve nelle relazioni dei soci tra loro; oppure di ciascun socio verso il terzo con cui ha contrattato, ma non presuppone il concetto di un ente morale, anzi lo esclude. O sotto il nome di società civili in contrapposto alle commerciali si vuole intendere ogni altra società che non abbia per oggetto il commercio ed allora si rientra in un campo indeterminato ed oscuro» (in S. GIANZANA, *Codice civile preceduto dalle relazioni ministeriale e senatoria*, vol. I, Torino, 1887, pp. 15-16).

⁽⁶⁾ Cfr. per tutti N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1910, vol. I, *Parte generale*, p. 223: «le associazioni, quando non si propongano uno scopo criminoso sono senza dubbio permesse: però il diritto privato non ha norma che le regoli espressamente. Esse, quando esistano, non possono considerarsi come soggetti di diritto per sé stanti, distinti dai singoli soci, appunto perché non hanno riconoscimento, ma sono semplicemente dei soggetti di diritto».

⁽⁷⁾ Citiamo dal codice di commercio del 1882 che rappresenta il parametro legislativo di riferimento per le scansioni cronologiche scelte in queste pagine. L'alternatività normativa tra corpi morali e società commerciali è comunque ben netta anche al momento dell'unificazione: si veda l'articolo 107 del codice di commercio del 1865 oltre al più volte ricordato articolo 2 del codice civile del 1865 che rispetto al Codice civile Albertino del 1837 (art. 25) non annovera più tra i «corpi morali legalmente riconosciuti» le «società autorizzate dal Re». Significativa la testimonianza di BORSARI, *Commentario*, cit., vol. I, p. 143; ma vedi in particolare quanto scriveva la Commissione senatoria sul codice Pisanelli: «non si è creduto conveniente di annoverare col progetto, fra i corpi morali legalmente ammessi nel regno, le società di commercio, perché essendo la loro costituzione ed esistenza giuridica riconosciuta e regolata dalle leggi commerciali, ed avendo causa e durata limitata al loro oggetto, è sembrato più congruo il lasciarle interamente soggette alle norme del diritto commerciale od a speciali provvedimenti» (in GIANZANA, *Codice civile preceduto dalle relazioni ministeriale e senatoria*, vol. I, cit., p. 168). Tale valutazione risultò decisiva per l'adozione del testo definitivo dell'articolo 2 che nella versione originaria del progetto Pisanelli ancora includeva le società commerciali.

commerciali. Ce lo conferma con la consueta chiarezza Cesare Vivante nel primo volume del *Trattato di diritto commerciale*: «nella grande famiglia delle persone giuridiche i corpi morali e le società commerciali formano due classi diverse. Quelli compiono una funzione eminentemente sociale ed hanno nel pubblico bene la loro immediata ragione di essere; essi non possono per regola sorgere, modificarsi, finire senza il consenso dello Stato, si amministrano sotto la sua vigilanza, hanno una capacità limitata nel ricevere a titolo gratuito, nell'acquistare proprietà immobiliari: lo Stato, come custode dell'interesse pubblico, determina le condizioni della loro esistenza. Invece le società commerciali sono esercitate principalmente nell'interesse dei soci: questi sono i veri padroni della loro esistenza, possono modificarne gli statuti, anticiparne e prorogarne la fine e soddisfare i creditori sociali, dividersene i profitti e il capitale » (8).

Siamo dunque in una fase in cui il concetto di persona giuridica non è ancora unitario, ma viene ad orbitarsi su due distinte categorie: corpi morali; società commerciali (9).

I corpi morali sono essenzialmente le persone giuridiche « storiche »; quelle che hanno esistenza perpetua ed indefinita; le persone permanenti e di maggiore utilità (10). Le società si risolvono invece

(8) C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, *Le persone*, Torino, 1893, p. 323.

(9) Sull'origine e sull'evoluzione nell'ordinamento italiano dell'«idea di una duplice specie di personalità giuridica» ancora fondamentale F. RUFFINI, *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV) ed in Federico Carlo di Savigny*, in *Scritti in onore di Francesco Schupfer*, Torino, 1898, vol. 2, pp. 38-39.

Nel testo, semplificando volutamente il problema, diamo per risolta positivamente la questione della personalità giuridica delle società commerciali. In realtà il codice di commercio (*retro*, nota 7) aveva preferito far ricorso alla nozione meno impegnativa di «ente collettivo», escludendo che le società commerciali potessero assumere quella personalità giuridica che, proprio perché collegata ad «un interesse perpetuo e pubblico», rimaneva prerogativa dei soli corpi morali. Si vedano in particolare gli interventi del relatore del progetto, Fedele Lampertico, e di Matteo Pescatore nella tornata senatoriale del 29 aprile 1875 (*Lavori preparatorii del codice di commercio del Regno d'Italia*, vol. I, pt. I, Roma, 1883, pp. 582 e ss.). Con il *Trattato* di Vivante (vol. I, cit., pp. 319 e ss.) la personalità giuridica delle società commerciali è comunque ormai un dato pienamente acquisito.

(10) «I corpi morali di cui il codice dichiara la personalità sono quelli che hanno, per così dire, uno scopo sociale ed una causa di esistenza perpetua o almeno indefinita »:

integralmente nella loro commercialistica relatività; mirano a conseguire un interesse privato, temporaneo, particolarissimo; sono alla mercé dei soci: i «veri padroni — come ricordava Vivante — della loro esistenza» (11).

Corpi morali e società commerciali: è anche una distinzione tra diritto pubblico e diritto privato? Non è semplice rispondere. È certamente una distinzione pubblico-privato se ci limitiamo a prendere in considerazione le sole persone giuridiche poste ai limiti delle rispettive categorie. Stato, province, comuni, da una parte; società commerciali dall'altra. Ovvero, da una parte, i corpi morali per eccellenza (12), i corpi territoriali, i corpi «assoluti», che più da vicino evocano la sovranità e l'esercizio del potere pubblico; dall'altra, invece, le persone giuridiche che vivono nel regno degli interessi commerciali e del profitto.

Il problema si complica assai per gli altri soggetti, per quei corpi morali che non possono identificarsi in una collettività territoriale. In questo caso la sovranità necessariamente si dissolve, il carattere di potere pubblico si stempera (13) e lascia il posto ad una vaga definizione di pubblico bene, di «funzione eminentemente sociale» (14), secondo caratterizzazioni che posseggono scarsissima capacità differenziante in un contesto in cui la persona giuridica, nella sua generalità, per il semplice fatto di essere contrapposta alla persona naturale e, quindi, a tutta la «mistica» (15) dell'individuo, evoca di per sé, immediatamente, la socialità.

così la Commissione senatoria sul codice Pisanelli in un passo riportato anche in BORSARI, *Commentario*, cit., vol. I, p. 143. Vedilo comunque in GIANZANA, *Codice civile*, vol. I, cit., p. 168.

(11) VIVANTE, *Trattato*, vol. I, cit., p. 323.

(12) La definizione dello Stato come «corpo morale per eccellenza» è di TEDESCHI, *Dei corpi morali*, cit., p. 18.

(13) Significative le pagine introduttive di G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali (esposta con speciale considerazione del diritto moderno italiano)*, vol. V, *Parte speciale. Le istituzioni e le associazioni pubbliche civili*, Firenze, 1895, pp. 1-5.

(14) Secondo la definizione di Cesare Vivante già ricordata (*retro* nota 8).

(15) L'espressione è di P. GROSSI, 'La scienza del diritto privato'. *Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo 1893-1896*, Milano, 1988, p. 126, cui rinviamo, più in generale, per la centralità che il tema delle persone giuridiche assume, sin dall'inizio degli anni '80, nei programmi della civilistica 'neoterica'.

La « ragion pubblica » ⁽¹⁶⁾ sotto cui i corpi morali, per così dire, non territoriali possono essere collocati è dunque al suo interno totalmente indifferenziata. Non è statuto di attività, non evoca cioè l'imperium in contrapposto alla gestione — e come potrebbero evocarlo, del resto, opere pie e casse di risparmio? —. Non è neppure un tipo di organizzazione fondata su di un certo rapporto con lo Stato: molti corpi morali non derivano la loro origine dallo Stato ed in quanto soggetti « storici » spesso sono addirittura di gran lunga antecedenti lo Stato.

Più da vicino la « ragion pubblica » poteva richiamare l'esistenza di un controllo da parte dello Stato: ed in effetti controlli esistevano, anche prima della legislazione crispina, su opere pie e casse di risparmio. Anche questo parametro, tuttavia, dovendo rifluire nelle disposizioni, già viste, del codice civile e del codice di commercio, più che rappresentare un indice distintivo tra natura pubblica e privata, confermava che la disciplina della persona giuridica in quanto tale, in quanto distinta dalla persona naturale, doveva essere regolata dal diritto pubblico che creava e disciplinava persone giuridiche ad un tempo pubbliche e private ⁽¹⁷⁾.

Indifferenziata al suo interno, la generica categoria della « ragion pubblica » è invece ben distinta all'esterno, nei confronti delle società commerciali. La finalità pubblica, per quanto sfumata, indistinta, generica possa essere, incontra pur sempre un confine netto,

⁽¹⁶⁾ Si tratta di un'etichetta diffusa che ritroviamo da GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, vol. V, cit., p. 1; sino a G. P. CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile*, Torino, 1912 (2^a ed.), pp. 67 e ss., che ha ormai abbandonato il concetto di corpo morale, ma che continua a contrapporre al nucleo omogeneo delle persone giuridiche private, riunite intorno alle società commerciali, l'universo indistinto delle persone giuridiche pubbliche che « operano per uno scopo di ragion pubblica ancorché determinino rapporti di diritto privato ».

⁽¹⁷⁾ Come ha sottolineato anche F. GALGANO, 'Pubblico' e 'privato' nella qualificazione della persona giuridica, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, 1972, vol. I, pp. 285 e ss., in un puntuale confronto tra l'articolo 2 del codice civile del 1865 ed il « significato affatto diverso » assunto nel codice vigente dalla norma corrispondente dell'articolo 11. Per una testimonianza ottocentesca si veda O. SCALVANTI, *La teoria degli enti morali nel diritto amministrativo*, in *Annali dell'Università di Perugia*, N.S., V (1895), I, p. 33, per il quale « la teoria che riguarda l'indole giuridica degli enti morali appartiene al pubblico diritto, imperocché il *gius* di cui godono è *diritto pubblico*, che in questa parte rappresenta la incarnazione non del diritto politico ma del *diritto sociale* ».

rigido: non può mai tradursi in una privata, egoistica finalità di lucro. Il profitto rappresenterebbe la negazione della « ragion pubblica » e della stessa qualifica di corpo morale; farebbe scattare l'applicabilità del codice di commercio; farebbe rientrare immediatamente la persona giuridica nel novero delle società commerciali.

Se volessimo tirare le fila su questo punto, potremmo dire che nettissima, quasi di tipo costituzionale, risulta in questa prima fase la distinzione tra pubblico e commerciale, mentre al contrario la linea di demarcazione tra pubblico e privato — nel senso di civile, di non commerciale — appare invece estremamente fluida. Nella categoria di corpo morale possono così rientrare soggetti titolari di sovranità e dotati perciò di poteri pubblici in senso proprio; soggetti di origine privata con generica finalità pubblica, ma sprovvisti di poteri imperativi; e persino fondazioni e associazioni privatissime che sfidando l'incertezza di una normativa del tutto inesistente fossero state legalmente riconosciute dall'autorità pubblica.

Di conseguenza, la categoria di corpo morale non riesce a sintetizzare nessuna normativa unitaria di riferimento in ordine, per esempio, all'efficacia degli atti o alla competenza del giudice ordinario secondo le disposizioni della legge abolitiva del contenzioso.

Negli ultimi anni del secolo questa dottrina — che è poi quella degli atti parlamentari sul codice Pisanelli e della giurisprudenza immediatamente successiva — viene sostanzialmente abbandonata.

A buon ragione, perciò, Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa potevano solennemente proclamare nelle *Note alle Pandette* di Windscheid — siamo ormai nel 1902 — che nella più recente dottrina civilistica italiana prevale l'unicità del concetto di persona giuridica ⁽¹⁸⁾.

Il corpo morale abbandona i suoi attributi vagamente pubblicistici; il termine stesso cade in desuetudine o viene tutt'al più usato come mero sinonimo di persona giuridica, di quella categoria fondamentalmente neutra ⁽¹⁹⁾ in cui troveranno posto tanto gli « storici » corpi morali che le società commerciali.

⁽¹⁸⁾ C. FADDA - P. E. BENZA, *Sulle persone giuridiche*, in *Note a B. WINDSCHEID, Diritto delle Pandette*, Torino, 1902, vol. I, p. 791.

⁽¹⁹⁾ Tanto che proprio Fadda e Bensa (*ibid.*, p. 791) potranno definirla « quel qualunque ente fornito di capacità giuridica che non sia l'uomo individuo ».

E con il riconoscimento dell'unicità del concetto di persona giuridica muta anche l'equilibrio tra pubblico e privato. O meglio, diventa indispensabile, sia per i civilisti, sia per i pubblicisti, fissare, nel mondo unitario delle persone giuridiche, ciò che è pubblico e ciò che è privato. Il paragrafetto intitolato alla distinzione tra persone giuridiche pubbliche e private diventerà, da qui in avanti, per gli uni e per gli altri, un passaggio argomentativo assolutamente decisivo.

Quali i fattori che favorirono questo notevole rivolgimento concettuale? Procedendo con un certo schematismo si può dire che i fattori furono almeno tre.

Il primo lo potremmo definire «la nuova fase del diritto civile»⁽²⁰⁾, rubando così ad Enrico Cimbali un titolo molto celebre. E, «nuova fase del diritto civile» non solo su di un piano meramente programmatico. Certo, programmatico era il disegno di Cimbali di un codice di diritto privato sociale, quando a quel codice si chiedeva il riconoscimento della «qualità di persona o soggetto di diritto, non solamente negli individui fisici, ma benanche nelle persone giuridiche, corpi morali, società ed associazioni qualunque sia la loro forma, entità e scopo»⁽²¹⁾.

Programmatico, dunque. Eppure, in quell'universo incerto, privo di sanzione legislativa, addirittura implicitamente negato dal codice, delle persone giuridiche civili, quanti fermenti giungevano alla superficie: associazioni, fondazioni, società di mutuo soccorso, cooperative.

Emerge tutto un mondo nuovo di soggetti di utilità privata, privo — evidentemente — di qualsiasi carattere di potestà pubblica, ma pure non riconducibile alla dimensione eminentemente commerciale del profitto. Viene meno — anche se a fatica — l'ostracismo con cui si è sin qui guardato alla condizione giuridica dei soggetti sprovvisti di personalità. Di lì a qualche anno Nicola Coviello potrà

⁽²⁰⁾ E. CIMBALI, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali con proposte di riforma della legislazione civile vigente* (1884), ora in *Opere complete*, vol. I, Torino, 1895. Per un esame della complessa figura di Cimbali rinviamo a P. GROSSI, ' *La scienza del diritto privato* ', cit., pp. 20 e ss.

⁽²¹⁾ CIMBALI, *La nuova fase del diritto civile*, cit., p. 352.

tranquillamente affermare che tra persone giuridiche ed associazioni non riconosciute spesso la differenza non si rivela ⁽²²⁾.

In questo caso, dunque, l'involucro pubblicistico del corpo morale è stato rotto da un pluralismo associazionistico che nasce direttamente dal tessuto sociale e che reclama una distinzione dal mondo della sovranità.

Il secondo fattore si può definire di frammentazione disciplinare. Si tratta di un profilo su cui si è lavorato abbastanza negli ultimi anni e su cui non occorre, in questa sede, insistere troppo. Basta semplicemente ricordare la contemporaneità della nostra vicenda — l'adozione di tipologie profondamente differenziate per persone giuridiche pubbliche e private — con quel più generale processo di specializzazione scientifica che porta le varie discipline giuridiche ad adottare autonomi statuti epistemologici. E che porta, in particolare, il diritto pubblico a conquistare una propria, nettissima specialità amministrativa. In questo caso la stessa specificità pubblicistica degli statuti d'azione e di organizzazione, l'unità amministrativa, l'autarchia, l'assimilazione ad uno Stato che ha ormai saldamente raggiunto l'approdo alla personalità giuridica, richiedono una costruzione unitaria e monolitica dei soggetti pubblici ⁽²³⁾.

Il terzo fattore può essere, invece, ricondotto direttamente al legislatore. Non è tanto il processo di creazione dell'amministrazione per enti che si è messo in movimento. Negli ultimi anni del secolo siamo di fronte ad un processo abbastanza episodico e non rilevantissimo, eccezion fatta forse per quella Cassa nazionale infortuni del 1898, capostipite — com'è noto — ⁽²⁴⁾ — di tutta una serie di enti in ambito previdenziale e assistenziale. Ed ancora in età giolittiana è il modello dell'azienda autonoma, più che un'entifica-

⁽²²⁾ COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, vol. I, *Parte generale*, cit., pp. 222 e ss., a conclusione di un paragrafo interamente dedicato alla « Condizione giuridica delle associazioni e fondazioni sfornite di personalità ».

⁽²³⁾ Cfr. B. SORDI, *Diritto amministrativo (evoluzione dal XIX secolo)*, in *Digesto*, IV edizione, *Discipline pubblicistiche*, vol. V, Torino, 1991, pp. 182 e ss., con la bibliografia ivi richiamata.

⁽²⁴⁾ Si veda oltre a F. BENVENUTI, *L'amministrazione indiretta*, in *Amministrazione civile*, V (1961), pp. 169 e ss.; per una ricostruzione di sintesi, V. CAIANIELLO, *Vicende e riordinamento degli enti pubblici non territoriali*, in *Foro amm.*, LIX (1983), I, pp. 2280-83.

zione vera e propria, a far da battistrada all'affermazione delle nuove burocrazie della gestione ⁽²⁵⁾.

Più semplicemente, il legislatore — e già il legislatore crispino — è intervenuto sull'esistente, sui corpi morali storici — essenzialmente opere pie e casse di risparmio —, dettando normative di settore di una certa organicità ⁽²⁶⁾.

Non è esatto — come ha sostenuto invece la Corte costituzionale nella sentenza del 1988 che ha dichiarato l'illegittimità dell'articolo primo della legge sulle IPAB — che Crispi avesse introdotto un « generalizzato regime di pubblicizzazione » ⁽²⁷⁾. Ed infatti anche all'indomani della legge non furono pochi i giuristi che esclusero la natura pubblica delle istituzioni di assistenza e beneficenza. Basti ricordare i nomi di Gianturco, di Nicola Coviello, e persino di Antonio Longo nella monografia scritta sull'argomento nel 1905 per il *Trattato di Orlando* ⁽²⁸⁾.

L'origine delle istituzioni di beneficenza in atti di disposizione

⁽²⁵⁾ G. MELIS, *Amministrazione e mediazione degli interessi: le origini delle amministrazioni parallele*, in *L'amministrazione nella storia moderna*, Archivio ISAP, N.S. n. 3, Milano, 1985, pp. 1429 e ss.

⁽²⁶⁾ Si tratta rispettivamente della L. 17 luglio 1890, n. 6972 sulle opere pie e della L. 15 luglio 1888, n. 5546 sull'ordinamento delle casse di risparmio. Per un'analisi dettagliata dei dibattiti parlamentari e della giurisprudenza relativa all'applicazione di questi provvedimenti rinviamo a *Le riforme crispine*, vol. IV, *Amministrazione sociale*, Archivio ISAP, N.S., n. 6, Milano, 1990, ed in particolare ai saggi di Paolo Cavaleri, Marcello Clarich, Domenico Iaria.

⁽²⁷⁾ Corte Cost., sent. 7 aprile 1988, n. 396, in *Giur. cost.*, 1988, I, 1750, con una valutazione per altro contraddetta in altra parte della motivazione (p. 1752). Per una messa a punto delle problematiche d'interpretazione e di applicazione della sentenza della Corte rinviamo alle note di Ugo De Siervo, *La tormentata fine delle I.P.A.B.*, *ibid.*, 1757 e ss., e di Erminio Ferrari, *La Corte e la legge Crispi: il nome e l'« effettiva natura » delle istituzioni (e della libertà) di assistenza*, in *Le Regioni*, XVI (1988), 1331 e ss.

⁽²⁸⁾ F. FERRARA, *La classificazione delle persone giuridiche*, in *Rivista di diritto pubblico*, IV (1912), I, p. 358, articolo poi riprodotto in *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli-Torino, 1915, p. 706 e ss.; E. GIANTURCO, *Sistema di diritto civile italiano*, ora in *Opere giuridiche*, vol. 2°, Roma, 1947, p. 106; N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, cit., p. 189 (per il quale le I.P.A.B. sono persone giuridiche di diritto privato, ma di « utilità pubblica »); A. LONGO, *Le istituzioni pubbliche di beneficenza*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da Vittorio Emanuele Orlando, vol. 8°, Milano, 1905, pp. 389 e ss.

privata; la mancanza di potestà di tipo imperativo rappresentavano indici troppo solidi perché la dottrina, specialmente civilistica, potesse concludere per la loro natura pubblica.

Ci si chiederà: « com'è possibile che si muova dall'individuo e si finisca allo Stato; la causa sia privata e l'effetto pubblico? » Il diritto comune civilistico ⁽²⁹⁾ possiede ancora un grado di compattezza tale da escludere che l'« impropria » qualificazione di 'pubbliche', imposta dal legislatore, possa incidere sull'« intima natura » di quelle istituzioni ⁽³⁰⁾.

La categoria delle persone private di utilità pubblica, evidente traduzione dell'*établissement d'utilité publique* francese ⁽³¹⁾ è del resto lì pronta ad assicurare una non indifferente continuità a quella mescolanza tra pubblico e privato che la nozione di corpo morale, grazie alla sua intrinseca ambivalenza, bene esprimeva.

Occorreva ammettere comunque che il legislatore aveva elaborato una disciplina organica di settore con forti profili pubblicistici. La stessa definizione di istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza un suo valore letterale pure lo doveva avere, anche per quei giuristi che ancora per diversi anni sostennero che il legislatore aveva voluto dire in realtà soltanto istituzioni di beneficenza pubblica ⁽³²⁾. Ma non solo questo: la razionalizzazione della tutela e della vigilanza governativa, i poteri affidati all'amministrazione di concentrazione e di trasformazione ed infine — questa volta con una scelta di campo non equivoca e perciò difficilmente sottovalutabile — la devoluzione — fissata dalla legge istitutiva delle GPA — alla competenza degli

⁽²⁹⁾ Un diritto civile — come ci ha ricordato recentemente G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico* (1865-1914), Milano, 1991 — che sta comunque vivendo, al suo interno, un progressivo ingiallimento dell'immagine consolidata di 'diritto comune'.

⁽³⁰⁾ Le frasi tra virgolette nel testo sono di A. LONGO, *Le istituzioni pubbliche di beneficenza*, cit., p. 390 e p. 393.

⁽³¹⁾ Ne abbiamo già visto un utilizzo in Nicola Coviello (*retro*, nota 28) proprio in tema di I.P.A.B. La nozione di *établissement d'utilité publique* era del resto ampiamente circolante nella cultura giuridica italiana perché già contenuta negli articoli 910 e 937 del *Code civil* del 1804.

⁽³²⁾ Lo sostenne in particolare FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, cit., pp. 753-54.

organi di giustizia amministrativa delle controversie sui rapporti d'impiego con le IPAB ⁽³³⁾.

L'evidente connotazione pubblicistica della disciplina normativa delle IPAB, dei corpi morali più radicati storicamente nel tessuto sociale, veniva perciò a creare, anche al di là delle intenzioni dello stesso legislatore ⁽³⁴⁾, un appiglio sufficientemente sicuro per enucleare dall'universo indistinto delle persone giuridiche un'unitaria categoria dogmatica di riferimento: le persone giuridiche pubbliche prima, l'ente pubblico subito dopo, nel momento in cui la distinzione dai soggetti privati si fosse calata in una compiuta teoria dell'organizzazione amministrativa.

Per concludere quindi sul passaggio di fine secolo, si può dire, in estrema sintesi, che sollecitata in una direzione dall'emersione di nuovi soggetti giuridici privati, nella direzione opposta dall'autonomizzazione di una rigida specialità amministrativa e dalla predisposizione da parte del legislatore delle prime, organiche discipline normative pubblicistiche, la distinzione tra persone giuridiche private e pubbliche acquisiva una sua indiscutibile centralità.

Nasceva così anche il nuovo genere letterario dei criteri di distinzione che tra alterne vicende di evoluzione e di trasforma-

⁽³³⁾ Facciamo riferimento rispettivamente agli articoli 1; 35 e ss.; 44 e ss.; 54 e ss., della legge sulle I.P.A.B. e agli articoli 1 n. 12 e 2 n. 2 della legge istitutiva delle G.P.A. (L. 1° maggio 1890, n. 6837).

⁽³⁴⁾ Il legislatore crispino si era infatti limitato a dettare una disciplina dell'« attività di beneficenza » ponendo in secondo piano « la distinzione tra pubblico e privato in rapporto ai *soggetti* » (E. FERRARI, *La Corte e la legge Crispi*, cit., p. 1348). La 'pubblicizzazione' dei soggetti è dunque un processo che ampiamente trascende il corpus legislativo crispino e che appare — come diciamo nel testo — la risultante di una pluralità di spinte differenziate.

Ciò non toglie, però, che da 'quella' disciplina di attività, che in particolare per controllo e natura del rapporto d'impiego aveva assunto evidenti connotazioni pubblicistiche, la scienza giuridica da una parte, la giurisprudenza dall'altra potessero iniziare ad enucleare — una volta raggiunto il piano dell'organizzazione — un'autonoma categoria di persone giuridiche pubbliche. In questa prospettiva appaiono rivelatrici le valutazioni, a posteriori, di Cino Vitta, *Le persone giuridiche pubbliche in Francia e in Italia*, Modena, 1928, p. 34, secondo il quale la definizione di un « campo di pubblicità » « molto più largo in Italia che in Francia » era dipeso essenzialmente dal fatto che nel nostro ordinamento « lo stesso legislatore, assumendo espressamente fra gli enti pubblici la maggior parte delle istituzioni di beneficenza, (aveva) dimostrato da tempo di voler spostare i termini del diritto privato in favore del pubblico ».

zione ci ha accompagnato sino ad ieri se non addirittura sino al presente.

E parallelamente prendeva anche il via il gioco delle inclusioni/esclusioni. Così per Francesco Ferrara, che ha sposato, sulle orme di Georg Jellinek, il criterio dell'imperium come indice della natura pubblica dell'ente, la Banca d'Italia per le funzioni che esercita viene a ricadere nel novero delle persone giuridiche pubbliche; non invece le IPAB, prive di potestà pubbliche, e tanto meno le Casse di risparmio e neppure la nuova Cassa per l'invalidità e vecchiaia ⁽³⁵⁾.

La situazione si ribalta invece nei sostenitori della teoria del fine, dello scopo pubblico, cui aprono la strada, questa volta sulle orme di Heinrich Rosin, Paolo Fadda e Carlo Emilio Bensa. La Banca d'Italia può così recuperare la sua natura commerciale di società per azioni, mentre al contrario il carattere sociale, pubblico dello scopo assimila immediatamente le IPAB all'universo delle persone giuridiche pubbliche ⁽³⁶⁾.

Non è questa la sede per vagliare analiticamente i diversi criteri d'individuazione. Si può dire comunque che sin dall'inizio gli effetti pratici dell'una o dell'altra tesi non erano — come si è visto — secondari; effetti che erano destinati anzi ad assumere una sempre più consistente alternatività con la progressiva e parallela crescita della complessità dell'organizzazione amministrativa.

Va tuttavia considerato che difficilmente i diversi criteri erano utilizzati in modo esclusivo: appena al di là delle dichiarazioni di principio, dell'opzione per l'uno o per l'altro l'argomentazione sceglieva una strada obliqua su cui statuti d'azione e finalità finivano quasi inevitabilmente per incontrarsi. In particolare per chi prendeva le mosse dallo scopo pubblico era assai frequente che a

⁽³⁵⁾ FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, cit., pp. 750 e ss.; G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1892 (citiamo dalla ristampa dell'edizione 1919, Aalen, 1964), pp. 263 e ss., e spec. p. 266, per lo scioglimento della natura pubblica dei *Verbände* nell'attribuzione di una *Herrschermacht*.

⁽³⁶⁾ FADDA-BENSA, *Sulle persone giuridiche*, cit., pp. 793 e ss.; p. 801; H. ROSIN, *Das Recht der öffentlichen Genossenschaft. (Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Lehre von der Körperschaft). Eine verwaltungsrechtliche Monographie*, Freiburg i.B., 1886, p. 18, secondo il quale la *öffentliche Genossenschaft* è « diejenige Genossenschaft, welche kraft öffentlichen Rechts dem Staate zur Erfüllung ihres Zweckes verpflichtet ist ».

conforto dell'argomentazione il fine si traducesse in attività e quindi nell'esercizio, più o meno prevalente, di potestà imperative ⁽³⁷⁾.

Comunque, tra i due criteri per così dire classici, era evidentemente quello del fine a possedere le maggiori capacità di dilatazione, potendo senza particolari contraddizioni abbracciare quasi per intero quella sfera genericissima dell'utilità sociale che sino a quel momento era stata considerata propria del corpo morale e quindi di tutte le persone giuridiche non commerciali. Quella stessa sfera che i sostenitori della tesi dell'imperium, restringendo al massimo la categoria delle persone giuridiche pubbliche, avevano affidato invece alle persone giuridiche private di utilità pubblica ⁽³⁸⁾.

⁽³⁷⁾ Lo scopo rappresentava pur sempre un parametro attraverso il quale verificare « l'omogeneità organica, la coordinazione armonica, l'unicità essenziale » tra la persona giuridica ed il soggetto Stato. Ma a questo punto il confine con il criterio dell'*imperium* si assottigliava di molto, proprio per quella omogeneità tra enti e Stato che dalle finalità trascendeva immediatamente sul piano delle attività: « con ciò si vuol dire, non solo che come lo Stato debbono proporsi uno scopo pubblico, ma anche, al pari dello Stato, devono avere una podestà pubblica adeguata al raggiungimento dello scopo, uno *ius imperii* » (FADDA - BENZA, *Sulle persone giuridiche*, cit., p. 797). Si veda del resto lo stesso ROSIN, *Das Recht der öffentlichen Genossenschaft*, cit., p. 19 per quei « besondere Vorrechte » che lo Stato assicurava — o verso i propri membri o verso i terzi — alla *öffentliche Genossenschaft*, ma che nella definizione comparivano soltanto come *Reflexe* di quel dovere che costituiva l'elemento essenziale della relazione tra lo Stato e la corporazione.

⁽³⁸⁾ Le due polarità ottocentesche — « pluralistica » e « statualistica » — recentemente evidenziate da Giampaolo Rossi (*Gli enti pubblici*, cit., pp. 72 e ss.) iniziano dunque a confrontarsi con un fenomeno nuovo che investe ormai direttamente la crescita dei poteri amministrativi e la stessa, sostanziale, alterazione del crinale pubblico-privato. Di fronte a queste repentine trasformazioni quelle stesse polarità tendono ad assumere valenze diverse: così la posizione ' pluralistica ' può rivelarsi, in questo nuovo contesto, la più idonea ad ampliare la sfera del pubblico, sia pure di un pubblico marchiato — almeno in partenza — da caratteri *genossenschaftlich*. Mentre lo ' statalismo ' di un Ferrara — se tale può essere definito — appare la faccia rovescia di un ' individualismo ' che non nega tuttavia la persona giuridica, ivi comprese le formazioni sociali, ma di cui privilegia, ad un tempo, la natura intrinsecamente privata e la disciplina di un'attività che ricade ancora nel diritto comune. Di fronte dunque ad un processo di entificazione che solo in minima parte segue la pubblicizzazione delle formazioni sociali e che rivela invece la crescita, organizzativamente frammentata, di uno Stato compiutamente amministrativo — che, in altre parole, abbandona il terreno delle *öffentliche Körperschaften* per affidarsi quasi integralmente a quello delle *öffentliche Anstalten* —, la teoria dell'*imperium* poteva ancora rappresentare il simbolo di un'adesione agli equilibri tutti ottocenteschi di un *Rechtsstaat* dotato di scarsi compiti amministrativi.

Fu Ranelletti — com'è noto — a far chiarezza, almeno sul piano terminologico, rompendo definitivamente il generico involucro di utilità sociale che aveva sin qui rivestito la nozione di corpo morale. Negando l'identità tra la coppia concettuale fondata sulla contrapposizione tra interessi individuali e collettivi e quella tra rapporti giuridici privati e pubblici ⁽³⁹⁾, Ranelletti erigeva la nuova linea di confine sull'identità tra pubblico e statale: è pubblico l'interesse collettivo che rientra nei fini dello Stato; o — come dirà nella prolusione pavese del 1905 — « tutto il concetto di pubblico si appunta e concentra nello Stato; è pubblico tutto ciò che direttamente o indirettamente è di Stato. Lo Stato è la sintesi della cosa pubblica; non vi è cosa pubblica se lo Stato non la considera tale » ⁽⁴⁰⁾.

I vantaggi erano molteplici: da una parte il pubblico, anche rinunciando all'identificazione con gli statuti imperativi, si conservava concetto unitario, saldamente eretto intorno alla personalità dello Stato; racchiuso in un'armatura di unità amministrativa ermeticamente serrata, grazie alla possibilità di utilizzare la nozione romaniana di autarchia e quella di organo indiretto dello Stato sia per gli enti territoriali che per quelli istituzionali ⁽⁴¹⁾.

E, dall'altra parte, saltata l'identificazione tra pubblico e imperativo attraverso il riferimento alla finalità, si mantenevano intatte le potenzialità espansive della sfera pubblica, pur nel rispetto di quella necessaria affinità tra enti e Stato che ancora una volta collocava fuori dello Stato scopi di lucro ed interessi commerciali.

Nel 1916 con il saggio, notissimo, sul *Concetto delle persone*

⁽³⁹⁾ O. RANELLETTI, *Rapporti giuridici privati e pubblici e interessi individuali e collettivi*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo insegnamento*, vol. 2° , Napoli, 1906, pp. 249 e ss.

⁽⁴⁰⁾ ID., *Il concetto di 'pubblico' nel diritto*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXXIX (1905), p. 351.

⁽⁴¹⁾ S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*, 2ª ediz., Milano, 1906, pp. 164 e ss. Mentre per il passaggio dal concetto di organi indiretti dello Stato a quello di « soggetti ausiliari » con l'estensione del rapporto di autarchia ai soggetti portatori di interessi non coincidenti con quelli dello Stato, cfr. ID., *Gli interessi dei soggetti autarchici e gli interessi dello Stato*, in *Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranelletti*, Padova, 1930, ora in *Scritti minori*, vol. 2°, Milano, 1950, pp. 299 e ss.

giuridiche pubbliche amministrative ⁽⁴²⁾, Ranalletti dà l'assetto definitivo ad una tesi destinata a riscuotere un notevole successo negli anni a venire.

Si tratta di un passaggio di una certa importanza anche perché quell'assetto dogmatico inizia ormai a registrare il crescente complicarsi dell'organizzazione amministrativa. Fanno così la loro comparsa il Consorzio per il porto di Genova; la Cassa infortuni; la Cassa per l'invalidità e vecchiaia; ed una delle più famose creature di Francesco Saverio Nitti: l'Istituto nazionale delle assicurazioni ⁽⁴³⁾.

La persona giuridica pubblica diventa la persona giuridica che persegue gli interessi pubblici e dunque fini dello Stato e che al tempo stesso lo Stato riconosce attiva anche nel proprio interesse ⁽⁴⁴⁾, secondo una formuletta che ancora conserva negli orecchi di molti una sua familiarità.

Salvata la «ragione» della pubblicità — la finalità pubblica dell'ente — e delegati ai segni, ai sintomi, agli indici d'individuazione (la costituzione da parte dello Stato, l'esistenza di potestà imperative, la presenza di controlli e così via) i problemi concreti di classificazione, l'unitarietà del concetto di pubblico viene difesa attraverso la riscoperta di un «rapporto organico» ⁽⁴⁵⁾ tra ente e Stato.

Nella ricerca di una sintesi sempre più difficile, di un'unità amministrativa sempre più precaria, l'autorità sta lasciando definitivamente il posto all'organizzazione.

Gli anni immediatamente successivi, a cavallo della prima guerra mondiale, — e prende così il via il nostro secondo itinerario — sono anni intensi di trasformazione istituzionale. Si appannano le «ragioni» della pubblicità; i criteri di individuazione degli enti pubblici da ontologici diventano occasionali, «elementi estrin-

⁽⁴²⁾ O. RANELLETTI, *Concetto delle persone giuridiche pubbliche amministrative*, in *Rivista di diritto pubblico*, VIII (1916), I, pp. 337-358.

⁽⁴³⁾ *Ibid.*, pp. 344-46. Per un esame della vicenda istituzionale, cfr. almeno S. CASSESE, *L'amministrazione dello Stato liberale-democratico*, in *Quaderni storici*, 1972, ora in ID., *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, 1974, pp. 11 e ss.; G. MELIS, *Due modelli di amministrazione tra liberalismo e fascismo. Burocrazie tradizionali e nuovi apparati*, Roma, 1988.

⁽⁴⁴⁾ RANELLETTI, *Concetto delle persone giuridiche pubbliche*, cit., pp. 341-42.

⁽⁴⁵⁾ *Ibid.*, p. 343.

seci»⁽⁴⁶⁾, sintomi, indici rivelatori, argomenti talvolta persino retorici, per una classificazione in concreto sempre più ardua ed incerta.

Non è un caso se nel 1919 — anche se in uno scrittore sempre un po' di fronda come Carlo Francesco Ferraris — s'incontri già una vera e propria tipologia delle persone giuridiche pubbliche⁽⁴⁷⁾.

Né è un caso se ancora nel 1919, Umberto Borsi, in una celebre prolusione pavese dal titolo evocativo di *Nuovi orientamenti e nuovi profili del diritto amministrativo italiano*, si affanni nel dare una qualche razionalità alla presente «irrequietezza dello spirito pubblico». Quello «spirito pubblico» che da una parte conosce l'«ingigantirsi» delle attività e delle organizzazioni degli enti pubblici, e che dall'altra rivela le prime, contraddittorie contrattualizzazioni di rapporti giuridici sino ad allora ben arroccati nel mondo dell'autorità⁽⁴⁸⁾.

In questo contesto tumultuoso e contraddittorio come può salvarsi l'unità amministrativa? Com'è possibile conservare quell'assimilazione allo Stato degli enti pubblici che costituiva il vero fulcro dell'intera costruzione dogmatica delle persone giuridiche di diritto pubblico?

Certo, anche in questo caso si deve tener conto delle persistenze e dei trascinamenti tipici delle costruzioni dogmatiche. Eppure,

⁽⁴⁶⁾ Iniziano dunque a prevalere quei «dati», quegli «elementi estrinseci» (istituzione da parte dello Stato; divieto di scioglimento dell'ente; assoggettamento a tutela e così via) cui già Cammeo (*Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d., pp. 650 e ss.) aveva affidato l'operatività della propria definizione: «persona giuridica pubblica è quella che ha per scopo l'esecuzione di una pubblica funzione».

⁽⁴⁷⁾ C.F. FERRARIS, *La classificazione delle persone morali di diritto pubblico*, in *Rivista di diritto pubblico*, XI (1919), I, pp. 433 e ss., che suddivide ormai le «istituzioni pubbliche autarchiche» in corporazioni, associazioni, fondazioni, imprese pubbliche, stabilimenti pubblici autarchici, consorzi d'interessati.

⁽⁴⁸⁾ U. BORSI, *Nuovi orientamenti e nuovi profili del diritto amministrativo italiano*, in *Rivista di diritto pubblico*, XII (1920), I, pp. 1 e ss. Mentre su una legislazione che proprio in tema di soggetti pubblici ha proceduto «in modo affannoso e tumultuario», cfr. U. FORTI, *Amministrazione pubblica e attività economico-privata (Contributo alla classificazione delle persone giuridiche nel diritto italiano)*, in *Scritti giuridici in onore di Alberto Marghieri*, Roma, 1921, ora in *Studi di diritto pubblico*, vol. I, Roma, 1937, pp. 281 e ss.

verso il salvataggio dell'unità amministrativa spingevano anche le prime realizzazioni normative del fascismo.

Si pensi, in primo luogo, a come stava mutando il rapporto tra lo Stato e gli enti territoriali. Le trasformazioni — l'ordinamento podestarile, introdotto nei comuni minori sin dal 1926, il segretario comunale funzionario governativo, la generale soppressione degli organi elettivi ⁽⁴⁹⁾ — imboccavano con tale radicalità la strada della « struttura uniforme ad ogni categoria di enti di diritto pubblico », che Arturo Carlo Jemolo poteva sostenere, nel 1931, non solo che quegli enti risultavano sempre « più strettamente assoggettati allo Stato », ma persino che la distinzione tra organi e persone conservava ormai un mero significato economico ⁽⁵⁰⁾.

Su di un altro versante, anche l'avvio dell'ordinamento corporativo era avvenuto all'insegna di confini netti e precisi tra pubblico e privato. Ed è noto che nel 1926 l'inquadramento sindacale — con le relative conseguenze in ordine alla disciplina del rapporto d'impiego e alla competenza giurisdizionale — era stato escluso non solo per lo Stato, le province ed i comuni, ma anche per le IPAB, la Cassa depositi e prestiti, la Banca d'Italia, i Banchi di Napoli e Sicilia, le Casse di risparmio, gli enti parastatali; nonché per le aziende autonome dello Stato ⁽⁵¹⁾.

Furono, tuttavia, probabilmente le norme sulla giurisdizione esclusiva a confermare che per la categoria degli enti pubblici esisteva una normativa unitaria di riferimento. Si dava così piena legittimità a quella lettura, fatta propria sia dai pubblicisti che dai civilisti, che interpretava la crescita dei compiti e la frammentazione amministrativa nel segno di un'univoca pubblicizzazione del diritto comune.

⁽⁴⁹⁾ Basti qui rinviare a E. ROTELLI, *Le trasformazioni dell'ordinamento comunale e provinciale durante il regime fascista*, ora in *L'alternativa delle autonomie. Istituzioni locali e tendenze politiche dell'Italia moderna*, Milano, 1978, pp. 177 e ss.

⁽⁵⁰⁾ A. C. JEMOLO, *Organi dello Stato e persone giuridiche pubbliche*, in *Lo Stato*, II (1931), pp. 329 e ss.; le citazioni riportate nel testo sono a p. 339 e a p. 334.

⁽⁵¹⁾ Si vedano l'articolo 11 c. 1 della L. 3 aprile 1926, n. 563 e l'articolo 3 del decreto di attuazione 1 luglio 1926 (n. 1130), mentre più in generale, sull'introduzione dell'ordinamento corporativo, cfr. A. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, 1965, pp. 215 e ss.

Introducendo la nozione di «enti od istituti pubblici sottoposti a tutela od anche a sola vigilanza dell'amministrazione centrale dello Stato»⁽⁵²⁾, le norme sulla giurisdizione esclusiva ebbero infatti un effetto travolgente su una giurisprudenza che affrontava il quesito sulla natura della persona giuridica quasi sempre in margine alla definizione della natura pubblica o privata del rapporto d'impiego relativo.

È solo a partire dal 1924-25 infatti che le Sezioni unite della Cassazione abbandonano definitivamente il criterio dell'imperium e la nozione di stabilimento di pubblica utilità, sposando così la vulgata fondata sulla tesi di Ranalletti.

Se ancora nel periodo 1917-23 la Cassazione riconosce la qualificazione di stabilimenti di pubblica utilità, e quindi la natura privata del rapporto d'impiego, nelle Casse di risparmio, nell'Ente Volturno, nella Cassa nazionale assicurazione infortuni, nell'Istituto nazionale cambi, nel Banco di Napoli⁽⁵³⁾; a partire dall'autunno 1924, con alcune decisioni che non sfuggono agli occhi attenti di Silvio Lessona ed Ugo Forti, questo indirizzo giurisprudenziale

⁽⁵²⁾ L'attribuzione al Consiglio di Stato dei ricorsi relativi al rapporto d'impiego con tali enti fu disposta con l'articolo 8 n. 1 del R.D. 30 dicembre 1923, n. 2840 (oggi art. 29 n. 1 T.U. CdS). Più ampiamente sul punto A. CORPACI, *Riparto della giurisdizione e tutela del lavoro nella pubblica amministrazione*, Milano, 1985, pp. 73 e ss.

Il criterio normativo non era però di pronta applicazione, per l'estrema difficoltà di distinguere controlli esercitati su enti pubblici e controlli esercitati su enti privati. Dimostrazioni significative della contraddittorietà delle stesse applicazioni giurisprudenziali in C. GIROLA, *Sui caratteri distintivi delle persone giuridiche pubbliche (a proposito degli Enti autonomi dei Teatri alla Scala di Milano e San Carlo di Napoli)*, in *Temi emiliana*, VII(1930), I, 447 e ss.; G. TREVES, *Controllo statale ed ente pubblico*, *ibid.*, IX (1932), I, 305 e ss.; R. RESTA, *Natura e criteri d'identificazione delle persone giuridiche pubbliche*, in *Giur. it.*, XC (1938), I, 931 e ss.

⁽⁵³⁾ Si vedano, in via esemplificativa, rispettivamente: Cass. Roma S.U., 3 gennaio 1917, in *Giur. it.*, LXIX (1917), I, 167; Cass. Roma S.U., 30 aprile 1919, in *Giur. it.*, LXXI (1919), I, 489 (due decisioni contemporanee e conformi per Ente Volturno e Cassa infortuni); Cass. S.U., 12 maggio 1924, in *Giur. it.*, LXXVI (1924), I, 523 e ss., sulla natura privata dell'Istituto nazionale cambi e sulla conseguente soggezione degli atti relativi all'ordinario sindacato giurisdizionale; Cass.S.U., 27 dicembre 1922, in *Giur.it.*, LXXV (1923), I, 101 e ss., sul carattere privatistico del rapporto d'impiego con il Banco di Napoli; decisione poi confermata anche da Cass.S.U., 22 aprile 1924, in *Giur. it.*, LXXVI (1924), I, 523.

viene ribaltato riconoscendo proprio alla Cassa infortuni ⁽⁵⁴⁾ e al Banco di Napoli ⁽⁵⁵⁾ la natura di enti pubblici.

Tuttavia, il fascismo offriva — e negli stessi anni — anche indici di segno inequivocabilmente opposto e che invece di confermare la tendenza ad una pubblicizzazione del diritto comune, avallavano una privatizzazione dei rapporti di diritto pubblico, assai temibile per i postulati di partenza della dottrina tradizionale.

Ad una rassicurante forza centripeta che amplia ma non altera, sostanzialmente, la sfera del pubblico, si contrappone una pericolosa forza centrifuga che con l'espansione dei compiti e lo sfaldamento dell'amministrazione compatta, dissolve anche i pilastri ' costituzionali ' della stessa natura pubblica ⁽⁵⁶⁾.

Fa storia, in questo senso, già il decreto legge sull'impiego privato del 1924, che — dichiarato applicabile, per espressa disposizione normativa ⁽⁵⁷⁾, ai dipendenti di enti morali, enti parastatali ed enti pubblici (salvo che il rapporto d'impiego sia diversamente regolato per legge) — pare travolgere il confine tra pubblico e privato e mettere in dubbio la centralità, appena affermata, del giudice amministrativo sui rapporti di pubblico impiego.

⁽⁵⁴⁾ Cass. S.U., 17 ottobre 1924, in *Giur.it.*, LXXVII(1925), I, 255 e ss. La nota di Ugo Forti, *Sui caratteri distintivi delle persone giuridiche pubbliche*, apparsa in *La Corte di Cassazione*, 1925, può leggersi ora anche in *Id.*, *Studi di diritto pubblico*, vol. 1°, cit., pp. 297 e ss.

⁽⁵⁵⁾ Cass. S.U., 27 novembre 1924, in *Rivista di diritto processuale civile*, III (1926), II, 1 e ss., con nota — dal titolo rivelatore — di Silvio Lessona, *Il concetto di persona giuridica pubblica e la competenza esclusiva della giurisdizione amministrativa ordinaria*. Trasposte sul piano dei soggetti, le norme che hanno introdotto la giurisdizione esclusiva eliminano, insieme al criterio dell'*imperium*, la categoria degli stabilimenti di pubblica utilità; impediscono « che non siano considerate pubbliche alcune persone solo perché prive di caratteri (la potestà d'imperio, cioè) che della pubblica persona non sono l'essenza e che viceversa dalla giurisprudenza venivano ritenuti indispensabili ».

⁽⁵⁶⁾ Si tratta — come è ovvio — di un processo che ampiamente trascende i confini dell'ordinamento italiano. Sia consentito rinviare a B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, 1987, pp. 213 e ss.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. l'articolo 2 del R.D.L. 10 novembre 1924, n. 1825 sull'impiego privato; ma si veda anche l'articolo 18 dello stesso decreto che, con disposizione palesemente non coordinata con le norme in tema di giurisdizione esclusiva, stabiliva: « nulla è innovato circa la competenza stabilita da altre leggi sulle controversie relative a rapporti di impiego di enti pubblici e parastatali ».

È Cammeo ⁽⁵⁸⁾, con la consueta sensibilità, che svela la contraddittorietà del decreto con le norme, coeve, sulla giurisdizione esclusiva; che solleva il dubbio che nel legislatore siano presenti ormai due anime distinte: la prima, ispiratrice delle norme sulla giurisdizione esclusiva, radicata nel ministero degli interni; la seconda, promotrice delle norme sull'impiego privato, arroccata invece nel ministero dell'economia nazionale ⁽⁵⁹⁾.

Ormai, gli enti pubblici sono divenuti terreno di scontro tra burocrazie ministeriali ⁽⁶⁰⁾, burocrazie di partito, burocrazie di tecnici: il terreno su cui, a tutto campo, infuria la lotta degli interessi.

È noto che dal decreto sull'impiego privato si diparte anche tutta una letteratura ⁽⁶¹⁾ sulla nuova figura degli enti parastatali, che sembra rinverdire, legislativamente, quella nozione di stabilimento di pubblica utilità che la giurisprudenza ordinaria stava invece abbandonando. I giuristi più distaccati dal regime la considerarono una categoria spuria, una nomenclatura praticamente evanescente. Eppure, proprio per la sua debolezza semantica, la nozione confer-mava bene che il mondo delle persone giuridiche pubbliche si stava complicando di figure organizzative — nei campi più svariati: la previdenza, l'assistenza, l'infanzia, le pensioni, lo sport, gli ex-combattenti — difficilmente riconducibili alla razionalità di partenza.

Il quadro generale è comunque ancora più complesso e contraddittorio. Contemporaneamente si sta infatti dilatando sia il mondo dell'azionariato pubblico, delle « società anonime miste », sia

⁽⁵⁸⁾ F. CAMMEO, *Gli impiegati degli enti pubblici e le norme sull'impiego privato*, in *Giur. it.*, LXXIX (1927), III, 1 e ss.

⁽⁵⁹⁾ *Ibid.*, c. 11.

⁽⁶⁰⁾ Cui si aggiunge, sin dal 1926, il nuovo Ministero delle Corporazioni. Cfr. R. DE FELICE, *Mussolini il fascista*, tm. II, *L'organizzazione dello Stato fascista (1925-1929)*, Torino, 1968, pp. 264 e ss.; ID., *Mussolini il duce*, tm. I, *Gli anni del consenso 1929-1936*, Torino, 1974, pp. 160 e ss.

⁽⁶¹⁾ Si veda per un tentativo di messa a punto della nuova categoria almeno C. GIROLA, *Enti parastatali*, in *Studi Urbinati*, III (1929), pp. 131 e ss.; mentre una decisa demolizione della nozione è in U. FORTI, *Gli enti parastatali*, in *Atti della Reale Accademia di scienze morali e politiche*, Napoli, 1934, ora in ID., *Studi di diritto pubblico*, vol. I, cit., pp. 305 e ss. Su tutta la questione rinviamo comunque alla ricostruzione di MELIS, *Due modelli di amministrazione*, cit., pp. 273 e ss.

il mondo economicamente vicino, ma giuridicamente ben distinto, di quelle che allora si definivano le « società commerciali pubbliche ».

Azionariato di Stato. Sin dall'inizio degli anni '30 — si pensi ai lavori di Ravà o di Gangemi — si riconoscerà apertamente che in « un campo a priori pubblicistico, qual'è quello dell'intervento degli enti pubblici in materia economica, è stato adottato integralmente un istituto del diritto privato » (62).

Non sempre però la giurisprudenza sarà di questo avviso: il caso più celebre è forse quello dell'AGIP che il Consiglio di Stato in una decisione del 1938 definisce ente pubblico che solo per « ragioni di opportunità contingente » ha adottato la forma dell'anonima » (63). E celebri sono anche le aspre critiche di Cammeo, deciso a riconfermare, in quello che è il suo ultimo scritto, il confine tradizionale tra società commerciale ed ente pubblico.

È ormai indubbio, però, che « di fronte all'evoluzione del diritto i criteri di distinzione tradizionale rimangono svalutati », come dirà apertamente Giuseppe Ferri due anni più tardi nella nota alla sentenza della Cassazione che, cassando la decisione del Consiglio di

(62) Citiamo da R. RAVA, *L'azionariato dello Stato e degli enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, XXXI (1933), I, p. 340; ma si veda anche L. GANGEMI, *Le società anonime miste. Contributo allo studio della economia pubblica*, Firenze, 1932, p. 28, secondo il quale, proprio partendo dalle definizioni di Ranelletti, « non vi è dubbio che la "società economica mista azionaria" debba considerarsi come una persona giuridica privata ».

(63) Cons. St., 19 gennaio 1938, in *Giur. it.*, XC (1938), III, 109, con breve nota critica di Cammeo. Del giurista milanese si veda però in particolare il saggio pubblicato postumo da Silvio Lessona, *Società commerciale ed ente pubblico*, Firenze, 1947, che riconferma — proprio a partire dalla vicenda AGIP ed in aperto contrasto con l'indirizzo del Consiglio di Stato — l'assoluta incompatibilità tra società commerciale ed ente pubblico.

Anche la magistratura del lavoro si era comunque pronunciata per il carattere di ente pubblico di una società anonima — nella specie la società Terme di Salsomaggiore —: cfr. Trib. Bologna, 6 febbraio 1930, in *Tem. emiliana*, VII (1930), I, 470 e ss.; con nota, assai critica, di Donato Donati, *I caratteri distintivi delle persone giuridiche pubbliche e la giurisdizione esclusiva dei tribunali amministrativi nelle controversie in materia di pubblico impiego*. La sentenza era stata confermata anche da App. Bologna, 9 dicembre 1932, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 1933, con nota, pure critica, di Ugo Forti, « *Vigilanza* » e « *tutela* » sugli enti ed imprese private, ora in *Studi di diritto pubblico*, vol. I, cit., pp. 323 e ss.

Stato, riaffermerà la natura di anonima dell'Azienda generale italiana petroli ⁽⁶⁴⁾.

In realtà sta venendo meno l'incompatibilità tra ente pubblico e qualità di commerciante che, sino ad allora, in tutto il suo valore 'costituzionale', aveva espresso l'articolo 7 del codice di commercio. Sta ingiallendo dunque anche la dicotomia tra interesse pubblico e fine di lucro che era apparsa a lungo la più inossidabile tra i criteri distintivi delle persone giuridiche ⁽⁶⁵⁾.

Sono comunque le società commerciali pubbliche ⁽⁶⁶⁾ — e la definizione la dice già lunga — che sollevano le maggiori contraddizioni, contese tra la realtà di uno statuto eminentemente commerciale e la contrastante definizione legislativa di ente pubblico: un criterio nominalistico ⁽⁶⁷⁾ — come si dirà poi — che in questi anni evoca ancora una precisa disciplina normativa, che le disposizioni sulla giurisdizione esclusiva rivestono di un pesante manto pubblicistico.

Così, se all'indomani dell'istituzione dell'Istituto mobiliare italiano, nello stesso 1931, Virgilio Andrioli si interroga sui suoi caratteri giuridici, la qualificazione legislativa di ente pubblico è ancora un indice sufficiente per fissare il confine con il mondo delle anonime e del diritto commerciale ⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁴⁾ G. FERRI, *Azionariato di Stato e natura giuridica dell'ente*, nota a Cass. S.U., 7 marzo 1940, n. 1337, in *Foro it.*, LXVI (1941), I, 203; per il quale del resto non esiste più « una incompatibilità fra la natura di ente pubblico e la qualità di commerciante » (*ibid.*, c. 201). La stessa sentenza è annotata da M.S. GIANNINI, *Rilievi intorno alle persone giuridiche pubbliche*, in *Stato e diritto*, I(1940), pp. 128 e ss.

⁽⁶⁵⁾ E per gli effetti di questo processo sul « profilo generale della connotazione della "pubblicità" delle persone giuridiche », cfr. V. CERULLI IRELLI, *Problemi dell'individuazione delle persone giuridiche pubbliche (dopo la legge sul 'parastato')*, in *Riv. trim.dir. pubbl.*, XXVII (1977), pp. 630-33.

⁽⁶⁶⁾ A. ARENA, *Le società commerciali pubbliche (Natura e costituzione). Contributo allo studio delle persone giuridiche*, Milano, 1942.

⁽⁶⁷⁾ M.S. GIANNINI, *Il problema dell'assetto e della tipizzazione degli enti pubblici nell'attuale momento*, in *Riordinamento degli enti pubblici e funzioni delle loro avvocature*, Napoli, 1974, pp. 28-31.

⁽⁶⁸⁾ V. ANDRIOLI, *Caratteri giuridici dell'Istituto Mobiliare Italiano*, in *Lo Stato*, II (1931), pp. 874 e ss. La definizione dell'I.M.I. come « ente di diritto pubblico » era stata fissata dall'articolo 1 del decreto legge istitutivo (R.D.L. 13 novembre 1931, n. 1398). L'indice normativo venne però criticato dalla redazione della rivista, diretta da Ettore

È ormai, però la « sostanza privatistica » che si fa strada facendo brandelli della « veste esteriore » (69), pubblicistica, assegnata dal legislatore.

Ci sia da salvare il « valore assoluto ideale della statalità » (70), o da svelare la realtà commerciale dei nuovi soggetti giuridici, il sentiero verso la nuova endiadi — necessariamente combinatoria — di ente pubblico economico è, a questo punto, sicuramente imboccato.

La conferma che l'identità teleologica tra interessi pubblici degli enti e fini dello Stato si stava ormai dissolvendo, giunse nella seconda metà degli anni '30, con i provvedimenti che estendevano l'inquadramento sindacale prima agli istituti di credito di diritto pubblico e alle Casse di risparmio e subito dopo a tutti « gli enti pubblici, comunque denominati, operanti nel campo della produzione e svolgenti un'attività esclusivamente o prevalentemente economica » (71).

I criteri fondati sulle « nuvole » si stanno dunque « frantumando » tra le mani di giuristi alla disperata ricerca di un confine tra persone giuridiche pubbliche e private (72). Ma anche i « principii

Rosboch e da Carlo Costamagna, in una nota (*ibid.*, pp. 880-81) in cui, pur ribadendo la necessità di una sistemazione dei nuovi concetti del diritto pubblico e dei nuovi istituti dell'azione economica pubblica, si rispolverava per il nuovo ente la vecchia definizione di persona giuridica privata di utilità pubblica. La mancanza nell'I.M.I. del « disinteresse subiettivo » avrebbe infatti impedito all'ente di assurgere alla sfera del pubblico: al « valore assoluto ideale della statalità ».

(69) R. FRANCESCHELLI, *Diritto pubblico e diritto commerciale*, in *Stato e diritto*, I(1940), p. 28.

(70) Cfr. *retro* nota 67.

(71) Si tratta, rispettivamente, del R.D.L. 15 febbraio 1937, n. 316; del R.D.L. 12 agosto 1937, n. 1757; della L. 16 giugno 1938, n. 1303, dal cui titolo abbiamo tratto la citazione riportata nel testo. Quest'ultimo provvedimento in realtà revocava in via generale — all'articolo 1 — il divieto di inquadramento sindacale solo per « gli enti pubblici, comunque denominati, i quali operino nel campo della produzione e svolgano un'attività economica in regime di concorrenza »; mentre rinviava ad un apposito decreto, da emanarsi su proposta del ministero per le corporazioni, la revoca del divieto per « gli altri enti pubblici, comunque denominati, purché operanti nel campo della produzione e svolgenti un'attività esclusivamente o prevalentemente economica ».

(72) La prima espressione tra virgolette nel testo è di F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Filippo Vassalli, vol. 2°, tm. 2°, Torino, 1938, p. 133 (citiamo dalla ristampa, Torino, 1958), in un contributo che rispetto a venti anni prima rivela appieno, insieme allo sfaldarsi dei criteri d'individua-

fondamentali» sono ormai in pericolo. Basta leggere gli allarmati interventi di un Ranalletti o di un Menotti De Francesco tra '30 e '40 (73), per capire che è proprio l'ultimo ridotto della scienza giuridica ottocentesca — lo Stato non è un'impresa — che sta per essere conquistato.

Per molti enti pubblici si sta delineando il medesimo regime del diritto privato, l'ordinamento contrattuale del rapporto d'impiego, la competenza della magistratura del lavoro. E non si tratta di ritocchi legislativi di tipo contingente, ma del vero e proprio «sconvolgimento» — come dirà Ranalletti — di tutto il sistema di giustizia amministrativa, di cui si viene a negare il «faticoso cammino»; le tappe storiche: il 1865, il 1889, il 1923 (74).

Gli articoli del codice civile e del codice di procedura (75) che sanzioneranno definitivamente la svolta sono ancora norme dell'ordinamento vigente. E, così, gli scritti dei primi anni '40, di Zanobini, di Miele, di Giannini, rappresentano già l'anello di transizione con le problematiche di oggi.

Non si è ancora abbandonato il concetto unitario di ente pubblico — anche se il notissimo saggio di Miele del 1943 è forse l'ultimo grande contributo in questa direzione —, ma le tipologie — se non proprio le morfologie — non sono lontane. Sarebbe sufficiente riannodare tutti i fili interni della dialettica tra Miele e Ottaviano (76). Non stupisce così se Zanobini possa, nel 1942, — con buona pace dei «travolgimenti» temuti da Ranalletti — concludere

zione dell'ente pubblico, la dissoluzione stessa dei confini tra pubblico e privato. La seconda espressione è invece di U. FORTI, *Teoria dell'organizzazione e delle persone giuridiche pubbliche. Lezioni di diritto amministrativo*, Napoli, 1948, p. 81.

(73) O. RANELLETTI, *L'inquadramento sindacale degli enti di credito di diritto pubblico e delle casse di risparmio*, in *Riv. dir. pubbl.*, XXX (1938), I, pp. 6 e ss.; Id., *Gli enti di diritto pubblico nell'inquadramento sindacale*, in *Riv. dir. pubbl.*, XXXIV (1942), I, pp. 1 e ss.; G. MENOTTI DE FRANCESCO, *Il regime delle persone giuridiche pubbliche e le tendenze attuali della nostra legislazione positiva*, in *Riv. dir. pubbl.*, XXIX (1937), I, pp. 398 e ss.

(74) RANELLETTI, *L'inquadramento sindacale*, cit., p. 18;

(75) Cfr. gli articoli 2093, 2129, 2201, 2221 del codice civile e l'articolo 429 n. 3 (ora 409 n. 4) del codice di procedura civile.

(76) G. MIELE, *La distinzione fra ente pubblico e privato*, Milano, 1943, spec. pp. 40 e ss., in cui s'insiste sul carattere strumentale che l'attività dell'ente deve possedere rispetto allo Stato; V. OTTAVIANO, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, 1959.

senza incertezze per il carattere privato del rapporto d'impiego con l'ente pubblico economico, con la conseguente inapplicabilità dell'articolo 4 dell'Allegato E (77).

Il pubblico ha dunque cancellato le matrici forti della sua specialità. L'unità amministrativa si è dissolta, coinvolgendo prima il piano dell'attività e subito dopo quello dell'organizzazione. L'ente pubblico ha restituito spazio a quella zona grigia tra pubblico e privato una volta occupata dal concetto di corpo morale.

Si è quasi ricreata quella « ragion pubblica », indistinta; indifferenziata, genericissima con cui Gian Pietro Chironi aveva rivestito, nell'ormai lontano Ottocento, le persone giuridiche.

Ma con una differenza fondamentale, oltre a quella, ovvia, della diversa complessità istituzionale. La grande dicotomia ottocentesca — comune alle discipline civilistiche e pubblicistiche — tra statutale e commerciale, tra finalità pubblica e finalità di lucro si è irrimediabilmente incrinata, aprendo quelle contraddizioni tanto temute da un Ranalletti.

Certo, quelle contraddizioni sparivano negli scritti dei giuristi — si pensi a Costamagna e agli altri che con lui, dalla rivista « Lo Stato », avevano assunto una posizione eretica rispetto alla tradizione (78) — che si erano calati nell'ideologia dello Stato corporativo. Qui contraddizioni non vi potevano essere, per il semplice fatto che l'ordinamento corporativo era un regime di diritto pubblico della stessa dignità del regime amministrativo (79). E nel regime corporativo i conflitti si dissolvevano quasi per incanto: i sindacati potevano divenire « organi istituzionali » (80); lo Stato « unitario » a tal punto

(77) G. ZANOBINI, *Il rapporto d'impiego degli enti pubblici economici e la competenza giurisdizionale nelle relative controversie*, in *Riv. bancaria*, XXIII (1942), pp. 449 e ss.

(78) Nel senso dato all'espressione da M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di Mario Galizia e Paolo Grossi, Milano, 1990, pp. 92 e ss. (95-103 le pagine dedicate a Costamagna).

(79) C. COSTAMAGNA, *L'unità giurisdizionale e l'inquadramento sindacale dei dipendenti pubblici*, in *Lo Stato*, IX (1938), p. 142. E si vedano anche le considerazioni di A. ORSI BATTAGLINI, *Gli accordi sindacali nel pubblico impiego. Pluralismo giuridico, separazione degli ordinamenti e forme di comunicazione*, Milano, 1982, pp. 28-29.

(80) COSTAMAGNA, *Ancora sull'argomento: organi, istituzioni e persone giuridiche di diritto pubblico*, in *Lo Stato*, II (1931), pp. 567 e ss.

da metter da parte l'ingombrante anticaglia della giustizia amministrativa, per una nuova, fascistissima, unità della giurisdizione ⁽⁸¹⁾.

Eppure, appena al di là delle sovradeterminazioni del discorso giuspubblicistico ⁽⁸²⁾, il fascismo ci offriva un quadro che per molti versi è già il quadro del presente: l'intreccio tra l'economico e il politico; la proliferazione degli interessi frazionali; il loro prepotente imporsi ad un sempre più sbiadito interesse generale ⁽⁸³⁾.

Gli effetti di tutto questo sulla nostra nozione sono stati rovinosi. L'ente pubblico è stato negato come istituto, è stato relegato a mera nomenclatura.

La rigida assimilazione allo Stato ha lasciato il posto alla legislazione individualistica, alla normativa singolare, alla proteiformità, all'empiricità ⁽⁸⁴⁾.

La morfologia sembra vincere sulla dogmatica, tanto che il monumento giuridico dell'ente pubblico, edificato sul crinale mobilissimo e cedevole tra pubblico e privato, tra statutale e commerciale, tra interesse generale e interessi sezionali, sembra smottato prima del suo completamento. Non ha avuto la stessa fortuna di altri istituti ottocenteschi — l'atto amministrativo; lo stesso interesse legittimo — che almeno nel mondo della *puissance* una loro razionalità sono riusciti a conservare.

Non è compito nostro insistere su questi profili. Però, se di fronte al presente ci fermassimo soltanto all'analisi, alla registrazione della complessità, probabilmente non assolveremmo sino in fondo al nostro compito di giuristi.

La speranza del lettore di cose ottocentesche è che di quel sogno della scienza giuridica si sia salvato almeno un pizzico di progettualità.

⁽⁸¹⁾ COSTAMAGNA, *L'unità giurisdizionale*, cit., p. 150: « un solo giudice deve esserci in uno Stato unitario ».

⁽⁸²⁾ P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1986, pp. 97 e ss.

⁽⁸³⁾ Si veda in particolare il quadro che emerge dal lavoro di L. ORNAGHI, *Stato e corporazione. Storia di una dottrina nella crisi del sistema politico contemporaneo*, Milano, 1984, spec. pp. 79 e ss.

⁽⁸⁴⁾ Si tratta di punti di approdo messi in luce in particolare da GIANNINI, *Il problema dell'assetto*, cit., pp. 23 e ss.; e da S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1989, pp. 136 e ss.

GIOVANNI B. FERRI

ALLA RICERCA DELL'« IMPRENDITORE » AGRICOLO
E DEL TEMPO PERDUTO A RICERCARLO
DOVE NON SI TROVAVA

1. Il titolo, impertinentemente proustiano, che ho voluto dare a queste mie riflessioni, lo devo all'amico Paolo Ferro-Luzzi, che lo utilizzò, ma in una formula più concisa, per un suo importante scritto sul piccolo imprenditore ⁽¹⁾.

In una chiave più sussiegosa ed accademica, il titolo avrebbe potuto essere quello stesso del convegno palermitano, svoltosi nell'aprile del 1991, e cioè « impresa agricola e impresa commerciale: le ragioni di una distinzione ». Ho preferito invece un titolo che, evocando reminiscenze letterarie, costituisse, per uno scritto giuridico, un *incipit* disinvolatamente insolito e quindi garbatamente provocatorio, tale da far ritrovare ad una *querelle* (che ha ormai quasi mezzo secolo e che, se me lo si consente, è piena di tarli) una occasione di ringiovanimento.

Mi rendo conto che su un argomento, quale quello dell'imprenditore agricolo, intorno a cui, *ratione materiae*, hanno dibattuto (soprattutto, se non esclusivamente) tanti cultori del diritto agrario e del diritto commerciale, la voce d'un civilista può apparire eccen-

(1) Cfr. P. FERRO-LUZZI, *Alla ricerca del piccolo imprenditore*, in *Giur. comm.*, 1980, I, pp. 37 e seg. In questo scritto, Paolo Ferro-Luzzi auspicava una revisione della nozione d'impresa agricola, così come definita dall'art. 2135 c.c., giustamente ritenendo che tale revisione, alla luce anche della disciplina tributaria, avrebbe offerto « utili spunti per una moderna e adeguata ricostruzione, *anche civilistica* [il corsivo è nostro], del fenomeno » (p. 44). Con il presente scritto si è voluto, in qualche modo, far nostro anche l'invito dell'amico a riproporre l'argomento in questa prospettiva civil-commercialistica, nella quale affonda le proprie radici e, riteniamo, ancor oggi, le proprie ragioni non soltanto culturali.

trica. Forse è anche così. E tuttavia qualche specifico, e forse non inutile, contributo lo stesso studioso del diritto civile è in grado di offrire al dibattito.

Se per filologia s'intende, come indicano i dizionari, « la disciplina relativa alla ricostruzione, interpretazione e, dunque, corretta comprensione del documento letterario, considerato quale testimonianza anche della cultura che lo ha espresso », io intendo affrontare l'argomento dell'imprenditore agricolo, in una prospettiva, come dire?, filologica; di una filologia *giuridica* che consenta di rivisitare l'istituto e la cultura che lo ha espresso, attraverso l'esame (il più *oggettivo* possibile) di taluni dei più interessanti « documenti » legislativi e di dottrina che hanno preceduto e preparato la nozione, poi definitivamente accolta, nel codice civile italiano del 1942, nell'art. 2135.

2. Non meravigli più di tanto, se il punto di partenza di ogni indagine intorno alla definizione codicistica dell'imprenditore agricolo deve, a mio modo di vedere, prender le mosse prim'ancora che dall'esame dell'assetto che il legislatore del 1942 ha dato a questo istituto, dall'esame delle novità che il nuovo codice ha introdotto in materia di diritto di proprietà. Ritengo infatti che le novità *ideologicamente* e *tecnicamente* più importanti (se non rivoluzionarie) che il codice civile del 1942 presenta, rispetto al codice civile del 1865, si trovino, come già altrove e reiteratamente m'è accaduto di sottolineare ⁽²⁾, proprio nel libro terzo, in quella sequenza di norme che inizia con l'art. 811, passa attraverso l'art. 832 e termina con l'art. 838.

L'art. 811 c.c., ora abrogato, poneva, come *summa divisio* tra i beni, non già quella tradizionale (che sarà pur sempre espressa nell'art. 812) tra beni immobili e beni mobili, ma quella tra beni rilevanti e beni non rilevanti per la produzione nazionale; facendo con ciò emergere, all'interno del sistema della proprietà, un *momento* (quello, appunto della produttività), tipico dell'attività d'impresa. L'art. 811 c.c. appare, nella sua portata innovativa, la naturale premessa della nuova definizione di proprietà, contenuta nell'art.

⁽²⁾ Sul punto cfr., da ultimo e per tutti, nostro *Proprietà e impresa in agricoltura: variazioni su un vecchio tema*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1987, *passim*.

832 c.c., nella quale, diversamente da quanto era stabilito nel corrispondente art. 436 c.c. 1865, da un lato non si fa più riferimento all'istituto e al suo contenuto, ma si fa direttamente riferimento al titolare del diritto (e dunque si parla di proprietario e non più di proprietà), delineando i contenuti e i limiti del suo potere; dall'altro accanto ai limiti (*negativi*) stabiliti dalla legge, si prevedono (*in positivo*) obblighi e ciò in conformità dell'ideologia dirigistica e corporativa, cui, in materia economica, si ispirava il legislatore del 1942. Per altro, l'operare (*in positivo*, come s'è detto) di siffatti obblighi, trovava la sua concreta manifestazione nell'art. 838 c.c., nel quale veniva disciplinata la possibilità di una forma di espropriazione (nuova e diversa da quella tradizionale, pur sempre operante attraverso l'art. 834 c.c.), di natura per così dire, *punitiva* e ispirata alla stessa *filosofia* cui si ispiravano ⁽³⁾ le norme, anch'esse *punitive*, dettate, negli artt. 2088 e seg. c.c. (che prevedevano la possibilità di sostituire, nella direzione dell'impresa, l'imprenditore che, non osservando gli obblighi imposti dall'ordinamento corporativo nell'interesse della produzione, avesse recato, come sottolineava l'art. 2089, «grave danno all'economia nazionale»). L'art. 838 c.c. avrebbe trovato applicazione nei confronti del proprietario di beni rilevanti per la produzione nazionale che avesse abbandonato «la conservazione, la coltivazione o l'esercizio» di tali beni, «in modo da nuocere gravemente alle esigenze della produzione stessa».

Dunque, nell'idea di proprietà che s'era fatto il legislatore del 1942, il proprietario di beni rilevanti per la produzione nazionale *doveva* produrre; la sua signoria sul bene non poteva manifestarsi nella forma, pur classica, perché consolidata dalla tradizione, del non uso. Ma se questo era, non c'è dubbio che il proprietario almeno quello di beni rilevanti appunto per la produzione nazionale, proprio perché doveva inserirsi, con la sua attività, nel ciclo generale della produzione, finiva per vedere trasformata la sua posizione tradizionale di proprietario *rentier* chiuso, un po' egoisticamente, nella sua signoria, in quella di *proprietario-produttore*. Posizione questa molto simile (se non nei fatti addirittura coincidente), per la

⁽³⁾ Uso il verbo al passato, poiché è dubbio che tali norme siano ancora in vigore. Sul punto cfr., da ultimo, nostro *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini 1990, pp. 111 e seg., n. 140.

qualità e il tipo di attività che il proprietario è chiamato a svolgere, a quella dell'imprenditore; pur se, è bene subito chiarirlo, le due figure (quella di proprietario e quella d'imprenditore), restano, almeno sul piano della concreta collocazione per esse stabilita dal cod. civ. 1942, ancora del tutto autonome e senza che, tra di esse, si fosse neppure prefigurata una possibile assimilabilità.

E tuttavia, nell'attività del *proprietario-produttore* potevano, senza difficoltà, sostanzialmente ritrovarsi gli stessi caratteri che la definizione, contenuta nell'art. 2082 c.c., attribuisce all'attività dell'imprenditore: e cioè, *la natura economica, la natura professionale* ed infine che si tratti di un'attività *organizzata*.

Insomma, che quella del *proprietario-produttore* (nell'idea che, a torto o a ragione, di essa sembra essersi fatto il legislatore del 1942) dovesse essere un'attività economica (un'attività volta cioè alla produzione e allo scambio di beni o servizi) lo si evince dalla natura stessa dell'attività che si richiedeva al proprietario di svolgere, che non poteva, evidentemente, essere quella, fine a se stessa, di un *rentier* « egoista » o « ozioso », che, in sostanza, si limita a godere, lui soltanto, i risultati prodotti dalla sua attività, secondo lo schema tradizionale (ed individualistico) della proprietà meramente *potestativa* ⁽⁴⁾.

In proposito, il pensiero del legislatore del 1942 è esplicitamente illustrato nella relazione al codice civile, nella quale (n. 403) si chiarisce che « L'iniziativa privata come lo strumento più efficace nell'interesse della produzione, il dovere del lavoro, l'unità della produzione, la solidarietà degli interessi tra i partecipanti alla produzione stessa, la responsabilità dell'imprenditore verso lo Stato sono *i principî ai quali l'istituto della proprietà è legato e i criteri direttivi della disciplina dell'istituto nel nuovo codice* » (il corsivo è nostro); ed ancora (n. 403) « ...*la proprietà privata deve essere intesa in funzione sociale; non quindi la proprietà passiva, ma la proprietà attiva, che non si limita a godere i frutti della ricchezza, ma li sviluppa, li aumenta, li moltiplica* »; ed ancora (n. 404) « Se la proprietà che il nostro ordinamento riconosce e tutela è la proprietà attiva che sviluppa, aumenta e moltiplica i frutti della ricchezza, ne consegue

⁽⁴⁾ Sul punto, cfr. P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e proprietà collettive*, in *Quaderni fiorentini*, 1990, p. 508.

che un elemento del diritto di proprietà è costituito dal lavoro ». Per altro, « il complesso della produzione è unitaria dal punto di vista nazionale: i suoi obiettivi sono unitari e si riassumono nel benessere dei singoli e nello sviluppo della potenza nazionale » (n. 403). In sostanza il proprietario (di beni rilevanti per la produzione nazionale) non è tutelato perché produce per se stesso, ma è tutelato perché, con la sua attività crea o aumenta la ricchezza di tutti gli altri cittadini; se questo è il pensiero del legislatore del 1942, se questo è il fine che al *proprietario-produttore* l'ordinamento statale impone di perseguire, è anche evidente che non basta che egli si limiti a produrre. Egli, perché dei frutti della ricchezza prodotta benefici anche la comunità nazionale, deve distribuirli, farli circolare; deve cioè immettere nel mercato i frutti della attività produttiva svolta; deve cioè entrare « in contatto » con il mercato, deve dunque *scambiare*; e cioè deve affiancare all'attività di *produzione* quella dello *scambio*... proprio come accade per l'imprenditore, nella definizione che, di questa figura, offre l'art. 2082 c.c.

Che si dovesse trattare d'una attività professionale, lo si desume facilmente dalla circostanza, che se per professione « si intende un costante e normale indirizzo della propria attività » ⁽⁵⁾ è evidente che tal carattere non può non essere tipico anche dell'attività del *proprietario-produttore* (titolare, come tale, e lo abbiamo più volte sottolineato, di beni rilevanti per la produzione nazionale). Del resto lo stesso proprietario, in quanto tale, è titolare di un interesse che già si è puntualizzato definitivamente nel suo patrimonio; tale *definitiva appartenenza*, che in capo a lui si realizza, evoca, quanto meno, l'idea di una attività di esercizio del diritto, già di per se stessa *potenzialmente costante*. Nel caso di specie, poi, data la particolare rilevanza dei beni, per l'economia nazionale, l'effettivo esercizio di tale attività avrebbe dovuto, in funzione produttiva, essere *necessariamente costante*, perché altrimenti il proprietario inerte (e dunque non attivo) sarebbe potuto incorrere in quella sanzione di esproprio, prevista nell'art. 838 c.c. Che infine l'attività dovesse, in tali circostanze, essere organizzata, lo si evince dalla stessa natura del bene (rilevante per la produzione nazionale), e dall'obbligo, imposto al proprietario

(5) Così, G. FERRI, *Manuale del diritto commerciale*, Torino 1988, p. 46.

di esso, di uniformare e coordinare la sua attività produttiva, con gli indirizzi della politica economica generale. Considerata infatti la natura del bene, l'adempimento necessitato dell'obbligo, avrebbe evidentemente comportato l'operare di un articolato e stabile (e, dunque, non effimero) principio d'organizzazione dei fattori produttivi.

Insomma, come s'è detto, siffatto *proprietario-produttore* finiva per assomigliare molto all'imprenditore (di cui all'art. 2082 c.c.), se non addirittura per coincidere con esso; dal momento che la *qualità* stessa di imprenditore nasce dall'esercizio *concreto* delle attività di destinazione e di gestione previste nell'art. 2082 c.c., secondo le modalità e le tecniche organizzative in questo indicate; o, come scriveva Rosario Nicolò nella sua prolusione romana, quando sottolineava come il diritto d'impresa « si acquista ... solo a titolo originario, in dipendenza del completamento della fattispecie... (atto di destinazione, gestione iniziale) » (6). Attività, modalità e tecniche che sono quelle stesse che il *proprietario-produttore* avrebbe dovuto, nell'idea del legislatore del 1942, porre in essere per adempiere agli obblighi (produttivi, appunto) di cui era gravato.

E se « alla dialettica imperniata sull'antinomia: diritto comune - diritto speciale, superata da quella unificazione » (7) (del codice civile con quello di commercio) « è succeduta una dialettica interna, nel sistema del diritto privato » (8): quella tra proprietà ed impresa « l'istituto giuridico del passato e quello dell'avvenire, l'aspetto statico e l'aspetto dinamico dell'attività della persona umana » (9), è pur vero che, almeno in talune ipotesi (quelle appunto alle quali sopra s'è fatto riferimento), in cui la rilevanza del *lavoro* e della *produzione* (non più *momenti* esclusivamente caratterizzanti l'impresa), entra a caratterizzare anche il contenuto della proprietà (di certe forme di proprietà), la dialettica tra quest'ultima e l'impresa finisce per stemperarsi; le antinomie tendono a comporsi e, dunque, i due istituti quasi ad identificarsi e coincidere.

(6) Così R. NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, p. 194.

(7) *Id.*, o.c., p. 182.

(8) *Id.*, o.c., *loco cit.*

(9) *Id.*, o.c., *loco cit.*

3. Le ragioni di questa tendenziale identificazione hanno origini diverse anche se, in qualche misura, collegate; e sono ragioni d'indole socio-economica, tecnica ed ideologica.

Sotto il primo profilo (ragioni d'indole socio-economica), il definitivo affermarsi, sull'economia agraria e mercantile, dell'economia industriale, aveva comportato, come è noto, la trasformazione della civiltà dell'*avere* (cui aveva ispirato le proprie scelte il cod. civ. 1865) tutta centrata sull'istituto della proprietà, in una società del *fare* e cioè dell'*essere*, per il ruolo centrale che, nel *fare*, assumono le *competenze*, le *capacità*, l'*impegno* di chi fa, di chi agisce e intraprende⁽¹⁰⁾. Di tutto ciò il nuovo codice non poteva non tener conto.

Per questo, in sede di riforma, « si volle che il codice civile — a parte il diritto familiare e delle successioni — fosse impostato sulla tutela del lavoro e della impresa (espressione anche questa del lavoro), piuttosto che su quella della proprietà, perno del codice civile del 1865 »⁽¹¹⁾.

Tutto ciò certamente ha fornito le basi *oggettive* per quella considerazione della proprietà (poi realizzatasi, come abbiamo visto, nel disegno originario del cod. civ. 1942) non più soltanto ed esclusivamente nella sua tradizionale prospettiva, destinata ad esaurirsi nella sfera economica privata del proprietario, ma anche e soprattutto in quella sua potenziale (e fino ad allora sostanzialmente inesplorata) dimensione *dinamica* che le consentisse d'emergere quale referente primario del ciclo *produttivo*. Dimensione, attraverso cui dunque l'istituto potesse finalmente inserirsi anche nel processo economico più generale e nella quale, accanto al momento *potestativo* e *statico* del *godimento* e a quello « egoisticamente » *dinamico* (ma circoscritto, perché mera espressione di titolarità) della *disposizione*, fatalmente finiva per irrompere ed assumere un ruolo decisivo il *lavoro* (di qui, poi, il sostanziale avvicinamento — o forse appiattimento — della proprietà all'impresa che, come s'è detto, si è realizzato nel sistema del c.c. 1942).

Sotto un profilo squisitamente « tecnico », la condizionante

⁽¹⁰⁾ Interessanti spunti ricostruttivi in E. GLIOZZI, *Dalla proprietà all'impresa*, Torino s.d., *passim*.

⁽¹¹⁾ Così, per tutti, A. ASQUINI, *Codice di commercio*, in *Enc. del dir.*, VII, Milano, 1960, p. 254.

presenza del *lavoro*, nella proprietà, comincia a prendere a nostro giudizio, corpo, nelle riflessioni della dottrina condotte, già nel vigore del c.c. 1865 (che sappiamo avere come destinataria una società ancora agricola e mercantile) intorno al tema delle cose fruttifere e, dunque, soprattutto intorno al tema della proprietà terriera che ha come punto di riferimento oggettivo, il bene fruttifero per eccellenza: la terra, appunto.

E ciò forse sviluppando un tenue, ma inequivoco, spunto contenuto nel secondo comma dell'art. 444 c.c. 1865, che definiva frutti naturali «quelli che provengono direttamente dalla cosa, *vi concorra o non vi concorra l'industria dell'uomo*»⁽¹²⁾ (il corsivo è nostro) e che, dunque, metteva in luce l'elemento del *lavoro*, nella problematica della proprietà nella quale il tema dei frutti è profondamente coinvolto.

Già il Cimbali, con chiaro riferimento al problema dei frutti, sottolineava, non casualmente a proposito della proprietà terriera, come «il lavoro, com'è causa costitutrice del diritto di proprietà... ne è pure la misura»⁽¹³⁾. Anni dopo, il tema fu ulteriormente chiarito; ciò accadde quando fu sottolineato come, nella proprietà terriera, l'aspetto più squisitamente *giuridico* della titolarità del diritto, venga sostituito, o quanto meno affiancato, da quello *economico* che «riguarda il modo come si addiviene al risultato produttivo»⁽¹⁴⁾.

Ma si debbono a Salvatore Pugliatti le considerazioni più lucide ed interessanti, in materia. La proprietà della terra, notava l'illustre scrittore, viene tradizionalmente considerata, di per se stessa, come «titolo di acquisto di (altra) proprietà: cioè come condizione necessaria e sufficiente per l'espansione o l'incremento o, se si vuole, per un nuovo acquisto di proprietà»⁽¹⁵⁾.

(12) Si ricordi che tale formula è ripresa (con qualche variante meramente formale, ma immutata nella sostanza) nel vigente art. 820 c.c. Il primo comma di tale articolo infatti definisce frutti naturali «quelli che provengono direttamente dalla cosa, *vi concorra o no l'opera dell'uomo*» (il corsivo è nostro).

(13) Cfr. E. CIMBALI, *La nuova fase del diritto*, Torino 1895, p. 190, n. 146.

(14) Così C. MAJORCA, *Premesse alla teoria della proprietà*, in *Jus*, II, 1941, pp. 82-83.

(15) S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con riguardo alla proprietà terriera)*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, p. 262.

In sostanza, se l'acquisto dei frutti è stato tendenzialmente sempre considerato come una conseguenza, quasi fisiologica, del fatto d'esser proprietari del bene (evidentemente fruttifero) che tali frutti ha, appunto, prodotto (o di avere, di tale bene, il godimento), nella prospettiva indicata dal Pugliatti, i frutti della terra (ma non solo di questa) cominciano ad esser considerati non più come il risultato *naturale* (e quasi, vorrei dire, scontato), derivante soltanto dal carattere, appunto, fruttifero del bene, ma come il risultato cui si perviene attraverso anche (e soprattutto) l'opera (il lavoro) dell'uomo che sa sviluppare, accrescere, razionalizzare le potenzialità fruttifere del bene. In questo senso, è stato scritto, che «la naturale potenzialità produttiva della terra diviene attuale produzione, per il lavoro dell'uomo» (16).

Tra la proprietà e i frutti, che da essa derivano, s'insinua la mediazione del lavoro e quindi dell'organizzazione di questo. In sostanza, «non è solo la proprietà, nel suo aspetto statico e nel suo profilo formale, che fa acquistare i frutti, bensì, con essa, *ed anche senza di essa*, il lavoro» (17); infatti anche l'affittuario e, in genere, tutti coloro che, pur senza essere proprietari, hanno il godimento della cosa, avranno diritto ai frutti; giacché questi sono attribuiti ad essi, non perché proprietari, ma perché hanno lavorato il fondo. Così, «il tema dell'acquisto dei frutti, dunque, ha messo in evidenza l'eccezionalità del profilo statico e la normalità di quello dinamico» (18).

Del resto, proprio con riguardo alla terra (bene fruttifero per eccellenza) non è stato forse scritto che «la terra costringe per così dire l'uomo al lavoro, non si dà se non è penetrata con una costante sempre presente e operante attività di trasformazione e creazione» (19)?

4. Grazie, dunque, alla riflessione intorno al tema dei frutti (come dimostrano gli scritti del Cimballi e del Majorca, a cui

(16) ID., *o.c.*, p. 263. Sui frutti, in generale, si cfr. l'elegante scritto di P. BARCELLONA, *Frutti (dir. civ.)* in *Enc. del dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 204 e seg.

(17) PUGLIATTI, *o.c.*, *loco cit.*

(18) ID., *o.c.*, p. 264.

(19) Così, scriveva Giuseppe CAPOGRASSI, *Agricoltura, diritto, proprietà*, ora in *Opere*, Milano, 1959, VI, p. 307.

abbiamo fatto esplicito riferimento, soltanto esemplificativamente, per indicare una linea di tendenza ben più articolata e ricca), il tema della proprietà, appare, dunque, già nel vigore del codice civile del 1865, sottoposto ad una prima rivisitazione alla luce del rilievo che in esso può avere ed ha il *lavoro*. Tale rivisitazione, nel vigore del nuovo codice, assumerà, in materia, la portata di una vera e propria revisione, grazie, da un lato, agli orientamenti ideologici cui si è ispirato il legislatore del 1942, e, dall'altro, grazie al dibattito dottrinale che, durante il triennio dei lavori della riforma, accompagnò l'elaborazione dei vari progetti che, in materia, si susseguirono e condizionò le scelte normative definitivamente accolte nel codice civile.

Dopo aver sommariamente indicato le ragioni socio-economiche e/o tecniche che hanno condotto ad una nuova formulazione dei contenuti del diritto di proprietà, resta da dire delle ragioni di natura ideologica che in questo mutamento hanno certamente giocato un ruolo non secondario.

In questa prospettiva, il discorso si fa più semplice e più difficile insieme. Più semplice perché i contenuti delle scelte ideologiche del legislatore del 1942 (riguardanti il nuovo ruolo dello stato nella società e, conseguentemente, il nuovo tipo di rapporto che si sarebbe dovuto instaurare tra stato e cittadino) sono, tra l'altro, direttamente esplicitati nella stessa Relazione al codice civile; più difficile perché in sede di dibattito dottrinale, tranne alcuni scritti nei quali gli aspetti tecnici affrontati, scopertamente apparivano l'occasione — quando non l'alibi — per una professione di fede politica, elementi ideologici ed elementi tecnici hanno spesso finito involontariamente (ma a volte necessariamente, dato il particolare rilievo che ogni riflessione intorno alla proprietà ha su entrambi i versanti) per fondersi e confondersi, cosicché non è sempre agevole indicare dove gli uni finiscano e comincino gli altri.

Per il fascismo, lo stato, sono le *gentiliane* parole dello stesso Mussolini, «è un assoluto, davanti al quale individui e gruppi sono il relativo. Individui e gruppi sono *pensabili* in quanto siano nello stato. Lo stato liberale non dirige il giuoco e lo sviluppo materiale e spirituale della collettività, ma si limita a registrare i risultati; lo stato fascista ha una sua consapevolezza, una sua volontà; per questo si

chiama *etico*» (20). Dunque «è lo stato che trascendendo il limite breve delle vite individuali rappresenta la coscienza immanente della nazione» (21).

Questa dottrina, fu notato (22), si opponeva «a due posizioni tradizionali del pensiero politico, il giusnaturalismo liberale e il socialismo» (23); e tuttavia «da questi rileva i motivi non perituri e li trasvaluta» (24), perché soprattutto il giusnaturalismo, da cui sarebbero derivate le tendenze più *esasperate* del pensiero liberale, finisce per «presupporre l'individuo e i suoi diritti allo stato e fare di questo il custode di quelli, e nulla più. Contro di essi il fascismo giustamente afferma l'individuo concreto e storico, essere sociale, anzi statuale, lo stato realtà insopprimibile degl'individui associati, epperò nega esservi diritti fuori dello stato, che lo stato non configuri e renda efficienti ai fini di una vita non atomisticamente, bensì unitariamente e organicamente intesa... se l'individuo fuori dello stato è una chimera, lo stato non ha senso che per l'individuo. Si comprende quindi il superiore equilibrio della concezione fascista, che alfine compone speculativamente il dualismo di individuo e stato» (25).

L'antividualismo delle concezioni fasciste è anche alla base della centralità che in esse finiscono per assumere quei corpi sociali

(20) B. MUSSOLINI, *Fascismo*, in *Enc. italiana*, Roma, 1949, XIV, p. 850 (ristampa integrale fotolitica della precedente edizione apparsa tra il 1929 e il 1936).

(21) ID., *o.c.*, *loco cit.*

(22) F. BATTAGLIA, *Stato (concezione fascista dello stato)*, in *Enc. italiana*, Roma, 1950, XXXII, pp. 617-619 (ristampa integrale fotolitica della precedente edizione apparsa tra il 1929 e il 1936).

(23) ID., *o.c.*, p. 617.

(24) ID., *o.c.*, *loco cit.*

(25) ID., *o.c.* p. 618. Sulle concezioni giuridiche del fascismo, si cfr., per eventuali, ulteriori approfondimenti i molti scritti contenuti nel volume (*Studi sui principî generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa 1943) che raccoglie gli atti del Convegno, organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza e dalla Scuola di perfezionamento nelle discipline corporative dell'Università di Pisa, nel maggio 1940. Ed inoltre il volume di Sergio PANUNZIO, *Il fondamento giuridico del fascismo*, Roma, 1987, nel quale sono ordinati gli scritti più significativi dello studioso, scomparso nel primo dopoguerra. Spunti di notevole interesse anche in P. UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia, 1963, pp. 43 e seg. (in particolare).

intermedi, che fanno quasi da raccordo tra il singolo e lo stato, e dunque le corporazioni.

Il nuovo rapporto tra individuo e stato finisce fatalmente per dover passare tramite tali corpi sociali, che vengono così a costituire l'asse portante dell'organizzazione della società nazionale.

Ad analoghi principî si ispirò evidentemente la Relazione al codice civile, quando nel disegnare il quadro ideologico all'interno del quale la riforma dei codici s'era mossa, sottolinea come soltanto le ideologie giusnaturalistiche, che avevano ispirato la rivoluzione francese « pretesero di staccare l'individuo dall'organismo sociale nel quale egli vive e opera. Esse fecero dell'interesse privato e dell'interesse pubblico due campi diversi e opposti, spesso inconciliabili tra loro, e parlarono di diritti individuali naturali, anteriori allo Stato, dimenticando il carattere eminentemente sociale del diritto. Non vi è diritto che non sia attribuito al singolo con finalità sociali, e la tutela che la legge appresta all'interesse del singolo non è tutela di un interesse egoistico, ma tutela diretta o indiretta dell'interesse nazionale » (n. 6). Per questo il nuovo codice civile intende contrapporre « alla figura del *citoyen* della rivoluzione francese quella concreta ed emergente del *produttore*, della persona che partecipa attivamente con la propria azione individuale all'azione comune di sempre maggior aumento della potenza e del benessere della Nazione, che è la potenza e il benessere di tutti. Ciò che determina la posizione giuridica della persona è la posizione che essa assume nella vita pubblica ed economica della... ..comunità nazionale giuridicamente organizzata per fini superiori agli interessi dei singoli » (n. 11).

Nel campo specifico delle attività economiche (che è quello che qui più direttamente interessa) « la posizione che tutti coloro i quali partecipano alla produzione nazionale assumono nella organizzazione corporativa dello Stato importa per ciascuno particolari doveri e particolari obblighi in ordine alla produzione; questa non va infatti considerata come interesse esclusivamente individuale, ma come fonte di utilità generale. La disciplina corporativa si riflette in tutti i campi della vita sociale ed esige stretti vincoli di collaborazione e di solidarietà fra tutti coloro che sono partecipi alla vita comune per il raggiungimento dell'interesse generale » (n. 10).

Queste premesse debbono essere integrate non soltanto da un, sia pur rapido, esame degli aspetti più significativi di quella marcia di avvicinamento (alle soluzioni definitivamente adottate negli artt. 811, 832, 838 c.c.) che è documentata dalle varianti e modificazioni che la materia subì nei progetti del libro della proprietà che si susseguirono tra il 1939 e l'approvazione del testo definitivo; ma anche dall'esame di, almeno alcuni, tra i molti e importanti scritti sull'argomento, che animarono il dibattito dottrinale e che accompagnarono e scandirono il progredire dei lavori di riforma, finendo per costituire, di questi, un indispensabile, quanto autorevole, contrappunto critico.

Per quanto riguarda la proprietà, un esplicito riferimento alla funzione sociale, compariva, nell'art. 18 del progetto della Commissione Reale del 1937, nella formula «La proprietà è il diritto di godere e disporre della cosa in modo esclusivo, in conformità della funzione sociale del diritto stesso».

Il proprietario deve inoltre osservare i limiti imposti dalle leggi e dai regolamenti e i diritti spettanti ai terzi sulla medesima cosa ».

C'è da notare che, rispetto alla formulazione definitiva, adottata per il vigente art. 832 c.c., se in essa viene soppresso il riferimento alla funzione sociale, verrà invece inserito, al posto del dovere di «osservare i limiti imposti dalle leggi e dai regolamenti», il principio per cui l'esercizio della proprietà deve realizzarsi «entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento». In buona sostanza, l'art. 832 c.c., pone (esplicitamente come s'è in precedenza segnalato), al proprietario, non più soltanto il dovere di comportamenti *negativi* (costituiti dal non superamento dei limiti imposti dall'ordinamento), ma impone *in positivo* l'adempimento appunto degli specifici obblighi che l'ordinamento porrà a suo carico; questi ultimi, nella formula del citato art. 18 della Commissione Reale, non erano necessariamente impliciti nel riferimento alla funzione sociale di cui si fa menzione al primo comma (ma sul punto cfr. *infra*). C'è da notare che, nel 1940, in sede di Commissione delle Assemblee Legislative chiamate a dare il loro parere, veniva proposta, dell'art. 18, la seguente riformulazione: «La proprietà è il diritto di godere

e disporre dei beni in modo esclusivo, in conformità dell'ordinamento giuridico dello Stato» (26).

(26) La scomparsa del riferimento alla *funzione sociale*, dalla indicazione normativa dell'istituto della proprietà, fu, presumibilmente opera di Filippo Vassalli che la definì, giustamente « superflua » e che, casomai, avrebbe preferito la formulazione (cui sembra ispirarsi quella adottata, nel 1940, dalle Assemblee legislative, alla quale nel testo abbiamo fatto riferimento) proposta, nel 1938, da una commissione di giuristi italiani e tedeschi, nei termini seguenti « *Il proprietario può usare pienamente della cosa e disporre sotto la sua responsabilità, in armonia con gli interessi della comunità, quali risultano dall'ordinamento nazionale dell'economia e del lavoro* ». (Cfr. F. VASSALLI, *Per una definizione legislativa di proprietà*, in *La concessione fascista della proprietà privata*, Roma, 1939, pp. 101 e seg. Dello stesso avviso fu Mario Allara, il quale commentando l'art. 18 del Progetto della Commissione Reale del 1937, definiva non necessario il riferimento alla funzione sociale, contenuto nella definizione della proprietà ed anzi considerava « la suddetta formula, piuttosto vaga e generica ». Così, M. ALLARA, *Della proprietà*, in *Osservazioni sul progetto preliminare del secondo libro del codice civile*, pubblicate nelle *Memorie dell'Istituto giuridico della R. Università di Torino*, Torino, 1938, pp. 46-47). Contrario, ma, a nostro modo di vedere, permeato da una buona dose di ambiguità (perché ci è difficile pensare che talune affermazioni siano del tutto sincere e preferiremmo invece immaginare che, al di là delle apparenze, scorra in esse anche una sottile vena di provocatoria e dissacrante ironia) è l'avviso di Ludovico Barassi forse in bilico tra le regioni « private » del proprietario e quelle « generali » dello stato (cfr. L. BARASSI, *Il diritto di proprietà e la funzione sociale*, in *La concezione fascista*, cit., pp. 185 e seg.), il quale, premesso che « niente è più in armonia con l'interesse nazionale che il riconoscimento e la tutela... di una funzione sociale della proprietà » (p. 246), precisava come: « la virtù propulsiva della proprietà, dal punto di vista e dei fini dello Stato e della solidarietà nazionale, presuppone essenzialmente la signoria del proprietario: si intende permeato di fede fascista » (pp. 246-247). In questo senso, « la *funzione sociale* deve per quanto è possibile rispettare la, sia pur relativa, signoria del proprietario: che è la vera molla (alla luce di una sana coscienza corporativa) per il raggiungimento delle alte mete » (p. 247).

A conclusioni non diverse sembra pervenire anche Enrico Finzi, quando afferma: « *Il sistema del diritto privato tende a dissolversi; ma soltanto per ricomporsi sopra altra base...* i rapporti sono capovolti: *non più i beni in funzione del soggetto: ma questo in funzione di quelli*: poiché [il corsivo che segue è nostro] *l'iniziativa privata nel campo della produzione è lo strumento più efficace e più utile nell'interesse della Nazione* — così mirabilmente la Carta del Lavoro — *la proprietà rimane come fondamento del regime patrimoniale. Ma una proprietà trasformata, una proprietà non più espressione di egoismo individuale, bensì, invece, alta e benefica funzione sociale* » (così E. FINZI, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, in *Atti del primo Congresso nazionale di diritto agrario* (Firenze 21-23 ottobre 1935), Firenze, 1935, p. 160. Sul punto cfr. le considerazioni di Gustav RADBRUCH, *Vom individualistischen Recht zum sozialen Recht*, ora in *Der Mensch im Recht*, Göttingen, 1957, p. 40, circa la differenza tra un ordinamento giuridico statale fondato su basi liberal-individualistiche e quello fondato su basi sociali.

Più interessante è segnalare come, in un progetto del 1940, nell'art. 1 si introduce una nuova distinzione rispetto ai beni. In esso, infatti, si stabiliva che « i beni si distinguono in beni che interessano la produzione nazionale e beni che servono soltanto all'uso o al consumo individuale ». Comincia, così, a delinearsi quella nuova (rispetto alla distinzione, tra beni mobili ed immobili, consolidata in una secolare tradizione) distinzione tra beni, che verrà definitivamente sancita, nell'art. 811 c.c. Commentando la *novità* di quest'ultimo articolo, la Relazione al c.c., che chiaramente si ispira all'art. 1 del progetto del 1940, è inequivocabile: « il criterio di distinzione che emerge dall'art. 811 è quello di beni che interessano la produzione nazionale e beni che servono all'uso o al godimento individuale. È rispetto ai primi che si esplica la disciplina caratteristica dell'ordinamento corporativo: la loro importanza nella conservazione e nell'accrescimento delle energie economiche della Nazione importa non soltanto maggiori limitazioni dell'autonomia privata, ma obblighi di carattere positivo, conforme all'interesse della collettività, con cui quello individuale deve coordinarsi » (n. 386). Sempre nel progetto del 1940, all'art. 25 si affermava che « Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno

Tale differenza non appare tuttavia scontata, come dimostrò la celebre polemica tra Croce ed Einaudi (sul punto, di Benedetto Croce, cfr. lo scritto *Le fedi religiose opposte* e, di Luigi Einaudi, lo scritto *Liberismo e liberalismo* ora in B. CROCE - L. EINAUDI, *Liberismo e liberalismo* a cura di P. Solari, Milano-Napoli, 1957, pp. 30 e seg. e pp. 121 e seg., in particolare); per il primo, l'idea di liberalismo non coincide, come per Luigi Einaudi, con il liberismo economico.

Per Benedetto Croce, infatti, il liberalismo non « può rifiutare in principio la socializzazione o statificazione di questi e quei mezzi di produzione, né l'ha poi sempre rifiutata nel fatto, che è anzi ha compiuto non poche opere di tal sorta; e solamente esso la critica e la contrasta in casi dati e particolari, quando è da ritenere che arresti o deprima la produzione della ricchezza e giunga al contrario effetto, non di un eguale miglioramento economico dei componenti di una società, ma di un impoverimento complessivo, che spesso non è neppure eguale, non di un accrescimento di libertà nel mondo, ma di una diminuzione e di un'oppressione che è imbarbarimento o decadenza » (così B. CROCE, *o.c.*, p. 42).

Per Luigi Einaudi, invece, « la concezione storica del liberismo economico dice che la libertà non è capace di vivere in una società economica nella quale non esista una varia e ricca fioritura di vite umane vive per virtù propria, indipendenti le une dalle altre, non serve di un'unica volontà... lo spirito, se è libero, crea una economia varia » (così, L. EINAUDI, *o.c.*, p. 130).

ed esclusivo, entro i limiti stabiliti dalla legge e in conformità dei principî della Carta del Lavoro».

Due brevi notazioni sembrano doversi porre: innanzitutto, nella formula «in conformità dei principî della Carta del Lavoro», comincia a prendere più specificamente corpo l'idea di quei comportamenti *in positivo* che gravano sul proprietario, che, con il riferimento agli *obblighi*, emergeranno definitivamente nel vigente art. 832 c.c., in secondo luogo, si è scelto, conseguentemente (a nostro giudizio), di non far più riferimento alla *proprietà*, ma al *proprietario*; *quasi* a voler sottolineare il ruolo fondamentale che, nell'ordinamento corporativo, il proprietario veniva chiamato *positivamente*, e in prima persona, a svolgere nella produzione nazionale.

Sempre nel citato progetto del 1940, a ribadire e più esplicitamente precisare quanto affermato negli artt. 1 e 25, l'art. 26 stabiliva che «Rispetto ai beni che interessano la produzione nazionale il proprietario deve conformarsi agli obblighi che derivano dall'ordinamento corporativo». In tal modo, il riferimento agli obblighi, implicito nell'art. 25 (e che troverà definitiva affermazione nell'art. 832 c.c.), si fa qui esplicito. Ma questo progetto del 1940 contiene un altro importante articolo (l'art. 29 significativamente intitolato «*Espropriazione di beni interessanti la produzione nazionale e di altri beni di prevalente interesse pubblico*»), nel quale si dispone che «Ferme le diverse disposizioni delle leggi penali e di polizia, nonché le norme dell'ordinamento corporativo e le disposizioni particolari concernenti beni determinati, può farsi luogo all'espropriazione da parte dell'autorità pubblica di beni che interessano la produzione nazionale, quando il proprietario ne abbandoni o ne trascuri la conservazione, la coltivazione o l'esercizio, per modo da nuocere alle esigenze della produzione stessa.

Può farsi parimenti luogo all'espropriazione quando il deperimento dei beni abbia per effetto di nuocere al decoro delle città o alle ragioni dell'arte, della storia o della sanità pubblica. È dovuta un'indennità, la quale è determinata coi criteri fissati dalla legge sull'espropriazione».

Questo articolo anticipa, utilizzando, nel dettarne una disciplina, una quasi identica formulazione, i principî, che poi saranno espressi nell'art. 838 c.c..

Ma un altro progetto del libro della proprietà (sempre del 1940 e probabilmente successivo a quello di cui s'è fatto in precedenza menzione, perché più simile, nella sua struttura, al testo definitivo, poi accolto nel codice civile), presenta un notevole interesse.

L'art. 1 corrisponde esattamente al vigente art. 810 c.c.; l'art. 2 corrisponde, con qualche lievissima differenza di forma, all'art. 811 c.c. (27). L'art. 25 riproduce, senza variazioni, il contenuto del corrispondente articolo del progetto precedentemente esaminato.

La novità è invece costituita dall'art. 32 che sostituisce il precedente art. 29. L'art. 32, intitolato «*Temporanea gestione ed espropriazione di beni che interessano la produzione nazionale e di altri beni di prevalente interesse pubblico*», stabiliva che «Fermo le disposizioni delle leggi penali e di polizia, nonché le norme dell'ordinamento corporativo e le disposizioni particolari concernenti beni determinati, quando il proprietario abbandona o trascura la conservazione, la coltivazione o l'esercizio di beni che interessano la produzione nazionale, per modo da nuocere gravemente alle esigenze della produzione stessa, la gestione temporanea dei beni può essere affidata a persona o ente idoneo, con o senza cauzione.

Lo stesso ha luogo se il deperimento dei beni ha per effetto di nuocere gravemente al decoro delle città o alle ragioni dell'arte, della storia o della sanità pubblica.

Il provvedimento è adottato dall'autorità giudiziaria, in camera di consiglio, su richiesta del pubblico ministero o delle organizzazioni sindacali.

Nei casi in cui il provvedimento non è corrispondente allo scopo, l'autorità amministrativa può far luogo all'espropriazione, contro il pagamento della dovuta indennità».

Dunque l'art. 32 fa precedere l'ipotesi dell'esproprio *punitivo* (che era la sola disciplinata nell'art. 29 del precedente progetto del 1940 e che è la sola ad essere mantenuta nell'art. 838 c.c.), da un'altra forma d'intervento *punitivo: quella*, appunto, della *sostituzione* temporanea del proprietario nella gestione dei beni, attraverso cui, pur mantenendo ad esso la titolarità del diritto, gli si sottrae la *gestione*. Questa nuova forma d'intervento *punitivo*, consistente

(27) L'art. 2 affermava che «I beni si distinguono in beni che interessano la produzione nazionale e beni che servono all'uso o al godimento individuale».

nella sostituzione del proprietario, appunto, nella *gestione* dei propri beni, non casualmente ricorda quella che l'art. 2091 c.c. disciplinava, nei confronti dell'imprenditore.

La «marcia di avvicinamento» tra l'idea di *proprietario-produttore* e quella di *imprenditore* sembra dunque rapidamente realizzarsi; e lo stesso ricorso che l'art. 32 fa ad una terminologia tipicamente *imprenditoriale* (la *gestione*), con riferimento *anche* ad un istituto (quello della proprietà), rispetto al quale le modalità di esercizio, che la tradizione aveva tramandato, erano quelle del *godimento* e della *disponibilità*, sembra voler sottolineare una nuova modalità di utilizzazione del bene e dunque una nuova dimensione del ruolo di quel (particolare) proprietario, che fosse titolare di beni rilevanti per la produzione nazionale.

5. Si è detto che la dottrina ha scandito i lavori della riforma con scritti, pareri, osservazioni.

Delle opinioni del Vassalli, dell'Allara e, sia pure indirettamente, del Barassi si è già fatto breve cenno ⁽²⁸⁾; varrà la pena ricordarne anche alcune altre che ci sembrano particolarmente significative.

Per dar ordine ad una materia così complessa, inizieremo segnalando talune eminenti prese di posizione della dottrina che riguardano il tema generale della proprietà e il suo ruolo nella società, cui il sistema dirigitico e corporativo stava dando una nuova fisionomia; in sostanza si tratta del *nuovo* rapporto che si stava instaurando tra cittadino e stato e, dunque, del superamento di quell'individualismo di cui sembrò permeato il cod. civ. del 1865 e del quale l'istituto della proprietà rappresentava, almeno (ma non solo) sotto il profilo economico, la manifestazione più esemplare.

Al progetto della Commissione Reale del 1937 si accompagnava una Relazione, per così dire, non «anonima» (come di solito accade), ma nominativamente affidata, per i singoli istituti, agli autori che avevano partecipato alla stesura del testo del progetto. Toccò a Roberto De Ruggiero, commentare quell'art. 18, nel quale, come abbiamo visto, *fugacemente* comparve, con riguardo alla defi-

⁽²⁸⁾ Cfr. nota 26.

nizione di proprietà, il riferimento alla *funzione sociale*. Scrive in proposito De Ruggiero che il diritto di proprietà, «pur essendo esclusivo in potenza, deve anch'esso sottostare a quelle limitazioni che derivano dalle necessità della convivenza sociale, ed anzi, quanto più il concetto di solidarietà sociale si sviluppa, tanto maggiori sono le restrizioni e i vincoli a cui, nell'interesse generale e per la utilizzazione sociale della ricchezza, la proprietà va sottoposta. Ogni nuova restrizione imposta alla proprietà per il bene pubblico non sembra neppure un sacrificio dell'interessato, ma una rivendicazione del diritto della collettività» (29).

Nel pensiero di De Ruggiero, il significato e la portata della formula *funzione sociale* sembrano ancora legati alla tradizionale idea di limite *negativo*, per il quale il contenuto della proprietà si sarebbe potuto estendere o restringere; ma nell'ambito di questi più estesi o ristretti confini, non sarebbe venuta meno la natura *privata dell'istituto*. In sostanza, non sembra ancora emergere, a carico del proprietario, la necessità di porre in essere, *in positivo*, comportamenti che consentano l'adempimento degli obblighi di cui, secondo la formula del vigente art. 832 c.c., avrebbe dovuto farsi carico. Ciò, del resto, in conformità del tenore dell'art. 18 del progetto che De Ruggiero annota.

Per Francesco Ferrara *senior*, una pagina di cultura sembra essersi definitivamente chiusa a seguito dell'affermarsi delle concezioni che in materia di proprietà si andavano diffondendo. Con l'idea di proprietà, come *dovere sociale*, alla concezione per cui «lo Stato aveva la *sovranità*, l'uomo, la *proprietà*: ognuno aveva un *dominio proprio*, e queste sfere erano indipendenti e intangibili» (30), deve subentrare l'idea (conforme per altro agli indirizzi ideologici che si andavano affermando), che l'individuo non è più *centro del mondo* (31), che ha al suo servizio tutte le altre istituzioni, «umili cooperatrici al suo benessere» (32). Lo Stato non ignora più

(29) Così R. DE RUGGIERO, *Della proprietà*, in *Codice civile secondo libro - Cose e Diritti reali - Progetto e Relazione*, Roma, 1937, p. 17 della Relazione al Progetto.

(30) F. FERRARA *senior*, *La proprietà come «dovere sociale»*, in *La concezione fascista* cit. p. 281.

(31) ID., *o.c.*, *loco cit.*

(32) ID., *o.c.*, *loco cit.*

gli individui, *estraniandosi* dai loro interessi; ma come espressione della «stessa società giuridicamente organizzata»⁽³³⁾, coinvolge, nella grande organizzazione che rappresenta, gli individui che, di questa, altro non sono che «cellule»⁽³⁴⁾.

In questa prospettiva, il diritto di proprietà, *pur degno del massimo rispetto*⁽³⁵⁾, non può più essere «semplicemente un valore morto suscettibile di solo godimento, da parte di chi l'ha, ma una fonte sempre viva e perenne d'ulteriore produzione, e perciò deve perpetuare questa sua destinazione nell'interesse di tutti»⁽³⁶⁾.

L'idea del proprietario *produttore* e, in quanto tale, «funzionario» (sempre nel presupposto, s'intende, che sia titolare di beni rilevanti per la produzione nazionale) si afferma nel pensiero del Ferrara, negli stessi termini nei quali sarà accolta, nel codice civile, dal legislatore del 1942; e con essa, fatalmente si consolida quell'avvicinamento tra impresa e proprietà, che abbiamo avuto modo di mettere reiteratamente in luce.

E proprio in siffatta prospettiva, particolarmente significativo appare il pensiero di Lorenzo Mossa. L'illustre studioso, dopo aver chiarito che l'impresa «è qualunque attività economica organizzata e durevole nell'interesse personale e generale. La proprietà è il diritto sull'impresa agraria, così come è diritto sull'impresa commerciale»⁽³⁷⁾, chiarisce come «l'esercizio del diritto di proprietà sul

⁽³³⁾ ID., *o.c.*, *loco cit.*

⁽³⁴⁾ ID., *o.c.*, *loco cit.*

⁽³⁵⁾ ID., *o.c.*, p. 286.

⁽³⁶⁾ ID., *o.c.*, p. 287.

⁽³⁷⁾ L. MOSSA, *Trasformazione dogmatica e positiva della proprietà privata*, in *La concezione fascista* cit., p. 267. Questa prospettiva sarà ripresa, qualche anno più tardi da Santi ROMANO (*A proposito dell'impresa e dell'azienda agricola*, ora in *Scritti minori*, Milano, 1950, II, p. 358) che sottolineava come «esercitare il diritto di proprietà sul fondo attrezzato, secondo la sua normale destinazione, praticamente equivale ad esercitare l'impresa agricola». Idee non dissimili aveva già espresso E. FINZI, *Diritto di proprietà* cit., pp. 170-172. E, sempre in questo senso, Gian Gastone Bolla parlerà di *proprietà imprenditrice* (cfr. G.G. BOLLA, *Agricoltura*, in *Nuovo Dig. It.*, I, Torino, 1937, p. 278). Più tardi, sarà giustamente ribadito il diverso ruolo del bene, quando è *oggetto* di proprietà e quando è, invece, *strumento* di una condotta (così, N. IRTI, *Proprietà e impresa*, Napoli, 1965, p. 50).

Anche in tempi recenti, e con riguardo al sistema introdotto dalla Costituzione repubblicana, si è affermata questa idea di una tendenziale coincidenza tra proprietà

bene a utilità sociale esige costantemente l'esistenza di un'impresa. L'utilità sociale si consegue, necessariamente, con una attività economica organizzata »⁽³⁸⁾. Il cerchio sembra dunque chiudersi. Nella proprietà produttiva è difficile che si verifichi « la completa separazione fisica tra la persona del proprietario e la persona dell'impre-

produttiva (collegata all'elemento del lavoro) e impresa. E come è ovvio, proprio l'agricoltura, della fondatezza di tale idea, ha saputo offrire riscontri particolarmente significativi.

Infatti, è proprio in agricoltura che si può constatare come la proprietà produttiva « significa elemento statico (proprietà) tramutato in fonte di produzione per l'impulso di una forza specifica, che è (e non può non esser altro che) il lavoro. *Proprietà-lavoro* così diventa un binomio, una sintesi indissolubile » (così S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà* cit., p. 271). Ma sul punto cfr. anche G. CARRARA - E. ROMAGNOLI, *Impresa agraria*, in *Novissimo Dig. It.*, VIII, Torino, 1962, pp. 363-365).

Ed ancora: è stato scritto come « la proprietà privata dei beni produttivi, e specialmente della terra... riconosciuta e garantita dalla Costituzione, è la proprietà attiva... In tal senso va intesa l'affermazione che la proprietà della terra coincide con l'impresa o, quanto meno, tende a coincidere con l'impresa » (così, F. SANTORO - PASSARELLI, *Proprietà e lavoro in agricoltura*, ora in *Saggi di diritto civile*, II, Napoli, 1961, pp. 862-853). Infatti, la proprietà di un bene produttivo « non può non essere attiva, perché la produzione, anche dove è naturale come per la terra, esige l'opera dell'uomo » (ID., *o.c.* p. 863). Insomma, « la proprietà fondiaria-agraria in quanto proprietà-lavoro vive nell'impresa il suo dinamismo e realizza il diritto-dovere del *dominus* ad una gestione ed amministrazione dell'unità produttiva diretta o indiretta » (così G. BOLLA, *Diritto agrario*, in *Enc. del dir.*, XII, Milano, 1964, p. 853).

Questa stessa idea è stata, nella sostanza, ribadita da Michele Giorgianni, che sottolinea come una serie complessa di operazioni, in cui si manifestano le attività agricole non costituiscono « esercizio della *proprietà* del fondo (o degli altri diritti di godimento), ma esercizio dell'*impresa* agricola » (così, M. GIORGIANNI, *Il diritto agrario. Tra passato e avvenire*, ora in *Scritti minori*, Napoli, 1988, p. 582). In questo senso, già spunti in L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, pp. 260 e seg. Ribadendo, sostanzialmente, un siffatto orientamento, è stata sottolineata l'esistenza di « una correlazione tra la situazione soggettiva proprietà e la libera iniziativa economica » (così P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della « proprietà »*, Napoli, 1971, p. 45; cfr., inoltre, pp. 51-52); e dunque, « proprietà ed impresa non costituiscono più, come ancora univocamente si afferma, due aspetti intrinsecamente collegati dello sfruttamento del fondo rustico ad opera del privato appunto perché l'utilizzazione agricola, che sembra assumere nel dato normativo una connotazione oggettiva del bene, si qualifica come attività organizzativa dei fattori di produzione » (così, C. LAZZARA, *Impresa agricola - Disposizioni generali*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma 1980, p. 26; più in generale cfr. anche N. IRTI, *o.c. loco cit.*).

⁽³⁸⁾ L. MOSSA, *o.c.*, p. 270.

ditore»⁽³⁹⁾; in casi del genere «la separazione fra proprietà e impresa è arrivata agli estremi»⁽⁴⁰⁾.

Una posizione singolare e sconcertante che merita qualche considerazione a parte è quella che assunse Emilio Betti, il quale a commento dell'art. 18 del progetto della Commissione Reale del 1937, notava come a considerare la *funzione sociale*, in esso richiamata, non come *ratio iuris*, ma come *l'estremo d'applicazione* della tutela giuridica, si finirebbe per portare l'istituto fuori dal campo del diritto privato⁽⁴¹⁾. Intesa in questo senso, la funzione sociale non segnerebbe più «un limite esterno alla sfera del diritto, ma un limite interno inerente alla sua intima struttura. La proprietà verrebbe giuridicamente riconosciuta solo in quanto esercitata in conformità della sua funzione sociale: il che implicherebbe che il diritto dovrebbe essere esercitato non nell'interesse individuale del proprietario, ma nell'interesse sociale, o almeno nell'interesse individuale solo quando collimi con l'interesse sociale: sicché ogni atto di amministrazione e di disposizione potrebbe essere sottoposto a controllo e ravvisato non conforme alla funzione sociale della proprietà... In tal modo non si degraderebbe soltanto ma si sopprimerebbe la proprietà privata. Vuole questo il fascismo? No certamente. Ciò che il fascismo vuole, non è di fare giuridicamente della proprietà un istituto di dir. pubblico, del proprietario un funzionario dello Stato. Vuole soltanto che la proprietà e l'interesse privato, di

⁽³⁹⁾ W. CESARINI SFORZA, *Proprietà e impresa*, in *La concezione fascista* cit., p. 374.

⁽⁴⁰⁾ ID., *o.c.*, loco cit. Pochi anni dopo, l'illustre scrittore avrà modo di ribadire e chiarire la sua posizione, respingendo le tesi funzionalizzatrici, in materia di proprietà e sottolineando come «il diritto di proprietà può dunque essere soppresso, ma non *socializzato* o *sprivatizzato* col pretendere che serva a bisogni e interessi collettivi o pubblici: questi bisogni e interessi non sono affar suo. Al quale riguardo bisogna tener per fermo che nessuna alterazione in senso *sociale* quel diritto subisce per effetto dei *limiti* cui è sottoposto, siano di diritto pubblico o di diritto privato, oppure servitù legali» (così W. CESARINI - SFORZA, *Proprietà e produzione nell'impresa agricola*, in *Riv. dir. agr.*, 1942, p. 141). Dunque «non la proprietà è *funzione* e il proprietario è *funzionario*, ma queste qualifiche sono rispettivamente applicabili all'impresa e all'imprenditore... Quel che si può concepire *socialmente*, cioè con riferimento a interessi sociali e pubblici che sfuggono alla valutazione soggettiva o individuale, non è la proprietà, bensì l'impresa» (ID., *o.c.*, p. 150).

⁽⁴¹⁾ Così E. BETTI, *Il quarto libro nel quadro del progetto del codice civile*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, IV, p. 45.

cui è giudice sovrano il singolo finché sia riconosciuta una libertà e un'autonomia privata, cedano sempre quando sia in giuoco un interesse pubblico » (42). Come movimento post-liberale, il fascismo « presuppone il liberalismo del risorgimento (quindi anche la rivoluzione francese) e ne accoglie certi postulati fondamentali come il riconoscimento della proprietà privata (e della sua trasmissibilità) quale garanzia dell'autonomia privata e della libertà individuale, e il riconoscimento della dignità umana nella sua varia capacità creatrice in ogni ordine e categoria sociale » (43); in questa prospettiva, il fascismo « tiene saldo nell'ordinamento corporativo il principio dell'iniziativa individuale, molla dello sviluppo economico, frenata e inquadrata nelle esigenze della solidarietà sociale » (44).

Una concezione, questa del Betti, a ben vedere non lontana da quella assunta dal De Ruggiero, nella relazione al progetto della Commissione Reale; dunque tutto sommato moderata, nella quale il proprietario resta titolare di un interesse essenzialmente ancora privato e non si trasforma in *funzionario*. A circa un anno di distanza, Emilio Betti pubblicava un importante scritto, nel quale, ritornando sul tema della proprietà, esprimeva una opinione sostanzialmente diversa, se non opposta, a quella precedentemente espressa.

Scriva il Betti che la concezione fascista, delineata nella dichiarazione VII della Carta del Lavoro (di cui riproduce quasi testualmente il contenuto) « considera l'iniziativa privata come lo strumento più efficace e più utile dell'interesse della nazione, ed afferma che la organizzazione privata della produzione, essendo funzione d'interesse nazionale rende l'imprenditore responsabile della produzione di fronte allo Stato » (45). I riflessi della dichiarazione VII sulla proprietà, fanno sì che nella disciplina dell'istituto « coerente alla concezione fascista, interesse privato e interesse pubblico sono legati da un vincolo indissolubile cui è conferita la massima efficienza. I

(42) ID., *o.c.*, *loco cit.*

(43) ID., *o.c.*, p. 47.

(44) ID., *o.c.*, p. 48.

(45) ID., *Per la riforma del codice civile in materia patrimoniale (fasi di elaborazione e mete da raggiungere)*, in *Rendiconti del Reale Istituto lombardo di scienze e lettere*, Vol. LXXIV, Fasc. II, 1940-1941, p. 318.

mezzi tecnici più idonei ad attuare la funzione sociale della proprietà consistono, ora, in limiti e servitù di diritto pubblico che ne circoscrivono o riducono la libera estrinsecazione, ora, invece, in oneri e obblighi che, stimolando l'esercizio del diritto di proprietà con la prospettiva di vantaggi e di sanzioni (massima l'espropriazione), utilizzano l'interesse privato del proprietario come strumento attivo a servizio di un interesse pubblico» (46). Più in generale «la concezione fascista è portata a ravvisare contenuto, misura e limite del diritto soggettivo dei singoli in un interesse socialmente apprezzabile, e a non riconoscere l'autonomia privata se non in quanto rivolta ad una funzione socialmente utile» (47).

L'idea del privato ridotto, nella concezione fascista, a rango di funzionario, che Betti aveva precedentemente negata nel nome della matrice (pur sempre) liberale, delle concezioni fasciste, sembra riproporsi in quest'ultimo scritto, con chiarezza. Sembrano così cadere nel nome di uno Stato, che ogni iniziativa, e dunque ogni libertà, è destinato a controllare e ad assorbire, quelle ultime «ragioni» dell'individuo, che nel precedente saggio Emilio Betti sembrava voler ancora considerare e difendere.

Su queste ultime posizioni sostanzialmente si ritrova, tra gli altri, anche Carlo Majorca che sottolineava come, risultando la tutela degli interessi particolari mero riflesso della tutela degli interessi superiori, le nuove concezioni finivano per disperdere «il concetto tradizionale del diritto privato e soprattutto il senso della distinzione dal diritto pubblico» (48).

In sostanza, comincia a prendere corpo quel fenomeno che Friedrich August von Hayek definisce della trasformazione «delle regole di mera condotta che prescindono da uno scopo (o regole di diritto privato) in regole di organizzazione guidate da uno scopo (o regole di diritto pubblico)» (49).

Queste *nuove* idee, in materia di autonomia privata e di pro-

(46) ID., *o. ult. cit.* p. 319.

(47) ID., *o.c. loco ult. cit.*

(48) Così, C. MAJORCA, *La terra*, in *Atti del Secondo Congresso Nazionale di diritto agrario* (Mussolinia - Cagliari - Sassari 16-19 Ottobre 1938 - XVI), Roma, 1939, pp. 175-176 (in particolare).

(49) Così, F.A. von HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, Milano, 1986, p. 177.

prietà, sembrano consolidarsi nella dottrina (soprattutto in quella più sensibile agli orientamenti e alle direttive del potere politico). Così, Sergio Panunzio, in una proposta di articolato, in materia di principî generali del diritto fascista, scriveva, all'art. 12 «La proprietà è il diritto di godere e di disporre della cosa in modo pieno ed esclusivo. Esso si esercita facendo servire la cosa su cui cade alla produzione nazionale, nei limiti e in conformità dell'ordinamento giuridico. La proprietà in senso statico è l'appartenenza della cosa al soggetto; in senso dinamico, come espressione ed esercizio della personalità, essa è attività, ossia lavoro e impresa»⁽⁵⁰⁾. Carlo Alberto Biggini, in un suo articolato, all'art. 58, secondo comma, specificava come «In ogni caso, nell'esercizio del proprio diritto il proprietario deve subordinare i propri interessi particolari alle esigenze superiori della collettività, in conformità ai principî della solidarietà corporativa»⁽⁵¹⁾. Intervenendo, ancora una volta, in tema di proprietà, Francesco Ferrara *senior* scriveva «L'organizzazione privata della produzione è una *funzione d'interesse nazionale* (Carta del Lavoro VII). La proprietà è un *diritto-dovere*. Non si ammette una proprietà oziosa, a puro scopo egoistico, ma una proprietà operosa, come strumento di ricchezza dell'intera Nazione. Chi non è degno della proprietà ed abbandona i suoi beni all'inerzia o li fa deperire, è espropriato di essi»⁽⁵²⁾.

D'altra parte, l'idea di *proprietario-produttore*, che chiaramente emerge dal pensiero degli autori citati, era stata già esplicitamente affermata da Enrico Finzi, nel Primo Congresso Nazionale di diritto agrario del 1935, il quale sottolineava come «la pressione politica pare, infatti, che agisca nel senso di *indurre i proprietari a farsi od a restare imprenditori, produttori*. La concezione nazionalista della morale del *possesso produttivo* diventa ormai la politica e la disciplina giuridica del dominio... per la stessa cosa la disciplina statica ha un destinatario (il *proprietario*) e quella dinamica ne ha un altro (il

⁽⁵⁰⁾ Così, S. PANUNZIO, *I principî generali del diritto fascista (contributo alla loro determinazione)*, in *Studi sui principî generali dell'ordinamento giuridico fascista* cit. p. 29.

⁽⁵¹⁾ C. A. BIGGINI, *Dei principî generali dell'ordinamento giuridico fascista*, in *Studi sui principî generali* cit. p. 420.

⁽⁵²⁾ F. FERRARA *senior*, *Principî generali dell'ordinamento giuridico*, in *Studi sui principî generali* cit. p. 317.

produttore): la coincidenza delle due posizioni rafforzando e l'una e l'altra tende a determinare — come socialmente utile — la figura del *proprietario-produttore*, che propongo al Congresso come oggetto di studio interessante ed urgente... È particolarmente rispetto a questa figura che si può parlare di *proprietà funzione sociale*» (53).

Ed ancora: «la proprietà, così, appare ed è la resultante di due forze concorrenti: il fattore personale-sociale che afferma la signoria dell'uomo sulle cose che ne integrano la personalità, ed il fattore economico sociale, che porta gradualmente allo sfruttamento individuale dei beni, concepito come il modo più conforme non solo all'interesse dei singoli proprietari, ma anche e più all'interesse collettivo del gruppo... vale a dire che i beni destinati alla produzione sono attribuiti in proprietà privata perché normalmente l'uso che il privato ne faccia appare conforme all'interesse della collettività» (54).

In tal modo «*al diritto subiettivo privato corrisponde intimamente, indissolubilmente legato un sistema di doveri pubblici*» (55).

6. La proprietà *funzionalizzata*, il nuovo ruolo di *produttore* che, in taluni casi, il proprietario può essere chiamato a svolgere, fanno intravedere il nuovo assetto che il codice civile del 1942 ha voluto dare al sistema economico. Il disegno di questo nuovo assetto trova, come è noto, il suo completamento nella disciplina dell'*imprenditore*, in sostituzione di quella del *commerciante*, intorno a cui ruotava l'intero apparato normativo del codice di commercio.

E con la figura dell'imprenditore, nei termini indicati nell'art. 2082 c.c., si «realizza una perfetta corrispondenza tra nozione giuridica di impresa e quella economica» (56).

Inoltre, per sottolineare «il primato che il Fascismo riconosce alla terra come fondamento della potenza nazionale» (così Relaz.

(53) Così, E. FINZI, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, in *Atti del Primo Congresso Nazionale di diritto agrario* (Firenze 21-23 ottobre 1935), Firenze 1935, pp. 170 e 171.

(54) ID., *o.c.* p. 172.

(55) ID., *o.c.* p. 173.

(56) Così G. FERRI, *L'impresa agraria è impresa in senso tecnico?*, ora in *Scritti giuridici*, Napoli, 1990, I, p. 361.

cod. civ. n. 831), si disciplina l'impresa agricola e si delinea, nell'art. 2135 c.c., la figura dell'imprenditore agricolo.

Sono certamente cose note, quelle che andiamo dicendo; come sono noti i dubbi interpretativi e le conseguenti, prevedibili polemiche che subito sorsero in dottrina circa le due figure: quella *generale* dell'imprenditore (art. 2082 c.c.) e quella *particolare* dell'imprenditore agricolo (art. 2035 c.c.). Di qui il legittimo interrogativo, a suo tempo autorevolmente sollevato, se l'impresa agraria fosse o meno impresa *in senso tecnico*; e cioè se la nozione di imprenditore delineata, appunto, nell'art. 2135 c.c. fosse coincidente con quella delineata nell'art. 2082 c.c..

Che tra le due nozioni non vi fosse né coincidenza, né corrispondenza apparve subito chiaro. Se infatti si esclude il requisito della professionalità, che tendenzialmente qualifica ogni figura di imprenditore (ma che, come abbiamo visto in precedenza, sembra qualificare anche la nozione di proprietario-produttore), l'art. 2082 c.c., da un lato, e l'art. 2135 c.c., dall'altro si fondano su presupposti differenti.

L'art. 2082 c.c. precisa che elementi costitutivi dell'impresa (commerciale) sono rappresentati, innanzitutto, dalla presenza di un'organizzazione ed, inoltre, da uno scopo cui tale organizzazione è finalizzata; scopo che è quello « della produzione o dello scambio per i bisogni del mercato generale »⁽⁵⁷⁾; da ciò « derivano particolari conseguenze giacché colui che organizza per la produzione e per lo scambio, cioè per soddisfare i bisogni del mercato generale, questa organizzazione fa per un particolare fine che è il fine di lucro »⁽⁵⁸⁾. Di qui, anche la coincidenza tra la nozione economica e quella giuridica di imprenditore; in entrambe (cfr. anche l'art. 2195 c.c.), il fine ultimo è, dunque, quello di realizzare un guadagno.

Il ruolo dell'imprenditore agricolo, delineato dall'art. 2135 c.c., si fonda su presupposti del tutto diversi. Innanzitutto, non vi è riferimento al momento organizzativo; infatti, diversamente dall'imprenditore industriale e commerciale che creano « la produttività dell'organizzazione »⁽⁵⁹⁾, quello agricolo si limita ad utilizzare « uno

⁽⁵⁷⁾ Id., *o.c. loco ult. cit.*

⁽⁵⁸⁾ Id., *o.c. loco ult. cit.*

⁽⁵⁹⁾ Id., *o.c. p.* 364.

specifico fattore produttivo, *la terra*»⁽⁶⁰⁾; ciò significa che l'imprenditore agricolo non tanto crea la produttività, dal momento che questa è nella stessa natura del bene *terra*; semmai, con il suo lavoro può incrementare questa naturale *produttività*⁽⁶¹⁾. Conseguenza di tutto ciò è che, nella nozione di imprenditore agricolo dell'art. 2135 c.c., non vengono individuati quegli scopi di produzione e di scambio ai quali l'organizzazione, *creata* dall'imprenditore commerciale o industriale, è invece finalizzata, in vista della destinazione al mercato della loro attività (produttiva o di scambio).

L'imprenditore agricolo viene definito, nell'art. 2135 c.c., in relazione allo svolgimento di quelle attività (di produzione) *essenziali* che sono la coltivazione, l'allevamento e la silvicoltura; basta l'esercizio di una di esse, per attribuirgli la qualifica. La destinazione al mercato è del tutto eventuale e si manifesta in quella possibilità di *alienazione*, nei limiti in cui rientri, secondo quanto stabilisce il secondo comma dell'art. 2135 c.c., «nell'esercizio normale dell'agricoltura. Ma, a ben vedere, queste attività produttive, dal cui svolgimento deriva la qualifica di imprenditore agricolo, sembrano, nella sostanza, molto somiglianti, nei termini in cui vengono indicate nello stesso art. 2135 c.c., a quelle attraverso cui il proprietario normalmente esercita i suoi poteri di *godimento* e di *disposizione*. Ciò per dire che quello descritto dall'art. 2135 cc. sembra più un proprietario, che un imprenditore. Del resto, l'eventuale *contatto* con il mercato, previsto per l'imprenditore agricolo, risulta in tutta la sua evidenza nella possibilità di *alienazione* (più che nella *trasformazione* che, semmai, potrebbe rappresentare un momento prodromico di quella), cui, come s'è detto, fa riferimento il secondo comma dell'art. 2135 c.c. E forse non è casuale che qui si parli di *alienazione* e non di *scambio* (come avviene, con riguardo alla nozione d'imprenditore, contenuta nell'art. 2082 c.c.). Il concetto di *alienazione* sembra, infatti, essere più generico e più ampio di quello, come dire?, tipicamente *mercantile* e «sinallagmatico», di *scambio*; ben potendosi, come è noto, avere una *alienazione* «a titolo gratuito»,

(60) Così, F. GALGANO, *Diritto Commerciale*, Bologna, 1986, I, p. 63.

(61) Sul punto, cfr., in questo senso, G. FERRI, *o.c. loco ult. cit.*

che, quindi, non comporta né *scambio*, né *corrispettivo* ⁽⁶²⁾. Del resto, nel concetto stesso di *alienazione*, proprio per la sua portata generale e generica, possono essere rappresentate le manifestazioni più rilevanti e significative di quel potere di disposizione che, *ex art.* 832 c.c., caratterizza (unitamente a quello di godimento) il contenuto del diritto del proprietario.

E stato, per altro, pur sostenuto che, nel testo dell'art. 2082 c.c., la *disgiuntiva* posta tra l'attività di produzione e quella di scambio, stia a significare che si possa avere un'impresa (commerciale o industriale) che tale è, svolgendo soltanto attività di mera produzione, come avviene per l'impresa agricola ⁽⁶³⁾. Tale prospettiva è, tuttavia, completamente inattendibile. Infatti, l'ipotesi di un *professionista* (quale è un imprenditore) che « crei un'organizzazione al fine della produzione per conto proprio è fuori di ogni realtà sociale, prima ancora che fuori di ogni realtà giuridica » ⁽⁶⁴⁾. Vero è che la *disgiuntiva* tra produzione e scambio, di cui all'art. 2082 c.c., non sta a significare che vi possa essere un imprenditore che produca soltanto (e necessariamente per sé); ma sta a significare che vi possono essere degli imprenditori (*i commercianti*, appunto) la cui attività si limita soltanto a *scambiare* (i prodotti altrui) ⁽⁶⁵⁾; ma gli imprenditori che *producono*, necessariamente producono per scambiare (direttamente o attraverso un'altrui catena di distribuzione: attraverso *i commercianti* appunto). Chi produce per se stesso è estraneo alla nozione sia giuridica sia economica di imprenditore ⁽⁶⁶⁾. Nel disegno che ne traccia il codice civile, l'imprenditore agricolo sembra, dunque, (qualificato, com'è, soltanto sulla base dello svol-

⁽⁶²⁾ Sul punto, cfr., per tutti, S. PUGLIATTI, *Alienazione*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1958, II, p. 5 (in particolare).

⁽⁶³⁾ Così, M.F. RABAGLIETTI, *Intervento*, in *Atti del III Congresso Nazionale di diritto agrario*, Milano, 1954, p. 400.

⁽⁶⁴⁾ G. FERRI, *o.c.*, p. 365.

⁽⁶⁵⁾ Del resto la nozione di imprenditore include anche quella di commerciante (che è colui che s'interpone nello scambio) che, per altro, arricchisce dell'aspetto produttivo. Sul punto, cfr., per tutti, A. ASQUINI, *Il diritto commerciale nel sistema della nuova codificazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, I, p. 443 e F. FERRARA junior, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1980, p. 34.

⁽⁶⁶⁾ Sul punto, cfr. inoltre nostri *Proprietà e impresa in agricoltura*, cit., pp. 317 e seg. e *Fondo e azienda nell'impresa agricola*, in *Contratto e Impresa*, 1988, pp. 365 e seg.

gimento di mere attività produttive) somigliare più ad un proprietario che all'imprenditore, definito nell'art. 2082 c.c. Anzi, sembra quasi che il legislatore del 1942 abbia voluto, attraverso la nozione dell'imprenditore agricolo contenuta nell'art. 2135 c.c., restituire alla vecchia figura del proprietario *rentier* del c.c. 1865 quelle *ragioni* e quei contenuti che le erano stati sottratti dalla nozione di *proprietario-produttore* che (come abbiamo visto in precedenza) emerge dal combinato disposto degli artt. 811, 832, 838 c.c. con riguardo alle ipotesi di proprietario di beni rilevanti per la produzione nazionale.

Un'attendibile conferma di quanto andiamo dicendo la può offrire, a nostro giudizio, l'esame delle diverse formulazioni che la nozione d'imprenditore agricolo è venuta via via subendo, in sede di lavori della riforma dei codici, prima di giungere all'attuale e definitiva versione contenuta nell'art. 2135 c.c.

Nel progetto Asquini del codice di commercio, all'art. 1, viene indicata la nozione di impresa commerciale nei termini seguenti:

«La legge considera commerciale ogni attività organizzata ad impresa avente per oggetto:

- 1) operazioni relative alla produzione di cose o di servizi destinati allo scambio;
- 2) operazioni relative alla interposizione nello scambio di cose mobili o immobili;
- 3) operazioni bancarie;
- 4) operazioni di assicurazione;
- 5) operazioni ausiliarie alle precedenti.

L'esercizio dell'agricoltura e della pastorizia, anche se organizzata ad impresa, non ha natura commerciale.

È tuttavia commerciale l'attività diretta alla trasformazione e all'alineazione dei prodotti dell'agricoltura e della pastorizia, che non rientri nell'esercizio normale dell'industria agricola o armentizia e dia luogo all'organizzazione di un'impresa autonoma».

Afferma, in proposito, la Relazione che accompagna il progetto (n. 6) «si è tuttavia dovuto tener presente che spesso all'attività agricola o armentizia è connessa una attività tipicamente industriale e commerciale, e rispetto a queste attività si è ritenuto di dover applicare la legge commerciale, quando le attività stesse, oltre a non giustificarsi con l'esercizio normale dell'industria agricola o armentizia, siano organizzate come imprese autonome».

Il tenore dell'art. 1 e della stessa Relazione che lo commenta appare abbastanza *grezzo* e, a nostro giudizio, anche equivoco (rispetto all'art. 2135 c.c. e alle stesse varie formulazioni che l'istituto ha avuto nelle bozze che hanno preceduto la versione, appunto, vigente): si parla, infatti, di «esercizio dell'agricoltura e della pastorizia, anche se *organizzato ad impresa*» [il corsivo è nostro]; si parla di «*industria agricola o armentizia*» [il corsivo è nostro]. L'idea di un'*organizzazione ad impresa* e di una *industria agricola o armentizia* rappresentano formule suscettibili, indubbiamente, di scatenare l'inesauribile, tortuosa fantasia del giurista in giochi interpretativi ambiguamente contraddittori, al di là delle stesse intenzioni del legislatore. Ma, nel prosieguo dei lavori dei Sottocomitati di riforma, l'esatto pensiero del legislatore tende a chiarirsi e, se lo si consente, a semplificarsi, liberandosi da molte (anche se non tutte) incertezze.

Tra il dicembre del 1940 e il giugno del 1941, quando Asquini e Vassalli addivennero alla decisione di rinunciare «all'autonomia formale del codice di commercio con inserzione del contenuto del progetto di codice di commercio del 1940 in uno schema di codice unificato, che, oltre a contenere i libri già approvati, doveva essere completato con un nuovo libro, destinato alla disciplina dell'impresa commerciale»⁽⁶⁷⁾, cominciarono a circolare tra i componenti dei Sottocomitati, per la riforma, una serie di bozze di progetti; in essi cominciò a prendere forma la nozione d'imprenditore agricolo, sostanzialmente nei termini nei quali sarebbe poi stata definitivamente accolta nel vigente art. 2135 c.c.

Nelle prime due bozze, con identica formulazione, si afferma (rispettivamente art. 18 del primo progetto e art. 23 del secondo) che «È impresa agricola quella che ha per oggetto l'esercizio di una attività agricola, forestale, armentizia sul fondo proprio o altrui»; inoltre (agli art. 20 del primo progetto e 25 del secondo), sotto il titolo di *Impresa commerciale connessa all'agricoltura*, si stabiliva che «L'imprenditore agricolo che organizza un'impresa autonoma per la

⁽⁶⁷⁾ Così, A. ASQUINI, *Codice di commercio*, cit., p. 253. Ma sul punto, cfr. anche F. VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, ora in *Studi giuridici*, Milano, 1960, II, 2, pp. 617-618, n. 1 e il recente volume di R. TETI, *Codice civile e regime fascista - Sull'unificazione del diritto privato*, Milano, 1990, pp. 153 e seg. (in particolare).

trasformazione o l'alienazione dei prodotti del fondo è considerato commerciante ».

Il significato del principio espresso nei due articoli ci sembra di cristallina chiarezza: lo statuto di favore, che all'imprenditore agricolo veniva riservato, avrebbe trovato una giustificata ⁽⁶⁸⁾ applicazione solo quando le attività di *trasformazione* o di *alienazione* (e, attraverso quest'ultima, il *contatto* con il mercato), non inserendosi nella *logica* dell'impresa, avessero svolto essenzialmente la funzione di conservare la produttività del fondo e quindi il suo valore economico.

In questo caso, il *contatto* con il mercato avrebbe assunto il significato non di un fenomeno di *interposizione* (per dirla nella terminologia del codice di commercio, da cui per altro i progetti erano ancora, in qualche modo, influenzati). In questo caso, infatti «l'acte agricole ne s'incorpore pas à une circulation des richesses, mais est un acte de valorisation de la terre» ⁽⁶⁹⁾

Quando, invece, il *contatto* con il mercato avesse assunto la portata di una vera e propria attività commerciale, l'imprenditore agricolo doveva necessariamente essere «considerato commerciante»; e con ciò sarebbe, in conseguenza, venuta meno qualsiasi possibilità di applicargli lo statuto favorevole, riservato al normale imprenditore agricolo.

In una terza bozza, nella quale non risulta un Capo autonomo per la impresa agricola, l'art. 43, dopo aver affermato (primo comma) che «Debbono iscriversi nel registro delle imprese gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, industriale, bancaria, assicurativa o ausiliaria di queste», stabilisce che «L'agricoltore che esercita un'attività diretta alla trasformazione o all'alienazione dei prodotti del fondo o altra impresa connessa all'agricoltura è soggetto all'obbligo dell'iscrizione nel registro delle imprese, se tale attività non rientra nell'esercizio normale dell'agricoltura ».

⁽⁶⁸⁾ Ma sull'opportunità di tale statuto di favore, più che mai fondati appaiono (oggi in particolare) i dubbi sollevati, già nel 1940, da Giuseppe FERRI, nel suo scritto *L'impresa nel sistema del progetto del codice di commercio*, ora in *Scritti giuridici*, cit., I, pp. 9-10.

⁽⁶⁹⁾ Così L. LORVELLEC, *Droit rural*, Paris Milan Barcelone Mexico, 1987, p. 8. A qualcosa di simile sembra alludere per gli esempi che propone anche A. ARCANGELI, *Agricoltura e materia di commercio*, ora in *Scritti di diritto commerciale ed agrario*, Padova, 1936, II, pp. 131-134.

La *filosofia* di questo articolo non sembra discostarsi da quella cui il precedente era improntato, la sua *novità* consiste in quel riferimento *all'esercizio normale dell'agricoltura* (ripreso dall'art. 1 del progetto Asquini del codice di commercio) che sembra voler chiarire, nel senso sopra indicato, i limiti di applicabilità, all'imprenditore agricolo, dello statuto di favore. Insomma, la *normalità* dell'esercizio e la sua stessa *natura* esplicitamente alludono a quelle attività che, trovando (come è, del resto, nella formula dell'articolo) la loro *unità di misura* nella *logica delle tecniche di utilizzazione* del fondo, non possono che essere attività (pur se di alienazione), comunque sostanzialmente tendenti alla *conservazione o alla valorizzazione* economica dello stesso.

In una successiva bozza, ricompare un Capo, dedicato all'impresa agricola, e, in esso, una disposizione generale (art. 68) che, sia pure condensandoli in un solo comma, ha sostanzialmente gli stessi contenuti dei due commi di cui si compone il vigente art. 2135 c.c. (la differenza sta nel fatto che l'art. 68 parla di « prodotti del fondo » e non di « prodotti agricoli », come fa il secondo comma dell'art. 2135 c.c.).

In due successive e identiche bozze, l'art. 68 si struttura in due commi, come vigente art. 2135 c.c.; ma, diversamente da quest'ultimo e dalla precedente versione dello stesso art. 68, fa riferimento alla nozione di azienda e non v'è più traccia della formula « esercizio normale dell'agricoltura ». Infatti, nella sua nuova versione, l'art. 68 si limita ad affermare che « Si reputano connesse le attività dirette alla trasformazione o all'alienazione dei prodotti della propria azienda agricola ».

Con questa formulazione, la tutela dell'imprenditore agricolo sembra raggiungere la sua massima espressione; ciò nel senso, che lo statuto di favore riservatogli troverà applicazione di fronte a qualsiasi attività di trasformazione o alienazione sia essa contenuta nel normale esercizio dell'agricoltura, sia essa eccedente da esso.

7. Del resto, già durante i lavori della riforma, prima che si verificasse l'unificazione dei due codici, Giuseppe Ferri notava come « le ragioni addotte per escludere l'impresa agricola dalla materia di commercio appaiono in verità poco convincenti... la comprensione nel codice di commercio dell'impresa agricola non esclude la pos-

sibilità di una disciplina particolare, come non lo esclude per le aziende di credito e per le imprese di assicurazione. Se poi lo spauracchio del fallimento è considerato tutt'ora tale nell'ambiente agricolo, si può agevolmente disporre per l'azienda agricola dissestata, ciò che è disposto anche per altre aziende commerciali, e cioè una procedura di liquidazione coattiva. Per contro esistono evidenti ragioni per ricomprendere l'impresa agricola nella disciplina del codice di commercio, quando questa si basi sul concetto di impresa.

Nel sistema dei progetti del codice di commercio e del codice delle obbligazioni l'impresa agricola è quasi dimenticata: non è regolata nel codice delle obbligazioni perché impresa; non è regolata nel codice di commercio perché non è impresa commerciale. Per il rispetto di una lontana tradizione si finisce per dimenticare la realtà e la logica e con il disconoscere in definitiva le basi stesse dell'ordinamento corporativo, il quale inquadra tutte e non soltanto alcune delle organizzazioni produttive, l'impresa agricola accanto all'impresa commerciale e industriale. E perché mai si vuole escludere oggi l'impresa agricola, quando la commercialità si fonda sul concetto di impresa, quando insigni commercialisti, come il Rocco e il Carnelutti, già di fronte al codice attuale [il codice di commercio] ne affermavano la comprensione nella materia di commercio? » (70).

(70) G. FERRI, *L'impresa nel sistema del progetto del codice di commercio*, cit. pp. 9-10.

Interessante è la ricostruzione del dibattito che si svolse, in sede di Commissione, durante i lavori del Progetto di riforma del Codice di commercio, nel gennaio del 1920, riproposta da M. BARCELLONA, *Proprietà privata e intervento statale - Profili istituzionali della questione agraria*, Napoli, 1980, pp. 249 e seg. Interessante per la richiesta di commercializzazione del diritto agrario, avanzata, con forza, da Alfredo Rocco e più cautamente, ma in modo chiaro, da Angelo Sraffa e per la preoccupazione, espressa da Cesare Vivante, che siffatta commercializzazione avrebbe comportato l'assoggettamento degli agricoltori al regime del fallimento. E questo avrebbe colto « gli agricoltori di sorpresa ».

È dunque il fallimento il vero spauracchio degli agricoltori e il polo intorno al quale si gioca l'esclusione (fino ad oggi mantenuta) del diritto agrario da quella sua naturale sede che è il diritto commerciale. Scrive Mario Barcellona, in pagine di indubbia suggestione, che l'esclusione dal fallimento costituisce, in un primo tempo, « un regime di *privilegio* (rispetto alla democrazia mercantile dei *commercianti*) che le classi agrarie erano riuscite a strappare nel compromesso con la borghesia commerciale.

Quando, però, tra gli anni venti e trenta, la questione si riapre, i suoi connotati

I tempi sembravano maturi per far compiere, all'impresa agricola e alle attività ed iniziative in cui si manifesta, quel salto di qualità che consentisse loro di assumere, tenendo conto s'intende della specificità del settore, un ruolo effettivamente (e non soltanto a parole) centrale nell'economia nazionale; e cioè quella *posizione di primato* che, come abbiamo visto, il regime fascista riconosceva « alla terra come fondamento della potenza nazionale » (Relaz. al cod. civ., n. 831).

Una volta sganciata l'agricoltura dalla *esclusiva* dimensione proprietaria ed inserita, vorrei dire, quasi con prepotenza (ma a pieno titolo) nel sistema della produzione e del commercio, ci si sarebbe attesi la realizzazione di quanto non pochi studiosi (Rocco ⁽⁷¹⁾, Carnelutti ⁽⁷²⁾, Giuseppe Ferri, Mossa, ma anche, successivamente, Ascarelli ⁽⁷³⁾ e, in tempi lontani e dunque non sospetti, Ageo

economici e sociali appaiono parzialmente diversi. E per rendersene conto è sufficiente tener presente gli sviluppi capitalistici, che nel frattempo si erano manifestati nell'agricoltura italiana, e la prevalenza che in essi aveva acquistato la *via ipotecaria* (in luogo del sistema dell'affittanza capitalistica).

Come è evidente, l'inapplicabilità del fallimento non elimina certo il problema dell'insolvenza. Essa modifica, però, i soggetti chiamati a governare i processi di selezione e riconversione del capitale agrario (e della rendita fondiaria): all'*impersonale creditore* del diritto commerciale si sostituisce il *creditore forte* del diritto agrario, gli istituti bancari autorizzati ad esercitare il credito fondiario e il credito agrario.

L'unificazione *corporativa* (di autonomisti e antiautonomisti) contro le tendenze alla commercializzazione dei rapporti agrari manifesta, pertanto, i processi di penetrazione tra classi agrarie e capitale finanziario che — come si sa — contrassegnano lo sviluppo capitalistico dell'agricoltura nel primo dopoguerra e soprattutto durante il ventennio fascista » (M. BARCELLONA, *o.c.*, p. 253-254).

⁽⁷¹⁾ Cfr., A. ROCCO, *Principii di diritto commerciale*, parte generale, Torino, 1928, p. 198.

⁽⁷²⁾ Cfr., F. CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro*, Roma, 1913, I, p. 63.

⁽⁷³⁾ L'illustre scrittore notava come « la tendenza di un'autorevole dottrina a negare l'applicabilità dei concetti di impresa e di imprenditore all'attività agricola o limitarla all'agricoltura industrializzata mi sembra dimentichi che anche l'agricoltura produce normalmente pel mercato (ed è solo nelle rare ipotesi nelle quali questa destinazione non si verifica che potrà — come del resto avverrebbe anche in identiche condizioni per un'attività industriale — negarsi, vedremo, la qualifica d'impresa); è appunto questa prevalente destinazione al mercato dei prodotti agricoli che induce a considerare anche l'attività agricola come economica » (T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, Milano, 1962, p. 130).

Arcangeli ⁽⁷⁴⁾, sia pure con riguardo a talune ipotesi, molto frequenti nella realtà) legittimamente si attendevano: e cioè il riconoscimento del nuovo ruolo dell'agricoltura e il conseguente organico e completo inserimento dell'attività agricole nel sistema dell'impresa.

Non fu così; l'art. 2135 c.c. non riuscì ad esprimere che una figura d'imprenditore agricolo, che non soltanto (come sottolineò Giuseppe Ferri) è ben lontana da quella (d'imprenditore in senso tecnico), delineata nell'art. 2082 c.c.; ma che appare addirittura *arretrata*, rispetto a quelle figure di proprietario-produttore disciplinate nel Libro terzo del codice civile. In base all'art. 2135 c.c., si diventa imprenditore agricolo, sol che si svolgano attività produttive che, come abbiamo detto, sono poi, quelle stesse, attraverso cui un proprietario-*rentier* è solito manifestare la sua signoria sul fondo di cui è titolare.

Nell'art. 2135 c.c., ricompare il criterio del « normale esercizio in agricoltura », scomparso nelle ultime bozze dei progetti del Libro quinto; criterio che ripropone le considerazioni che sopra avevamo svolto, a proposito delle varie versioni nelle quali la nozione di imprenditore agricolo compariva nelle bozze dei progetti che avevano preceduto e preparato la formulazione definitiva. Ciò nel senso che lo statuto di favore può trovare applicazione soltanto nei confronti di quegli « imprenditori » agricoli che abbiano mantenuto le loro attività nei *confini* del normale esercizio dell'agricoltura ⁽⁷⁵⁾.

E tale ipotesi, dato il tenore della formula codicistica, si verifica, appunto, quando le attività come abbiamo avuto già modo di

⁽⁷⁴⁾ L'antico maestro, con riguardo al sistema del codice di commercio del 1882 (e segnatamente all'art. 5) notava che « non è escluso però che la produzione fondiaria possa per via indiretta dar vita a forme di attività di carattere commerciale... in tal caso egli [l'agricoltore] farà atto di commercio » (A. ARCANGELI, *La nozione giuridica di commercio*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, I, p. 594). Per un'attenta ricostruzione storica dei progetti e delle dispute che si ebbero, riguardo alla materia agricola, vigente il sistema del codice di commercio, cfr. M. BIONE, *L'imprenditore agricolo*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, II, Padova, 1978, pp. 449 e seg. e in R. MODICA, *L'imprenditore agricolo - Indagine su una definizione* (ed. provv.), Catania, 1984, 91 e seg.

⁽⁷⁵⁾ Nella più recente ed avvertita letteratura agraristica, si comincia sempre più ad avvertire un notevole disagio, di fronte alla formula del normale esercizio dell'agricoltura, che sempre più appare anacronistica ed inadeguata. Importanti, in proposito, le pagine di L. FRANCARIO, *L'impresa agricola di servizi*, Napoli, 1988, pp. 233 e seg. (in particolare).

sottolineare, assumono il circoscritto scopo di *conservare* o, al più, di *valorizzare* economicamente il fondo; ma questi obbiettivi appartengono indubbiamente ad un'ottica che o è quella del proprietario ⁽⁷⁶⁾ o è quella, poi non tanto dissimile, del *piccolo* imprenditore ⁽⁷⁷⁾ (cui, per altro, si applica, nella sostanza, lo stesso statuto di favore dell'imprenditore agricolo), che, in agricoltura, assume la figura del coltivatore diretto, il quale opera *sul* e *mediante* il fondo, impegnando il proprio lavoro e quello della famiglia, di solito, per finalità prevalentemente volte all'automantenimento (secondo il disegno delineato, nel sistema italiano vigente, dagli artt. 2083 e 1647 c.c. e dall'art. 6 della legge n. 203 del 1982).

Fuori di tali *confini*, l'imprenditore agricolo si trasforma necessariamente in *commerciante* (come affermavano, giustamente, talune

⁽⁷⁶⁾ Già Santi Romano (nello scritto che abbiamo segnalato alla nota n. 37) sottolineava la sostanziale coincidenza tra la natura delle attività attuate dal proprietario d'un fondo (o da chi del fondo abbia il godimento), nell'esercizio del suo diritto, e quelle che, *ex art.* 2135 c.c., qualificano l'imprenditore agricolo.

Non a caso, Giuseppe FERRI (*L'impresa agricola è impresa in senso tecnico?*, cit. p. 359) notava come, nel campo dell'agricoltura, il collegamento funzionale dei beni è diverso da quello che si realizza nell'impresa commerciale, perché è « soltanto in parte dipendente dalla volontà dell'agricoltore. Il fondo è elemento essenziale e, rispetto al fondo, tutti gli altri elementi si pongono in posizione di accessorietà e di subordinazione non anche in posizione di coordinamento. Il regime giuridico applicabile è quello delle *pertinenze*, non anche quello delle *universitates* », come accade per l'azienda.

⁽⁷⁷⁾ Giuseppe FERRI (*Manuale*, cit. p. 52) ha chiarito come « impresa è attività che si esplica in un organismo economico, è attività di organizzazione al fine della realizzazione di un reddito, piccola impresa è l'attività personale del soggetto che si avvale di determinati mezzi per meglio esplicarsi; è attività esecutiva, più che di organizzazione.

Nell'impresa l'organismo economico, come entità obiettiva, assume un rilievo preminente; nella piccola impresa è invece l'attività personale del soggetto che prevale ». Ed ancora: « nella piccola impresa vi è attività professionale, ma non vi è azienda.

Non vi è cioè un'entità obiettiva, avente una propria autonomia economica e cioè una propria produttività, indipendentemente dalla persona che in un dato momento presiede al suo funzionamento » (p. 53). Nello stesso senso, ma con ulteriori chiarimenti, cfr. P. FERRO-LUZZI, *Alla ricerca del piccolo imprenditore*, cit., pp. 46 e seg. (in particolare).

Insomma la piccola impresa non può essere considerata una impresa, perchè, in essa, il *momento* organizzativo non si manifesta nella « creazione di un complesso di beni... suscettibile di assumere caratteristiche proprie, e tale da potersi staccare e vivere indipendentemente dalla persona dell'imprenditore » (così S. GATTI, *Piccola impresa*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1983, XXXIII, p. 762), come invece accade, appunto, per l'impresa (*ex art.* 2082 c.c.).

bozze di progetto che in precedenza abbiamo esaminato) e dunque in imprenditore *ex art.* 2082 c.c., con la conseguente inapplicabilità di ogni normativa di favore.

Ma accogliere una simile prospettiva avrebbe significato negare ogni presunta *autonomia* del *diritto agrario*; cosa che, evidentemente, gli studiosi del diritto agrario non desiderano. Perché delle due l'una: o l'agricoltore rientra, con la sua attività di trasformazione o alienazione, nella previsione dell'art. 2135 c.c. ed allora è lo *schema* proprietario ad emergere; oppure, l'agricoltore supera, con la sua attività di alienazione o trasformazione, quel normale esercizio dell'agricoltura, cui fa riferimento il secondo comma dell'art. 2135 c.c., ed allora diventa un vero e proprio imprenditore ai sensi dell'art. 2082 c.c.

Nell'un caso e nell'altro, un certo modo (a mio giudizio, fuori della realtà e, dunque, irragionevole) d'affermare, non l'incontestabile *specificità* del diritto agrario, ma, come s'è detto, la sua piena *autonomia* dalle altre branche del diritto privato finirà per scomparire; come è giusto che sia, il diritto agrario, nel primo caso, verrà assorbito dal diritto civile, nel secondo, dal diritto commerciale.

Se le cose si fossero mantenute secondo i principî espressi nell'ultima versione dell'art. 68 della bozza di progetto, che abbiamo esaminato nel paragrafo precedente, probabilmente avrebbero ragione quegli studiosi del diritto agrario che intendono ricomprendere, sotto l'ombrello protettivo dello statuto di favore riservato all'imprenditore agricolo, tutte le più svariate attività e iniziative che si realizzano in agricoltura; anche quelle che chiaramente mostrano i caratteri della commercialità o della industrialità.

E ciò fanno, spostando sempre più avanti (cioè oltre i confini che il legislatore del 1942 le aveva assegnato) la naturale portata del criterio del normale esercizio dell'agricoltura. A volte si è giocato sul ruolo delle attività connesse *tipiche* (quelle del secondo comma dell'art. 2135 c.c.) e, soprattutto, *atipiche* (quelle del primo comma dell'art. 2135 c.c.) e sulla portata della eventuale connessione. Altre volte, si è fatto leva su discutibili criteri (quello del *doppio rischio* o del *ciclo biologico*) ⁽⁷⁸⁾ che, a ben vedere, altro, in verità, non sono

⁽⁷⁸⁾ Sul punto, cfr. le interessanti considerazioni e l'attenta ricostruzione degli orientamenti dottrinali, non soltanto italiani, di R. ALESSI, *L'impresa agricola* cit., pp. 37 e seg. e pp. 131 e seg. (in particolare).

che espedienti per negare l'evidenza; e cioè, la natura sicuramente commerciale (e dunque estranea all'art. 2135 c.c. e all'applicazione dello *statuto* di favore che ne dovrebbe derivare) di tutte le più rilevanti e significative manifestazioni ed attività della moderna agricoltura. Nonostante ciò, questa, oramai superata, idea di un'autonomia del diritto agrario (da quello civile e soprattutto da quello commerciale) ⁽⁷⁹⁾ continua ad essere strenuamente (e, me lo si consenta, un pò pateticamente) difesa da taluni settori della cultura giuridica italiana (e cioè da taluni agraristi ⁽⁸⁰⁾ che sembrano non rendersi conto di come s'arricchirebbero le loro riflessioni, se le si reinserisse nell'ambito del grande e vivace dibattito che sempre anima gli studi civilistici e commercialistici); questa strenua difesa, dicevo, di una autonomia del diritto agrario (anacronistica in un'economia industrializzata e che sempre più si va industrializzando proprio in agricoltura, rispetto alla quale si è già compiutamente realizzato quel passaggio dalla fase *artigianale* a quella *industriale* ⁽⁸¹⁾) continua ad essere fatta in Italia quando, da un lato, nella normativa europea in materia agricola, il « punto di riferimento determinante non è più *l'impresa* ma il *prodotto* » ⁽⁸²⁾; e dunque tutto è visto in

⁽⁷⁹⁾ Una efficace ricostruzione della formazione storica del diritto agrario in E. CAPIZZANO, *Agricoltura Diritto agrario Società*, Padova, 1991, *passim* (ma soprattutto pp. 57 e seg.).

⁽⁸⁰⁾ Non tutti, in verità e per fortuna. Aperture nel senso da noi sostenuto, ci sembra già comincino a prender corpo negli scritti, ad esempio, di R. ALESSI, *o.c. loco cit.* Spunti per una riflessione ed inviti ad una rivisitazione dell'argomento, in una chiave più vicina alla attuale realtà socio-economica, sono finemente suggeriti da L. FRANCARO, *L'impresa agricola dei servizi* cit. pp. 207 e seg.

⁽⁸¹⁾ Così, M. GIORGIANNI, *Il diritto agrario. Tra il passato e l'avvenire* cit., p. 581.

⁽⁸²⁾ Così, giustamente, R. ALESSI, *o.c.*, p. 69, sulla sorta del combinato disposto, soprattutto, degli artt. 38, 39 e 46 del Trattato CEE e dell'Allegato II, (richiamato dall'art. 38 n. 3 dello stesso Trattato C.E.E.) che contiene l'elenco dei prodotti. Significativo è, in proposito, proprio l'art. 38 del Trattato che afferma (n. 1) « Il mercato comune comprende l'agricoltura e il commercio dei prodotti agricoli. Per prodotti agricoli s'intendono i prodotti del suolo, dell'allevamento e della pesca, come pure i prodotti di prima trasformazione che sono in diretta connessione con tali prodotti ». È evidente che in tale norma (nonostante le coincidenze che ad una frettolosa lettura potrebbero rilevarsi), il richiamo al suolo, all'allevamento e alla pesca non ha la funzione che, nell'art. 2135 c.c., ha il riferimento « alla coltivazione del fondo, alla silvicoltura, all'allevamento del bestiame ». In quest'ultimo, tali richiami servono ad individuare la *natura* (agricola) dell'attività; mentre, nell'art. 38 del Trattato, servono, invece, ad

chiave di mercato (come, appunto, deve essere giustamente visto, in un'economia che, s'è detto, si va industrializzando in ogni settore, quello agricolo in testa). E per il mercato, come è noto, appare del tutto irrilevante che il prodotto sia il risultato di una attività agricola o commerciale (i problemi del mercato, semmai, sono altri: quelli dei prezzi, dei controlli delle eccedenze, delle strutture).

Dall'altro, di fronte alla proliferazione di una quasi incalcolabile quantità di norme speciali che hanno finito per introdurre «una serie rilevantissima di sottocategorie di imprenditori... la varietà delle fattispecie non impedisce il riconoscimento di una validità generale dell'art. 2135, poiché le differenti definizioni sono riconducibili *generalmente* [il corsivo è nostro] ad esso»⁽⁸³⁾. Ma in quel cauto, quasi pudico, «generalmente», ci sembra (non vorremmo troppo forzare il pensiero dell'autore) già delinearci la consapevolezza del superamento, nel sistema dell'agricoltura, della stessa centralità dell'art. 2135 c.c.; superamento che, proprio la proliferazione delle categorie e sottocategorie d'imprenditori agricoli (dovuta alla legislazione speciale europea e nazionale), ha, a nostro giudizio, finito invece per realizzare.

Questa sorta di rifiuto, di *rimozione* dei dati, che la realtà socio-economica continua, quotidianamente, ad offrirci, continua ad essere praticato da larghi settori della cultura agraristica italiana, quando in altre civiltà giuridiche europee, interrogandosi sul destino dell'autonomia del diritto agrario, onestamente se ne partecipa la morte avvenuta o, quanto meno, se ne annuncia quella prossima. È stato scritto, ancor di recente: «Définir le contenu du droit rural revient à raconter sa naissance, sa vie et sa mort. Sa naissance et sa vie, car le droit rural est d'apparition récente et connaît depuis de nombreuses années de perpétuels bouleversements et sa mort, car il

individuare unicamente la *natura* (agricola) dei *prodotti*, cioè dei *risultati* dello sfruttamento del suolo, dello svolgimento dell'allevamento e della pesca; *prodotti* di cui l'Allegato II, sembra, non casualmente, offrire un elenco molto dettagliato.

Sul problema ed anche per un'efficace sintesi della politica agraria comunitaria, si cfr. l'interessante volume di F.S. SNYDER, *Diritto agrario della Comunità europea*, Milano, 1990, *passim* (dove, in appendice, l'intelligente saggio di Antonio JANNARELLI, *Il diritto agrario comunitario alla fine degli anni ottanta*, pp. 171 e seg.).

⁽⁸³⁾ Così L. COSTATO, *Compendio di diritto agrario italiano e comunitario*, Padova, 1989, p. 144.

n'est pas certain qu'il conserve dans notre pays une autonomie, liée à une spécificité sans doute contingente de l'agriculture» (84).

Ma già Tullio Ascarelli, nella sua relazione al primo Congresso Nazionale di diritto agrario del 1935, sottolineava come «bisogna riconoscere che non è la semplice specialità della materia quella che può giustificare l'autonomia di una disciplina giuridica, ma che, perché questa si riscontri, è necessario poter riscontrare relativamente a un determinato oggetto un complesso organico di norme, retto da propri principî generali diversi da quelli del diritto comune» (85). Circostanza, questa, che, con riguardo al diritto agrario, non soltanto non si è mai verificata, nel passato; ma che, per le ragioni che abbiamo illustrato, ancor meno, sembra potersi verificare in futuro.

8. Una conclusione, sia pur brevissima, a questo punto s'impone, per dar conto del titolo (forse irriverente) di questo scritto e tirare le fila del discorso o, se si preferisce, la morale della favola.

Dunque: alla ricerca dell'«imprenditore» agricolo (del cosiddetto imprenditore agricolo avrei, forse, dovuto scrivere) e del tempo perduto a cercarlo dove non si trovava.

L'imprenditore, *in* agricoltura, è stato sempre cercato nell'art. 2135 c.c.; ma in questo articolo non si trova l'*imprenditore*, di cui parlano gli studiosi del diritto agrario, ed, evidentemente, tanto meno, si trova l'*imprenditore* (quello vero) di cui parlano gli studiosi del diritto commerciale (quello, per intenderci, dell'art. 2082 c.c.). Si trovava e si trova un «signore» che, se così si può dire, sotto le penne dell'imprenditore, continua a muoversi, come s'è detto, in un'ottica e secondo una logica, sostanzialmente proprietaria. Insomma, il legislatore del 1942, con la figura dell'imprenditore agricolo delineata nell'art. 2135 c.c., sembra aver voluto far recuperare, nel sistema del codice civile, alla proprietà (e dunque alla dimensione dell'*avere*) quel prestigio che la dimensione del lavoro (e quindi del *fare*) le aveva sottratto.

(84) L. LORVELLEC, *o.c.*, p. 2.

(85) Così, T. ASCARELLI, *L'importanza dei criteri tecnici nella sistemazione delle discipline giuridiche e il diritto agrario*, in *Atti del Primo Congresso Nazionale di diritto agrario* cit., p. 105.

Tutto ciò per dire, fuor di metafora, che alla figura che emerge dalla nozione disegnata nell'art. 2135 c.c. ci si può continuare a riferire, con riguardo a quelle, del tutto *marginali*, realtà dell'economia rurale, che pure continuano ad esistere, con il loro carattere *artigianale*, ma che, appunto perché si aggirano in un'*orbita* ancora sostanzialmente proprietaria, sono del tutto irrilevanti nella dinamica della produzione nazionale. A queste (come alla figura del piccolo imprenditore), ha ancora senso applicare lo statuto di favore; nei confronti di queste (e soltanto di queste) ha senso continuare a parlare di esclusione dal fallimento e dall'obbligo di registrazione; ed ha senso perché appunto... non sono imprese ⁽⁸⁶⁾.

Ma non nei confronti delle altre che, inserendosi nel processo produttivo e d'industrializzazione dell'agricoltura (e che sono poi quelle che, sotto il profilo economico, contano e di cui, per questo, val la pena occuparsi), svolgono vere e proprie attività d'impresa *in senso tecnico*. Eppure nel codice civile un «imprenditore» in agricoltura, pur sempre, c'era; si trovava nella figura del *proprietario-produttore*, delineata dal combinato disposto degli artt. 811, 832, 838 c.c.; ma questo «imprenditore» non era quello del 2135 c.c., ma quello dell'art. 2082 c.c. e cioè un imprenditore commerciale a tutti gli effetti. Ma, caduto il sistema corporativo e, con esso, i principî e le norme di contenuto dirigitico che lo avevano caratterizzato, gli istituti della proprietà e dell'impresa (rimanendo invariate le loro definizioni codicistiche) debbono necessariamente trovare una chiave interpretativa nei principî, cui si ispira e di cui, dunque è espressione, la nostra Carta costituzionale; che, per ciò che concerne anche il settore economico (ma non soltanto in questo), ha assunto un ruolo ispiratore l'intero sistema giuridico e, quindi, la funzione di referente normativo, dal quale desumere i contenuti dei principî generali dell'ordinamento dello Stato. Ruolo e funzione che, limitatamente al settore economico, svolgeva, nel sistema corporativo, la Carta del lavoro. Orbene, le idee, i principî cui la nostra Costitu-

⁽⁸⁶⁾ Cfr. note nn., 76 e 77.

Sembra, invece, voler tentare la difesa (in chiave *agraristica*) dell'idea che la figura delineata, nell'art. 2135 c.c., sia quella di un *imprenditore*, M. TANZI, *Il godimento del bene produttivo (profili della qualificazione giuridica)*, Roma, 1986 (ed. prov.), pp. 185 e seg. (in particolare).

zione si ispira sono, come è noto, quelli della liberaldemocrazia, nei quali la *centralità* dell'individuo si deve coniugare con la società e le sue esigenze di sviluppo; nei quali la libertà (intesa non come licenza, ma come possibilità di sviluppare compiutamente e integralmente la propria personalità umana) deve coniugarsi con un'esigenza di eguaglianza, formale e sostanziale, tra tutti gli individui, che, tuttavia, sono e rimangono, prima di ogni altra cosa, tutti egualmente liberi.

In questa nuova prospettiva, in cui debbono essere (ri)considerate la proprietà e l'impresa, il richiamo alla *funzione sociale*, contenuto nell'art. 42 Cost. (con riguardo alla proprietà) e quello all'*utilità sociale*, contenuto nell'art. 41 Cost. (con riguardo all'impresa) non possono evidentemente avere lo stesso significato che identiche formule (o formule equivalenti) avevano nel sistema normativo del codice civile che, come era nelle intenzioni del legislatore del 1942, avrebbe dovuto coordinarsi con i principî della Carta del Lavoro e le direttive dell'ordinamento corporativo.

Infatti, in un sistema di liberaldemocrazia, quale è quello, appunto, introdotto dalla nostra Carta costituzionale ⁽⁸⁷⁾, la formula *funzione sociale* (evocata dall'art. 42 Cost. a proposito della proprietà) finisce per avere quel significato, generale e generico ⁽⁸⁸⁾, che sta ad indicare l'astratta *coerenza* e l'astratta *compatibilità* di questo istituto economico, con i principî e le norme dell'ordinamento giuridico vigente.

Per questo, viene riconosciuta alla proprietà la possibilità di svolgere un ruolo utile a diffondere il benessere economico e, quindi, a realizzare una sempre più incisiva elevazione, anche sociale dei cittadini (cfr., ad esempio, artt. 45 e 47 Cost.). Di tutto ciò, sembra, appunto, voler esser testimonianza la formula *funzione sociale*.

⁽⁸⁷⁾ Sulle varie interpretazioni dell'art. 42 Cost., fondamentali sono gli studi di Stefano RODOTA, ora raccolti nel volume *Il terribile diritto - Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1990 (2^a ed.). Si segnalano, in particolare i saggi *Il diritto di proprietà tra dommatica e storia* (pp. 175 e seg.) e *Il sistema costituzionale della proprietà* (pp. 273 e seg.).

⁽⁸⁸⁾ La scarsa utilità della formula *funzione sociale*, era già stata, con forza, segnalata da Filippo Vassalli, quando, durante i lavori della riforma dei codici, qualcuno aveva suggerito d'inserirla nella stessa definizione codicistica dell'istituto. Il pensiero del Vassalli, in proposito, è riportato nella nota 26, cui si rinvia.

E in questa *nuova veste*, la proprietà potrebbe, non paradossalmente, addirittura recuperare, se non tutti, almeno alcuni di quei caratteri « individualistici », che i principî del dirigismo corporativo le avevano sottratto.

Per quanto riguarda la formula dell'*utilità sociale* (contenuta nell'art. 41 Cost., con riguardo all'attività d'impresa), appare anch'essa una formula abbastanza generica.

Del resto quel potere di indirizzo delle attività economiche dei privati (e del loro coordinamento con le attività economiche pubbliche), che la legge potrebbe realizzare, attraverso lo strumento del piano (secondo quanto dispone il terzo comma dello stesso art. 41 Cost.), di fatto non è stato esercitato; e ciò, non casualmente.

Infatti, un programma economico, legalmente predisposto, per raggiungere compiutamente le finalità che si propone di perseguire, non può che essere coercitivo. Ma una siffatta politica, necessariamente *dirigistica*, nel senso più rigoroso del termine, non sembra compatibile con un sistema di liberaldemocrazia, quale è, appunto, il nostro. Al nostro sistema vigente, meglio si adatta lo schema di un programma che *orienta*, che *consiglia* (utilizzando magari incentivi o disincentivi di vario genere e di varia natura), ma che non è *tecnicamente* in grado di *imporre*; di ricorrere a forme di coercizione perchè, nel nostro sistema, la scelta finale dipenderà, pur sempre, dalle libere decisioni del privato.

Ma se ciò è vero, non è chi non veda come un programma *orientativo*, di tal fatta, avrà, per sua stessa natura, limitata efficacia ed incerta sarà la sua effettiva, concreta attuabilità ⁽⁸⁹⁾.

Per quanto riguarda, in generale, la figura dell'imprenditore agricolo (la cui definizione codicistica è rimasta, anch'essa, immutata) c'è da dire che, caduto il sistema corporativo, l'istituto non sembra aver subito *specifiche* trasformazioni, diverse da quelle che gli possono essere derivate dalle *novità* introdotte, dal vigente sistema giuridico, nel modo d'intendere la materia e i problemi della proprietà e dell'impresa; *novità* che abbiamo succintamente illustrato.

Inoltre, sotto un profilo tecnico-dogmatico, la considerazione

⁽⁸⁹⁾ Sui problemi della programmazione, così emerge nel nostro sistema costituzionale, cfr., per tutti, nostro *L'idea di programmazione e il sistema attuale*, ora in *Persona e formalismo giuridico*, Rimini, 1987, pp. 101 e seg.

sia delle stesse indicazioni che ci derivano dalla normativa europea, sia dei segnali che provengono dal, sostanzialmente ormai compiuto, processo di industrializzazione dell'agricoltura, non hanno introdotto a nostro giudizio, elementi che, all'istituto, consentano di proporsi alla dottrina, in termini diversi da quelli fino ad ora esposti.

Ciò nel senso che, atteso che la qualifica d'imprenditore si acquista, per così dire, *ex post*, cioè svolgendo, *in concreto* e con le modalità organizzative e le finalità stabilite nell'art. 2082 c.c., quelle attività di produzione o scambio, che lo stesso articolo prevede, è evidente che il problema che si porrà, nei confronti di coloro che agiscono nel settore agricolo, sarà quello, di valutare, se la loro concreta attività rientri, *in fatto*, in quei limiti delineati dalla formula codicistica del normale esercizio dell'agricoltura, e, dunque, sostanzialmente si concretizzi in un'attività di godimento o di disposizione (*trasformazione o/e alineazione*) tipica, come abbiamo visto, del proprietario e della figura che il codice civile indica, nell'art. 2135, come imprenditore agricolo (o in quella, prevalentemente di godimento, che la normativa del codice civile riserva all'usufruttuario o all'affittuario); oppure si configuri come vera e propria attività d'impresa, ai sensi dell'art. 2082 c.c. Nel primo caso, proprio perché, *nei fatti*, è escluso che si tratti d'imprenditori, potrà trovare applicazione quel cd. statuto di favore, di cui s'è detto; nel secondo caso, si applicherà lo statuto *normale* dell'impresa soggetta a registrazione ⁽⁹⁰⁾.

In sostanza, ciò che vogliamo ribadire è che, con l'art. 2135 c.c., il legislatore del 1942, nonostante le sue probabili intenzioni, non è, a nostro giudizio, riuscito a delineare una figura *speciale o particolare* di «imprenditore», che fosse in qualche misura rapportabile o riconducibile a quella dell'imprenditore, delineata nell'art. 2082 c.c.; ciò che, infatti, è descritto, nell'art. 2135 c.c., al di là dell'etichetta utilizzata, tutto è, meno che quello specifico operatore economico che, in una società moderna (ma anche nel sistema del codice civile) può realisticamente definirsi *imprenditore*.

Con quanto andiamo dicendo, non si vuol certo negare che alle

⁽⁹⁰⁾ In questo senso, anche P. FERRO-LUZZI, *L'Impresa*, in *L'Impresa - Quaderni Romani di Diritto Commerciale* - a cura di B. Libonati e P. Ferro-Luzzi, Milano, 1985, p. 34.

attività agricole « produttive » giustamente possa essere riservata una specifica normativa; *funzionale* alle, del tutto particolari, esigenze del settore e dunque diversa dalla normativa di altri settori della produzione (cosa che, come è noto, in concreto, avviene a livello nazionale ed europeo). Ma doverosamente rispettate le specificità del settore agricolo, non è possibile stravolgere i principî del nostro sistema giuridico o negare l'evidenza, in nome di una fraintesa e malintesa autonomia dell'imprenditore agricolo (e, culturalmente quindi del diritto agrario) la quale va, semmai affermata in altre e più realistiche prospettive.

Ciò, del resto, corrisponde a quanto Giuseppe Ferri (in uno scritto che abbiamo ricordato, ma che qui vogliamo richiamare, a maggior chiarezza del nostro assunto), aveva già messo in luce, con riguardo al codice di commercio, sottolineando come « la comprensione nel codice dell'impresa agricola non esclude la possibilità di una disciplina particolare, come non la esclude per le aziende di credito e per le imprese di assicurazione » ⁽⁹¹⁾.

Ed allora, che dire?

Di un personaggio del racconto « Una storia noiosa » di Anton Checov (mi si perdoni la inguaribile civetteria, dopo tante citazioni giuridiche, d'una citazione non giuridica, per altro in simmetria con l'*incipit*, anch'esso vagamente letterario, di questo lavoro) viene detto che si era sempre occupato di cose serie, ma mai seriamente.

A proposito della definizione del concetto d'imprenditore agricolo, sembra essere capitato qualcosa del genere. Ricca, e, qualche

⁽⁹¹⁾ G. FERRI, *L'impresa nel sistema del progetto del codice di commercio*, cit. p. 9.

Alle posizioni, dalle quali dissentiamo, resta fermo, con tenacia quasi commovente, Antonio Carrozza, il quale, mi sembra, continui ad equivocare sulla reale portata del pensiero di Giuseppe Ferri, che si era limitato a constatare, opportunamente a nostro giudizio, come la figura descritta nell'art. 2135 c.c. non è quella di un'imprenditore, in senso tecnico (cfr. A. CARROZZA, *Lezioni di diritto agrario - Elementi di teoria generale*, I, Milano, 1988, pp. 177 e seg.).

Che poi l'organizzazione dell'agricoltura sempre più diffusamente assuma le forme di una impresa, in senso tecnico, con tutte le conseguenze che da ciò derivano (e, prima di tutto, l'esclusione dell'applicabilità dello statuto di favore, riservato al cd. *imprenditore agricolo*), questo è un dato di fatto, ampiamente constatabile nella realtà socio-economica, le cui esigenze produttive richiedono, appunto, una agricoltura industrializzata.

Ma se ciò è vero, in *questi* casi « l'impresa » agricola è un'impresa commerciale (con buona pace della presunta autonomia del diritto agrario). Tutto qui.

volta, anche di grande interesse, è la letteratura sull'argomento (che è certamente serio). Ma, debbo confessarlo, la mia sensazione è che, nella maggior parte dei casi, raramente ci si è avvicinati ad esso in modo serio e quando qualcuno lo ha fatto ⁽⁹²⁾, intorno alle proposte suggerite, si è lasciato cadere un muro di (imbarazzato) silenzio, che non ha favorito, anzi, che ha impedito lo svolgimento di un dibattito scientificamente attendibile.

Mi sembra, così, che sia sostanzialmente mancata, in molta della letteratura agraristica degli ultimi anni, quella doverosa, compiuta disponibilità culturale a discutere e a ricercare *liberamente* le soluzioni del problema e, quando verificate nei fatti (della realtà normativa e di quella economica), ad accoglierle, anche se inattese e/o sgradite.

⁽⁹²⁾ Così, ad esempio, Giuseppe Ferri ha avuto modo di ribadire il proprio pensiero, sottolineando come « la disciplina dell'impresa agricola è vuota di qualsiasi proposizione normativa; è superflua nelle sue disposizioni generali, che, quando non si risolvono in norme di puro contenuto negativo o in un puro rinvio, si riducono a porre un principio di tutta evidenza, quello cioè che nell'esercizio dell'agricoltura si applicano le disposizioni di legge per esso dettato » (così, G. FERRI, *Diritto commerciale*, in *Enc. del dir.*, XII, Milano, 1964, p. 926). Per altro, non è meno « artificioso parlare rispetto alla tradizionale impresa agricola di un'azienda come entità distinta dal *fundus instructus*.

Le norme più rilevanti a questo riguardo sono contenute nel libro della proprietà, non in quello del lavoro.

Soltanto nel campo dell'agricoltura industrializzata, vi è impresa e vi è azienda in senso tecnico, vi sono le stesse esigenze, la stessa struttura organizzativa e le stesse funzioni, ma qui siamo in pieno nell'attività industriale con tutte le conseguenze che ne derivano » (ID., *o.c.*, pp. 926-927). Sembrano muoversi in un ordine di idee, a ben vedere, non poi incompatibile con quanto andiamo affermando, sia chi ha sottolineato che « ... assai diversamente stanno le cose nel sistema del diritto vigente. In esso la nozione di impresa è stata — come è noto — generalizzata anche alle attività non commerciali ed espressamente estesa all'attività agricola in particolare » (così, G. OPPO, *Materia agricola e « forma » commerciale*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, III, Padova, 1950, p. 92); sia chi ha messo in luce come, nella moderna economia, l'attività agricola possa assumere (e sempre più la vada assumendo) la veste di vera e propria attività d'impresa (in senso tecnico, aggiungiamo noi). In questo senso si è giustamente notato come il ciclo dell'attività agricola possa non esaurirsi « nel godimento (o se si vuole nella coltivazione) del fondo, ma implica una serie complessa di operazioni — acquisto delle sementi, del foraggio, degli attrezzi, del bestiame, e soprattutto vendita o trasformazione dei prodotti, partecipazione ad enti associativi ecc. — le quali non costituiscono esercizio della *proprietà* del fondo (o degli altri diritti di godimento), ma esercizio dell'*impresa* agricola » (così, M. GIORGIANNI, *Il diritto agrario* cit. p. 582).

Per trovare il bandolo di questa che, ho il sospetto, si sia fortemente *voluta* far diventare una irragionevole e inutile « commedia degli equivoci », non resta che constatare come, non l'*imprenditore agricolo* (che in una agricoltura industrializzata, è destinato ad avere un rilievo sempre maggiore), ma *quell'*imprenditore agricolo, cui continuano ancora a far riferimento e a dar credito molti cultori del diritto agrario, non abbia, attualmente, maggior vitalità dell'effigie mummificata di Jeremy Bentham, esposta all'University College di Londra.

ANTONIO GORDILLO CAÑAS

LA COSTUMBRE: ¿FUENTE AUTÓNOMA
DEL DERECHO? UNA REFLEXIÓN DESDE
LA EXPERIENCIA DEL SISTEMA DE FUENTES
DEL DERECHO EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

I. 1. Proemio. - 2. Previamente y en general: obstáculos que en el Derecho moderno se alzan contra el juego de la Costumbre como Fuente formal del Derecho. — II. *Los datos normativos en el Ordenamiento español*. - 1. El dato constitucional: Costumbre y democracia parlamentaria. La garantía constitucional de la seguridad jurídica. - 2. Costumbre y usos en el Código Civil. - 3. Jurisprudencia en materia de Costumbre y usos. — III. *Nueva luz sobre el significado de lo consuetudinario en el actual Derecho*. - 1. Desde la caracterización doctrinal de la Costumbre: A) La Costumbre, de Fuente autónoma a dato integrado en la Ley para la determinación de su mandato. De Fuente subsidiaria y supletoria de la Ley, a ingrediente interpretativo o presunto del contenido voluntario de la regla contractual. B) Cuestiones particulares: 1º ¿Es posible en el actual Derecho la Costumbre imperativa? 2º ¿Está subordinada la Costumbre a la Ley dispositiva? 3º ¿Desplaza la analogía a la Costumbre? - 2. Desde las clasificaciones de la Costumbre: A) Clasificación por su relación con la Ley: *praeter, secundum, o contra legem*. Nueva luz sobre la dimensión real de la Costumbre y sobre su inexistente autonomía respecto de la Ley. B) Por la extensión de su ámbito: común y especial; general y local. La supresión del requisito de la localidad: su alcance efectivo y su valor de síntoma de la generalizada confusión entre Costumbre y uso que oculta el vacío actual de la Costumbre-Fuente. — IV. *La equiparación legal entre Costumbre y usos jurídicos no interpretativos: Reflexión y crítica*. - 1. El pretendido sentido de la equiparación y sus antecedentes en nuestra doctrina. - 2. Las distintas funciones de los usos y los inconvenientes de la delimitación negativa de los que se equiparan a la Costumbre. Los usos interpretativos, o la función interpretativa de los usos. - 3. La consideración del uso normativo como Costumbre: posibles interpretaciones y crítica de la norma que los equipara. — V. *Conclusión*.

I. 1. *Proemio*.

El tema de la Costumbre, desde la Codificación hasta nuestros días, viene constituyendo en el Derecho Continental una « asignatura pendiente ». Capítulo obligado de la teoría de las Fuentes del Derecho, recibe, por lo general, un tratamiento breve, desvaído, cargado de imprecisiones y carente de toda convicción. La Costum-

bre, viene a decirse, arrinconada hoy por la Ley y siempre subordinada a la misma, ha perdido su antigua prestancia: subsiste sólo como norma jurídica supletoria o de segundo orden, y su identificación — lejos de resultar clara e inequívoca — aparece envuelta en la inseguridad doctrinal acerca de los elementos que la constituyen (¿exige *opinio juris*?) y en la imprecisión de los requisitos cualificadores del *uso* que está en su base material o de hecho. Acaso la exposición suba de tono y cobre nueva vida al centrarse en las llamadas *costumbres del tráfico* o *usos de los negocios*; pero es entonces, también, cuando los problemas comienzan a acumularse: ¿son la misma cosa esos «usos» y la Costumbre? ¿Es la fuerza normativa de los usos una manifestación de la normatividad general propia de una Fuente del Derecho? A la vista de este estado de cosas una pregunta nos asalta irremisiblemente: ¿es compatible esta carga de imprecisión e inseguridad en materia tan básica y transcendental como la de la determinación de las Fuentes del Derecho? Y tras la pregunta, una sospecha: si el sistema la tolera sin resentirse en su funcionamiento efectivo ¿será porque en él la Costumbre en realidad no juega como Fuente?

La pregunta se hace más acuciante si la mirada se dirige, no ya al tratamiento doctrinal, sino a la determinación legal comparada de las Fuentes del Derecho. En este punto, y por lo que hace a la función de la Costumbre, se observa un curioso fenómeno: el distinto tratamiento legal de las Fuentes no determina orientaciones diferentes en la dogmática — que sigue siendo común — de las mismas. Tres líneas podemos destacar en el régimen de las Fuentes: El *Code* de Napoleón y el *Codice* italiano del 1865 — lo que podríamos llamar la primera Codificación latina — omitieron toda referencia a la Costumbre: el Código, con vocación de instauración de un orden jurídico nuevo, y con voluntad de formularlo de forma completa y cerrada, contempla a la Ley como la manifestación única de la norma general de Derecho. En cambio, en la segunda codificación, el Código italiano de 1942, así como el portugués de 1967, harán referencia en tema de Fuentes a los *usos*, en cuanto éstos sean invocados por la Ley ⁽¹⁾. Puro silencio, pues, acerca de la Costum-

(1) Preleggi, art. 1: Sono fonti del Diritto ... 4° Gli usi. Art. 8: Nelle materie regolate dalle leggi e dai regolamenti gli usi hanno efficacia solo in quanto sono da essi

bre, o proclamación de la fuerza normativa indirecta del uso en virtud de la remisión legal: las mismas posibilidades que barajó el legislador alemán y que harán que, en el orden inverso, mientras en la « primera lectura » del Proyecto de Código, la disposición introductoria segunda limitara la fuerza normativa de la Costumbre a los supuestos en que la Ley se remitiera a ella ⁽²⁾, definitivamente, la *Einführungsgesetz* guarde absoluto silencio en este punto. Queda todavía una tercera posibilidad: que la Costumbre — como ocurrirá en el Código Civil español ⁽³⁾, o en el suizo ⁽⁴⁾ — sea reconocida como Fuente autónoma, aunque supletoria.

La panorámica así obtenida se prestaría a muchos comentarios — ¡qué significativo que tras el silencio inicial sea de *usos* de lo que se hable, no ya de Costumbre, y que su normatividad sea indirecta o delegada!—. Nos limitamos a solo uno: la diversidad en el régimen legal de las Fuentes no impide que, por encima de ella, el tratamiento de la Costumbre sea sustancialmente idéntico en la manualística de los diferentes países. El silencio legal se entenderá suplido en unos por las singulares y repetidas remisiones de la Ley al uso; mientras que en los otros la proclamada función de Fuente de la

richiamati. En el Código portugués el art. 1º silencia a la Costumbre al determinar las Fuentes inmediatas del Derecho, estableciendo en el art; 3º que « os usos que não forem contrarios aos principios da boa fe são juridicamente atendiveis quando a lei o determine ».

⁽²⁾ *Gewohnheitsrechtliche Rechtsnormen* gelten nur insoweit, als das Gesetz auf *Gewohnheitsrecht* verweist.

⁽³⁾ Arts. 5 y 6, en la redacción originaria de 1889. Art. 5: « Las leyes sólo se derogan por otras posteriores, y no prevalecerá contra su observancia el desuso, ni la costumbre o práctica en contrario ». Art. 6: « El Tribunal que rehuse fallar a pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes incurrirá en responsabilidad. Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del derecho ». Tras la reforma del Título Preliminar (1973-74), art. 1, 3º: « La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada. Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre ».

⁽⁴⁾ Art. 1: Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält. Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach *Gewohnheitsrecht* und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.

Costumbre se verá cumplida y prácticamente agotada en los supuestos legales de remisión.

¿Qué significa este dato? ¿Acaso que la realidad logra imponer su propio peso por encima de la ley que no le hace justicia o que se propone sofocarla? Pero, ¿a favor de quién está aquí la realidad: a favor de la doctrina que, sin convicción alguna, proclama a la Costumbre Fuente y que da simultáneamente la impresión de no contar con más supuestos consuetudinarios de interés que el de los usos de los negocios? Mucho nos tememos que en esta ocasión la razón está de parte del legislador que conscientemente silenció a la Costumbre al ocuparse de las Fuentes del Derecho. La doctrina es aquí víctima de la pereza: De Justiniano había recibido a la Costumbre configurada como una de las Fuentes del Derecho (Inst. I. 2. 9); en el medievo la vió afirmarse con autoridad a veces superior a la de la Ley; y ahora — como si nada significara la Codificación: la más colosal operación de política del Derecho en todo el arco de la historia jurídica occidental, en expresión de Paolo Grossi ⁽⁵⁾ — intenta verla precariamente perpetuada en los usos jurídicos. Pero ni los usos son la Costumbre, ni su función es la propia de una Fuente del Derecho.

Es cierto que en Alemania, a propósito de la polémica en torno a la Codificación y como seña de identidad, la Escuela Histórica llevó cabo la más notable reivindicación de lo consuetudinario. No vamos a negar su significado, pero todos sabemos en qué vino a parar como línea metodológica, y que su impronta en el tratamiento directo de las Fuentes en el BGB tan sólo se tradujo en sustituir por el puro silencio la proyectada reclusión de la Costumbre a los supuestos en que la Ley específica y singularmente la invocara. También en Francia, ahora tras el Código y en reacción contra la exégesis y contra el empobrecimiento del Derecho en su reducción a la Ley, va a producirse esa «meditadísima y vivísima reflexión sobre las Fuentes» ⁽⁶⁾ que es la obra de François Geny: *Methodes*

⁽⁵⁾ GROSSI, Paolo: *Absolutismo jurídico y Derecho Privado en el s. XIX*, Discurso de investidura como doctor honoris causa por la Universidad Autónoma de Barcelona. Bellaterra 1991, pág. 12.

⁽⁶⁾ La expresión es de GROSSI: *op. cit.* pág. 17.

d'interpretation et sources en Droit positif (7). ¿Qué hay en ella en materia de Costumbre? Quizá como dato más llamativo, la tensión constante ante la palpable realidad de una Costumbre insignificante, sin apenas posibilidad de existencia en la sociedad de hoy día (8) y en el actual Derecho (9); la afirmación, como tesis, de su intrínseca necesidad, en tanto que Fuente basada en razones permanentes de orden objetivo y natural (10); y el augurio a la misma, si acierta a

(7) La obra se publica en 1899. Nosotros utilizamos 2ª ed., n.t., París 1954.

(8) GENY: *Methode d'interpretation et sources en Droit prive positif*, 2 ed. Paris 1954, I, págs. 325-325; « C'est un fait indiscutable, qu'a mesure que se compliquent les rapports sociaux, que fusionnent les groupes ethniques, que les aspirations nationales sont alterees par le cosmopolitisme, rendant necessaire une forte centralisation politique, la puissance du droit coutumier cede devant le role sans cesse grandissant de la legislation ecrite Aussi, des que s'etend l'Etat, la coutume generale se fait plus rare, et les coutumes speciales apparaissent dans les groupes autonomes, places sous la souverainete commune. Mais, que l'autonomie de ces groupes (provinces, cités, corporations, etc. ...) vienne elle-meme a disparaitre sous l'effort d'une puissante centralisation politique, et las dernieres sources de la coutume se trouveront, par la meme, taries ». También, pág. 383: « En terminant mon exposé des elements de formation de la coutume juridique, je sens comme une necessité de m'excuser des dimensions, un peu inusitées, que j'ai du, bien contre mon gré, d'ailleurs, lui donner. A quoi bon, pourrait-on penser, ces developpements minutieux, au sujet d'une source aussi peu feconde et d'une application aussi rare pour l'epoque actuelle? »

(9) *Op. cit.* pág. 318: « ... dans l'ordre juridique moderne, tel que l'ont constitué en France les evenements politiques et toute notre evolution sociale, la coutume ne peut plus avoir, a premiere vue tout au moins, qu'un role excessivement restreint, lui assignant une position fort secondaire, pour la production de solutions nouvelles ». Id. pág. 324: « Nous connaissons assez maintenant l'essence de la coutume juridique, pur nous expliquer l'affaiblissement de son influence, dans la constitution de notre droit francais moderne ». Id. págs. 349-350: « ... Toute-fois, il convient d'observer encore, qu'en meme temps qu'en a diminue la necessité sociale, les conditions de l'existence de la coutume se sont elles-memes, pour ainsi dire, rarefiées, et que, dans l'etat actuel de notre civilisation, tout specialement en France, les elements de sa formation se rencontreront difficilement reunis. C'est ce que j'ai deja remarqué ..., et ce qui va ressortir mieux encore d'une determination plus precise des conditions de la vraie coutume juridique. Mais, s'il resulte de tout cela, qu'en fait la coutume, de nos jours et en notre pays, se trouve etre d'une aplicacion relativemente exceptionnelle, difficile a rencontrer dans toute sa purete ... ».

(10) *Op. cit.* pág. 345: « Il faut donc, je crois, penetrer plus avant dans la nature intime de la coutume, et montrer que ce phenomene repond a une veritable necessite sociale permanente, en meme temps qu'il est en harmonie avec les instincts profonds de l'humanite, et que, par les conditions memes de son existence, il satisfait tous les interets,

aliarse con la doctrina y la jurisprudencia, de un prometedor futuro, cuajado de posibilidades casi indefinidas ⁽¹¹⁾.

¿Cómo compaginar la necesidad natural de algo con su práctica desaparición y con la admitida casi imposibilidad de verificación y reunión de sus condiciones de existencia? Y esa Costumbre apoyada en la interpretación doctrinal y en la jurisprudencia ¿seguiría siendo la Fuente autónoma del Derecho nacida de la convicción social y expresada a través del comportamiento espontáneo de los particulares, o remitirá más bien a instancias normativas diferentes y a criterios de juridicidad cuyo valor no necesita colmar los elementos ni cumplir los requisitos propios de la Costumbre?

Es éste último un aspecto que quisiéramos dejar debidamente subrayado desde este momento. No pretendemos, en absoluto, la reducción del Derecho a la Ley; no vamos a negar el valor de lo consuetudinario ni la necesidad de que la Ley, en íntima sintonía con lo social, busque su inspiración (fuente material) en las convicciones y hábitos arraigados en la sociedad. Lo que nos cuestionamos es si, de acuerdo con el sentido de la enunciación legal de las Fuentes, la Costumbre sigue siendo hoy Fuente autónoma del Derecho en

qui sont en jeu dans l'organisation juridique positive ». Id. pág. 347: « D'après ce qui precede, nous pouvons dire, que la puissance de la coutume juridique, comme source de droit objectif, reside dans la nature des choses, et, par la meme, s'impose a l'interprete ». Id. pág. 348: « Les raisons, d'ordre essentiellement sociologique, qui justifient la coutume comme source formelle de droit privé objectif, etant issues de la nature meme des choses, presentent un caractere general et s'imposent en toute organisation juridique ». Id. pág. 350: « Il importait de metre en plein relief cette verité, si naïvement meconnue par la grande majorité de notre doctrine. La coutume se trouvant possé comme source irrecusable de droit positif, l'interprete ne saurait oublier son existence et negliger de la faire entrer en ligne pur la solution des problemes juridiques ».

⁽¹¹⁾ *Op. cit.* pág. 329: « Mais, des a present, je prierai que l'on considere que, si les usages, appuyes sur une jurisprudence fortement assise our sur une doctrine nettement affirmée, prennent, par la meme, une couleur bien nette de coutume juridique, il en va resulter una source, fort abondante, quoiq'encore trop ignorée sans doute, de ce droit coutumier, que nous cherchons a saisir dans ses manifestations actuelles ». Id. pág. 383: « Ce domaine, en quelque sorte, moderne, susceptible d'application actuelle et d'une extension presque indefinie dans l'avenir, j'estime qu'on peut l'assigner a la coutume, quand elle s'appuie sur le developpement scientifique de l'interpretation juridique elle-meme ... a mon sens, la doctrine et la jurisprudence sont capables de servir de base ferme a des usages, qui, moyennant les conditions précisées ci-dessus, devront etre tenus pur coutumes obligatoires et s'imposant a l'interprete ».

sentido formal. La enunciación y jerarquización de las Fuentes está conectada en el Derecho moderno — como es bien sabido — a la necesidad de asegurar un fallo que, respetuoso con la organización del Estado, garantice al litigante la justicia y la seguridad derivada de la aplicación de un Ordenamiento que se reputa legítimo en sí mismo y al alcance del conocimiento de todos; un fallo predecible por tener que aplicar norma jurídica pública y conocida. Desde este punto de vista la determinación de las Fuentes responde a la pregunta sobre el *ubi jus*: el *unde jus* o el *quale jus* quedan fuera de su perspectiva propia. ¿Dónde encontrar la norma aplicable? ¿Cómo y a través de qué cauces se manifiesta hoy la norma general de Derecho? Estas son las preguntas que, prohibida la denegación de justicia so pretexto de silencio u oscuridad de la Ley, determinan la enumeración y jerarquización de las Fuentes *formales* del Derecho. ¿Es posible desde estas perspectivas considerar hoy a la Costumbre Fuente formal del Derecho: cauce a través del cual discurre y se manifiesta la norma jurídica general?

Ultima observación introductoria: Nuestra reflexión pretende partir de la experiencia española del régimen de Fuentes. En medio de un ambiente de crispación y de polémica, que tuvo bastante más que ver con el problema político del respeto a las peculiaridades forales arraigadas en nuestra historia que con el estricto problema del valor y posibilidades de la Costumbre en el Derecho codificado de una democracia parlamentaria, a última hora y algo subrepticamente, va a introducirse a «la costumbre del lugar» en el art. 6º del Código Civil, como Fuente supletoria de primer grado, por delante de los Principios Generales del Derecho. ¿Con qué virtualidad o resultado? La experiencia de todo un siglo de jurisprudencia puede proporcionarnos la mejor respuesta. Aunque no hacen falta dotes proféticas para adivinar que, reconocidos los Derechos Forales, producida su compilación, y, en nuestro días ya, admitida la posibilidad de su actualización y desarrollo legislativo (art. 149, 1, 8 de la Constitución), el cauce consuetudinario, inicial y provisionalmente previsto para su conservación, ha resultado inútil, quedando vacío y seco. Tan pobre imagen de sí ofrecía la Costumbre, y tan desvaídos resultaban ya sus peculiares rasgos, que cuando a la altura de los años 1973-74 se modifica al Título Preliminar de nuestro Código Civil, el legislador va a pretender revitalizarla asimilando a

ella «los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad» (art. 1, 3 CC). Pero ¿son Costumbre y usos normativos una misma cosa? ¿Es la normatividad del uso la propia de la norma general de Derecho? Preguntas que vuelven a provocar la reflexión que aquí nos proponemos y cuyo encuadre quedará completo cuando la situemos en el marco de nuestra Constitución de 1978.

2. *Previamente y en general: obstáculos que en el Derecho moderno se alzan contra el juego de la Costumbre como Fuente formal del Derecho.*

Queremos hacer partir nuestro discurso del plano más elemental, allí donde, sin necesidad de entrar todavía en el análisis detallado de los textos positivos, la exclusión de la Costumbre resulta de la experiencia inmediata y con la fuerza persuasiva de las intuiciones evidentes. Nos referimos a la radical inadecuación entre la Costumbre como Fuente formal del Derecho, sus presupuestos de nacimiento y condiciones de formación — de una parte — y, de otra, las características sociológicas, políticas y jurídicas de la sociedad moderna. Los datos de nuestra observación son tan conocidos y sobresalientes que apenas basta su simple indicación.

Es de todos admitido que la Costumbre, en su función de Fuente, es propia de épocas primitivas de cultura poco desarrollada y de relaciones elementales y estables. Las sociedades modernas, por el contrario, se caracterizan por la complejidad de las relaciones que en su ámbito se desenvuelven y por el ritmo progresivamente acelerado de su evolución. ¿Puede amoldarse la Costumbre a las condiciones de vida de las sociedades actuales? Pensemos sólo en un dato: La Costumbre, en su contextura histórica, era norma de muy lenta formación y larga implantación (*longeva consuetudo, inveterata consuetudo*): «Costumbre es derecho — decía de ley 4, título 2, Partida I — que han usado los omes luengo tiempo». Va precedida de un uso arraigado en los hábitos sociales tras su espontánea y progresiva implantación. ¿Admite el ritmo de la vida actual, y los problemas que en ella se plantean, una norma de formación e implantación tan lenta? ¿Soportaría la situación de indefinición y de

incertidumbre que se produciría en las fronteras entre el simple uso, incipiente o en progresión, y la Costumbre ya arraigada?

Un par de ejemplos extraídos de nuestra experiencia histórica pueden ilustrar lo que decimos. Nuestra Ley de Matrimonio Civil, de 1870, constituyó uno de los más agudos y característicos supuestos de tensión y enfrentamiento entre sociedad y Ley; tensión que a veces se ha presentado como exponente de una lucha librada en terrenos de la Costumbre y resuelta con la victoria de la sociedad sobre la Ley a través de la *desuetudo* ⁽¹²⁾. Que la sociedad resistió a la Ley es evidente; pero también lo es que la lucha no se revolió con las armas del Derecho consuetudinario ni en favor de la Costumbre: a los cinco años de su entrada en vigor — antes, por tanto, de que según el Derecho de Partidas pudiera entenderse formada Costumbre en contra — la Ley tuvo que ser sustituida. Años más tarde, adentrados ya en nuestro siglo, va a producirse el hecho que puede servirnos aquí de segundo ejemplo: En los primeros pasos del Derecho del Trabajo, nuestra Ley de 22 de julio de 1912, reguladora de la competencia y procedimientos ante los Tribunales Industriales, tras presumir la existencia de contrato entre al empresario y el trabajador, disponía (art. 7, 3) que, a falta de estipulación escrita o verbal, se atendería el Tribunal a los usos y costumbres de cada localidad en la respectiva clase de trabajo. La jurisprudencia, que vió en esta disposición una aplicación del genérico art. 6^a del C.C., en su redacción originaria, saludó la reaparición en este ámbito de una Fuente que parecía llamada a su irremediable condenación en el olvido: «Este precepto, que es repetición del principio que informa el art. 6 del Código Civil — dirá la sentencia de 29 de septiembre de 1925 — se ha inspirado en la necesidad impuesta por la deficiencia existente en nuestra legislación escrita respecto a normas jurídicas en el contrato de trabajo, más sentida a medida que las industrias adquieren desarrollo y los conflictos sociales mayor frecuencia, *revelando tal reaparición de la costumbre en la vida jurídica*, que resiste aquella los anatemas de la filosofía y la condenación que la misma legislación consagra en el precedente artículo del mismo

⁽¹²⁾ Así, COSSIO: *Instituciones de Derecho Civil I*, revisado y puesto al día por COSSIO MARTINEZ y LEON ALONSO, Madrid 1988, pág. 93. SANCHO REBULLIDA, en LACRUZ y otros: *Elementos de Derecho Civil I*, 1 Barcelona 1988, pág. 191.

Código» (13). Una visión con más perspectiva habría evitado la precipitación de este saludo. El peso de la realidad, el empuje del fenómeno social cuya regulación se hacía necesaria, su evidente repercusión política y el radical enfrentamiento que suponía entre sus antagónicos protagonistas, hicieron necesariamente estallar el molde consuetudinario. Antes de que pudieran entenderse fundadas auténticas Costumbres, de nacimiento espontáneo e implantación generalizada, hubo de intervenir la Ley encuazando en mínimos coactivos la protección de los trabajadores.

Los presupuestos de la organización política moderna, no menos que los estrictamente sociológicos, implican igualmente la imposibilidad de que la Costumbre desempeñe al día de hoy su antigua función de Fuente autónoma del Derecho. Si el feudalismo hizo posible que, en su mantenido forcejeo con la Ley, la Costumbre llegara a imponerse momentáneamente, el nacimiento y afianzamiento de los Estados nacionales va a suponer la reanudación de ese pulso que ya parecía decidido, y la inversión de su anticipado resultado. En la película de nuestro Derecho histórico, las Partidas recogen el momento de mayor fuerza de la Costumbre (P I, 2, 6: *e aun ha otro poderío muy grande que puede tirar las leyes antiguas que fuessen fechas antes que ella*); la Ley 1 del Título 28 del Ordenamiento de Alcalá, así como la Ley 1 de Toro (14), manifiestan la resistencia de la Ley y su afirmación sobre la Costumbre en una tensión, aunque ya irreversiblemente orientada en favor de la norma legal, todavía mantenida en tiempos de Felipe V (15), y que no quedará definitivamente resuelta hasta la consagración del monopolio del Derecho por el Estado moderno y su formulación completa en la Ley, Fuente que se entiende ser la expresión de la soberanía popular. La Codificación, en su intento de comprender en un

(13) Según el originario art. 5^a del Código Civil: «Las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores, y no prevalecerá contra su observancia el desuso ni la costumbre o práctica en contrario».

(14) Ambas se recogen en la Novísima Recopilación III 2, 3.

(15) Novísima Recopilación III, 2, 11: «Todas las leyes del Reyno, que expresamente no se hallen derogadas por otras posteriores, se deben observar literalmente, sin que pueda admitirse la excusa de decir que no estan en uso, pues así lo ordenaron los Señores Reyes Católicos y sus sucesores en repetidas leyes, y yo lo tengo mandado en diferentes ocasiones».

cuerpo legal unitario, sistemático y completo, la totalidad de un Derecho cerrado y sin fisuras es el más claro exponente de esta concentración del Derecho en la Ley. La tendencia de los grandes Códigos a su autointegración, así como su habitual disposición final derogatoria de todo el Derecho anterior, manifiestan inequívocamente su consciente y explicitada autoconciencia de cuerpo normativo suficiente y único. Se comprende entonces perfectamente que en esa manifestación del Estado moderno que es la Codificación, se niegue a la Costumbre, por regla general, la condición de Fuente autónoma de un Derecho que, por definición, estaría llamado a vivir fuera del Código y como un Derecho paralelo. Otra cosa es que los diferentes Códigos, inteligente y pragmáticamente, confíen al uso la última determinación del mandato legal-normativo en cuestiones de menor repercusión general; o que ordenen atender a los usos en cuanto los mismos pueden significar modelos de comportamiento a tener en cuenta para la interpretación de las obligaciones contractuales. Pero resulta claro que todo esto, más que reconocer a la Costumbre como Fuente autónoma, significa atraer hacia el Derecho legislado el dato consuetudinario y fundamentar en la autoridad de la Ley la dimensión normativa del uso.

Razones, finalmente, de la más estricta técnica jurídica cooperan hoy al desplazamiento de la Costumbre, incluso en su último reducto: el de su función de auxilio a la Ley, en tanto que Fuente supletoria. De una parte, porque a la inadecuación de la Costumbre a las condiciones actuales de vida, hay que añadir el hecho de la actual proliferación legislativa. Hace más de un siglo, cuando en España todavía no contábamos con el Código Civil, pudo decir Gutierrez Fernández que « apenas se concibe que haya acto alguno importante en la vida de un pueblo que pase desapercibido para el legislador » (16). ¡Cuánto más verdad es esta afirmación al día de hoy! ¿Qué materia puede hoy imaginarse cuya regulación, entendiéndose necesaria y por no existir legalmente establecida, hubiera de encontrarse en la Costumbre? Pero no es solamente eso: Es que, además, la formulación codificada del Derecho genera por sí misma una dinámica de expansión y desarrollo de la Ley codificada que

(16) GUTIERREZ FERNANDEZ, B.: *Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil español* I. Madrid 1862, pág. 123.

lleva, como inevitable secuela, al arrinconamiento de la Costumbre en tanto que Fuente supletoria. El hecho es interesante y merece ser resaltado. En los inicios de la Codificación la Ley recelaba claramente de la jurisprudencia y parecería dispuesta a dar preferencia sobre ella a la Costumbre para la tarea, indeseada pero inevitable, de su propia integración. Pues bien, la experiencia se ha encargado de demostrar que la jurisprudencia, más que antagonista a recelar, es la mejor aliada de la Ley en orden a su flexible adaptación y a su integración a través de la analogía. La jurisprudencia, pues, de este modo, y en la misma medida en que contribuye al afianzamiento y extensión de la Ley, evita la necesidad de la función supletoria antes más generosamente confiada a la Costumbre ⁽¹⁷⁾. La manifestación de todo ello es que hoy, como certeramente se ha indicado en la doctrina francesa — y con igual acierto podría indicarse en la nuestra — lo que se extiende sobre el terreno no ocupado por el Derecho escrito es la sombra dominadora de la jurisprudencia ⁽¹⁸⁾. La reforma del Título Preliminar de nuestro Código Civil puede proporcionarnos un indicio de lo dicho: la jurisprudencia, omitida absolutamente en 1889, aparece junto a las Fuentes en 1974, desempeñando una función « complementadora » del Ordenamiento; mientras que, sintomáticamente — aunque en contradicción con la confesada voluntad de potenciar el juego de la Costumbre como Fuente — la Costumbre, que en 1889 entraba en acción, siempre que no hubiera Ley « exactamente » aplicable, debería ahora — si fuera cierta la interpretación que a veces se ha propuesto de la omisión en el texto reformado del adverbio « exactamente » ⁽¹⁹⁾ — ceder el paso a la analogía como medio de integración preferente.

⁽¹⁷⁾ Cfr. ENNECCERUS-KIPP-WOLFF: *Derecho Civil (Parte General)*. trad. esp. con anotaciones de PEREZ GONZALEZ y ALGUER, Barcelona 1953, I. pág. 146: « A esto hay que añadir que en la actualidad el derecho consuetudinario es superfluo en buena parte también en cuanto a su función de llenar lagunas y de rectificar los mandatos de la ley. Así resulta del margen de libertad del juez dentro de la ley, que es uno de los postulados de la moderna ciencia de la interpretación y de la jurisprudencia actual ».

⁽¹⁸⁾ CHAPUS, R., en el prólogo a TEBOUL: *Usages et coutume dans la jurisprudence administrative*. París 1989, pág. XIV.

⁽¹⁹⁾ En opinión de BATLLE VAZQUEZ, M.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, T. I Madrid 1978, pág. 53: « al haberse suprimido en la nueva redacción el adverbio “ exactamente ”, se ha suscitado la duda ».

A la vista de todo lo anterior nos parecen que son muchos, y muy difícilmente superables, los obstáculos que hoy se alzan contra el juego de la Costumbre como Fuente del Derecho. Siendo ello así, muy poderosas habrían de ser las razones que pudieran convencer sobre su subsistencia en condición de Fuente. A nuestro juicio tales razones no existen, y, manteniéndonos en el mismo tono general de esta primera aproximación al problema, debemos dejarlo ahora razonado.

Habría, en efecto, un primer orden de argumentación en favor de la Costumbre, cuyo denominador común consistiría en la afirmación de la necesidad de armonía entre lo que termina por imponerse socialmente como hecho y el Derecho. Derecho y sociedad estarían en relación necesaria, no sólo de mera existencia, sino de comunidad de orientación básica. Al clásico *ubi societas ibi jus* habría de añadirse: *sicut societas, ita et jus*. ¿Es posible, podría preguntarse, que lo que progresivamente toma cuerpo hasta imponerse en los hábitos sociales pueda dejar de ser elevado a regla de Derecho e incorporado a la misma?

Si se observa con algo de atención, bien pronto se capta que en esta línea de argumentación se está maneniendo algo bien distinto a la autonomía de la Costumbre como Fuente formal del Derecho. La tendencial ley de la conversión del hecho en Derecho, o la exigencia de armonía entre sociedad y Derecho, únicamente llevan a la consideración de la Costumbre como fuente *material* de Derecho; fuente aportadora del contenido material que terminará por discurrir y expresarse a través de las Fuentes *formales* del Derecho. En el tratamiento doctrinal de la Costumbre y de las Fuentes del Derecho no es infrecuente, en efecto, ver a la Costumbre revoloteando en torno a las demás Fuentes, o, a la inversa, comprobar a las distintas Fuentes involucradas en lo que se presenta como el papel creador de la Costumbre. En el fondo, la explicación de este dato es fácilmente comprensible: un Derecho apenas desarrollado, y mucho menos el Derecho de nuestros días, no admite la tosquedad ni la imprecisión de esa especie de Fuente «en bruto» que sería la Costumbre. El

Por la prioridad de la analogía sobre la aplicación de la Costumbre se manifiesta RUIZ VADILLO: *La costumbre en el Código Civil español después de la reforma*. Pretor, 1974, págs. 9, 12, 34-35.

contenido consuetudinario del Derecho necesita revestir hoy la forma que le proporcionan las Fuentes formales para, así revestido, — como moneda acuñada — poder circular en Derecho.

Basten, en ilustración de lo dicho, unas muy elementales observaciones históricas. La más clara muestra de la vocación de integración de la Costumbre en la Ley, o de la llamada a la asunción en el Derecho escrito del contenido jurídico de origen consuetudinario, la encontramos en los mismos orígenes del Derecho Romano. La Ley de las XII Tablas recoge Derecho consuetudinario, y durante todo el periodo del Derecho clásico, la Costumbre, al resultar embebido su contenido en las restantes Fuentes, no necesita figurar en la relación de estas ⁽²⁰⁾. La Costumbre comienza a levantarse como Fuente en las provincias, allí donde la autoridad romana llega con menos fuerza y donde la legislación imperial entra en conflicto con los Derechos locales ⁽²¹⁾. Más adelante, cuando en el Derecho medieval la Costumbre llega al cenit de su trayectoria histórica, va a verse en ella una especie de estadio intermedio en la evolución de la norma jurídica: *Como de las letras nasce verbo, e de los verbos, parte; e de la parte, razón; asi nasce del tiempo uso; e del uso, costumbre; e de la costumbre, fuero* (Partidas I, 2). En efecto, «*Fuero es cosa en que se encierran dos cosas que avemos dicho, uso e costumbre, que cada una de ellas a de entrar en fuero para ser firme*». Y es que el Fuero es «*más paladino que la costumbre ni el uso, e mas concejero: ca en todo lugar se puede dezir e entender*» (Partida I, 2, 7). No es indiferente tampoco, desde este punto de vista, que en las mismas Partidas se exija — P. I, 2, 5 — como requisito de normatividad en la Costumbre, que por ella se hayan resuelto al menos dos pleitos: ¡Es que la Costumbre necesita salir de la inseguridad en que se movería mientras, siendo sólo Costumbre y careciendo de revesti-

⁽²⁰⁾ D'ORS, A.: *Un punto de vista para la historia del Derecho consuetudinario en Roma*, RGLJ 1946, págs. 499 ss., esp., pág. 504: «*Quiere esto decir que durante toda la época clásica, los mores, la consuetudo, no se pueden concebir en la sistemática de la teoría jurídica como fuente independiente y opuesta a las otras fuentes creadoras del Derecho, sino que todas estas fuentes, por el contrario, viven precisamente del fondo que los mores les ofrecen, o, en todo caso, compenetradas íntimamente con ellos*»; pág. 507: «*... la costumbre se infiltraba en el jus de una manera naturalísima ... sin que pudiera ser considerada fuente independiente*».

⁽²¹⁾ De nuevo, D'ORS: *op. cit.* pág. 508.

miento formal alguno, pudiera plantearse alguna duda sobre el cumplimiento en ella de todos sus requisitos! Finalmente, y por lo que hace a la que suele presentarse como la gran ofensiva del Derecho consuetudinario en los tiempos modernos, hay que destacar que lo que la Escuela Histórica opone frente al impulso arrollador de la Codificación, no es la conversión de la Costumbre en la gran Fuente formal del Derecho, sino la necesidad de que el Derecho, que por fuerza habrá de ser un Derecho contenido en Ley, reciba su inspiración de la Costumbre, expresiva ésta del espíritu y de la personalidad del pueblo. La atención a la Costumbre no hace ociosa — testigo Savigny ⁽²²⁾ — la existencia de la Ley: misión de ésta será formular el Derecho nacido materialmente de la Costumbre. En nuestra doctrina así interpretó la regulación dispositiva contenida en el Código Civil un tan entusiasta defensor de la Costumbre como D. Joaquín Costa ⁽²³⁾.

Y lo dicho hasta ahora en relación con la Ley, vale igualmente en relación con esas otras a veces, y con cierta laxitud, llamadas Fuentes del Derecho: la jurisprudencia y la doctrina. Bien porque se entienda, con Savigny o con Puchta, que los autores traducen y dan forma a la consciencia del pueblo, bien porque, con Windscheid o con Geny, se considere que la práctica de los juristas y la elaboración de la jurisprudencia pueden, con su influjo, inducir los usos que constituirán la Costumbre, lo cierto será que siempre se apone a ésta el complemento de un elemento, formulador solamente, o formulador e inspirador al propio tiempo, que, en definitiva, termina por reducir a la Costumbre a fuente material o contenido de lo que

(22) SAVIGNY: *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y ciencia del Derecho*, trad. esp. de Adolfo POSADA. Buenos Aires S./d. págs. 145-146: «... la legislación civil no debe, por tanto, considerarse en manera alguna como supérflua. Dejando a un lado las leyes para fines políticos (que no entran aquí) se podría perseguir con ella un doble objeto: decidir las contiendas y formular las antiguas costumbres... El segundo objeto de la legislación sería el de formular el derecho consuetudinario, sobre el cual ejercería de este modo una dirección semejante a la que en Roma ejercía el Edicto ».

(23) COSTA, y otros, en el *Dictamen sobre Costumbre y Jurisprudencia*, en « El Congreso Jurídico español », recogido en la obra: *Derecho consuetudinario y economía popular de España I*. Barcelona 1902, pág. 382. A la misma idea se refiere en *Renovación del Código por la Costumbre*, en « La libertad civil y el Congreso de juriconsultos aragoneses », Madrid 1883, pág. 185.

formalmente transcurre por el cauce de otra, así considerada, Fuente formal ⁽²⁴⁾. Concretamente en la obra de Geny es claramente perceptible una especie de conversión, desde el escepticismo inicial en materia de Costumbre, hasta el convencimiento de su valor de presente e incluso de su indefinida potencialidad de expansión en el futuro. Pero — tan curiosa como necesariamente — esa Costumbre hoy lozana y con un prometedor futuro, no puede ser otra que la Costumbre inducida, auxiliada y expresada en la doctrina y en la jurisprudencia formada en torno a la Ley ⁽²⁵⁾.

Si, como venimos diciendo, la necesidad de armonía entre sociedad y Derecho no lleva a la exigencia de que la Costumbre, superando los obstáculos que hoy se oponen a ello, tenga que ser

⁽²⁴⁾ En SAVIGNY, la conexión Costumbre-doctrina, y la función de ésta como formuladora de la primera, puede verse en la conclusión de *Von Beruf ...*, pág. 71 de la trad. esp. *supra* cit.: « En cuanto al fin estamos de acuerdo: queremos la fundación de un Derecho no dudoso, seguro contra las usurpaciones de la arbitrariedad. Para este fin desean ellos un Código ... Por mi parte veo el verdadero medio en una organización progresiva de la ciencia del Derecho ». También en el *System des heutigen römischen Rechts*, 1, Berlín 1840, págs. 90-91: « Welche äussere Veranlassung solche Forschung hat, kann dabei als gleichgültig oder untergeordnet betrachtet werden ob die Mittheilung des gewonnenen Resultats durch Lehre und Schrift, oder aber das Bedürfniss der Entscheidung eines entstandenen Rechtsstreits. In beiden Fällen also ist diese Forschung Organ des Gewohnheitsrechts, und zugleich ein Stück des wissenschaftlichen Rechts, indem bei gelehrten und besonders bei collegialisch gebildeten Gerichten jede Entscheidung einen wissenschaftlichen Character an sich trägt. Es bewärt sich also hierin die wesentliche Identität des Gewohnheitsrecht mit dem wissenschaftlichen Recht, welche oben als ein besonderer Charakter der neueren Jahrhunderte angegeben worden ist ». En PUCHTA, vid. *Das Gewohnheitsrecht*, I, 1928, págs. 165-166, y II, 1837, págs. 18-21. La concepción de WINDSCHEID, en *Diritto delle Pandette*, trad. it. y notas de FADDA y BENZA, Torino 1925, I, pág. 56; la de GENY, en *Methodé*, cit. págs. 384-387.

⁽²⁵⁾ GENY: *op. cit.* págs., e.c., 446: « D'un autre côté, a défaut des anciennes causes de la coutume, aujourd'hui disparues, n'aurions-nous point, je ne dirai pas comme coutume generale, mais comme source generatrice et toujours agissante d'une semblable coutume, une forte et solide jurisprudence, dominant la pratique, determinant l'opinion juridique des interesses (*opinio necessitatis*), capable de former, a coté de la loi et pour la completer, un courant puissant de creation juridique? J'ai deja laisse entendre... que, par la seulement, pouvait practiquement se constituer encore, a l'heure actuelle, un droit coutumier vraiment important... », o, antes, pág. 383: « Ce domaine, en quelque sorte, moderne, susceptible d'application actuelle et d'une extension presque indefinie dans l'avenir, j'estime qu'on peut l'assigner a la coutume, quand elle s'appuie sur le developpement scientifique de l'interpretation juridique elle-meme ».

considerada como Fuente formal del Derecho, tampoco la otra línea por la que a veces se ha argumentado en favor de esta consideración, logra, a nuestro juicio, su propósito. Pensamos en la afirmación, cara a D. Joaquín Costa y repetida hoy por Sancho Rebullida, de que el valor normativo de la Costumbre es pura consecuencia del principio de libertad civil. Para Costa, en efecto, el problema de la Costumbre es problema de soberanía popular y de libertad civil ⁽²⁶⁾; para Sancho Rebullida, a través de la preeminencia de la Costumbre sobre la Ley, el principio de libertad civil no se limita en el Derecho Navarro al régimen de los contratos, sino que se inserta en el sistema de las Fuentes del Derecho ⁽²⁷⁾. En nuestra opinión, tampoco ahora la argumentación es convincente: La soberanía popular lleva a residenciar en la voluntad social el poder de creación de las normas jurídicas; no alcanza, por el contrario, a imponer la consagración, como jurídicamente normativo, del comportamiento social reiterado. Más bien, la garantía de que el Ordenamiento refleja la voluntad popular, parece imponer los controles que resultan de la representación y del trámite parlamentario en la elaboración de la Ley. De otra parte, el principio de libertad civil debería conducir, más a la autonomía privada y a la expansión del ámbito de libertad del individuo, que a la reducción del mismo que se seguiría de la elevación de la Costumbre a la condición de norma jurídica ⁽²⁸⁾. Son temas, éstos, que tendrán que reaparecer más adelante. De momento podemos detenernos aquí reteniendo la idea que hemos pretendido resaltar en este lugar: los obstáculos que, de entrada y muy poderosamente, se oponen a la consideración de la Costumbre como Fuente formal autónoma en las circunstancias sociológicas, políticas y jurídicas de nuestros días. Esto advertido, procede continuar ahora nuestra reflexión apoyándola concretamente en los datos normativos que al respecto nos depara el Ordenamiento.

⁽²⁶⁾ COSTA: *Renovación del Código...*, cit. págs. 164-202, esp., págs. 167 ss.

⁽²⁷⁾ La Ley 2 de la Compilación del Derecho Foral navarro, proclama a la Costumbre como primera Fuente del Derecho, por encima de la Ley. La afirmación de SANCHO REBULLIDA puede verse en su estudio: *Tratamiento actual de las Fuentes del Derecho Civil Navarro*. Pamplona 1984, pág. 11.

⁽²⁸⁾ La Ley 8 de la misma Compilación Navarra dispone: « En razón de la libertad civil, esencial en el Derecho navarro, las leyes se presumen dispositivas ».

II. LOS DATOS NORMATIVOS EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

1. *El dato constitucional: Costumbre y democracia parlamentaria. La garantía constitucional de la seguridad jurídica.*

El contraste de la Costumbre con el modelo de la Constitución democrática puede llevar — de hecho ha llevado — a estimaciones opuestas. Hay, en efecto, una primera corriente que, destacando la peculiar intermediación de la Costumbre, como norma jurídica, respecto de la comunidad social que la crea y que se somete a ella ⁽²⁹⁾, concluye considerando existente una identidad de fondo entre la razón de obligar de la Costumbre y el principio democrático, que necesariamente habría de traducirse en el reforzamiento de la Costumbre desde la Constitución.

En nuestra doctrina moderna ha sido Joaquín Costa quien con mayor énfasis y más consecuentemente ha seguido esta línea. El problema de la Costumbre era para Costa, según ya aludimos, un problema de soberanía popular ⁽³⁰⁾, hasta el punto de que la negación de la Costumbre implicaría «la negación radical de régimen constitucional, pues niega la soberanía del pueblo, negando su ejercicio directo en la Costumbre ⁽³¹⁾: algo que sólo cabría en mentes ‘absolutistas’ » ⁽³²⁾. La razón es clara y parece deducirse con lógica impecable: la soberanía — dirá Costa siguiendo a Suarez — reside íntegra en el pueblo; la potestad del legislador es una emanación de aquella soberanía, y subsiste y es legítima en cuanto se contrae a representar a la comunidad social: el legislador no puede dictar leyes contrarias al interés o al sentir de la generalidad. Por

⁽²⁹⁾ La Costumbre — se dice en Partidas I. 2. 5 — es norma que «el pueblo quiere poner y usar della».

⁽³⁰⁾ COSTA: *Renovación del Código* ..., cit. pág. 167.

⁽³¹⁾ COSTA: *op. cit.* pág. 200.

⁽³²⁾ COSTA: *La ignorancia del Derecho*. Barcelona — Buenos Aires s/d pág., e.c., 90: «Y como la soberanía declarada o reconocida en la Constitución no es más que una palabra; como la soberanía, donde tiene su eficacia es en la vida, es claro que, negándola en la vida, aunque la proclamen en la Constitución, que es un papel, los liberales lo son sólo de aprensión, de hecho son absolutistas, sin más diferencia respecto de los devotos del régimen antiguo, que en vez de colocar la fuente viva, real de la soberanía en un rey, la trasladan a su persona en su calidad de órganos del Estado oficial».

ello, si el pueblo se abstiene de cumplir la Ley, o la desusa, o introduce Costumbre en contrario, es que el legislador se equivocó, y en tal caso no tiene derecho para aprisionar en aquellos moldes, que él ha fantaseado, la actividad de una nación, de una familia o de un individuo ⁽³³⁾.

A pesar de su aparente lógica, resulta muy claro que esta primera tendencia ⁽³⁴⁾ no acierta en la determinación del valor de la Costumbre en el actual Derecho y desde su contraste con el dato básico de la Constitución. Lo evidencia la que viene a ser su inevitable consecuencia: la de la supremacía de la Costumbre sobre la Ley y, consiguientemente, la de la admisión de la Costumbre *contra legem*. Cuando Costa la afirma no está, evidentemente, innovando; está, simplemente, arrastrando hasta el Derecho moderno el antiguo y tradicional régimen de la Costumbre ⁽³⁵⁾, no advirtiendo que el planteamiento de la relación entre Ley y Costumbre debe hacerse ahora sobre bases nuevas.

Por ello, la línea opuesta a la anterior nos parece preferible. No sólo porque evita la consecuencia, abiertamente ilegal en nuestro Derecho (arts. 1, 3 y 2, 2 C.C.), del reconocimiento de la costumbre *contra legem*, sino porque responde a una visión más exacta y completa del significado de la democracia como orden político nuevo, y de la Constitución como la norma que establece su base

⁽³³⁾ COSTA: *Dictámen ...*, cit. pág. 389.

⁽³⁴⁾ Algún reflejo de ella, también, en DE DIEGO: *El uso, los usos sociales y los usos convencionales en el Código Civil español*, Madrid 1920, pág. 48: « Desde que, y porque el Estado dió leyes, no por eso la sociedad enajenó en su provecho su facultad de formular el Derecho. Esta facultad, no por haberse constituido en función específica del Estado (poder legislativo) dejó de ser función común de la sociedad... ».

⁽³⁵⁾ Para el Derecho Romano, cfr. D I. 3. 32, 1, donde en texto de JULIANO, tras su conocidísima fundamentación de la autoridad de la Costumbre, se concluye: *Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacitu consensu omnium per desuetudinem abrogentur*. En el pensamiento medieval, la admisión de la Costumbre *contra legem* — admitida en nuestras Partidas I. 2. 6 — se razona por Santo Tomás — S. Th. 1-2 Q. 97, A. 3, i. c. — de siguiente modo: *Unde etiam et per actus, maxime multiplicatos, qui conseutudinem efficiunt, mutari potest lex, et exponi, et etiam aliquid causari quod legis virtutem obtineat: in quantum scilicet per exteriores actus multiplicatos interior voluntatis motus, et rationis conceptus, efficacissime declaratur... Et secundum hoc, consuetudo et habet vim legis, et legem abolet, et est legum interpretatrix*.

jurídica. Ahora, sin contradicción con la democracia sino más bien como consecuencia de la misma, se vendrá a entender que la Constitución, al concentrar en el Parlamento la función legislativa y proclamar a la Ley como la expresión de la soberanía popular, impide la consideración de la Costumbre como Fuente del Derecho⁽³⁶⁾.

Si históricamente, en efecto, Príncipe y pueblo podían entenderse como instancias normativas autónomas, y posiblemente antagónicas, el advenimiento de la democracia va a significar la concentración del poder normativo en el pueblo y el encauzamiento de su ejercicio a través del procedimiento parlamentario de elaboración de la Ley. Al ser, pues, la Ley el vehículo manifestador de la única instancia normativa constitucionalmente reconocida, el pueblo podrá servirse directamente de ella, sin necesidad ya de tener que recurrir a la Costumbre como forma de reacción, la única a su

(36) Cfr. DEMOLOMBE: *Cours de Code Napoleon. Traite de la publication, des effets et de l'application des lois en general* I Paris 1869, págs. 19-20 y 34-37, esp., pág. 36: « Il n'est pas conforme a nos principes constitutionnels, parce que la volonté nationale, qui fait la loi, ne peut se manifester que suivant les conditions et les formes déterminées par la Constitution ». FADDA y BENZA, en las notas a WINDSCHEID, *op. cit.* IV, 1926, pág. 8: « A ciò corrisponde pienamente il nostro organamento giuridico, consacrato in un legge fondamentale ... essa disciplina in modo completo e sistematico il funzionamento del potere legislativo, e lo riconosce esclusivamente nel concorso del Re e delle due Camere. Onde tale assetto vitale della sovranità nella sua più alta espressione apparisce incompatibile colla sussistenza di un'energia parallela ed anormale, la quale possa giungere al punto da paralizzare l'espresso divieto pronunciato in forma solenne dalle supreme potestà nazionali ». DE RUGGIERO: *Instituciones de Derecho Civil I*. trad. esp. Serrano Suñer y Santa-Cruz Teijeiro, Madrid 1979, pág. 86: « Si del campo teórico y general pasamos a estudiar la costumbre en el ordenamiento nuestro, bien diverso es el juicio que debe emitirse sobre las dos especies de costumbre, *praeter legem* y *contra legem*. A una costumbre *praeter legem* ... no podría reconocerse ningún valor en el ordenamiento constitucional italiano que con la división de poderes sólo a los órganos legislativos atribuye la facultad de dictar normas obligatorias ... y lo mismo para la costumbre *contra legem* ... La razón radica, no ya en el precepto del art. 5º ..., sino en los preceptos constitucionales por los cuales, como se ha dicho, sólo a los órganos legislativos, y con la observancia de las normas constitucionalmente fijadas, es conferida la facultad de crear Derecho ». En nuestra doctrina, cfr. CASTAN: *Derecho Civil*, I. 1, ed. 1975, pág. 454: « ... es notorio que las Constituciones políticas y el movimiento codificador moderno han relegado la costumbre a un puesto secundario frente a la ley, creando un procedimiento de elaboración legislativa que resulta incompatible con la formación consuetudinaria del Derecho ».

alcance, contra la norma jurídica indebidamente impuesta o en distonía con el común sentir social. A su vez, la relación pueblo-Parlamento, más que por el expediente puro de la representación, deberá explicarse a imagen del mecanismo y funcionamiento del órgano de la persona jurídica: No es, propiamente, que el pueblo delegue una facultad que, de otra forma, podría seguir ejercitando por sí mismo; es que el Parlamento es el órgano de formación y expresión de la voluntad social.

En vano podría, en contra de lo dicho, afirmarse que un pueblo sin posibilidad de ejercer directamente su voluntad normativa, manifestándola en la Costumbre, sería un pueblo al que se le habría secuestrado su soberanía ⁽³⁷⁾. La democracia, con su afirmación del primado de la Ley, no secuestra al pueblo su soberanía; justamente porque concibe que la tensión entre pueblo y norma no debe confinarse — extramuros de la Ley — a terrenos de la Costumbre, sino que ha de ser resuelta en el campo mismo de la Ley, permitiendo la formación de nuevas mayorías y el acceso de estas al ejercicio del poder legislativo. Entender otra cosa llevaría aquí a consecuencias abiertamente insostenibles que, entre nosotros, denunció De Castro en el debate en torno al valor de las Condiciones Generales de los contratos: ver en ellas una manifestación de los usos del comercio en su función de Costumbre normativa, supondría atribuir a los empresarios un privilegiado poder normativo, con grave subversión de la organización político-jurídica ⁽³⁸⁾. Y es que un sistema democrático y constitucional implica no sólo constituir al pueblo en titular del poder normativo, sino determinar, al mismo tiempo, el modo en que dicho poder ha de ejercerse. Sólo así se evitará, en principio, que pueda presentarse como voluntad popular

⁽³⁷⁾ Idea ésta que puede verse defendida en COSTA: *La ignorancia del Derecho...*, cit. págs., esp., 90-97.

⁽³⁸⁾ CASTRO: *Las Condiciones Generales de los contratos y la eficacia de las leyes*. Madrid 1975, pág. 24. Reflexiones parecidas, en GENY: *op. cit.* págs. 338-339, a propósito de la admisión excepcional de la fuerza normativa de la Costumbre en el Derecho mercantil: « ... L'organisme constitutionnel et le systeme legislatif comporteraient-ils au profit des commerçants, ou a propos des operations commerciales, une suoplesse, que l'on declare ne pouvoir leur appartenir dans les matieres du droit privé commun? C'est ce qu'on a jusqu'a present negligé d'expliquer ».

lo que en realidad responde únicamente al interés de grupos de presión.

Aquí llegados, podría objetárenos que, contra la orientación que venimos proponiendo, y por más que esta pudiera parecer convincente, en la realidad de nuestro Derecho se alza contra ella el dato insoslayable de que la Costumbre es elevada a la condición de Fuente en el art. 1º del Código Civil, y de que, tras el dato legal, la doctrina, sin lugar a dudas, le reconoce su valor normativo en defecto de Ley. ¿No debería, pues, buscarse alguna forma de conjugación y compatibilización entre el sistema constitucional democrático y la Costumbre como Fuente del Derecho? La respuesta afirmativa parece imponerse; otra cosa es que se la pueda fundamentar.

Un primer intento de compatibilización, de gran tradición histórica, podría ser el que, para fundamentar la fuerza normativa de la Costumbre, exigiera como requisito de la misma su aprobación, al menos tácita, por el Príncipe o por el legislador (*tacitus consensus Principis*, o *tacitus consensus legislatoris*). Con razón excluía Demolombe⁽³⁹⁾ esta posibilidad para el Derecho moderno. La fórmula, en efecto, podría valer cuando el Príncipe concentraba en sí mismo el poder legislativo y el ejecutivo. Podía entonces permitir el uso constitutivo de la Costumbre, e, implícitamente, *eo ipso*, autorizar la dimensión normativa del mismo, incluso *contra legem*. Por el contrario, tras la división constitucional de poderes y la regulación del modo de ejercicio de los mismos, el legislativo no puede manifestar su voluntad normativa más que expresamente y según los trámites del proceso de formación de la Ley; el ejecutivo, a su vez, aunque quisiera, no podría dar, con su aprobación, valor normativo al uso consentido o tolerado.

Una segunda forma de compatibilizar el sistema constitucional de creación del Derecho y la Costumbre como Fuente del mismo, sería la consistente en la reducción de la exclusión de la Costumbre a sólo aquella que, por ser superior a la Ley, pudiera imponerse

(39) DEMOLOMBE: *op. cit.* pág. 36: « Si, dans notre ancienne monarchie, le Roi, ayant a la fois le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, pouvait être presumer abroger tacitement la loi, par cela même qu'il tolérât un usage contraire, il n'en est plus de même aujourd'hui que la puissance législative est multiple et séparée du pouvoir exécutif ».

sobre la misma (*consuetudo contra legem*); o a la que, por ser igual a la Ley, pudiera, por su posterioridad respecto a ella, llegar a derogarla. A la Costumbre quedaría, pues, un reducido ámbito de supervivencia: el de la Costumbre *praeter legem*; y una única función a desempeñar: la de subsidiar a la Ley en beneficio del mismo sistema legal. Auxiliar, así, más que antagonista de la Ley, vendría de esta forma la Costumbre a manifestar la imposibilidad de que la Ley monopolice el Derecho, pero, al mismo tiempo, a afirmar el absoluto primado de la norma legal. En Francia, donde el *Code* no la erigió en Fuente, mantuvo Geny la imposibilidad de la total desaparición de la Costumbre: tan imposible ésta — entendía — como imposible es el ideal de la absoluta perfección e integridad de la Ley ⁽⁴⁰⁾. Para nuestro Derecho, donde el Código Civil erige a la Costumbre precisamente en Fuente supletoria de la Ley, la preservación de este ámbito de vigencia y de operatividad parecería imponerse necesariamente.

A nuestro juicio hay que distinguir en este punto con sumo cuidado. Pasando ya de lo que sería la argumentación desde la inspiración del sistema democrático y el espíritu de la Constitución que lo consagra y articula, al plano más determinado y concreto de nuestro Ordenamiento, podría considerarse como lo más seguro y acertado entender que el silencio de nuestra Constitución en torno a la Costumbre no debe interpretarse como exponente de la exclusión de la misma, sino que vendría a expresar tan sólo una concentrada atención a la Ley, en ninguna forma incompatible con la subsistencia de la Costumbre; mucho menos cuando Ley de tanta significación en materia de Fuentes como el art. 1º del Código Civil, expresamente la proclama como Fuente. ¿Son exactamente así las

⁽⁴⁰⁾ GENY: *op. cit.* pág. 349: « ... Donc, tout au moins pour subvenir à cette impuissance, pour combler les lacunes de la loi et en faciliter la sure application, la coutume conserve aujourd'hui son rôle nécessaire ». En nuestra codificación había mantenido esta postura SILVELA, en la discusión parlamentaria de la Ley de Bases de 1885. Cfr. ESPIAU ESPIAU, S.: *La introducción de la costumbre en el Título Preliminar del Código Civil español de 1889*, en Asociación de Profesores de Derecho Civil: 'Centenario del Código Civil', I. Madrid 1990, pág. 779: « La costumbre se crea necesariamente por falta de ley cuando la ley tiene un vacío », e inmediatamente agrega: « Cuando se hace un Código armónico, claro y moderno, como la costumbre no ha de suplir más que los vacíos de la ley, la costumbre tiene escasa importancia ».

cosas? Para responder hay primero que comprobar si efectivamente nuestra Constitución guarda silencio sobre la Costumbre, y, una vez visto esto, habrá que plantearse si el problema de la subsistencia de la Costumbre puede ser resuelto sin tomar en consideración más dato constitucional que tal silencio.

El primer punto podría, con sólo una salvedad, concederse. Se ha dicho que nuestra Constitución guarda «absoluto silencio respecto a la costumbre» (41): No es del todo exacto. En lugar algo insospechado, consagrando el derecho de los ciudadanos a ejercer la acción popular y a participar en la Administración de Justicia, nuestra Constitución se refiere en su art. 125 a «los Tribunales consuetudinarios y tradicionales». Alguna referencia, pues, y con posibilidad incluso de parecer importante, se hace en la Constitución a la Costumbre. En realidad no es significativa. Por dos razones: En primer lugar, por la muy reducida significación de estos Tribunales consuetudinarios (42). En segundo lugar — y con mayor interés desde el punto de vista de nuestra argumentación — porque la referencia a ellos en ninguna forma implica que la Costumbre pueda crear norma jurídica en el actual Derecho. Interesa aclarar este último punto: Distinto es que la Costumbre haya creado históricamente norma jurídica que hoy se siga considerando norma subsistente, a afirmar y entender que puede todavía continuar desempeñando ese cometido. En tal sentido, la referencia a los Tribunales consuetudinarios en el art. 125 de la Constitución vendría a proclamar que el Derecho, consuetudinariamente formado, en cuya aplicación tales Tribunales son competentes, es un Derecho subsistente y no abrogado; no alcanzaría, por el contrario, a fundamentar — si para ello existen obstáculos *ex alio capite* — que la Costumbre siga creando, en su ámbito y hoy día, nuevas normas jurídicas. Siendo ello así, puede fundadamente afirmarse que nuestra Constitución — aunque en ella se contenga la referencia ahora

(41) Así, MENDOZA OLIVAN: *Tipología de las leyes en la Constitución*, en *La Constitución Española y las Fuentes del Derecho*, I.E.F. 1979, I. pág. 80.

(42) Cfr. ALMAGRO NOSETE, en ALMAGRO y otros: *Derecho Procesal I*. 1, Valencia 1987, pág. 37: «Pese al énfasis de la declaración y al género plural que emplea, en realidad, este precepto prácticamente se refiere al Tribunal de Aguas de la Vega Valenciana (art. 18, 3 de la LOP)».

indicada al Derecho consuetudinario — guarda absoluto silencio sobre la Costumbre en tanto que Fuente *actual* del Derecho; en tanto que creadora, hoy, de norma jurídica general.

Sólo queda, entonces, interpretar tal silencio. Lo primero que cualquiera advierte tras la simple lectura de la Constitución es cómo también en ella se produce ese más extendido fenómeno, perceptible también en el Título Preliminar del Código Civil y, en general, en la literatura jurídica; fenómeno — decíamos — de confusión entre norma jurídica y Ley, o de inconsciente e intuitiva identificación de la primera en la segunda (43). El art. 9, 3 CE, al proclamar las garantías jurídicas, habla de un principio de legalidad y de una publicidad de las normas, que parecerían concebidas desde la Ley y para la Ley, o, lo que es igual, desde la existencia exclusiva de la Ley como forma única de la norma jurídica. El hecho es sintomático en sí mismo y, más aún, unido al dato del silencio de la Constitución en torno a la Costumbre. Sin embargo no debe llevarnos a conclusiones precipitadas. Admitimos, con Díez-Picazo (44), que ni la proclamación del principio de legalidad implica la exclusión de toda Fuente que no sea la Ley, ni el requisito de la publicidad de las normas debe entenderse exclusivamente desde el modelo de la publicación oficial de la norma escrita. No se cierra, pues, por aquí el camino a la Costumbre. Proclamada ésta como Fuente en el Código Civil, y sin manifestación alguna en el periodo constituyente de voluntad de reformar en este punto, no parecería razonable mantener una interpretación literalista de la Constitución que redujera a la Ley las Fuentes del Derecho; o una valoración de su silencio en torno a la Costumbre, como exponente de su voluntad de proscribirla.

¿Queda sí resuelto el tema? A nuestro juicio, no. En nuestra opinión debe tomarse todavía en consideración otro dato constitucional, cuya ponderada y justa apreciación no va a suponer, sin duda, manifestación alguna de la voluntad expresa y consciente del

(43) Los arts. 3 y 4 del C.C., bajo la rúbrica « Aplicación de las normas jurídicas », y haciendo ambos referencia a « las normas », están evidentemente concebidos pensando en la Ley; el art. 6, « Eficacia general de las normas jurídicas », está, todo él, referido a la Ley...

(44) DIEZ-PICAZO: *Constitución y Fuentes del Derecho*, en *La Constitución española y las Fuentes del Derecho*, cit. págs. 653-657.

constituyente contraria a la Costumbre, pero que puede, no obstante, suponer un obstáculo, seguramente insuperable, a la posibilidad de que ésta siga desempeñando hoy su función de Fuente, ni siquiera en la condición de Fuente sólo supletoria. Nos referimos a la garantía constitucional — también proclamada en el art. 9, 3 — de la seguridad jurídica. Habría que contrastar, desde nuestro concreto Ordenamiento, la dimensión normativa de la Costumbre con las exigencias impuestas por la garantía constitucional de la seguridad jurídica; y — obsérvese — el resultado obtenido de tal contraste sería predicable de la Costumbre en cualquiera de sus formas de relación con la Ley (*praeter, secundum o contra legem*). La razón es clara: en tal contraste se habrá atendido a la Costumbre en su aspecto formal, como cauce o Fuente del Derecho, con independencia de cuál sea su concreto contenido.

¿Y cuál es el resultado al que nos venimos refiriendo? A nuestro juicio se impone inmediatamente y por sí mismo, aunque, curiosamente, la doctrina, que es unánime en los datos contrastados, evita llegar a las últimas consecuencias de su puesta en mutua relación. ¿Puede dudar alguien que la seguridad jurídica exige certeza en torno a la norma general de Derecho? ¿Puede dudar alguien que la Costumbre es, más en nuestro actual Derecho, un vehículo incierto para la creación y manifestación del Derecho? Sin embargo, ¿qué pocos son los que lleguen a poner en duda o a negar que la Costumbre pueda funcionar hoy como Fuente! Y tal negación se impondría como inevitable consecuencia con sólo formular las anteriores preguntas como premisas de un silogismo construido en la forma más elemental.

Vayamos a la premisa mayor. Poco y no siempre preciso es cuanto en nuestra doctrina se ha dicho sobre la seguridad jurídica. A nuestro juicio se impone en este punto una clara distinción: la del peculiar significado de esta expresión en la técnica, respectivamente, del Derecho Público y del Derecho Privado. En Derecho Privado la seguridad jurídica viene a constituirse en categoría técnica al significar uno de los polos de la tensión, magistralmente descrita por Ehrenberg ⁽⁴⁵⁾, entre la seguridad de los derechos (*Rechtssicherheit*)

⁽⁴⁵⁾ EHRENBURG: *Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit*, en *Iherings Jahrb.*, 1904, págs. 273-338.

o seguridad estática, y la seguridad del tráfico (*Verkehrssicherheit*) o seguridad dinámica: el derecho cuya seguridad está ahora directamente en causa es el derecho con minúscula o derecho subjetivo. Cuando de seguridad jurídica se habla en el ámbito del Derecho Público, es, en cambio, al Derecho con mayúscula, como conjunto normativo o Derecho objetivo, al que se hace directa referencia. Entonces se dice que la seguridad jurídica equivale a « predictibilidad », y que engarza con la proliferación del bloque normativo ⁽⁴⁶⁾. Predictibilidad, hay que entender, en cuanto a lo que sería el resultado de la aplicación de la norma; y engarce con la proliferación del bloque normativo, en cuanto ésta permite la mayor concreción del contenido de la misma norma. La seguridad jurídica es así seguridad en torno al Derecho, y aparece, por ello, formando bloque con el principio de legalidad, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones no favorables, la responsabilidad de los poderes públicos y la interdicción de la arbitrariedad.

Todo ello permite entender que la seguridad jurídica tiende a verter en Ley el contenido todo del Derecho; pero, sobre todo, ello mismo permite afirmar — en nuestra opinión, sin lugar a dudas — que la seguridad jurídica es incompatible con la admisibilidad de una norma que, por la imprecisión de sus elementos y requisitos, pueda resultar incierta en su misma existencia. Esto es lo que como premisa mayor queríamos dejar establecido.

A su vez, la premisa menor no es menos clara: la Costumbre, más en el actual Derecho, sería una norma jurídica incierta. La incertidumbre, en efecto, ha sido nota que siempre, más o menos

⁽⁴⁶⁾ Así, VILLAR PALASI y SUNE LLINAS, en el comentario al art. 9, 3 de la Constitución, en los *Comentarios a las Leyes políticas*, dirigidos por O. ALZAGA, ' Constitución española de 1978 ' I, Madrid 1983, pág. 379. En esa misma página, y en la siguiente, se comprueba la — a nuestro juicio — confusión entre los dos sentidos, público y privado, de la seguridad jurídica: la seguridad jurídica, se dice, encuentra sus límites en otros valores o principios, como el de justicia; la tensión entre seguridad y justicia aparecería en la usucapión: la seguridad impone que el continuado propietario aparente se convierta en propietario verdadero. En nuestra opinión es esta una tensión que nada tiene que ver con la de la seguridad del Derecho o de la norma jurídica aplicable al caso, y sólo a esta seguridad se refiere el art. 9, 3 de la Constitución. En general, sobre la seguridad jurídica, en nuestra doctrina más reciente, PEREZ LUNO: *La seguridad jurídica*. Barcelona 1991.

intensamente, ha acompañado a la Costumbre. La redacción de las XII Tablas responde, como es sabido, a la exigencia de la plebe romana en reacción contra la inseguridad de un Derecho de origen y plasmación sólo consuetudinaria y de formulación y aplicación por un grupo poderoso de iniciados en cuyas manos resultaba fácilmente maleable y necesariamente esotérico. De todas formas, se dirá, no es ésta una dificultad insuperable: una vez redactada la norma de origen consuetudinario, deja de ser norma incierta, al tiempo que continúa siendo norma consuetudinaria. Alguna relación también con la incertidumbre de la Costumbre debe tener el dato, de Derecho histórico y actual, de la necesidad procesal de su prueba. Sin embargo hay que reconocer también que la necesidad de tal prueba no arguye necesariamente inseguridad jurídica: la misma Costumbre que, como norma secundaria y local, puede ser desconocida por el juez llamado a aplicarla, puede ser, para los miembros de la comunidad que la practica, un hecho inmediato — como la propia lengua, según decía Savigny ⁽⁴⁷⁾ — y, como tal, un hecho de notoriedad. Incluso la falta de notoriedad de la Costumbre, y la consiguiente posibilidad de su desconocimiento, no tendrían por qué llevar necesariamente a la inseguridad si la superación de tal desconocimiento es posible a través de la prueba, y si tal prueba puede remitirnos a una situación que inequívocamente, o al menos con suficiente certeza, haya de considerarse como constitutiva de Costumbre.

Pero es justamente aquí donde, para nuestro actual Derecho, se alza la dificultad: Si no se trata de una Costumbre histórica sino del uso que, acaso, pudiera constituir el soporte fáctico de una Costumbre en formación ¿podría nuestro Derecho aportar los datos necesarios para calificar como Costumbre normativa, con precisión y exactamente, a ese uso comprobado, por hipótesis, a través de la

⁽⁴⁷⁾ SAVIGNY: *System*, cit. págs. 181-182. Un eco — algo apasionado, en nuestra opinión — de esta posición en nuestra doctrina, en ALCALA-ZAMORA: *La prueba del Derecho consuetudinario*, RDP 1934, pág. 156: «... la costumbre no es esa fuente de contornos vagos, imprecisos, poco menos que inaprehensibles, que algunos nos presentan ... el contenido y circunstancias de la costumbre son, por lo general, dentro del círculo al que se extiende su acción, mucho más conocidos que los concernientes a la ley, de tal modo que la ignorancia del Derecho afecta en proporciones infinitamente mayores a esta que no a aquella».

prueba de su vigencia? La respuesta negativa se impone inmediatamente y con evidencia. La Costumbre se manifiesta, no en la forma paladina del Fuero — decían las Partidas — sino en el lenguaje siempre equívoco del comportamiento ⁽⁴⁸⁾. ¿Quién y cómo podría medir su alcance? Es lo que, en nuestro proceso codificador se preguntaba García Goyena, y repetía Gutierrez Fernández, destacando la dificultad de la prueba de la Costumbre, la ambigüedad de su resultado y, consiguientemente, la inconveniencia de constituir la en norma jurídica en concurrencia con la Ley. «La prueba de la costumbre — decían ⁽⁴⁹⁾ — ha sido y será siempre difícil de fijar: su resultado será equívoco. ¿Cuánto tiempo será necesario para constituir la? ¿Por qué actos, judiciales o extrajudiciales? Suponiendo necesaria la ciencia y tácita aprobación del legislador ¿cómo se probará donde la potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey? ¿Y no podrán probarse dos costumbres contrarias a un mismo tiempo?». Si se tiene en cuenta que García Goyena escribe cuando estas preguntas podían encontrar algún dato de respuesta en la regulación de las Partidas (P I 2, 5), mientras que hoy el Código Civil nada absolutamente establece, aparte otros requisitos, sobre las condiciones de duración, extensión y continuidad que debe reunir el uso para llegar a constituir Costumbre, claramente se advertirá la mayor inseguridad que en el actual Derecho puede producirse en torno a la formación y existencia de la Costumbre. No hay necesidad de insistir en ello: la doctrina es hoy pacífica en la destacada afirmación de la inseguridad de la Costumbre ⁽⁵⁰⁾, tan imprecisa ésta

⁽⁴⁸⁾ LALAGUNA: *Introducción al Derecho Civil español*, Valencia 1990, págs. 226-227: la Costumbre, a diferencia de la Ley, no supone promulgación; por ello se manifiesta «a través del lenguaje siempre equívoco del comportamiento humano en los usos sociales ... lejos de ofecerse como un dato evidente, tiene vigencia incierta».

⁽⁴⁹⁾ GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, ed. Zaragoza 1974, ad art. 3 del Proyecto de 1851, pág. 5. GUTIERREZ FERNANDEZ: *Códigos...*, I. cit. pág. 125.

⁽⁵⁰⁾ Cfr., e.c., DE DIEGO: *Instituciones de Derecho Civil I*, ed. 1953, pág. 113: «Cuales sean los signos y características por donde sea posible juzgar que se dan esos requisitos, apenas si podemos indicarlos, ya que el Código Civil nada dice acerca de lo que debe entenderse por costumbre». CASTAN: *Derecho Civil español, común y Foral*, I. ed. 1975, pág. 465: «La Costumbre, en cambio, es un uso lentamente formado, y la norma que surge de él no es tan clara y neta que no pueda dar lugar a equívocos». ESPIN

en sus contornos, y tan ayuno el problema de datos legales de solución, que la determinación de su existencia deberá dejarse al «arbitrio judicial» o a «la prudencia del juez»⁽⁵¹⁾.

No ha faltado quien, en la doctrina francesa, haya valorado favorablemente este dato: el arbitrio judicial — se dice — no tiene por qué llevar a la arbitrariedad; puede, más bien, ser garantía de equidad. Nos parece que en tal juicio se confunde la norma flexible con la norma insegura, y que se interpreta como conveniente flexibilidad lo que, objetivamente apreciado, no es más que rechazable inseguridad⁽⁵²⁾. Son, a nuestro juicio, Demolombe o, más explícitamente, Mazeaud, quienes, e.c., valoran con exactitud la imprecisión producida en torno a la Costumbre y quienes extraen de ella su cabal y justa consecuencia: la Costumbre no reúne hoy las condiciones de seguridad exigibles en la norma de Derecho⁽⁵³⁾. He

CANOVAS: *Manual de Derecho Civil español* I, ed. 1982, pág. 139: «... el uso debe tener una cierta duración, sin que sea posible establecer términos precisos: basta que sea constante...». Id. pág. 142: «El Código dejó sin solución algunos problemas típicos de esta fuente jurídica, como el de sus requisitos y prueba, cuestiones sobre las que la doctrina trató de encontrar soluciones». PUIG BRUTAU: *Compendio de Derecho Civil* I. Barcelona 1987, pág. 75: «Este requisito (el uso) es tan indudable como impreciso en sus límites». SANCHO REBULLIDA, en LACRUZ y otros: *Elementos de Derecho Civil* I, cit., pág. 188: «Dada su formación progresiva, no instantánea, la costumbre ... suele ser imprecisa, insegura, inorgánica, sin directrices con las que colmar sus propias lagunas». LALAGUNA: *Introducción*, cit. pág. 225: «... al ser la costumbre norma jurídica no escrita, su misma existencia resulta en principio incierta».

⁽⁵¹⁾ Así, literalmente, VALVERDE: *Derecho Civil español* I. 1909, pág. 159; también, en pág. 167: «El Código nada dice respecto a las condiciones y requisitos de la Costumbre, es muy parco en lo que a este extremo se refiere y deja sin duda a la libre investigación científica y a la jurisprudencia llenar este vacío y apreciar en cada caso concreto la existencia y prueba de la costumbre local». En igual sentido, BATLLE VAZQUEZ: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* I. 1º ed. Madrid 1978, pág. 50, y PUIG BRUTAU: *op. cit.* pág. 75.

⁽⁵²⁾ Así, TEBOUL: *op. cit.* pág. 31: «En effet, en l'absence de texte, le juge peut toujours élaborer, à l'aide d'une jurisprudence constante, une 'regle' fixant l'ancienneté minimale que tout usage doit présenter. Or, s'il ne le fait pas, c'est, il faut l'admettre, parce qu'il ne croit pas nécessaire d'adopter une 'regle' qui l'empêcherait de jouer avec la souplesse — la richesse? — de l'usage pour le façonner au gre des especes et des circonstances: ne risquerait-il pas, en fixant un délai précis, de s'enfermer dans une logique qui le conduirait à vendre des décisions inequitables? En vérité, le libre arbitre du juge peut être le garant de l'équité; il ne conduit pas nécessairement à l'arbitraire».

⁽⁵³⁾ Cfr. MAZEAUD: *Lecciones de Derecho Civil* I. trad. L. Alcalá-Zamora y Castillo,

aquí, pues, la premisa menor que tratábamos de justificar, y, con ella, la indicación de su lógica consecuencia.

Permítasenos todavía el avance de un brevísimo apunte de jurisprudencia y una muy sencilla y elemental reflexión. Si de la pura elucubración sobre la Costumbre bajamos al terreno de su aplicación, veremos cómo la dificultad dimanante de su imprecisión e inseguridad tiene que manifestarse en la jurisprudencia. La sentencia, por ejemplo, de 29 de septiembre de 1925 dirá que « porque la costumbre es una fuente tan falible de Derecho, está condicionada por exigencias expresas que no permiten que tenga nacimiento a la vida de los negocios jurídicos sin una demostración escrita ». ¿Dónde puede fundamentarse la exigencia de este requisito? No es este ahora el problema: nos basta quedarnos con esa insufrible « falibilidad » de la Costumbre, que lleva a la sentencia a exigir para ella un más que discutible requisito de demostración escrita. A su vez, la sentencia de 24 de febrero de 1962 dirá que la interpretación del valor y contenido de la faceta normativa de la Costumbre « resulta casi siempre difícil por la a veces insuperable deficiencia de concreción » de la misma. La pregunta salta por sí misma: ¿puede considerarse norma la que, por su modo de ser, es « casi siempre » difícil de interpretar por la « a veces insuperable deficiencia de su concreción »? Finalmente, la sentencia de 8 de noviembre de 1911 negó la aplicación de un alegado uso comercial porque el recurrente se limitó a demostrar que « diferentes casas de banca de Barcelona » se atenían a ese uso, pero no llegó a probar que « general y constan-

Buenos Aires 1959, pág. 117: la Costumbre — dice — « es imprecisa y no garantiza suficientemente la seguridad ». Id. pág. 136: « Pero los defectos de la costumbre son considerables; su elasticidad, su maleabilidad, la tornan imprecisa, difícil de captar en su extensión así como en su sanción. No cumple, pues, una de las misiones de la regla de Derecho, que consiste en garantizar la seguridad ». DEMOLOMBE: *op. cit.* págs. 36-37: « Ce système me paraît dangereux, parce qu'il ébranle l'autorité des lois, parce qu'il engendre l'incertitude, l'arbitraire, le désordre dans les relations sociales. Par quels signes et à quel moment, en effet, les citoyens sauront-ils si la loi est ou n'est pas abrogée par l'usage? Que faire si, parmi les cours et les tribunaux, les uns appliquent l'usage, et les autres la loi? ». Aunque la reflexión está aplicándose a la Costumbre contra Ley, único caso en que el a. le reconoce fuerza autónoma, la argumentación, como se ve, se apoya en la imprecisión de contornos de la Costumbre y en la inseguridad que, a través de ella, se introduciría en el Derecho ».

temente, el comercio de aquella plaza, por las necesidades del crédito y durante muchos años» se hubiera atendido al mismo. ¿No se advierte de inmediato el problema de la inseguridad jurídica?: ¿Cuántas casas tendrían que haber observado el uso para que este pudiera entenderse general? ¿Durante cuántos años, para que se entendieran complidos esos «muchos» que lo convertirían en Costumbre aplicable a la solución del caso? Sólo queda terminar con una pregunta, y esta es de facilísima respuesta: ¿Cómo puede hoy sufrir nuestro Derecho una Fuente en condiciones de inseguridad como las indicadas? Simplemente, porque la Costumbre es hoy — según veremos — una Fuente muerta: el que en otro tiempo pudo ser cauce natural de la norma jurídica, se encuentra hoy seco, abandonado ya por un Derecho que necesita el dique seguro y cierto de la Ley.

¿No queda entonces absolutamente ningún espacio a la Costumbre en la actual disciplina de las Fuentes del Derecho? A la Costumbre, propiamente, no; al uso, a veces confundido con la Costumbre, sí: justo el espacio que la Ley le hace al remitirse a él para la concreta determinación del mandato legal. Se trata ahora de un uso que ni exige los requisitos de la antigua Costumbre, ni actúa con la autonomía normativa propia de la misma: recibe de la Ley la fundamentación de su fuerza de obligar. ¿Se nos dirá que también en estos usos podría darse el elemento de inseguridad a que nos hemos venido refiriendo? Posiblemente, pero con muy distinta transcendencia. Es admitido que en la norma cierta de Derecho se contengan elementos flexibles o indeterminados. Esto, que puede ser una forma de amortiguar la toma de contacto de la norma general con el supuesto singular del caso regulado, es bien distinto al hecho de que sea la norma en sí misma la que, en su propia existencia, resulte incierta. Lo primero introduce en la norma un dato de adaptabilidad deseable y perfectamente tolerable ⁽⁵⁴⁾; lo

⁽⁵⁴⁾ Cfr. DE DIEGO: *Los usos...*, cit. pág. 74, en cuanto a la flexibilización de la Ley mediante su llamada a los usos: «La flexibilidad que con estas invocaciones adquiere la regla legal es indudable y necesaria, no ya sólo conveniente, para el reinado de la justicia; ellas comunican, en efecto, a las normas la elasticidad y capacidad de adaptación suficientes para amoldarse a todas las situaciones; son como injunciones consuetudinarias y sociales por donde se injerta y penetra a la continua el espíritu de la sociedad en

segundo constituye un atentado a las exigencias de la garantía constitucional de la seguridad jurídica.

2. *Costumbre y usos en el Código Civil.*

No es posible pronunciarse fundadamente y con seguridad sobre el significado y valor de la Costumbre en nuestro actual Derecho sin previamente detenerse — siquiera sea brevemente y ceñida la atención a los puntos capitales — en el examen del Código Civil y en la imagen global que, acerca del Derecho consuetudinario, resulta del conjunto de su regulación. Tres son los capítulos que creemos conveniente distinguir en este examen: a) El planteamiento general que en torno a la Costumbre como Fuente del Derecho, o en su relación con la Ley, se hace en 1889. b) La significación de las frecuentes, inorgánicas y dispersas referencias que a lo largo del Código se hacen a datos o elementos de naturaleza consuetudinaria. c) El tratamiento de la Costumbre en la reforma del Título Preliminar del Código Civil.

a) Es sobradamente conocido, y ha sido ya muchas veces indicado y repetido, que el nuevo orden jurídico que la Codificación se propone consagrar, descansa todo él en la Ley, al ser ésta la expresión de la voluntad popular que acaba de acceder a la titularidad de la soberanía política y al ejercicio del poder legislativo. Por otra parte, la propia idea Código implica la de cuerpo normativo sistemático y completo. A partir de ambos datos se entiende bien que la Costumbre sea la gran ausente en los nuevos Códigos. En esta línea se producían las cosas en nuestro largo y difícil proceso codificador. En los sucesivos proyectos del Código Civil, el Título Preliminar se dedica a la Ley. Es la única Fuente aludida en su rúbrica, que, desde el Proyecto de 1851 ⁽⁵⁵⁾, quedará redactado prácticamente en los términos que recoge el Código en 1889: « De

aquellas relaciones que por naturaleza cambian con facilidad, temporal y localmente. Es condición de vida y subsistencia fecunda de los Códigos, ya que de otra suerte encontrarían dificultades insuperables en su aplicación, ocasionarían injusticias irremediables, cuando no enmohecerían por desuso o prácticas contrarias ».

⁽⁵⁵⁾ Antes se redactó del siguiente modo: En 1821: Título Preliminar: « De las leyes ». En 1876: « De las leyes, de su promulgación, efecto y observancia ».

las leyes, de sus efectos y de las reglas generales para su aplicación»⁽⁵⁶⁾. Si alguna peculiaridad respecto del modelo comparado va a producirse en este punto es la introducción, en el que ya desde el Proyecto de García Goyena será el art. 5º del Código, de una norma expresa de exclusión de la *desuetudo* y de la Costumbre *contra legem*; norma con origen remoto en el Ordenamiento de Alcalá, y más próximo en los Reyes Católicos y en Felipe V, y que había sido recogida en las Leyes 3 y 11 del Título II, Libro III de la Novísima Recopilación⁽⁵⁷⁾. El art. 5º, recogiendo estos precedentes de nuestro Derecho histórico, y oponiéndose desde ellos — y tanto o más que desde ellos, desde el nuevo espíritu de la Codificación — al antiguo Derecho de Partidas, va a venir a constituir el más genuino exponente del tratamiento y consideración de la Costumbre en nuestro Derecho moderno.

A esta misma consideración responde la «Disposición Final» recogida en el art. 1976 del Código. Es la inequívoca manifestación legal de la autoconsciencia de completud del Código y de su vocación de norma excluyente de cualquier otra por ella no reconocida: «Quedan derogados todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el Derecho Civil común en todas las materias que son objeto de este Código, y quedarán sin fuerza y vigor, así en su concepto de leyes directamente obligatorias, como en el de derecho supletorio. Esta disposición no es aplicable a las leyes que en este Código de declaran subsistentes». Este precepto, con precedente también en el Proyecto de 1851⁽⁵⁸⁾, forma bloque,

⁽⁵⁶⁾ La única diferencia entre esta redacción, ya presente en el Anteproyecto de 1882-88, y la de 1851, es puramente literal: en 1851 se decía: «De las leyes y sus efectos y de las reglas generales para su aplicación».

⁽⁵⁷⁾ Cfr. GARCÍA GOYENA, en el comentario al art. 5, en las *Concordancias...*, cit.: «El Derecho Romano y Patrio admitieron la costumbre, no sólo para constituir derecho nuevo sobre una cosa en que no lo había y como regla segura de interpretación de una ley anterior dudosa, sino para derogar la ya establecida: había pues costumbre *praeter legem, secundum legem et contra legem...*; pero las recopiladas 3 y II, título 2, libro 3, derogaron la de Partida estableciendo lo mismo que nuestro artículo». El art. 5º del Proyecto de 1851 disponía: «Las leyes no pueden ser revocadas sino por otras leyes, y no valdrá alegar contra su observancia el desuso ni la costumbre o práctica en contrario, por antiguas y universales que sean».

⁽⁵⁸⁾ «Disposición final, art. 1992: «Quedan derogados todos los fueros, usos y

claramente, con el art. 5º. La Costumbre, a diferencia de lo que ocurre en sus modelos comparados, no va a resultar silenciada en nuestro Código Civil, sino que expresamente se la va a excluir de entre las Fuentes, tanto en su forma de Costumbre *contra legem*, como en la de simple Costumbre supletoria o *praeter legem*. La integración del Código se venía confiando a la analogía y a los Principios Generales del Derecho ⁽⁵⁹⁾.

Pero los arts. 5 y 1976 no son, como se sabe, los únicos dedicados en 1889 por nuestro Código Civil a la Costumbre en tanto que Fuente del Derecho. Es también sobradamente conocido cómo nuestro proceso codificador resultó notablemente dificultado por consecuencia de la llamada «cuestión foral». En el Derecho Foral se ve por aquel entonces un Derecho de origen y naturaleza consuetudinaria, cuya única forma de preservación, ante el empuje del Código y de su marcada vocación universalista y unificadora ⁽⁶⁰⁾, se entiende ser hacer hueco en el mismo a la Costumbre

Costumbres anteriores a la promulgación de este Código, en todas las materias que son objeto del mismo, y no tendrán fuerza de ley, aunque no sean contrarias a las disposiciones del presente Código ».

⁽⁵⁹⁾ Cfr. art. 12 en el Anteproyecto de 1882-88: « El Tribunal que rehusé fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad. Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la que regule casos y materias semejantes, y en su defecto los principios generales del Derecho ».

⁽⁶⁰⁾ La tensión entre Código y Derecho Foral aparece en toda su crudeza en el art. 1317 del Código: « Se tendrán también por nulas y no puestas en los contratos mencionados en los dos artículos anteriores, las cláusulas por las que los contratantes, de una manera general, determinen que los bienes de los cónyuges se someterán a los fueros y costumbres de las regiones forales y no a las disposiciones generales de este Código ». El artículo encuentra su precedente en el 1390 del *Code*, que, en paralelo a lo que hemos visto hacer al nuestro respecto de los Derechos Forales, prohibía la referencia genérica a las costumbres (abrogadas) en materia de régimen matrimonial. Comentando el correspondiente precepto (art. 1237) en el Proyecto de 1851, decía GARCÍA GOYENA: « Referirse de una manera general a costumbres y Fueros abolidos tendría visos de una resurrección: aquellos continuarían en el concepto vulgar como leyes del Estado; seguiría la misma confusión que hasta aquí, y quedaría frustrado el objeto de este Código, o la *unidad constitucional* (sub. de García Goyena): sería echar nuevamente a los españoles al laberinto del que se les quiere sacar, y ensanchar el abismo que el Código Civil quiere cerrar. No podrán, pues, los contrayentes pactar en términos generales que sus capitulaciones se regirán por los antiguos Fueros de esta o de otra provincia: si hay

como Fuente. El tema va a plantearse en tono apasionadamente polémico. La tajante y absoluta exclusión de la Costumbre en el Proyecto de 1851 va a producir el efecto de una especie de clarín de guerra a cuyo clamor van a levantarse las fuerzas todas, partidarias de la Costumbre y contrarias a ella. El art. 5º de 1851 es presentado por Costa como un precepto malhadado, opuesto a la razón y a la Historia, y negación radical de los principios universalmente admitidos en la Filosofía del Derecho ⁽⁶¹⁾; precepto que hace presagiar la enemiga del futuro Código a la Costumbre, por más que, aunque el presagio llegue a consumarse, no pueda impedir la vuelta de esa misma Costumbre tras el sacrílego atentado que contra ella pueda perpetrarse ⁽⁶²⁾. El problema de la Costumbre entra así en una cierta ebullición en el contexto de una lucha que más que puramente técnico-jurídica es radicalmente política: la lucha entre el ideal de la unificación del Derecho y la conservación de las peculiaridades forales y locales. En este ambiente, aparte algunas publicaciones de tono menor ⁽⁶³⁾, se produce el Congreso de Jurisconsultos de Madrid, en 1886 ⁽⁶⁴⁾ y, finalmente, la discusión parlamentaria del Código. Su resultado será la introducción de la Costumbre como Fuente supletoria tras la Ley y con preferencia a los Principios Generales del Derecho.

Lalaguna ha observado cómo esta introducción se produce en el último momento y por razones principalmente políticas ⁽⁶⁵⁾. En la misma línea ha abundado Espiau en un amplio y documentado

en ellas alguna disposición que se quiera que rija, habrán de pactarla especialmente, y transcribirla ».

⁽⁶¹⁾ COSTA: *La ignorancia del Derecho...*, cit. pág. 86. Id.: *Renovación del Código por la costumbre*, cit. págs. 200-201.

⁽⁶²⁾ COSTA: *Renovación*, cit. págs. 195-196.

⁽⁶³⁾ Es el caso, e.c., de los discursos de HERNANDEZ IGLESIAS, F., y ROMERO ROBLEDO, F., publicados ambos en la RGLJ, en 1863 (XXIII), págs. 5-49, y 1884 (LXV), págs. 560-574, con los títulos, respectivamente, de *Origen, fundamento y valor del Derecho consuetudinario*, y *La Costumbre como Fuente del Derecho*.

⁽⁶⁴⁾ Sobre su significado, cfr. ESPIAU ESPIAU: *La introducción de la costumbre...*, cit. págs. 794-798. *El Dictamen sobre costumbre y jurisprudencia en el Congreso Jurídico español*, firmado por Bienvenido OLIVER, José María PANTOJA, Francisco GINER DE LOS RIOS, y Joaquín COSTA, puede verse, como Apéndice III, en COSTA: *Derecho consuetudinario y economía popular de España I*. Barcelona 1902.

⁽⁶⁵⁾ LALAGUNA: *Introducción*, cit. pág. 211.

estudio al que aquí hacemos entera remisión ⁽⁶⁶⁾: la Costumbre, que en la pre-codificación parecía condenada a desaparecer, es finalmente incluida como « costumbre del lugar » en el art. 6º, precepto que en este punto constituye una innovación sin precedentes en todo el periodo codificador y que se introduce a última hora, redactado ya prácticamente el Código y a espaldas, casi, de la Comisión de Códigos, en un modo de hacer que no dice mucho en favor del legislador español ⁽⁶⁷⁾. Si el art. 5º, al romper claramente con el tratamiento de la Costumbre en el Derecho de Partidas — tratamiento todavía propugnado en vísperas inmediatas del Código, e.c., por Navarro Amandi ⁽⁶⁸⁾ y por Sánchez de Molina Blanco ⁽⁶⁹⁾ — significaba la decidida e inequívoca incorporación a nuestro Derecho del espíritu animador de la Codificación europea, el art. 6º, rebajando en algo ese nuevo espíritu, situará a nuestro Código en una posición ambigua, de discutible valor real en cuanto al verdadero significado atribuido a la Costumbre, y cuya decisiva *ratio* será la posibilidad de anteponer la Costumbre local, en el ámbito territorial de los futuros Apéndices Forales, a la aplicación analógica de la Ley general contenida en el Código ⁽⁷⁰⁾. He aquí cómo se acoge

⁽⁶⁶⁾ Es el trabajo, ya citado, *La introducción de la costumbre en el Título Preliminar del Código Civil español del 1889*, publicado en el libro dedicado por la Asociación de Profesores de Derecho Civil al ‘Centenario del Código Civil’, Madrid 1990, págs. 761-823.

⁽⁶⁷⁾ ESPIAU: *op. cit.* págs. 762-763.

⁽⁶⁸⁾ NAVARRO AMANDI: *Código Civil de España*, Madrid 1880, I. págs. 8-10, esp, en esta última, art. 7: « La anulación de las leyes se verifica: 1º Por declaración del poder legislativo hecha en una ley posterior. 2º Por la costumbre. Para que la costumbre pueda abrogar la ley es preciso que los actos que la constituyan no sean contrarios a los intereses generales, y que se verifiquen uniformemente y sin contradicción por diez o más años, dándose en este tiempo dos sentencias que la confirmen a ciencia y paciencia del legislador ».

⁽⁶⁹⁾ SANCHEZ DE MOLINA BLANCO: *El Derecho Civil español en forma de Código*, Madrid 1873, págs. 3 y 4: « 17. Las reglas pueden ser derogadas: 1º Por otra ley posterior que así lo exprese o les sea contraria. 2º Por costumbre legítima posterior a la ley. 18 La costumbre tendrá fuerza de ley, siendo conforme a la religión y a la utilidad pública, y no clandestina, estando tácitamente consentida por el legislador y observada sin interrupción por diez años. Es doctrina consignada por el Tribunal Supremo la de que la costumbre legalmente acreditada deroga el fuero o ley anterior a ella. 19 La costumbre se prueba por actos judiciales, requiriéndose dos sentencias conformes ».

⁽⁷⁰⁾ Cfr. ESPIAU: *op. cit.* págs. 822-823.

entre nuestras Fuentes a una Costumbre doblemente debilitada o recortada: en cuanto reducida a la Costumbre local y en cuanto subordinada a la Ley y sólo supletoria de la misma.

La promulgación del Código no va a apagar inmediatamente la polémica. La distinta orientación de los arts. 5 y 1976, de una parte, y 6, de otra, no dejará de ser resaltada. Algún autor, en concreto Alameda y Roig, creará descubrir en el Código «la tendencia malsana a suprimir la Costumbre como Fuente del Derecho», y denunciará la que estima como contradicción existente entre el art. 6 y los arts. 5 y 1976 ⁽⁷¹⁾. Valverde, más que de contradictorio en este punto, califica al Código de inconsecuente: o se niega a la Costumbre el valor de Fuente — dice — o hay que admitir la Costumbre *contra legem* — y ésta sería la solución acertada, a su juicio ⁽⁷²⁾ —; el Código, al no admitirla, se muestra injustificadamente restrictivo, aunque esa «fuente importantísima» que es el Derecho consuetudinario, seguirá viviendo no obstante el criterio prohibitivo de las legislaciones, y tendrá su imperio a pesar de la voluntad expresa de los Códigos ⁽⁷³⁾. Por lo demás, la exclusión de la Costumbre *contra legem* no sería absoluta en nuestro Código: aparte su consideración en los Derechos Forales, es «excepción expresa del principio o regla del art. 5 sobre la costumbre... lo consignado en el art. 1599 del mismo Código, que permite aplicar la costumbre contra ley» ⁽⁷⁴⁾.

Seguramente deba concederse que el conjunto regulador dedicado a la Costumbre no es del todo armónico en el Código; pero quizá pueda añadirse que tampoco la doctrina ha acertado siempre en su exacta inteligencia e interpretación. No se ve con claridad por qué razón haya de considerarse de suyo incorrecto o necesariamente contradictorio proclamar a la Costumbre como Fuente sólo en condición secundaria y con subordinación a la Ley. Tampoco parece

⁽⁷¹⁾ ALAMEDA Y ROIG, J.: *La costumbre como Fuente del Derecho*, RJC, 1908, pág. 7.

⁽⁷²⁾ VALVERDE: *Derecho Civil de España I*. Valladolid-Madrid 1909, pág. 165.

⁽⁷³⁾ ID., pág. 166.

⁽⁷⁴⁾ ID., pág. 167. Conviene, para enjuiciar esta opinión, tener presente el contenido y texto del art. 1599: «Si no hubiere pacto o costumbre en contrario, el precio de la obra deberá pagarse al hacerse la entrega».

que la relación entre los originarios arts. 6 y 1976 haya de entenderse en términos de insoslayable contradicción: además de la posibilidad de referirlos, respectivamente, a las Costumbres de formación anterior o posterior a la entrada en vigor del Código, la contradicción se evita por completo si, en atención a la ocasión de la introducción de la Costumbre en el art. 6º, se entiende éste referido a las Costumbres forales, mientras que el 1976, exponente del más peculiar talante codificador, se referiría a las Costumbres del Derecho común o de Castilla (75). Pero, sobre todo, el art. 1599 no tiene por qué exceptuar ni contradecir al art. 5º si en el primero se acierta a identificar, más que una Costumbre en su genuino sentido de Fuente de norma jurídica general, un uso al que remite la Ley y que de la Ley recibe — o en ella se reconoce — su específica fuerza y función: en este caso, la de actuar como criterio de integración de una obligación contractual, con prioridad incluso respecto de la Ley dispositiva y supletoria.

Es que, hay que reconocerlo, el tema de la Costumbre es un tema difícil y complejo; un tema a cuyo esclarecimiento podría contribuir esta consideración de las circunstancias de su inclusión en el Código como Fuente del Derecho: se la introduce, como hemos visto, a última hora, rectificando o limitando en parte el primer impulso de total e indiscriminada exclusión, y pretendiendo dar entrada a través de ella en el sistema de Fuentes a una norma que permita la integración consuetudinaria de los Derechos Forales. En nuestra opinión, sólo la finalidad y circunstancias de esta introducción de la Costumbre en nuestro sistema de Fuentes permite entender lo que viene a constituir otra de sus características: la radical omisión de toda referencia en ella a los requisitos que permitieran identificarla con un mínimo de seguridad en el ejercicio de su función de Fuente del Derecho. Las Partidas, al menos parcialmente, los habían indicado. Es que cuando de verdad se cuenta con la Costumbre como Fuente viva del Derecho, se hace necesario indicar los criterios que permiten diferenciarla e identificarla con claridad y precisión entre la nutrida fronda de los usos que se forman en torno a los comportamientos jurídicos. Si es verdad que

(75) Así, ESPIAU: *op. cit.* pág. 810.

nada hay sin razón suficiente de sí mismo, este silencio de nuestro Código debe responder a algo: que se pensaba en Costumbres conocidas, formadas ya y consolidadas en un Derecho (el Foral) que se quiere preservar; no, en cambio, en la real efectividad de unas Costumbres nuevas, que pudieran venir en el futuro a completar lo que — como encarnación de la idea de Código — se considera ya sustancialmente completo y con posibilidad, en todo caso, de auto-integrarse.

b) Si, dejada atrás la inclusión de la Costumbre entre las Fuentes, pasamos ahora a considerar las referencias singulares a datos o elementos de Derecho consuetudinario dispersas a lo largo del articulado del Código Civil, lo primero que llama la atención es algo que ya hubiera podido observarse en la literalidad del art. 1976: la sinonimia establecida en el lenguaje de la ley entre los términos «Costumbre» y «uso», y, consiguientemente, la posibilidad de confusión entre ellos.

Claro está que para que pueda hablarse de posibilidad de confusión entre Costumbre y uso es menester entender que una y otro son realmente cosa diferente. Históricamente lo han sido, y la distinción, por ser esencial, era de insoslayable interés. En las Partidas ⁽⁷⁶⁾ es claro que el uso es algo previo a la Costumbre y distinto a la misma; con diferencia de naturaleza destacada por Gregorio López: *differt ergo usus a consuetudine...quia usus sonat factum, consuetudo ius* ⁽⁷⁷⁾. Sólo la Costumbre llega a constituir norma jurídica; sólo ella, por tanto, puede considerarse Fuente del Derecho. El uso, al limitarse a ser dato o elemento de hecho, habrá de tener valor distinto en Derecho, siempre en consonancia con su peculiar naturaleza fáctica. La distinción así establecida forma parte de la enseñanza tradicional y admitida en tema de Costumbre.

Pues bien, tal distinción establecida, la sinonimia legal antes advertida es evidente en nuestro Código Civil ⁽⁷⁸⁾ y, como tal,

⁽⁷⁶⁾ P I. 2 Proemio: «Así nasce del tiempo, uso; e del uso, costumbre; e de la costumbre, fuero».

⁽⁷⁷⁾ En glosa al lugar antes citado de Partidas.

⁽⁷⁸⁾ En el art. 1976 se declaran igualmente derogados los *usos y costumbres* que constituyen el Derecho Civil común ... Es evidente que, contra su diferenciación

reconocida por la doctrina ⁽⁷⁹⁾ con toda razón. Basta para comprobarlo advertir, e.c., cómo las que Castro llamaría costumbres relativas a la condición jurídica de los fundos ⁽⁸⁰⁾, con función común en Derecho, son a veces denominadas costumbre (costumbres locales), art. 587; « costumbre del lugar », art. 591), a veces, usos (« usos locales », art. 571; « usos del lugar », art. 590), o, finalmente, « uso y costumbre del lugar » (art. 570). Igual podría decirse respecto de los usos de los negocios: denominados en algún caso usos (« uso », art. 1258; « usos locales », art. 1496), con mayor frecuencia reciben el nombre simplemente de costumbre, o costumbre de la tierra, del pueblo o del lugar (arts. 1453: « costumbre »; 1520: « costumbre del lugar »; 1555: « costumbre de la tierra »; 1574: « costumbre de la tierra »; 1580: « costumbre del pueblo »; 1599: « costumbre »; 1750: « costumbre de la tierra »), sin que falte alguna ocasión en que se les invoque como usos o costumbre del país (« el uso o costumbre del país », art. 1287) ⁽⁸¹⁾. Incluso los usos que Castro identifica como « usos como modelo de conducta » ⁽⁸²⁾ reciben en el Código tanto el nombre de costumbre de la tierra (art. 1695) o costumbre del lugar (art. 485), como el de usos de la localidad (art. 1894) o uso del lugar (art. 1924, I, b). La anfibología terminológica es absoluta y patente: Interesa mucho determinar su significado y transcendencia.

Cabría, efectivamente, en el más primario impulso interpretador, aplicar a este problema el antiguo adagio: *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Aquí no es que simplemente la ley no distinga: es que positivamente identifica o confunde. Una tan reiterada sinonimia legal no debería ser casual ni carente de sentido. Al intérprete, pues, debería imponerse como decisivo que Costumbre y

histórica, se da a los usos un alcance de norme jurídica que, en sentido propio, sólo correspondería a la Costumbre.

⁽⁷⁹⁾ Cfr., e.c., DE DIEGO: *El uso, los usos sociales...*, cit. págs. 19 ss.; DE CASTRO: *Derecho Civil de España. Parte General I*. 2ª ed. Madrid 1949, pág. 379; ESPIN: *Manual*, cit. págs. 141-142; RUIZ VADILLO: *la Costumbre en el CC español...*, cit. págs. 506-507, nota 48. Para idéntica sinonimia en el Código de Comercio, GARRIGUES: *Los usos del comercio*, RDP 1944, págs. 832-833.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. CASTRO: *op. cit.* pág. 393.

⁽⁸¹⁾ Para la sinonimia en este precepto, cfr. LOPEZ LOPEZ, A.: *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, dir. Albaladejo, XVII, 2 Madrid 1981, págs. 46 y 49.

⁽⁸²⁾ Cfr. CASTRO: *op. cit.* págs. 400-401.

usos — o usos y Costumbre, que igual daría — serían una misma cosa en nuestro sistema legal. La conclusión sería perfecta — y en tal sentido hemos de volver a ella más adelante — si no fuera porque, de entrada al menos y provisionalmente, contra la misma se alza una dificultad de no pequeña monta: que la Costumbre tiene asignada en nuestro Código Civil una función de Fuente del Derecho que claramente no desempeña en muchos de los preceptos en que como tal « costumbre » es invocada; a su vez, los usos tienen reservada en el Derecho histórico una función — que el Código parece mantenerles — totalmente ajena a la de ser Fuente de norma jurídica general. Esta diversidad de funciones, y su atribución indistinta y confusamente a la Costumbre o al uso, es lo que forzaría al intérprete a tener que mantener una distinción en cuyo trazado la terminología legal no puede servir ni siquiera como criterio orientador. Será necesario, como proponían Pérez González y Alguer ⁽⁸³⁾, atender a la noción de Fuente del Derecho y a la observación crítica de la realidad jurídica.

Pues bien, en este intento de diferenciación es habitual en la doctrina distinguir sectores de actuación y formas de intensidad jurídica en las distintas manifestaciones consuetudinarias. Siguiendo *grosso modo* lo que es enseñanza común, podrían proponerse, de menos a más, las siguientes distinciones:

1. En primer lugar estarían los llamados « usos sociales »: los que se producen en el mundo del indiferente jurídico o de la realidad extrajurídica, pero que ocasionalmente se asoman al mundo del Derecho adquiriendo en él una cierta transcendencia al proyectar éste su eficacia normativa en el entorno donde estos usos se producen, creando situaciones paradigmáticas a tener jurídicamente en cuenta. Serían, e.c., los usos funerarios contemplados en los arts.

(83) PEREZ GONZALEZ y ALGUER: *op. cit.* págs. 149-150: « La falta de definición legal de la costumbre y su ocasional identificación terminológica con los usos, suscitan muy fundadas dudas sobre cuál sea el verdadero contenido y alcance del precepto del art. 6º del Código ... Entendemos que el problema no puede ni debe abordarse a base de la exégesis infecunda de unos cuantos preceptos legales, totalmente inexpresivos, ya que todos se limitan a mencionar la costumbre y el uso, sin un criterio de segura diferenciación técnica. El problema, por tanto, no es un problema exegético, sino que ha de acometerse con la máxima amplitud, partiendo de la noción de fuente del Derecho y adaptándola a la observación crítica de la realidad jurídica ».

902, 1; 1894 y 1924, I, b, o los «regalos de costumbre» y «liberalidades de uso» a que se refieren, respectivamente, el art. 1041 y — tras la reforma de 1981 — los arts. 1378 y 1423 del Código Civil ⁽⁸⁴⁾. Se produce en ellos la más tenue forma de irradiación jurídica de lo consuetudinario.

2. Mayor intensidad jurídica se produce ya en los que doctrinalmente se caracterizan como usos exponentes de un «modelo de conducta» ⁽⁸⁵⁾. Actuarían éstos dentro ya del mundo de lo directamente jurídico y orientarían en él acerca del contenido y ejercicio de los derechos y demás situaciones o posiciones jurídicas. Sería el caso, por ejemplo, de la «costumbre del lugar» que da la medida del derecho del usufructuario de un monte (art. 485), o de los usos (art. 590) o costumbre del lugar (art. 591) que limitan por razón de vecindad el ejercicio del derecho de propiedad, o el «uso social» o «uso del lugar» que, respectivamente (arts. 1576 y 1319), se erigen en módulo del ejercicio individual de la patria potestad o del contenido de la potestad doméstica. Serían usos, éstos, que vendrían a determinar el contenido de ciertos derechos y la medida de la normalidad en el ejercicio de los mismos.

3. Vendrían a continuación los usos convencionales o usos de los negocios. Producidos ahora en el ámbito de la contratación, los usos tienen asignada en la Ley una función de integración e interpretación del contrato, que la doctrina suele distinguir como función normativa, con reflejo — principalmente — en el art. 1258, y función interpretativa, declarativa o integradora, consagrada en el art. 1287 ⁽⁸⁶⁾.

4. Finalmente habría que distinguir los usos constitutivos de Costumbre en su sentido jurídico más característico y denso: los que actúan exteriorizando y creando norma jurídica general, en condi-

⁽⁸⁴⁾ Contrario a la distinción entre usos sociales y usos jurídicos, DIEZ-PICAZO: *Comentarios a las reformas del Código Civil*, I, Madrid 1977, págs. 66, 69.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. en tal sentido, CASTRO: *Derecho Civil...*, cit. págs. 400-401; DIEZ-PICAZO y GULLON: *Sistema de Derecho Civil I*, 7ª ed. 1990, págs. 158-159; COSSIO: *Instituciones*, cit. pág. 95.

⁽⁸⁶⁾ Cfr., e.c., CASTRO: *op. cit.* págs. 393-398; ALBALADEJO: *Derecho Civil I*, 3ª ed. Barcelona 1975, págs. 91-93; LACRUZ: *Elementos*, cit. I, 1, pág. 195; DIEZ-PICAZO y GULLON: *Sistema*, cit. págs. 157-158.

ción de Fuente del Derecho (art. 6 CC, hasta la reforma del Título Preliminar).

En la anterior relación se hace evidente la gran distancia que va desde el limitado reflejo en Derecho de los usos producidos fuera del ámbito de lo estrictamente jurídico, hasta la virtualidad general-normativa de la Costumbre, Fuente del Derecho. No es este el momento de entrar a discutir si el elemento uso o costumbre, presente en todo caso, es en ellos de distinta o de igual naturaleza; lo que sí parece fuera de toda duda es que su cometido es distinto en cada uno de ellos. Obviamente los llamados usos sociales no actúan como Fuente del Derecho; tampoco, los usos exponentes de un « modelo de conducta »⁽⁸⁷⁾. Lo que, en cambio, podría resultar más problemático y polémico — admitida la exclusión en tal sentido de los usos negociales meramente interpretativos — sería la distinción entre los usos normativos y la Costumbre-Fuente.

¿Por qué esta última dificultad? A nuestro juicio porque la común doctrina, desde la anfibología ya observada en la literalidad de la Ley; desde la inercia de la tradicional impostación de la Costumbre como Fuente del Derecho, y desde el actual vacío real o efectivo de esta Fuente histórica, viene trayendo estos usos normativos, como exponentes los más significativos e intensos de la Costumbre, al contenido propio de esta misma en tanto que Fuente del Derecho. Son sintomáticos desde este punto de vista, tanto el actual emplazamiento sistemático de la Costumbre, como el contenido habitual en su tratamiento: se la estudia en el capítulo de las Fuentes y viendo en ella una específica Fuente del Derecho; pero su tratamiento, aparte alguna referencia histórica y la indicación somera de unos requisitos de imposible determinación, se reduce a la distinción de las funciones de los usos de los negocios y a la particular virtualidad de su función normativa. En nuestra opinión se produce así una confusión que interesa mucho desvelar. El

(87) COSSIO: *Instituciones*, cit., pág. 94: « En realidad estos modelos de conducta y los llamados usos sociales son una misma cosa, y no constituyen verdaderas normas, sino tan sólo medios utilizados para determinar el alcance de los supuestos de hecho de las mismas; en cuanto a los restantes, sí son verdaderas costumbres jurídicas, pues tienen sentido normativo y reúnen los requisitos de reiteración, *opinio juris*... y es a ellos a los que se refiere el art. 1, 3, 2º del CC... ».

magisterio de Federico de Castro puede proporcionarnos dos datos valiosísimos para esta tarea: uno, al distinguir entre los diferentes tipos de usos y costumbres admitidos en nuestro Derecho: otro, al explicar la razón de la sinonimia Costumbre-uso en el lenguaje del Código Civil.

En cuanto a los tipos de Costumbre admitidos en el Derecho español, distingue De Castro — para evitar confusiones, advierte expresamente — entre Costumbre constitutiva de un Derecho no sometido a las reglas del Código Civil; Costumbre de nacimiento independiente, y, finalmente, uso al que expresamente se remite la Ley ⁽⁸⁸⁾. ¿En cuál o cuáles de estos diferentes tipos actúa la Costumbre como Fuente autónoma del Derecho?

Castro sitúa en la Costumbre no sometida al Código el contenido consuetudinario de los Derechos Forales ⁽⁸⁹⁾. Como Derecho ajeno al Común, cuyo sistema de Fuentes estamos examinando, nos resulta ahora de menor interés. De todas formas parece claro que ya en 1888 (art. 6 de la Ley de Bases de 22 de mayo) se proyectaba su trasvase desde la Costumbre a la Ley, y, sobre todo, que hoy, su conservación, modificación y desarrollo (art. 149, 1, 8º C.E.) se viene confiando a la norma legal ⁽⁹⁰⁾.

En el otro extremo estarían los usos a los que remite la Ley. En ellos distingue Castro la costumbre sobre la condición jurídica de los fundos, el uso de los negocios, y los usos como modelo de conducta ⁽⁹¹⁾. ¿Actúa aquí la costumbre como Fuente autónoma del Derecho? Incluso en su máxima dimensión normativa, cuando actúa en la regulación de las obligaciones contracuales, «el uso adquiere valor normativo de modo inmediato, como complementario de las disposiciones legales» ⁽⁹²⁾, y aunque la remisión legal no lo convierta

⁽⁸⁸⁾ CASTRO: *op. cit.* págs. 391-392.

⁽⁸⁹⁾ CASTRO: *op. cit.* pág. 392.

⁽⁹⁰⁾ Particularmente evidente ello en la reciente Ley catalana 13/1990, de 9 de julio, de la Acción Negatoria, Inmisiones, Servidumbres y relaciones de vecindad, es también de aplicación a las demás normas, aquí de innecesaria cita, de modificación de las diferentes Compilaciones Forales.

⁽⁹¹⁾ CASTRO: *op. cit.* págs. 393-401. La inclusión de los tres subtipos en los usos a los que la Ley remite es más clara en su *Compendio de Derecho Civil*, Madrid 1970, pág. 91.

⁽⁹²⁾ CASTRO: *Derecho Civil*, cit. págs. 393-394.

en Ley, sí que le atribuye el valor normativo que de él se proclama ⁽⁹³⁾. Díez-Picazo lo ha expresado diciendo que los usos jurídicos son « simples datos de una descripción normativa. No son por sí mismos norma. La norma está en otro sitio » ⁽⁹⁴⁾. Pensamos que, efectivamente, esta es la más exacta doctrina. Mantenido en Francia, e.c., por Demolombe ⁽⁹⁵⁾ y por Geny ⁽⁹⁶⁾, o en Italia por Fadda y Bensa ⁽⁹⁷⁾ y por Ruggiero ⁽⁹⁸⁾, es común también entre nosotros ⁽⁹⁹⁾ — aunque de ella no se saquen todas sus consecuencias — y, habiendo obtenido reflejo en alguna reciente sentencia del Tribunal Supremo ⁽¹⁰⁰⁾, es, sobre todo, la única compatible con el hecho indiscutible de que las remisiones legales al uso o a la Costumbre son independientes de la consideración de esta última como Fuente del Derecho: los Códigos que no la consideran así, remiten no obstante

⁽⁹³⁾ CASTRO: *ib.* pág. 398.

⁽⁹⁴⁾ DIEZ-PICAZO y GULLON: *Sistema I*, cit., pág. 154, y ya antes, DIEZ-PICAZO: *Comentarios...*, cit. pág. 67.

⁽⁹⁵⁾ DEMOLOMBE: *op. cit.* pág. 35: « Quant aux premiers (usos que consagra la ley escrita) ils ont force de loi (sub. del a.) puisque le pouvoir legislatif, en y renvoyant, leur a communiqué la force obligatoire du texte qui les consacre ».

⁽⁹⁶⁾ GENY: *op. cit.* pág. 330: « Mais, en dehors de ces cas particuliers, ou la coutume puise dans la loi elle-même une force des lors incontestable... ».

⁽⁹⁷⁾ FADDA y Bensa, ad Windscheid, IV, cit. pág. 7: « ... accade frequentemente che la legge si riferisca espressamente alla consuetudine, come vedremo in seguito. Anche qui è manifesto il valore obbligatorio dell'uso, poiché, dato anche non avesse di per sé il carattere di fonte di diritto, lo attingerebbe dalla legge positiva ».

⁽⁹⁸⁾ RUGGIERO: *Instituciones*, cit. págs. 77-78: « ... a la costumbre no se le reconoce valor de norma, sino en cuanto el Estado expresamente se lo atribuye, y, por tanto, debe considerarse sólo mediatamente como fuente del Derecho; tiene funciones subsidiarias a las legales, aplicándose sólo cuando esta lo prescriba ».

⁽⁹⁹⁾ Cfr., e.c., ESPIN: *Manual*, cit. pág. 141: « Estamos en presencia de una función normativa de determinados usos sociales, bien sean concretos o genéricos, que tienen verdadera naturaleza jurídica en virtud de la remisión que la ley hace a los mismos. Pero realmente su fuerza vinculante dimana directamente de la ley ».

⁽¹⁰⁰⁾ STS 4 octubre 1982, más claro el sentido del texto que su abigarrada redacción: « ... costumbre de vigencia consuetudinaria, esto es, la existencia de situaciones fácticas constantes, dimanantes de actos uniformes a través de un periodo de tiempo suficiente para calificar su permanencia, con convicción de que la observancia reiterada de una determinada norma en estos actos obedece a una razón de Derecho (*opinio juris*), o sea, con alcance de racionalidad jurídica, y no que pudiera provenir de mero usos que solamente pueden ser generadores de eficacia jurídica cuando por vía de ley son consolidados al respecto ... ».

a los usos al igual que lo hace el nuestro; y en nuestro Código Civil las remisiones a la Costumbre pertenecen a ese cuerpo normativo y sistemático que fraguó antes de la inclusión de la Costumbre, entre la Ley y los Principios, en el art. 6 del originario Título Preliminar.

Interesaba dejarlo así destacado porque, según lo dicho, no quedaría en nuestro Derecho más posibilidad de juego a la Costumbre como Fuente autónoma que el espacio representado por los originarios arts. 5 y 6 del Código Civil. En ellos situaba Castro la Costumbre de nacimiento independiente: la que revela la mayor y más espontánea fuerza creadora del uso ⁽¹⁰¹⁾. ¿Y cuál fue el juego real de estos preceptos? El sentido de la respuesta puede ya adivinarse si se recuerda la explicación de la introducción, a última hora, de la Costumbre entre nuestras Fuentes del Derecho. En el desarrollo de los acontecimientos tras la aparición, del Código, el reconocimiento y la conservación de los Derechos Forales no ha necesitado de ese cauce, ni ha transcurrido efectivamente por él. Si, por otra parte, llegamos a comprobar — como haremos más adelante — que, tras todo un siglo de vigencia, a través del art. 6 (tras la reforma del Título Preliminar, art. 1, 3) no ha discurrido, de hecho, en nuestro Ordenamiento ninguna Costumbre en sentido propio, o Costumbre de nacimiento y fuerza independiente, podremos afirmar con pleno fundamento que, aunque formalmente prevista como Fuente en nuestro Código, la Costumbre es hoy una Fuente muerta del Derecho.

Y vistos los distintos tipos de Costumbre, vayamos ahora al otro punto en el que la enseñanza de Castro — según anunciábamos — nos resulta particularmente clarificadora: el de la explicación de la sinonimia legal Costumbre — uso. ¿Por qué puede hoy hablarse indistintamente de Costumbre y usos? La razón intrínseca de que la distinción, antes importante, haya rebajado su alcance está — dice Castro ⁽¹⁰²⁾ — en que la Costumbre ya no logra valor jurídico con

⁽¹⁰¹⁾ CASTRO: *op. cit.* pág. 392.

⁽¹⁰²⁾ CASTRO: *op. cit.* pág. 397. También en págs. 379-380: « La explicable reserva, desconfianza o enemiga — según lo casos — del Estado hacia las organizaciones o grupos que le son extraños, ha hecho que, casi automáticamente, la especialidad de origen de la norma consuetudinaria pase a un lugar secundario que, prácticamente, le quitará casi toda significación jurídica. La cuestión sobre los poderes creadores de la

independencia o sin intervención del Estado. La idea es clara: la Costumbre no cuenta ya como creadora por sí misma de norma jurídica general o Fuente autónoma del Derecho, aunque pueda seguir contado como dato de hecho a tener en cuenta para la determinación concreta del mandato normativo o para la interpretación e integración de la voluntad de los particulares, contractual o negocial. Es decir: cesa la Costumbre como Fuente, y permanecen las funciones jurídicas de los usos; y como para que la Costumbre actúe en el campo de los usos y en función de tal no es necesario que reúna la totalidad de sus elementos y requisitos, se entiende perfectamente que se prescindiera de la no siempre fácil distinción entre Costumbre y usos, y que se llegue mediante el indistinto empleo de ambos términos a la sinonimia antes indicada ⁽¹⁰³⁾. La observación es, a nuestro juicio, de enorme interés, porque permite mantener que, si bien en el esquema legal la reducción de la Costumbre a uso permite la identificación, en tanto que uso, de una y otro, sería en cambio incorrecta y absolutamente contraria a la inspiración del sistema legal la identificación o equiparación en sentido inverso: esto es, la elevación de los usos a la condición de Costumbre en sentido pleno o como Fuente del Derecho. Si la sinonimia legal tiene, pues, algún significado, y si en alguna forma puede y debe guiar al intérprete, es en cuanto pone de manifiesto que — salvados los originarios arts. 5 y 6 del Código — cuando éste se refiere a la Costumbre no está viendo en ella a la antigua Fuente del Derecho,

costumbre, y la de su voluntad de producir o no normas vinculantes, pierden valor al no distinguirse entre los primeros y no tenerse en cuenta a esa voluntad como requisito de la costumbre. De este modo, la costumbre es *asimilada* (sub. del a.) en su significado, y hasta terminológicamente, al uso social, siendo decisivo el que las leyes que reconocen tales normas (que le prestan así la fuerza coactiva del Estado) no distinguen ya entre lo usado por debido (autorreglamentación expresada en hechos) y lo usual sin calificativo, quedando así — conforme a la regulación legal — como idénticos, para el Derecho privado, el uso impuesto por una comunidad con voluntad consciente de crear Derecho y el mero hábito nacido de la repetición irreflexiva, y que se acepta y se respeta por ser la conducta corriente ».

⁽¹⁰³⁾ Cfr. DE DIEGO: *El uso...*, cit. pág. 107: « ... podrá decirse con razón: como la costumbre es uso y empieza por ahí muchas veces, por un uso convencional, ¿a qué queda reducida la diferencia, si ya no como costumbre podrá invocarse como uso convencional? ».

sino, simplemente, lo que la doctrina tradicional distinguía frente a la Costumbre como simples usos.

Hemos de poner ya fin a esta consideración en globo de las distintas remisiones del Código a la Costumbre o al uso. Creemos que a partir de ella pueden comenzar a cuadrar datos que antes parecían de muy difícil ajuste. Recapitulemos: En la concepción subyacente al Código las distinción entre Costumbre y usos ha perdido interés, en la misma medida en que la Costumbre ha dejado de actuar como Fuente y ha quedado reducida a la condición de uso en el desempeño de la más limitada función que a los usos se asigna en Derecho. Ello no obstante, la doctrina sigue hablando de la Costumbre como Fuente del Derecho. Contribuyen a que así suceda, tanto la ambigüedad de la terminología legal como la inercia histórica ⁽¹⁰⁴⁾, y, marcadamente en el caso de nuestra doctrina y de nuestro Derecho, el dato de que la Costumbre aparezca en la que se interpreta como la formulación del elenco de las Fuentes (originario art. 6º) en el Código Civil.

c) Quedaría muy incompleta esta visión general de la Costumbre en nuestro Código Civil si no prestáramos atención especial al significado en este punto de la reforma del Título Preliminar (Ley 3/1973, de 17 de mayo, y Decreto 1836/1974, de 31 de mayo).

Nuestra impresión es que la reforma pecó aquí de improvisación y de precipitación, llegando en algún aspecto a resultar contradictoria.

Destaca, en primer lugar, la mayor atención que ahora parece prestarse a la Costumbre: su condición de Fuente del Derecho va a resultar inequívocamente proclamada y reafirmada. En 1889, en efecto y según ya hemos visto, la Costumbre resulta admitida en el Código mediante su inclusión, por mera indicación, en un precepto inicialmente concebido más como norma de integración de la Ley

⁽¹⁰⁴⁾ El Italia, por ejemplo, donde la terminología legal y la indicación de la función del uso se precisan con mayor cuidado (art. 8 *Preleggi*), va a producirse también la confusión. En las «*Disposizioni sulla legge in generale*», el art. 1 recoge *gli usi* entre las Fuentes, y la doctrina, considerando sinónimos uso y Costumbre, dará también este último nombre a los usos del art. 8 *preleggi* y 1326 y 1374 del *Codice*. *Ad rem*, e.c., RESCIGNO: *Manuale*, 1978, págs. 89-91; GALGANO: *Diritto Privato*, 2ª ed. 1983, págs. 34-35.

que como norma de enumeración de las Fuentes del Derecho ⁽¹⁰⁵⁾; ahora, en cambio, se la va a proclamar expresamente como Fuente del Derecho, y se va a entrar en su regulación específica en tanto que Fuente. Con todo, no puede decirse, a nuestro juicio, que esta más expresa referencia y más detallada regulación de la Costumbre responda a un más detenido estudio ni a un más profundo conocimiento de la misma.

La Costumbre — se dice en el Decreto por el que se sanciona el texto articulado del nuevo Título Preliminar — va a resultar ampliada, al no circunscribírsele ahora a la Costumbre del lugar, y al conferirse valor de Costumbre a los usos no meramente interpretativos de una declaración de voluntad. No es nada claro que así vaya a ser efectivamente. Dejando para más adelante cuál pueda ser el significado real de la supresión del requisito de la localidad ⁽¹⁰⁶⁾, parece que se pasa por alto la postergación que sufriría la Costumbre si, como se intepreta ⁽¹⁰⁷⁾, la analogía es ahora considerada preferente respecto a ella, tanto por la supresión de la antigua indicación legal que ordenaba la aplicación de la Costumbre en defecto de Ley *exactamente* aplicable (originario art. 6º), como por su general proclamación como expediente para la expansión de la Ley (art. 4 CC, en su texto reformado).

Más significativa es la que se presenta como segunda causa de la ampliación de la Costumbre: el haberse equiparado a ella los usos normativos. La reforma fue diversamente juzgada en este punto. De los Mozos vió en ella una innovación « llevada a cabo con todo rigor técnico » ⁽¹⁰⁸⁾, Díez-Picazo, por el contrario, la calificó como errónea: en su intento de categorizar usos jurídicos diferentes, y en su confusión de estos con la Costumbre ⁽¹⁰⁹⁾. Nosotros — de cuanto

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. *ad rem*, ESPIAU: *op. cit.* pág. 813.

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. ALBALADEJO: *En el nuevo Título Preliminar la costumbre supletoria de la ley sigue siendo únicamente la que se practique en el lugar donde ha de aplicarse*, en 'Academia Matritense del Notariado'. *Estudios sobre el Título Preliminar del Código Civil*. I, 1977, págs. 55-76.

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. RUIZ VADILLO: *La costumbre...*, cit. pág. 34-35.

⁽¹⁰⁸⁾ DE LOS MOZOS: *Derecho Civil español*, I. Salamanca 1977, pág. 469. Igual juicio favorable, en pág. 440.

⁽¹⁰⁹⁾ DIEZ-PICAZO: *Comentarios*, cit. pág. 69: « Erróneo el camino de categorizar los usos o de clasificarlos ... Las normas jurídicas consuetudinarias o costumbres en

hasta ahora llevamos dicho se desprende — estamos con esta segunda opinión. La que antes señalábamos como confusión doctrinal entre Costumbre y usos normativos, la vemos ahora aupada al texto mismo de la Ley. Los usos, equiparados hacia arriba con la Costumbre, son llevados a la regulación de las Fuentes, cuando, en la realidad de las cosas, es la Costumbre la que, reducida a uso, ha dejado de desempeñar su cometido de Fuente del Derecho para cumplir la tradicional y más recortada misión de los usos.

Claro está que la reforma podría ser enjuiciada desde otro punto de vista. Se trataría ahora de entrar en su significado de fondo. Desde hacía tiempo, en determinados ámbitos de inspiración marcadamente mercantil, se venía propugnando alguna forma de transcendencia normativa a la práctica impuesta por los grupos dominantes en el mundo de los negocios. « Quienes esto pretendían — ha dicho Lasarte ⁽¹¹⁰⁾ — lo consiguieron en la reforma del Título Preliminar del Código Civil. A partir de entonces hay base para sostener que el modo usual de proceder en el tráfico tiene o puede tener eficacia normativa ». Pues bien, también así considerada, la reforma se evidencia orientada en el peor sentido y, afortunadamente, desmentida posteriormente por la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984, de 19 de julio): Las Condiciones Generales de los Contratos, a través de las que los grandes grupos tratan de dominar la práctica, no pueden valer sino en cuanto voluntariamente asumidas por el consumidor e integradas en el contenido del consentimiento contractual.

3. *Jurisprudencia en materia de Costumbre y usos.*

El replanteamiento del tema de la Costumbre que aquí venimos proponiendo exige, por fin, su contraste desde la realidad de nuestra Jurisprudencia. Hemos dicho hasta ahora que los presupuestos sociológicos, jurídicos y políticos de nuestra sociedad no dejan mucho hueco a la Costumbre; que el dato constitucional parece

el sentido de nuestro Código Civil, son algo distinto de los usos ... Por eso nos parece equivocado establecer una equiparación entre ciertos usos sociales con transcendencia jurídica y la costumbre como normas consuetudinarias ».

⁽¹¹⁰⁾ LASARTE, C.: *Curso de Derecho Civil Patrimonial*, 2ª ed. 1990, pág. 68.

resultarle adverso; y, finalmente, que la proclamación de la Costumbre como Fuente en el Código Civil, en 1889, se debe decisivamente a una razón puramente ocasional e incapaz, por sí misma, para dotarla de contenido real y efectivo al margen de ella. Evidentemente este conjunto de afirmaciones caería por tierra si la realidad de nuestro Derecho, en el decisivo momento de su aplicación, mostrara la existencia y efectividad de algun o algunas normas de naturaleza consuetudinaria cuya fuerza normativa pudiera imponerse a quien pretendiera eludirla. Es más: desde el momento en que el Código Civil proclama formalmente a la Costumbre como Fuente del Derecho, cualquier observación crítica respecto al alcance real o material de tal proclamación, deberá ser fundamentada desde el examen de la Jurisprudencia.

A nuestro juicio es éste un examen necesario, del que no debe eximir el apriorismo en la interpretación de su previsible resultado. Se ha dicho, en efecto, que al constituir la Costumbre un Derecho vivo que normalmente se acata por todos de una manera espontánea y natural, puede llegar a ser extraordinariamente raro que se susciten pleitos en materias reguladas por el Derecho consuetudinario ⁽¹¹¹⁾. La observación no parece muy consistente: es un hecho de constante e incotrovertible experiencia que la norma (inter-individual o relativa) más próximamente querida y expresamente aceptada — la regla contractual — es regla cuyo cumplimiento no siempre se obtiene voluntariamente y al margen del litigio: Mucho menos podrá pensarse en el cumplimiento siempre voluntario de una norma cuyo fundamento de voluntad normativa no se sitúa en la voluntad individual del sometido a ella, sino que se diluye en la que se entiende ser la voluntad general del grupo que, colectivamente, la sustenta. De hecho, vamos a verlo, hay en nuestro Derecho Jurisprudencia suficiente en tema de Costumbre. De su observación podremos extraer la más real idea sobre el efectivo significado de la Costumbre en nuestro días. Una idea que, desde luego, no va a coincidir con la que todavía se representaba y proponía Altamira en los Estudios sobre Fuentes, en honor de Geny ⁽¹¹²⁾, y que —

⁽¹¹¹⁾ COSSIO: *Instituciones*, cit. pág. 94.

⁽¹¹²⁾ ALTAMIRA, R.: *Le Droit coutumier espagnol moderne*, en *Recueil d'Etudes sur les sources du Droit en L'honneur de François Geny* II. Paris s/d págs. 269-276.

necesario es decirlo — tampoco coincidiría con la de quien imaginara el juego de la Costumbre sólo a partir de la inclusión de ésta en el elenco de las Fuentes del Derecho tal como hoy lo propone el art. 1º del Código Civil.

Pasando, pues, al estudio de nuestra Jurisprudencia en tema de Costumbre, hemos de comenzar advirtiendo que cuanto a continuación digamos está basado en el examen de un número de sentencias, que, aunque no sea exhaustivo, honestamente nos parece suficiente para proponer resultados rigurosamente fundados. ¿Cuáles son esos resultados? Antes de entrar en ellos, presentemos a grandes trazos la panorámica general de nuestra Jurisprudencia acerca de la Costumbre.

a) Hasta cuatro etapas o periodos temporales podrían, quizá, distinguirse en ella, desde la promulgación del Código hasta nuestros días. La primera, marcada por su signo negativo: alegada la Costumbre, va a negarse la posibilidad de su invocación como criterio regulador del caso litigioso, bien porque lo alegado como Costumbre no reuna los requisitos tradicionalmente exigidos para que ésta pueda desempeñar su función de Fuente (S. 8-11-1911), bien porque no se haya probado su existencia (SS. 26-6-1899; 12-3-1912), bien, finalmente, porque venga a constituir práctica viciosa al oponerse a la Ley, constituyendo la Costumbre *contra legem* que excluía el originario art. 5º del Código Civil (S. 5-7-1913). Integraría el grueso de la segunda época el grupo de sentencias que va a provocar la Ley de 22 de julio de 1912, reguladora de los Tribunales Industriales, con su remisión a los usos y costumbres de cada localidad para la integración de los contratos de trabajo. La sentencia de 29 de septiembre de 1925 vió producida aquí — según ya indicamos — la resurrección de una Fuente que parecía definitivamente condenada por la filosofía. Efectivamente, se la va a invocar con frecuencia; aunque pocos serán los casos en que se la acoja como criterio decisorio: frente a las sentencias de 6-7-1915 y 25-6-1924, que así lo hacen, en sentido contrario se pronunciarán las de 2-9-19; 31-8-20; 13-10-20; 17-4-25; 26-2-26; y 13-10-27. Tras este grupo de sentencias podría distinguirse una tercera etapa, de marcado carácter restrictivo, que llegará hasta la reforma del Título Preliminar en 1974: frente a las sentencias de 30-1-30 y 24-2-62, que admiten la aplicación de la Costumbre, otras muchas (SS. 28-10-27;

15-1-31; 16--32; 3-1-33; 23-12-43; 22-2-46; 24-3-47; 5-4-50; 18-4-51; 1-5-51; 22-1-53; 3-2-53; 21-2-57; 30-4-57; 12-2-59; 6-10-65) la excluyen por razones que más adelante hemos de indicar. Finalmente, tras la nueva redacción del Título Preliminar y al amparo, en concreto, del art. 1, 3, va a producirse un número de sentencias relativas a la Costumbre y a los usos equiparados a ella o alusivas a una y otros: las de 30-3-74, 30-1-80 y, en parte, la de 9-10-81, resuelven en aplicación del uso invocado; de signo contrario, las de 22-1-76; 4-10-82; 1-12-88 y 10-7-89.

b) Atendiendo a su asunto o materia, el elemento consuetudinario aparece actuando en cuatro grandes grupos: el de la Costumbre que podríamos llamar local-foral (SS 26-6-1899; 28-10-1927; 16-3-32; 30-4-57; 12-2-59; 4-10-82); el de la Costumbre o uso laboral o empresarial (SS. 6-6-15; 2-9-19; 31-8-20; 13-10-20; 25-6-24; 17-4-25; 29-10-25; 26-2-26; 30-10-27; y 22-1-76 — de lo social —); el de los usos agrarios (SS. 12-3-12; 19-4-23; 21-2-24; 1-5-51; 22-1-53 y 6-10-65) y, finalmente y más numeroso, el de los usos del comercio o usos mercantiles (SS. 13-2-09; 8-11-11; 3-5-24; 9-12-24; 2-5-45; 30-1-30; 15-1-31; 3-1-33; 2-7-73; 30-3-74; 30-6-80; 9-10-81; 11-3-82; 21-6-85; 1-12-88; 24-12-88 y 10-7-89).

c) Por razón de la influencia del dato consuetudinario alegado en la solución del caso, son distinguibles, aparte el pequeño grupo de sentencias en que la alusión a tal dato no influye en el sentido del fallo (SS., e.c., de 11-3-82 o de 19-5-89), un primer y muy numeroso conjunto en el que se niega la solución del caso según el criterio consuetudinario invocado (SS. 26-6-1899; 13-2-09; 8-11-11; 12-3-12; 5-7-13; 2-9-19; 13-10-20; 31-8-20; 19-4-23; 21-2-24; 3-5-24; 9-12-24; 2-4-25; 17-4-25; 29-9-25; 5-12-25; 26-2-26; 16-3-26; 13-10-27; 28-10-27; 15-1-31; 16-3-32; 3-1-33; 23-12-43; 22-2-46; 24-3-47; 5-4-50 (social); 18-4-51; 1-5-51 (social); 22-1-53; 3-2-53; 21-2-57; 30-4-57; 12-2-59; 22-1-76 (social); 4-10-82; 1-12-88; 10-7-89), frente a otro, mucho más reducido, en que este criterio es acogido como determinante de la solución del pleito (Para el Derecho común: SS. 6-7-15; 25-6-24; 30-1-130; 24-2-62; 6-10-65; 30-3-74; 30-6-80; 9-10-81).

Obtenida la anterior panorámica, interesa atender ya más de cerca a lo que constituye el objeto central de nuestro análisis: Cuando se excluye la aplicación de la Costumbre: ¿qué es lo que se excluye

y por qué se lo excluye? Y, por el contrario, cuando se accede a la aplicación de la Costumbre, admitiéndose su fuerza normativa: ¿qué es lo que efectivamente obliga y por qué se lo condidera obligatorio?

Comenzando por las sentencias de exclusión, el Tribunal Supremo no accede a la aplicación de la Costumbre ante él invocada por alguna de las siguientes razones:

1. Por falta en ella de los elementos o requisitos propios de la Costumbre ⁽¹¹³⁾.

⁽¹¹³⁾ S. 8-11-11: « no está justificada la costumbre local de otorgar a la transmisión de las facturas de ventas de algodones en que el comprador haya firmado su conformidad y ofrecido el pago, los mismos efectos legales que el endoso de títulos expedidos a la orden, negando de esta suerte la existencia y aplicación del uso comercial alegado en apoyo de su derecho por la sociedad demandante, y aunque esta apreciación de prueba se combate en el motivo sexto del recurso ... los documentos que se oponen para justificar la equivocación del Tribunal sentenciador se limitan a demostrar que diferentes casas de Banca de Barcelona descontaban estas facturas, pero no que general y constantemente el comercio de aquella plaza, por las necesidades del crédito y durante muchos años, admita y negocie las facturas conformadas como uno de tantos títulos comprendidos en el párrafo primero del art. 532... ». S. 5-12-25: « El hecho escueto de prestarse el servicio en una cuenca minera de carbón, no puede llevar por sí a la conclusión de ser costumbre su pago, toda vez que ésta ha de resultar de hechos repetidos y continuados en términos que la constituyan... ». S. 18-4-51: « Pero ni tales tarifas (de honorarios de Letrado) equivalen a la norma jurídica elaborada por la conciencia social mediante la repetición de actos realizada con intención jurídica en que consiste fundamentalmente la costumbre, dado su carácter unilateral ... ». S. 22-1-53: « Procede desestimar también el motivo tercero, no tan solo por la falta de prueba del elemento externo — repetición constante de actos uniformes en la misma comarca — y falta también de la *opinio juris* o elemento interno, que dan vida al derecho consuetudinario ... y sólo a falta de norma legal exactamente aplicable al punto controvertido habría de ser llenada esta laguna con las reglas supletorias del derecho consuetudinario si se demuestran los presupuestos de hecho determinantes de su nacimiento y subsistencia ». S. 30-4-57: « ... pues siendo un requisito esencial para que una costumbre pueda considerarse como norma jurídica que se manifieste una voluntad de ese orden en una colectividad determinada, que igual puede ser la de un lugar que la de una región o nación, a través de los hechos de la propia vida jurídica, y principalmente de los usos uniformes, duraderos, no está probado en autos que esas circunstancias concurrían... ». S. 4-10-82: « Siendo la costumbre una cuestión de hecho, para poder apreciar su existencia ... se precisa que se alegue y se pruebe ... con relación de sus circunstancias, alcance y demás preciso para deducir las consecuencias pretendidas ... esto es, la existencia de situaciones fácticas constantes, dimanantes de actos uniformes a través de un periodo de tiempo suficiente para calificar su permanencia, con convicción de que la observancia reiterada de una determinada norma en esos casos obedece a una razón de

2. Por no haberse probado su existencia ⁽¹¹⁴⁾.

derecho (*opinio juris*), o sea, con alcance de racionalidad jurídica, y no que pudiera provenir de meros usos que solamente pueden ser generadores de eficacia jurídica cuando por vía de ley son consolidados al respecto... ».

⁽¹¹⁴⁾ S. 26-6-1899: « ... para que la costumbre del lugar, a falta de ley escrita, pueda ser aplicada en juicio, es indispensable que se halle legalmente acreditada, y no habiendo sido objeto de prueba en este pleito, ni siquiera de discusión, la que se supone existente en Ibiza para apreciar si la sentencia reclamada la infringe, único motivo en el que el recurso se apoya, es evidente que éste carece de base y fundamento atendibles ». S. 12-3-12: « ... en estos autos se renunciò a la práctica de pruebas, por ello no se ha intentado acreditar la costumbre a que se refiere el motivo 7º, y que en su caso hiciera aplicable la disposición del art. 1287 del Código Civil ». S. 2-9-19: « ... no teniendo tampoco aplicación adecuada el párrafo segundo del art. 6º del Código referido, porque para que la costumbre pueda ser aplicada en juicio a falta de ley escrita, es preciso acreditarla; particular que, sobre no haber sido objeto del procedimiento, no fue tampoco materia de discusión ni de prueba ». S. 31-8-20: « ... según doctrina de esta Sala, para que una costumbre o uso común pueda aplicarse por los Tribunales se requiere la justificación de la misma en el juicio y, en el caso actual, que el Jurado hubiera declarado su existencia ... es visto que no existiendo esa prueba ni declaración como cuestión de hecho, no puede estimarse su existencia ... y al no entenderlo de esta suerte la sentencia recurrida, se ha infringido la doctrina legal que se aduce en el segundo motivo del recurso ». S. 19-4-23: « ... y no cabe tampoco alegar que se han vulnerado los artículos 6 y 1232 del referido Código, en razón a que tiene fuerza de ley en esta caso la costumbre del pueblo ... porque no aparece comprobada la realidad de esa costumbre ». S. 29-9-25: « ... para que la costumbre pueda ser invocada y aplicada legalmente, se requiere que se acredite debidamente su existencia ... por ser esta una cuestión de hecho ... y habiendo alegado los demandantes en el escrito inicial del juicio ser costumbre añeja en Tarragona ... costumbre negada o contradicha por los demandados en el hecho tercero de la contestación, suponiéndola enervada, caso de existir, por pacto contrario, es evidente que sobre dicha costumbre y sobre la existencia del contrato que la modificara, en la hipótesis de que existiera, debieron ser interrogados los jurados ... y faltando estos elementos de hecho, base indispensable para las declaraciones que contiene el fallo ... es evidente que la sentencia ha infringido la ley y doctrina que se citan en los dos motivos del recurso de casación ». S. 26-2-26: « ... es visto que la decisión de tal problema ha de basarse en los aludidos usos y costumbres locales, pero siempre a condición de que, como elementos de hecho, se acrediten en debida forma dentro del juicio ». S. 3-1-33: « ... tampoco puede prevalecer el segundo motivo del recurso porque para nada se adujeron en el pleito los usos mercantiles, ni en su consecuencia se concretaron ni probaron cuáles fueran los que se suponen infringidos ». S. 23-12-43: « ... ni encuentra fundamento en el art. 1287 del propio Código, relativo al uso o a la costumbre del país, porque tal precepto sólo es aplicable en el supuesto de que el uso o costumbre exista y se demuestre con eficacia para determinar la solución de la cuestión litigiosa, y en este caso la Sala sentenciadora no sólo no ha tenido por probada su

3. Por ser contraria a Ley ⁽¹¹⁵⁾.

existencia ... sino que ... ha estimado probado lo contrario ». S. 24-3-47: « ... para que el juzgador estime la existencia de la costumbre, debe hallarse ésta debidamente justificada, lo cual significa que, a efectos de su demostración, se la considera como un hecho y, por tanto, de libre apreciación del Tribunal de instancia ». S. 21-2-57: « ... además de no haber laguna que exigiera la aplicación del art. 6 aludido, tampoco existe costumbre que fuera infringida ... pues esa fuente supletoria habrá que invocarla y probarla, cosa que no se hizo en instancia ni se hace en el recurso, en el que ... se invoca una costumbre general, improbada, sin valor para casos como el presente ». S. 12-2-59: « ... para que el juzgador estime la existencia de la costumbre, debe hallarse ésta debidamente justificada, lo cual significa que, a efectos de su demostración, se la considera como hecho, y, por tanto, de libre apreciación del Tribunal de instancia, de suerte que si ha quedado improbada la existencia de costumbre en contrario en Cataluña para la aplicación del art. 1656 del Código Civil, hay que acomodar tal precepto como derecho supletorio a los casos de 'rabassa morta' en los que se suscite el derecho de retracto en Cataluña ». S. 21-1-76 (social): « ... no basta invocar un uso o costumbre laboral para que el juzgador la aplique, sino que por ser norma jurídica emanada de repetición de hechos, quien la alega viene obligado a probar su existencia, y ni en la sentencia se recoge la costumbre que el recurrente señala, ni este ha intentado que se recoja por la vía procesal adecuada ». S. 1-12-88: « ... recoge la fotocopia unas condiciones que en ningún caso alcanzan la categoría de uso normativo. Y aun siéndolo habría de haberse alegado y probado ».

⁽¹¹⁵⁾ S. 5-7-13: « ... aquellos hechos no significan otra cosa que una viciosa práctica contraria a los preceptos legales e inadmisibles en Derecho, ya que la costumbre sólo merece ser tenida como fuente jurídica supliendo a la ley, pero nunca enfrente de ella, conforme a los arts. 5º y 6º del Código citado ». S. 3-5-24: « ... y la costumbre no puede prevalecer contra el texto expreso de las leyes y de la voluntad que los interesados definieron en la convención contractual ... ». S. 16-3-26: « ... sin que contra su observancia pueda admitirse el desuso ni la costumbre o práctica en contrario, según el art; 5º del Código Civil, y menos en materia tan importante como la de subsistencias, en que merced a los ardides de la avaricia quedarían frustrados los laudables propósitos del legislador, y sin tutela ni defensa los intereses de los consumidores ». S. 28-10-27: « ... las fuentes directas del Derecho Civil en la legislación anterior al Código eran: la ley, la costumbre en sus tres manifestaciones de según ley, fuera de ley y contra ley; y la jurisprudencia de los Tribunales, a diferencia de lo que sucede después de publicado el Código Civil, que únicamente tiene ese carácter: la ley, y a falta de ella, la costumbre del lugar, y como supletoria de las anteriores, los principios generales del Derecho ... la Memoria testamentaria fue una forma de testar establecida por la costumbre contra ley, pero con tal fuerza, por estar basada en la tradición, que la autorizó la jurisprudencia en muchas sentencias ». S. 16-3-32: « ... y sin que puedan admitirse las costumbres gallegas que existan en tal sentido, amparando la que en el recurso se llama casa petrucial, porque sería nulas en Derecho por virtud de lo dispuesto por el art. 5º del Código Civil ».

4. Por haber Ley que, con su propia existencia, excluye la aplicabilidad subsidiaria de la Costumbre ⁽¹¹⁶⁾.

5. Por no haberse alegado la falta de Ley que justifique el recurso a la Costumbre ⁽¹¹⁷⁾.

6. Por no ser invocable la Costumbre cuando es contraria al pacto establecido por las partes ⁽¹¹⁸⁾.

7. Por no haber necesidad de recurrir a la Costumbre para la integración del contrato, al haber pacto expreso en su materia ⁽¹¹⁹⁾.

⁽¹¹⁶⁾ S. 13-10-20: « ... porque no hay necesidad de aplicar la costumbre del lugar cuando existen leyes exactamente aplicables al caso ». S. 2-4-25: « ... cierto que los usos del comercio observados generalmente en cada plaza regirán en cuanto a los actos de comercio en defecto de disposiciones contenidas en el Código ... no cabe poder aplicar esos usos de comercio, caso de existir, habiendo como hay en nuestro Código un precepto tan claro y terminante como el art. citado 950, en el que se fija un plazo de tres años para la extinción de todas las acciones procedentes de la letra de cambio... ». S. 22-1-53: « ... porque la costumbre *praeter legem* sólo está admitida en el Código como supletoria fuente del Derecho, en defecto de regla legal aplicable al caso controvertido, supuesto distinto del contemplado en el pleito, para el cual ofrece la ley solución adecuada, según se dirá después ». S. 10-7-89: « ... ha de estarse a los propios límites que establece la norma legal, sin que pueda otorgarse prevalencia a unos usos que, aunque se les atribuya el carácter de fuente del Ordenamiento jurídico, siempre serían de segundo grado y no podrían, por su carácter *contra legem*, anteponerse a ésta, como norma que es de primer grado ».

⁽¹¹⁷⁾ S. 21-2-24: « ... la costumbre sólo es aplicable en defecto de ley que regule el caso controvertido, y en el pleito de autos no se alegó la falta de precepto legal aplicable y, por el contrario, se invocaron como fundamentos de la demanda los contratos especialmente citados y los preceptos del Código civil que regulan las obligaciones y contratos ». S. 21-2-57: « Que además de no haber laguna que exigiera la aplicación del art. 6º aludido ... no se alegó la falta de ley para determinarla, ni la costumbre supletoria por la que debía regirse, todo lo que hace improcedente dicho motivo... ».

⁽¹¹⁸⁾ S. 13-2-09: « ... no pueden admitirse las infracciones de los arts. 1282 y 1287 del Código Civil ... porque no es lícito invocar válidamente costumbre alguna contra lo expresamente pactado ». S. 3-5-24: « ... y la costumbre no puede prevalecer contra el texto expreso de las leyes y de la voluntad que los interesados definieron en la convención contractual aplicable al caso controvertido con la eficacia que respectivamente sancionan los arts. 50 de dicho Código y 1091 del Civil ».

⁽¹¹⁹⁾ S. 9-12-24: « ...entre las normas jurídicas admite la legislación mercantil en dicho art. 277 el uso y la práctica de cada plaza para regular, en defecto de pacto, la cuantía de la obligación de pagar al comisionista premio por el desempeño de la comisión, y el art. 6º del vigente Código Civil establece que se ha de aplicar la costumbre del lugar cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido; pero en

8. Porque, aun existiendo la Costumbre, ella no se impondría por sí sola a los particulares como norma necesaria ⁽¹²⁰⁾.

En el caso contrario, esto es, cuando se admite el dato consuetudinario como criterio de solución: ¿qué es lo que efectivamente se admite y por qué se admite? Analizando los distintos casos podría responderse que en realidad se admite:

1. La aplicación de una costumbre o uso laboral, modificadora del régimen legal general ⁽¹²¹⁾, o simplemente normativa, de acuerdo — se dice — con el art. 6º del Código Civil, para la fundamentación de una obligación contractual ⁽¹²²⁾.

ninguno de estos dos casos se halla comprendido el del pleito, y no existe necesidad de acudir para decidirlo a normas consuetudinarias, porque la cuota del premio se admitió como estipulada para regir las relaciones conforme al contrato invocado por el actor ... y por consiguiente no hay necesidad legal de acudir a las expresadas normas de derecho consuetudinario ». S. 17-4-25: « Contra la costumbre invocada existe la ley del contrato y no es lícito prescindir de éste ... cuando, como en el presente caso, la interpretación extensiva de sus preceptos determina para el patrono obligaciones que no tienen base ni en la ley ni en el contrato ». S. 13-10-27: « ... es lo cierto y evidente que la sentencia tiene que ser casada, porque se comete una infracción y aplicación indebida del art. 6º del Código Civil al admitir como fuente de derecho la costumbre local, habiendo la ley del contrato que determina lo contrario, pues el obrero convino con el patrono el poder ser despedido, y la costumbre del lugar, caso de que existiera, tenía que ser a falta de ley del contrato ».

⁽¹²⁰⁾ S. 1-5-51 (social): « ... pero aunque se admita como cierta la costumbre a que los mismos se refieren ... ello no implica que en el presente caso se vieran obligados los contratantes por tal costumbre, y que, por tanto .. no pudieran convenir lo que estimaran conveniente ... lo que haría ineficaz la invocación de tal costumbre ».

⁽¹²¹⁾ S. 6-7-15: « ... que al sentar como causa de su resolución no hallar disposición alguna que ordene el pago de un mes de aviso o de despido, infringe el art. 6º del Código Civil y los 34 y 46 de la Ley de 22 de julio de 1912, porque aunque por deficiencia no disculpable del juzgador al formular las preguntas, se omitió alguna que hubiera puesto más de relieve la existencia de la costumbre en aquellos puertos del abono de un mes de despido cuando éste se hace sin justa causa; de todas suertes, de la contestación a las preguntas que se formularon y de los términos de la demanda, puede deducirse la existencia de tal costumbre que modifica las responsabilidades que se imponen para estos casos en los citados arts. 604 y 636 del Código y en el tercero del Real Decreto de 18 de noviembre de 1909, que fueron las que debieron exigirse ».

⁽¹²²⁾ S. 25-6-24: « ... es costumbre establecida en la plaza de Bilbao, según se afirma en el veredicto, abonar a los camareros una mensualidad más que la devengada cuando el despido se efectúa sin previo aviso ni justa causa, circunstancias ambas cuya concurrencia no niega el recurrente, y sabido es que la costumbre del lugar es regla de

2. La invocación de la Costumbre comarcal agraria para la determinación, en defecto de criterio legal y pactado, de la duración de los periodos anuales de un derecho de montanera ⁽¹²³⁾.

3. El recurso a una Costumbre — el Tribunal Supremo preferiría llamarla simplemente « circunstancia » — regional agraria (venta de la naraja « a ojo » en la región valenciana) para la integración del contrato ⁽¹²⁴⁾.

4. El recurso a un uso mercantil, como dato revelador de la voluntad de las partes y vinculante en razón de la misma ⁽¹²⁵⁾.

derecho a tenor de lo establecido en el art. 6º del mencionado Código sustantivo civil ».

⁽¹²³⁾ S. 24-2-62: « Que el único problema propuesto en este recurso es el referente al periodo de montanera ... fijándose por el Juzgado aquel periodo en dos meses ... y por el Tribunal de alzada, con revocación en este extremo de la del inferior, en tres meses ... fundándose ambos órganos jurisdiccionales en la costumbre del lugar en defecto de normas legislativas y pactos expresos concluyentes sobre tal capital particular ... La Sala de instancia se apoya para sentar su afirmación en la observación directa de la costumbre del lugar, del pueblo o de la tierra, que no es otra que la general de la comarca, y que ha quedado corroborada por la pueba documental aportada ».

⁽¹²⁴⁾ S. 6-10-65: « ... la sentencia recurrida, para desembocar en su tesis condenatoria, razona que esa aludida costumbre — mejor debería decir circunstancia — consistente en entender entregada la cosa desde el momento en que se perfeccione el contrato, es aplicable, no solo por lo preceptuado en el art. 6º del repetido Código, sino como una de las condiciones naturales del negocio jurídico, y reconocida por el art. 1258 de aquel Código, norma que obliga a los contratantes a cumplir todas aquellas otras prestaciones que, aun no pactadas, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley; es decir, que la sentencia impugnada, no aplica esa llamada costumbre como norma supletoria de la ley, sino que entiende vigente esas estipulaciones, por la naturaleza del contrato y en aras de la buena fe, porque se suponen pactadas de manera tácita en tales contratos, aunque no se puntualicen con todo detalle ».

⁽¹²⁵⁾ S. 30-1-30: « ... la fuerza del uso como norma de conducta para los interesados en un negocio jurídico, que llega a constituir ley obligatoria para quienes en el mismo intervienen, se deriva de la voluntad presunta de los mismos, y sobre esta consideración que hace presumible que la han exteriorizado para aceptar aquel uso, se cimenta el valor con que, a título de equidad puede ser invocada para discutir en el juicio y ser aplicada por el juez, cuando éste, por los medios de investigación que las leyes de procedimiento autorizan, llega a adquirir el convencimiento de la realidad de las prácticas y usos que rigen como norma consuetudinaria en relaciones contractuales que no se sometieron previamente a convención expresa que pueda hacerse objeto de prueba por la parte a quien su cumplimiento interesa ». S. 30-3-74: « ... no se ha violado ningún precepto legal, sino que, aun sin mención especial, el art. 2º del Código de Comercio, en el último inciso de su párrafo primero, es el que inspira la sentencia recurrida, dando validez a un sistema de operar habitual en Rota en este tipo de contratos, suficiente a

Tras este análisis de la Jurisprudencia en torno a la Costumbre estamos ya en condiciones de formular algunas observaciones.

1º) La primera y más evidente: que no se produce en la Jurisprudencia la depuración terminológica que en materia de Costumbre sería deseable. La sinonimia legal Costumbre — uso se mantiene en la Jurisprudencia.

2º) Que la confusión terminológica trasciende en la Jurisprudencia al orden de lo conceptual y de fondo: En la doctrina del Tribunal Supremo, globalmente considerada, no se mantiene la distinción tradicional entre Costumbre y usos: la primera, constitutiva de norma jurídica; los segundos, datos de hecho con significación diferente. La Jurisprudencia — globalmente considerada, repetimos — va a atribuir al dato consuetudinario — Costumbre o uso — una significación unitaria bastante confusamente entendida y expresada, lo que va a llevar a las siguientes consecuencias:

a) Una primera y ya sintomática, aunque todavía más circunscrita: La contradicción producida entre las sentencias que excluyen la aplicación de la Costumbre por razón de la existencia de Ley aplicable, y la que admite la aplicación de una Costumbre laboral modificadora del más genérico régimen legal existente ⁽¹²⁶⁾. Bastaría distinguir, para evitar esta contradicción ⁽¹²⁷⁾, entre la Costumbre en sentido propio y el simple uso, en este caso uso negocial. La Costumbre, como norma jurídica, es efectivamente norma subsidiaria; sólo aplicable en defecto de Ley; en cambio, el uso negocial al

revelar la voluntad de las partes y su vinculación al sistema indicado que simplifica y garantiza la obligación, su prueba y su eficacia ». S. 9-10-81: « ... el alcance de dicha discrepancia, y duda que la motiva, ha de ser resuelto acudiendo, conforme previene el art. 59 del Código de Comercio, a los ' usos de comercio ' en cuanto constituyen fuente subsidiaria interpretativa de los actos de comercio el art. 59 en relación con el 2º del propio Código, requiere la aplicación de los usos denominados ' interpretativos ' para resolver las dudas que puedan suscitarse en torno al sentido y alcance de los contratos de comercio, que es precisamente lo que hizo el juzgador de instancia... ».

⁽¹²⁶⁾ La S. 6-17-25 considera « costumbre » la producida en el orden laboral, con virtualidad modificadora de lo establecido en los arts. 604 y 636 del C. de c.; como « costumbre » serían las que no se aplican por haber ley, en las SS. de 13-10-20; 22-1-53; 10-7-89.

⁽¹²⁷⁾ Desde igual confusión que la observada en la Jurisprudencia, VALVERDE: *op. cit.* pág. 167, veía en el art. 1599 del Código Civil una excepción al art. 5º; ya que no — decía — una de las muchas contradicciones existentes en el Código.

que la Ley remite — generalmente o en concreto —, sin entidad normativa general y como elemento de determinación — interpretación o integración — de la obligación contractual, entra a desarrollar su cometido normativo relativo o *inter partes* con la prioridad que en la regulación negocial se reconoce al pacto cuyo contenido viene a determinar y con anterioridad a la Ley dispositiva, que en este caso se reserva la función de telón de fondo. Este es el orden establecido generalmente en el art. 1258 del Código Civil, y aplicado concretamente en los arts. 1496, 1; 1599; 1750 ⁽¹²⁸⁾.

b) Consecuencia de la confusión indicada — ahora con mayor alcance — es la desfiguración, en nuestra Jurisprudencia, de la imagen tradicional de la Costumbre, hasta su conversión en simple uso: De constitutiva de norma jurídica general, va a pasar a consistir en simple norma relativa y privada (*lex contractus*); de norma supletoria de la Ley, a dato objetivo supletorio del pacto o integrador del mismo. Es claro, a nuestro juicio, que a través de este doble deslizamiento, el primero en el orden de lo esencial y el segundo en el de lo funcional, lo que la Jurisprudencia va a seguir llamando Costumbre no es ya la auténtica y tradicional Costumbre, Fuente del Derecho, sino el simple uso jurídicamente relevante como elemento de integración del contrato.

Podría, quizá, objetárenos que no por el hecho de que se la haga integrar el pacto, la Costumbre dejaría de consistir en verdadera norma jurídica; que también la Ley dispositiva, siendo evidentemente norma de Derecho, viene a cumplir esa misma función. La objeción nos parece fácilmente superable. Es cierto que la Ley — Fuente del Derecho — puede desempeñar una función supletoria de la voluntad privada; pero tan cierto como ello es que no siempre esta función exige ser desempeñada por una norma jurídica: El uso individual de los contratantes no puede, evidentemente, constituir norma jurídica general, y sin embargo es claro que puede funcionar como elemento de determinación del contenido del contrato (art.

⁽¹²⁸⁾ En contra, CASTRO: *Derecho Civil*, cit. pág. 394, texto y nota 3, infravalorando — a nuestro juicio — el significado del orden establecido en estas normas (« el orden de las palabras empleadas por el Código no tiene, como en tantos otros casos — p. ej. art. 1579 — más que una finalidad estética o fonética ») y sobrevalorando el rango y función de la ley dispositiva.

1282); tampoco el uso integrador (arts. 1258 y 1287) tiene por qué ser constitutivo de norma general para llevar a cabo su función. En definitiva: que la norma jurídica puede actuar como integradora de la voluntad privada, pero que no toda integración de la voluntad privada necesita ser llevada a cabo desde la norma jurídica general.

Pasando ya al examen más de cerca de la jurisprudencia, hay que partir reconociendo que aunque en algún caso particular nuestro Tribunal Supremo ha marcado la distinción entre Costumbre y uso, llegando alguna vez a considerar como simple « circunstancia » lo que se le había presentado como Costumbre inmemorial ⁽¹²⁹⁾, son muchas más las veces en que no solamente omite hacer tal distinción, sino que positivamente llega a predicar de la Costumbre, como fundada en la voluntad privada de los contratantes y manifestadora o reveladora de la misma ⁽¹³⁰⁾, la función de suplir o integrar, tanto o más que la Ley, el pacto o contrato ⁽¹³¹⁾, interpretándose ser esta

⁽¹²⁹⁾ Ocurre esto último en la sentencia, ya citada y transcrita en este punto en la anterior nota 124, de 6-10-65. También la de 4-10-82 distingue entre la Costumbre-Fuente o Costumbre en sentido propio, y la que « pudiera provenir de meros usos, que solamente pueden ser generadores de eficacia jurídica cuando por vía de ley son consolidados al respecto ». O la de 21-6-85: « ... sin que la referencia a los usos que el Juez de instancia hace no sea más que la utilización de los usos de comercio que cita como criterio de interpretación de la conducta de las partes para la probanza del contrato, no como usos normativos para regular su validez y efectos ».

⁽¹³⁰⁾ S. 30-1-30: « Considerando que la fuerza del uso, como norma de conducta para los interesados en un negocio jurídico, que llega a constituir ley obligatoria para quienes en el mismo intervienen, se deriva de la voluntad presunta de los mismos, y sobre esta consideración ... se cimenta el valor con que a título de equidad puede ser invocada para discutir en el juicio y ser aplicada por el juez cuando éste, por los medios de investigación que las leyes de procedimiento autorizan, llega a adquirir el convencimiento de la realidad de las prácticas y usos que rigen como norma consuetudinaria en relaciones contractuales que no se sometieron previamente a convención expresa que pueda hacerse objeto de prueba... ». S. 30-3-74: « ... aun sin mención especial, el art. 2º del Código de comercio, en el último inciso de su párrafo primero, es el que inspira la sentencia recurrida, dando validez a un sistema de operar habitual en Rota en este tipo de contratos, suficiente a revelar la voluntad de las partes y su vinculación al sistema indicado que simplifica y garantiza la obligación, su prueba y su eficacia ».

⁽¹³¹⁾ Cfr. S. 3-15-24: « ... y la costumbre no puede prevalecer contra el texto expreso de las leyes y de la voluntad que los interesados definieron en la convención contractual, aplicable al caso controvertido con la eficacia que respectivamente sancionan los arts. 50 de dicho Código y 1091 del Civil ». S. 9-12-24: « ... y no existe necesidad de acudir para decidirlo a normas consuetudinarias, porque la cuota del premio se

la función asignada a la Costumbre en el originario art. 6° del Código Civil ⁽¹³²⁾, para tener que desembocar en una visión reduccionista de la Costumbre, limitada a ser norma, además de supletoria, necesariamente dispositiva ⁽¹³³⁾. La confusión se evidencia par-

admitió como estipulada para regir las relaciones conforme al contrato invocado por el actor ... y por consiguiente no hay necesidad legal de acudir a las expresadas normas de derecho consuetudinario ». S. 13-10-27: « ... y la costumbre del lugar, caso de que existiera, tenía que ser a falta de ley del contrato ».

⁽¹³²⁾ S. 25-6-24: « ... y que es costumbre establecida en la plaza de Bilbao, según se afirma en el veredicto, abonar a los camareros una mensualidad más que la devengada cuando el despido se efectúa sin previo aviso ni justa causa ... y sabido es que la costumbre es regla de derecho a tenor de lo establecido en el art. 6° del mentado Código ». S. 29-10-25: « Considerando que el párrafo tercero del art. 7° de la ley de 22 de julio de 1912, reguladora de la competencia y procedimientos ante los Tribunales Industriales, previene que el contrato se supone siempre existente entre aquel que da trabajo y el que lo presta, y que a falta de estipulación escrita o verbal se atenderá el Tribunal a los usos y costumbres de cada localidad en la respectiva clase de trabajo, y este precepto, que es repetición del principio que informa el art. 6° del vigente Código Civil... ». S. 22-2-26: « ... la citada ley de Tribunales Industriales... establece en su art. 7° ... que a falta de estipulación escrita o verbal se atenga el Tribunal a los usos y costumbres de cada localidad en la respectiva clase de trabajo, determinación corroborada por el art. 6° del citado Código Civil y requerida por la mayor intensidad que actualmente reviste la vida industrial ». S. 13-10-27: « ... es lo cierto y evidente que la sentencia tiene que ser casada, porque se comete una infracción y aplicación indebida del art. 6° del Código Civil al admitir como fuente del derecho la costumbre local, habiendo ley del contrato que determina lo contrario ... y la costumbre del lugar, caso de que existiera, tenía que ser a falta de ley del contrato ».

⁽¹³³⁾ S. 17-4-25: « ... contra la costumbre invocada existe la ley del contrato y no es lícito prescindir de éste, por el carácter benéfico y de protección al obrero de la Ley de Accidentes de trabajo cuando, como en el presente caso, la interpretación extensiva de sus preceptos determina para el patrono obligaciones que no tienen base ni en la ley ni en el contrato ». S. 13-10-27: « ... se comete una infracción y aplicación indebida del art. 6° del Código Civil al admitir como fuente de Derecho la costumbre local, habiendo ley del contrato que determina lo contrario ... y la costumbre del lugar, caso de que existiera, tenía que ser a falta de ley del contrato ». S. 1-15-51 (social): « ... ello no implica que en el presente caso se vieran obligados los contratantes por tal costumbre y que, por tanto, no pudieran convenir lo que estimaron conveniente ... lo que haría ineficaz la invocación de la costumbre ». S. 22-1-53: « ... atendiendo preferentemente al título constitutivo del dominio y a las disposiciones generales que en el Derecho positivo gobiernan el instituto de la propiedad, y sólo a falta de norma legal exactamente aplicable al punto controvertido habría de ser llenada esta laguna con las reglas supletorias del derecho consuetudinario ». S. 24-2-62: « ... la costumbre, en general, es la forma constante de realizar directamente la vida psíquica los seres humanos consti-

ticularmente cuando en alguna sentencia relativamente reciente el dato consuetudinario es presentado como « fuente subsidiaria de interpretación » de los actos jurídicos ⁽¹³⁴⁾. La expresión « Fuente », y más con su calificativo de « subsidiaria », tiene significación propia en Derecho en relación con la producción y manifestación de la norma jurídica general; referirla inmediatamente a la interpretación del acto voluntario implica una utilización anfibiológica de la misma, patentizadora de la confusión que venimos tratando de destacar: Lo que se presenta como Costumbre-Fuente es en realidad simple uso interpretativo o integrador de la voluntad privada.

Teniendo en cuenta la distinción entre Costumbre y usos cuya omisión en la Jurisprudencia acabamos de advertir, y debiendo poner ya fin a este punto, hemos de terminar destacando como conclusión empíricamente comprobada la falta de juego real de la Costumbre-Fuente en nuestro actual Ordenamiento. Prevista está como Fuente formal en el Código Civil, pero la realidad del Derecho de nuestros días, según se refleja en la Jurisprudencia, no permite detectar caso alguno en el que la Costumbre aparezca desempeñando su propio y peculiar cometido de creación y manifestación de norma general de Derecho. Cuando en la doctrina del Tribunal Supremo se recuerdan los elementos y requisitos de la Costumbre, es para negar su concurrencia y excluir su aplicación como Fuente del Derecho. Cuando, por el contrario, se admite el recurso al dato consuetudinario, se trata, según hemos visto, de simples usos a los que la Ley ordena atender como reveladores, en defecto de pacto expreso, de la voluntad de las partes e integradores de la misma: en definitiva, para la determinación de situaciones jurídicas o de derechos nacidos de título fundado en norma jurídica distinta a la Costumbre ⁽¹³⁵⁾. El examen de la Jurisprudencia nos permite, pues,

tuidos en sociedad, sobre todo en ausencia de mandatos legales y convenios explícitos ». S. 30-6-80: « ... sin que la realidad del uso o costumbre, como hecho, haya sido combatida por la única vía adecuada ... ni tampoco se haya probado que el porteador hubiese prohibido la aplicación del uso cuestionado ».

⁽¹³⁴⁾ S. 9-10-81: « ... la cuestión litigiosa ... habría de encontrar solución acudiendo a los usos de comercio interpretativos en conformidad al art. 2º del referido Código, como fuente subsidiaria de interpretación de los actos de comercio ».

⁽¹³⁵⁾ Este es el caso en la sentencia de 24-2-62. En ella se aplica, al amparo, se dice, del art. 6º del Código Civil, una costumbre comarcal agraria que reuniría los

concluir que la Costumbre, aunque proclamada hoy Fuente en el Código Civil, es Fuente que se secó hace ya mucho tiempo. Lo consuetudinario no exige ser Costumbre-Fuente para actuar en Derecho, y cuando hoy lo hace — cosa que ocurre con frecuencia — no es en condición de Fuente autónoma, sino como elemento o dato fáctico, determinante del mandato legal o interpretativo-integrador de la voluntad negocial.

III. NUEVA LUZ SOBRE EL SIGNIFICADO DE LO CONSUECUDINARIO EN EL ACTUAL DERECHO

1. Desde la caracterización doctrinal de la Costumbre:

A) *La Costumbre, de Fuente autónoma a dato integrado en la Ley para la determinación de su mandato. De Fuente subordinada y supletoria de la Ley, a ingrediente interpretativo o presunto del contenido voluntario de la regla contractual.*

Cuando se presenta hoy a la Costumbre como Fuente del Derecho, se comienza habitualmente por advertir algo que por su evidencia ni siquiera necesita ser notado: que no tiene en la actualidad la importancia que pudo haber tenido en el pasado; que es Fuente tras la Ley, en marcada subordinación a ella y a gran distancia de la misma ⁽¹³⁶⁾. Para nuestro Derecho y en nuestra

requisitos y elementos de la vieja Costumbre y que se entendería probada, además de conocida por la Sala por la directa observación de los hechos. Su objeto, sin embargo, la duración temporal del periodo de montanera, se refiere a un dato fáctico más que normativo. La costumbre en tal caso juega como elemento externo de determinación del alcance temporal de un derecho nacido de título voluntario y regido por dicho título.

⁽¹³⁶⁾ Cfr., e.c., WINDSCHEID: *op. cit.* págs. 52-53: « Nella stessa misura che allora si sviluppa la legislazione, va ristraendozi il Diritto consuetudinario ... la legislazione attualmente e la fonte giuridica di gran lunga più importante; il Diritto consuetudinario, di fronte al Diritto legislativo, non occupa che un posto subordinato ». MAZEAUD: *op. cit.* pág. 117: « la costumbre ha cedido ante la ley, para no ser sino una fuente accesoria ». GALGANO: *op. cit.* págs. 35-35: « In epoca anteriore alle codificazioni moderne le consuetudini erano una fra le più importanti fonti di Diritto ... La loro deteriore posizione nel moderno Diritto dell'Europa continentale si collega al ricordato principio della statualità del Diritto ».

doctrina suele caracterizarse a la Costumbre diciendo que constituye una Fuente autónoma, pero subsidiaria, limitada y secundaria ⁽¹³⁷⁾. Interesa atender a estas notas o caracteres para iniciar desde ellas el proceso de nuestra reflexión que nos permita confirmar, desde otra perspectiva, cuál es hoy, efectivamente, la naturaleza y función de lo consuetudinario.

1. La Costumbre, se dice, es Fuente independiente o autónoma. Se quiere indicar con ello que la Costumbre nace y se desarrolla con independencia de la Ley; que puede desplegar su virtualidad normativa sin necesidad de que la Ley se remita concretamente a ella ⁽¹³⁸⁾. Así parece que, indiscutiblemente, debe ser en nuestro Derecho. ¿Qué sentido puede tener, si no, la inclusión de la Costumbre entre las Fuentes del Derecho (art. 1, 3) sin que sean bastante las remisiones singulares que a ella o a los usos se hacen en determinados preceptos del Código Civil?

2. Es Fuente subsidiaria. Cumple su cometido sin entrar a competir con la Ley: sólo en defecto de ésta. «La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable», dice el art. 1, 3. La subsidiariedad está, pues, bien fundada. ¿En qué se traduce? O, lo que es igual: ¿cómo subsidia la Costumbre a la Ley? Actuando como norma jurídica — se dice — en materias no reguladas legalmente o allí donde la Ley remite expresamente a la Costumbre ⁽¹³⁹⁾.

⁽¹³⁷⁾ Para tal caracterización, cfr. CASTRO: *Derecho Civil*, cit. págs. 385-387; DE LOS MOZOS: *op. cit.* pág. 486; DIEZ-PICAZO y GULLON: *Sistema*, cit. págs. 151-152.

⁽¹³⁸⁾ Así, CASTRO: *op. cit.* pág. 385; DE LOS MOZOS: *op. cit.* pág. 486: «... se aplica sin necesidad de que la ley expresamente la reconozca o se remita a ella»; DIEZ-PICAZO y GULLON: *op. cit.* pág. 151: «Nace y se desarrolla con absoluta independencia de la ley». También COSSIO: *op. cit.* pág. 91: «La costumbre reivindica el carácter de Fuente autónoma del Derecho positivo y no de simple norma cuya eficacia depende de una mera delegación legal»; SANCHO REBULLIDA, en *Elementos*, cit., pág. 188: «Pero es norma autónoma, fuente jurídica independiente de la ley incluso en un sistema de aplicación subsidiaria como el Código Civil».

⁽¹³⁹⁾ Así, CASTRO: *op. cit.* pág. 385: «El cometido que se le asigna es doble: de una parte habrá de proporcionar el contenido de aquellas leyes en las que se hace remisión expresa o tácita a la costumbre, y de otra, tendrá que llenar los huecos que haya dejado la regulación legal». También DIEZ-PICAZO y GULLON: *op. cit.* pág. 151: «Ello acarrea ... la admisibilidad exclusivamente de aquellas costumbres que se producen en materias no reguladas por la ley o en materias en las cuales la ley se remite de una manera especial a la costumbre». DE LOS MOZOS: *op. cit.* pág. 468, en cambio, limita la función

3. Fuente limitada. Sobre la base del originario art. 6° podía decir Castro que en nuestro Derecho sólo se admitía la Costumbre local. Suprimida la referencia a la Costumbre «del lugar» en el actual art. 1, 3, se advertirá el profundo cambio producido en este punto ⁽¹⁴⁰⁾, o, simplemente, se sustituirá la nota de la limitación por la indicación de que la Costumbre puede ser general o local ⁽¹⁴¹⁾. Con independencia de nuestro concreto dato legal, Windscheid, e.c., advertía que en las condiciones del actual Derecho, la Costumbre se repliega a las esferas geográfica o profesionalmente más restringidas ⁽¹⁴²⁾.

4. Finalmente, la Costumbre es Fuente secundaria. Aparece aquí la «gran distancia» que, otra vez y según la expresión del mismo Windscheid ⁽¹⁴³⁾, separa hoy a la Costumbre respecto de la Ley; tanta que referir a una y otra la misma condición de Fuente podría resultar equívoco. La Costumbre, advertía Castro, es Fuente de rango tan subordinado que, no pudiendo vehicular la fuerza directiva de la nación, queda cerca de la concesión privilegiada; desde luego no es aplicable de oficio, y los favorecidos por la norma consuetudinaria pueden libremente prevalerse o no de ella ⁽¹⁴⁴⁾. Hoy el contenido de la secundariedad de la Costumbre suele concentrarse en la exclusión respecto a la misma del *jura novit curia* y en la necesidad de su prueba, expresamente proclamada ahora en el art. 1, 3 del Código Civil ⁽¹⁴⁵⁾.

Así expuesta, siguiendo a nuestra mejor doctrina, la caracterización de la Costumbre, se hace necesario entrar en la reflexión sobre la misma ⁽¹⁴⁶⁾. Vaya por delante la afirmación de que, a

subsidiaria de la costumbre respecto de la Ley sólo «a las materias que no vengán reguladas por ella».

⁽¹⁴⁰⁾ DIEZ-PICAZO y GULLON: *op. cit.* pág. 152.

⁽¹⁴¹⁾ DE LOS MOZOS: *op. cit.* ib.

⁽¹⁴²⁾ WINSCHIED: *op. cit.* pág. 53: «... il Diritto consuetudinario si ritrae principalmente nelle sfere più ristrette del popolo, geografiche o professionali».

⁽¹⁴³⁾ *Op. cit.* ib.: «di gran lunga più importante».

⁽¹⁴⁴⁾ CASTRO: *op. cit.* pág. 386.

⁽¹⁴⁵⁾ Así, DE LOS MOZOS: *op. cit.* Ib.; DIEZ-PICAZO y GULLON: *op. cit.* pág. 152; LASARTE: *Curso*, cit. págs. 67-68.

⁽¹⁴⁶⁾ Limitamos aquí el análisis a las notas de la autonomía y de la subsidiariedad. De la limitación nos ocuparemos más adelante, al estudiar las clasificaciones de la

nuestro juicio, nada habría de lógica o conceptualmente contradictorio en la posibilidad de existencia de una Fuente del Derecho de las características indicadas; pero siga inmediatamente la observación de que en tal caracterización parece perseguirse el intento de un difícilísimo equilibrio: el necesario para armonizar la proclamación de la Costumbre como Fuente autónoma con la realidad de un sistema construido sobre la Ley y monopolizado de hecho por la misma ⁽¹⁴⁷⁾; equilibrio más obligado en un Ordenamiento como el nuestro, donde la Costumbre aparece «formalmente» proclamada Fuente autónoma del Derecho: distinta, pues, de la Ley e independiente de ella, y supletoria de la misma en primer grado.

Ahora bien: ¿es realmente necesario tal equilibrio en nuestro Derecho? ¿Se corresponde efectivamente a la realidad de nuestro Ordenamiento la afirmación de existencia de una Costumbre autónoma aunque subordinada? La duda, en nuestra opinión, está justificada, porque la proclamación de la Costumbre como Fuente independiente, a pesar de la claridad del art. 1, 3, puede resultar polémica en su propia realidad como tal proclamación de Fuente autónoma, y, además, vacía de contenido efectivo al no darse hoy las condiciones de posibilidad para el nacimiento y formación de auténticas Costumbres. Por otra parte, podría ocurrir que la efectividad de la función subsidiaria asignada a la Costumbre corriera realmente a cargo no de la Costumbre en sentido propio y autónomo o independiente, sino de esos usos a los que la Ley remite y que — con independencia de que se les dé el nombre de usos o de Costumbre — no necesitan ya reunir los elementos configuradores de la Costumbre, al recibir su fuerza normativa no directamente de

Costumbre desde el punto de vista de su extensión. Prescindiremos de la secundariedad, que nos llevaría a tener que abordar el régimen de la prueba de la Costumbre, en clara desproporción con la evidencia de su significado en cuanto al papel de la Costumbre y a su inadecuación al patrón propio de la norma general de Derecho.

⁽¹⁴⁷⁾ El monopolio legal de las Fuentes se produce en el *Code*, o en el BGB, donde la Costumbre es absolutamente silenciada como Fuente del Derecho, e incluso en el Código portugués, donde — art. 3º — los *usos* sólo son atendibles *cuando la ley lo determina*. Donde la Ley no aparece como única Fuente, los usos se limitan a tapar los huecos de la Ley, y los Principios Generales son los principios informadores de la Ley y desumibles de sus disposiciones: arts. 1, 8 y 12 *Preleggi*.

sí mismos, sino de la Ley que los invoca e incorpora como determinadores concretos del mandato legal.

¿Implica el art. 1, 3 (antes el originario art. 6°) auténtica proclamación de la Costumbre como Fuente *autónoma*? La verdad es que todo conspira hoy contra la autonomía o independencia de la Costumbre. El monopolio del poder coercitivo por el Estado arrastra consigo una cierta suerte de monopolio estatal del Derecho, muy difícilmente compatible con la posibilidad de una Fuente de origen y eficacia para-estatal ⁽¹⁴⁸⁾: la Costumbre podrá nacer fuera de la organización del Estado, pero necesita del Estado para adquirir fuerza normativa ⁽¹⁴⁹⁾. Muy probablemente deba observarse que lo dicho no impide la autonomía de la Costumbre como Fuente; que cuando el Estado la respalda es porque le reconoce una fuerza de obligar que, como propia de la Costumbre y anterior a su intervención, él no le atribuye; que la autonomía de la Costumbre debe referirse más a su independencia respecto de la Ley que a la total desconexión de su eficacia respecto del aparato del Estado. Todo esto, seguramente, es cierto, pero ¿es ello lo que efectivamente se produce en nuestro ordenamiento por obra del art. 1, 3 del Código Civil?

En nuestra opinión ningún inconveniente habría en que el Estado, desde la atalaya del Ordenamiento y en norma supraordenada al resto del mismo, al trazar sus fundamentos constituyentes, encarara el fenómeno de la Costumbre y le reconociera valor normativo propio e independiente del de la Ley. Pero no es esto, obviamente, lo que ocurre en el art. 1° del Código Civil. En él se trata de una Ley ordinaria (una de las Fuentes en liza); Ley, además, que, pese a la amplitud de su proclamado ámbito («fuentes del

⁽¹⁴⁸⁾ Así, CASTRO: *op. cit.* pág. 378: «El Estado, al conseguir el monopolio del aparato coactivo ... hace imprescindible, para que una regla nacida fuera de él tenga eficacia jurídica, que sus órganos le presten su concurso», por ello se dirá que «la costumbre ya no logra valor jurídico con independencia o sin intervención del Estado» (pág. 397), que «no crea, sino que reconoce la costumbre. No obstante el reconocimiento administrativo tiene valor superior al declarativo; con él adquiere el uso la seguridad de eficacia de una norma» (pág. 392, nota 2).

⁽¹⁴⁹⁾ CASTRO: *op. cit.* pág. 380: «Son reglas ... que nacen directamente del hecho de la repetición de actos, pero que requieren, para adquirir firmeza y valor normativo, que esta actuación aparezca aprobada activa o pasivamente por los órganos del Estado».

Ordenamiento jurídico español»: art. 1, 1), debe limitarse en su alcance — particularmente en lo relativo a la Costumbre — no sólo desde el punto de vista de los diferentes sectores o materias del Ordenamiento ⁽¹⁵⁰⁾, sino también en atención a la organización territorial del Estado (art. 149, 1, 8º C.E.). Sin respaldo, pues, o reconocimiento constitucional, contemplada sólo en Ley ordinaria de alcance limitado sectorialmente, la admisión de la Costumbre en nuestro Derecho no parece distar mucho del sistema de la *concesión legislativa*: una concesión, no singular y *a posteriori*, sino genérica y en favor de las que, no colisionando con la Ley, reúnan el requisito de la racionalidad. Esto, que en nuestra opinión limita notablemente o pone en grave crisis la nota de la autonomía de la Costumbre ⁽¹⁵¹⁾, está en cambio muy a tono con lo que es la realidad de su juego en nuestro actual Derecho.

Efectivamente, y continuando el análisis según el orden de preguntas antes formuladas: ¿es efectivamente subsidiada la Ley por la Costumbre-Fuente en la realidad de nuestro Derecho? Quizá la mejor respuesta la encontremos en el examen antes llevado a cabo del siglo completo de nuestra Jurisprudencia posterior al Código en tema de Costumbre. ¿Cuál fue su resultado? Recordémoslo: que lo que indistinta y confusamente se denomina Costumbre o uso, y que en la realidad es más uso que Costumbre, actúa como supleto-

⁽¹⁵⁰⁾ *Ad rem*, RUIZ VADILLO: *op. cit.* pág. 494, nota 13: « ... A mi juicio el nuevo art. 1, 1 del Código Civil debió decir: Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho, salvo en los casos en que la propia ley establezca lo contrario. Razones: 1º Al tratarse de un Título Preliminar tiene, en principio, una validez general, y sin embargo la jerarquía establecida no la tiene. Las restricciones que habría que ir realizando son múltiples no sólo y fundamentalmente para el Derecho Penal, sino también para el Mercantil, Administrativo, Laboral, etc. 2º Al hacerse en este mismo Título Preliminar, en materia de interpretación de las normas ... una expresa referencia a la ley penal (para excepcionarla de la aplicación analógica), parece que la excepción hubiera debido llevarse con un carácter más extenso no sólo en materia de aplicación e interpretación, sino también en materia de fuentes. Recuérdese que, en la enseñanza común, la costumbre, radicalmente excluida en el Derecho Penal, tampoco actúa en sentido propio en el Derecho Público ».

⁽¹⁵¹⁾ Con razón, creemos, para la realidad de nuestra situación jurídica, dice LASARTE: *op. cit.* pág. 67, que « la subsidiariedad significa que la costumbre es fuente del Derecho porque la ley así lo determina. Luego es la propia ley la que fija y señala los límites y condiciones que la costumbre debe reunir para generar normas jurídicas ».

rio, no propiamente de la Ley, sino del pacto o contrato. Hablar aquí de Costumbre, y ver en ella el juego propio de una Fuente del Derecho, supone no advertir el doble deslizamiento que lleva a confundir la integración del contrato con la integración del Ordenamiento y a atribuir al elemento integrador — usos — una condición de Fuente que para nada necesita, dada la función que realmente desempeña.

Lo dicho no tiene por qué extrañar: Aparte de que el tejido legal es extraordinariamente tupido en el Derecho moderno, debe sobre todo tenerse en cuenta que la Ley codificada nace con una deliberada voluntad de integridad — o completud, como a veces se dice — que la lleva a evitar en lo posible la existencia de lagunas y a apurar al máximo en la determinación de su mandato. Este es el sentido de esas frecuentes remisiones de la Ley al uso o a la Costumbre, que, con evidente crisis de la autonomía de la Costumbre, dibujan un sistema donde la Ley incorpora el dato consuetudinario como elemento concretante del mandato legal directo o supletorio de la *lex contractus*. Así aupada la Costumbre a la Ley, para nada necesita tener fuerza normativa propia — pues la recibe de la Ley — y en nada juega ya como Fuente autónoma. Esto, que por lo que a nosotros hace es admitido en nuestra doctrina ⁽¹⁵²⁾, es lo que explica que el codificador francés, sin perder de vista el elemento consuetudinario y apreciando en su justa medida el papel que en el nuevo Derecho le quedaba reservado, se abstuviera, *jure meritoque*, de elevar la Costumbre a Fuente del Derecho.

⁽¹⁵²⁾ Cfr. CASTRO: *op. cit.* pág. 398: « ... el valor del uso será el que le otorgue el precepto remitente »; DE LOS MOZOS: *op. cit.* pág. 469: « También hay que distinguirlos (los usos de los negocios) de aquellos otros supuestos en que, la costumbre, al ser recibida por la ley, obliga con *su propia eficacia* (sub. del a.), no como costumbre, cuestión ésta que, al tratar de los usos, la doctrina suele confundir. Entre otros supuestos, tenemos los ya citados de los arts. 1496, 1599, 1520, etc., C.C. y también se hallan en el mismo caso las llamadas costumbres sobre 'la condición jurídica de los fundos' (arts. 570, 571, etc.) »; BATLLE: *op. cit.* pág. 52: « La costumbre puede ser invocada especialmente por la ley con aplicación directa normativa. En tal caso, por la remisión y virtualidad de la propia ley, la costumbre deja de ser norma supletoria para convertirse en principal »; RUIZ VADILLO: *op. cit.* pág. 13: « A veces la costumbre goza de un puesto preeminente en la jerarquía de las fuentes, pero también en estos casos recibe su fuerza de la ley, a la que en los ordenamientos modernos está siempre subordinada ».

Se non dirá: ¡pero no estamos en Francia, y en nuestro Código Civil la Costumbre sí que es elevada a Fuente del Derecho! Lo sabemos, pero conocemos igualmente cómo pesó en esa tardía inclusión de la Costumbre en el originario art. 6 del Código la idea de hacer hueco en el Ordenamiento al juego de los Derechos Forales ⁽¹⁵³⁾ y cómo, al margen de esa finalidad, después lograda por vía diferente, la previsión de la Costumbre como Fuente autónoma ha resultado expediente frustrado y carente de contenido real o efectivo propio ⁽¹⁵⁴⁾: el examen de la realidad, según se desprende del estudio de la Jurisprudencia, lo demuestra cumplidamente. ¿Que, aparte el art. 1, 3 del Código Civil, también el art. 2 del Código de Comercio erige el uso en Fuente del Derecho? No, sin incurrir en la confusión que venimos señalando, si se atiende a la explicación dada por el legislador en la Exposición de Motivos:

« Pero el Ministro que suscribe debe manifestar, para evitar toda falsa interpretación, que los usos de comercio se admiten en el Proyecto, no como Derecho consuetudinario, sino como reglas para resolver los diversos casos particulares que ocurran, ya ampliando las cláusulas insertas generalmente en los actos mercantiles, ya fijando el sentido de las palabras oscuras, concisas y poco exactas que suelen emplear los comerciante, ya, finalmente, para dar al acto o contrato de que se trate el efecto que naturalmente debe tener según la intención presunta de las partes » ⁽¹⁵⁵⁾.

⁽¹⁵³⁾ Cfr. *ad rem*, ESPIAU: *op. cit. passim*.

⁽¹⁵⁴⁾ Es significativo que CASTRO: *op. cit.* págs. 391-392, haya podido distinguir entre Derecho consuetudinario no sometido al Código Civil (Derechos Forales, previstos en el originario art. 12), costumbres de nacimiento independiente (arts. 5 y 6), y usos a los que remite la ley. Las costumbres forales — dice — « no han cambiado de eficacia ni de naturaleza; no están sometidas a las disposiciones de los arts. 5 y 6 del Código Civil ». Ahora bien, si el contenido de estos tampoco lo constituyen los usos a los que la Ley remite, la previsión general de la Costumbre queda vacía de sustancia real y efectiva. Esto es algo que, comprobado en la práctica, era fácilmente imaginable: « Dado el amplio desarrollo de la legislación — decía CASTRO: *op. cit.* pág. 392 — es difícil concebir en la práctica casos de costumbres que no rocen disposiciones legales, al menos que no supongan una restricción a la autonomía de la voluntad, una exclusión de normas de valor dispositivo o que no desplacen el centro del equilibrio de fuerzas que la ley se propuso ».

⁽¹⁵⁵⁾ Parece claro que la falsa interpretación aquí prevista no ha logrado evitarse a pesar de la claridad del texto. Cfr., por todos, GARRIGUES: *Los usos de comercio*, cit. págs. 832-833.

B) *Cuestiones particulares*: 1. *¿Es posible en el actual Derecho la Costumbre imperativa?* 2. *¿Está subordinada la Costumbre a la Ley dispositiva?* 3. *¿Desplaza la analogía a la Costumbre?*

La tesis que venimos proponiendo podría parecer demasiado atrevida. No lo es; y, a nuestro juicio, ello se comprueba enfilando el análisis desde la perspectiva que proporcionan dos preguntas muy directamente atinentes a la caracterización de la Costumbre como Fuente. ¿Cabe en nuestro actual Derecho la Costumbre imperativa? ¿Está subordinada la Costumbre a la Ley dispositiva? Finalmente, y por conexión de materia, nos preguntaremos si tras la reforma del Título Preliminar la extensión analógica de la ley cierra el paso a la aplicación de la Costumbre.

1º) ¿Es posible hoy una Costumbre imperativa? El sentido de la pregunta es claro: Es evidentemente cierto que no es de esencia de la norma jurídica general el tener carácter imperativo; pero, esto admitido, de inmediato surge la sospecha: ¿puede considerarse Fuente aquella forma de manifestación del Derecho de la que radical y necesariamente se excluyera hoy la nota de la imperatividad? Y aclarado el sentido de la pregunta, conviene igualmente precisar el de la respuesta. No nos preguntamos si puede haber hoy día Costumbres cuyo cumplimiento pueda imponerse necesariamente, sino si la Costumbre puede imponerse por sí misma como expresiva de Derecho imperativo o necesario. La razón de la distinción es clara: Imponerse necesariamente puede el cumplimiento del pacto; pero el pacto, obviamente, al no ser siquiera norma jurídica general, no puede constituir norma imperativa. Imponerse necesariamente puede la Ley dispositiva, siempre que no haya sido excluida por los particulares; pero la Ley dispositiva no es, obviamente, norma imperativa o de Derecho necesario. Imponerse necesariamente puede, finalmente, la norma imperativa: por encima incluso de la voluntad privada en contrario. Esta es nuestra pregunta: ¿cabe en nuestro actual sistema la posibilidad de una Costumbre imperativa, manifestativa, en cuanto tal, de norma de Derecho necesario e indisponible?

Poco es lo que al respecto se encuentra en la doctrina; ni siquiera la pregunta se formula frontalmente. Sólo a veces, quienes consideran a la Costumbre Fuente — y por así considerarla —

afirman de pasada la posibilidad de Costumbres imperativas o de Derecho necesario ⁽¹⁵⁶⁾. ¿Vendría, quizá, indicada tal posibilidad en la misma denominación del elemento interno de la Costumbre: *opinio juris seu necessitatis*? La verdad es que la *opinio necessitatis* no impone la nota de la imperatividad ⁽¹⁵⁷⁾, y que la práctica no permite encontrar por ninguna parte la existencia de Costumbres imperativas ⁽¹⁵⁸⁾.

Y parece lógico que así sea: El Estado moderno reserva para sí mismo el monopolio de la imperatividad general; implícito va en ello

⁽¹⁵⁶⁾ Así GENY: *op. cit.* pág. 322: « Mais, pour rencontrer, de celle-ci, des applications moins equivoques, il faut se placer en dehors de la sphere, laissée au libre jeu des volontés autonomes, et chercher parmi les dispositions du droit imperatif ». A las « costumbres de Derecho imperativo » se refiere COSTA, *Dictamen ...*, cit. págs. 387-390; también, DE DIEGO: *El uso, los usos ...*, cit. pág. 99: « Consumada la transformación, ya no se trata de un simple uso convencional, sino de una norma consuetudinaria, y, al respecto de ella, cabrá distinguir como en relación con la ley, diversas categorías, según los grados de su energía coactiva: normas interpretativas, dispositivas, imperativas ». No vemos con claridad el pensamiento de CASTRO en este punto. En *Derecho Civil*, cit., pág. 386, dice: « Los favorecidos por la costumbre pueden o no prevalerse de ella », añadiendo en nota 4: « No parece posible admitir, en cambio, la renuncia a la costumbre, como norma aludida en el art. 4º C.C.; en cambio puede renunciarse, incluso con antelación, al beneficio que pueda resultar de los usos y declarar contractualmente su no sumisión a ellos ». Aparte la difucultad del texto en sí, debe tenerse en cuenta cómo en el pensamiento de CASTRO se acortan las distancias entre la norma imperativa y la dispositiva, y cómo en razón de ello se considera irrenunciable también la norma dispositiva. Cfr. *ad rem.*, e.c., *Las Condiciones Generales...*, cit. págs. 79-86.

⁽¹⁵⁷⁾ Cfr. GENY: *op. cit.* págs. 360-361: « Ce dernier mot ne doit pas ici donner le change, en faissant croire que la regle de droit, issue de la coutume, doive absolument contraindre les volontés particulieres, et se presenter comme prescription imperative. Aussi bien que la loi, la coutume peut etablir une regle purement dispositive. Mais, quand on dit qu'elle ne se constitue qu'a condition d'une *opinio juris*, cela signifie que l'usage, pour engendrer la coutume, doit avoir, chez ceux qui le pratiquent, le caractere d'exercice d'un droit subjectif; autrement dit, que les actes, composant cet usage, n'ont effet, pour la creation du droit, que s'ils ont lieu dans la pensée d'une sanction sociale effective ».

⁽¹⁵⁸⁾ GENY: *op. cit.* pág. 323, entiende imperativas las costumbres que se manifiestan, por ejemplo, en la práctica notarial, en las resoluciones judiciales o en opiniones y dictámenes de juriconsultos respetables. En nuestra opinión sería aquí discutible, desde que tales prácticas sean imperativas hasta que a través de ellas se manifieste propiamente la Costumbre. A su vez, cuando COSTA: *op. et loc. ant. cit.* se refiere a las costumbres de Derecho obligatorio, habla más de hipotéticas Costumbres contrarias al Derecho contingentemente imperativo, que de Costumbres reales y efectivas.

que ésta discurra necesariamente por el cauce de la norma de origen estatal. Se entiende así ese actual confinamiento de la Costumbre en el campo de lo dispositivo ⁽¹⁵⁹⁾ que tan significativamente se manifiesta en la coincidencia de sus límites con los de la autonomía privada (arts. 1, 3 y 1255 CC). Pero es justamente aquí donde también se interpone a la Costumbre su decisiva aporía en el Derecho moderno. El Estado nacido de la Revolución Francesa no se limita a marcar el campo de lo dispositivo omitiendo en él toda regulación imperativa, sino que se compromete con la garantía de la libertad dentro de tal campo. No debe olvidarse que la Codificación va a enfatizar una libertad individual que se afirma como reacción contra la sociedad estamental y contra la oscura urdimbre del Derecho, fundamentalmente consuetudinario, nacido de los gremios, corporaciones y grupos intermedios. Es, entonces, frontalmente contraria a la proclamaóion de la autonomía de la voluntad la posibilidad de que en su ámbito el uso pueda terminar por constituir norma jurídica general limitadora de la libertad individual. Auténtica, pues, e insuperable aporía ya que, excluida la Costumbre en lo que interesa al orden público — cuya definición y tutela se reserva el Estado (la Ley) —, resulta igualmente desterrada allí donde, fuera del mismo, se instaure ahora el reino de la libertad individual. Ni costumbre imperativa, ni Costumbre autónoma, ni Costumbre-

⁽¹⁵⁹⁾ Cfr. CASTRO: *Derecho Civil*, cit. pág. 380: « En nuestro Derecho positivo, después de la derogación en bloque hecha por el Código Civil de todas las costumbres que antes de su publicación formaban parte del Derecho común (art. 1976 CC), la costumbre no puede considerarse ya receptáculo de antiguas reglas, sino que ha venido a dejar — dentro de los límites marcados por las leyes — un ámbito de libre actuación y desenvolvimiento a las distintas fuerzas sociales ». ID., pág. 389: « En el Derecho actual tiene gran valor esta limitación del alcance de la costumbre. Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el ámbito que se deja a la libre actividad y lucha de influencias entre las distintas fuerzas sociales está limitado por la ley y por los principios generales del Derecho, pues no se permite a los particulares que puedan — mediante la creación de determinada costumbre — dificultar la realización del plan del Estado ». GALGANO: *op. cit.* pág. 35, ve uno de los signos de la desventajosa posición de la Costumbre tras la estatalización del Derecho, en lo que viene a constituir el campo donde ésta puede actuar sin necesidad de remisión legal: « Qui la mancanza di norme statuali di regolazione della materia rivela come si tratti di materia che lo Stato (o altro ente pubblico con potere normativo) non ha interesse a regolare: queste materie possono, perciò, essere regolate da una fonte non statuale come la consuetudine ».

Fuente. En la Codificación la Costumbre queda reducida a dato de hecho — uso — invocable por el legislador para la última determinación de su mandato, o relevante para la interpretación e integración de la voluntad privada o — lo que es lo mismo — para la determinación del contenido voluntario de las obligaciones contractuales. Recordemos para terminar este punto que esto último es lo que en la realidad de nuestro Derecho nos descubre la Jurisprudencia: usos, no Costumbres en sentido propio; integradores del contrato, no de la Ley; y, consiguientemente, subordinados al pacto, que siempre les es preferente ⁽¹⁶⁰⁾. Nuestra doctrina suele ver aquí « usos normativos », constitutivos de norma dispositiva (Costumbre) ⁽¹⁶¹⁾; en nuestra opinión, y de acuerdo con lo dicho, ni siquiera aquí, en esta su única aparición, el elemento consuetudinario alcanza la dimensión de Costumbre o norma jurídica general con fuerza reguladora propia, sino que se limita a ser dato de hecho, que, en cuanto no excluido por los contratantes, resulta relevante para la determinación del contenido voluntario de la regla contractual.

2º) Nuevo raudal de luz proyecta sobre esta misma conclusión la respuesta a la segunda pregunta antes anunciada: ¿Queda en nuestro Derecho subordinada la Costumbre a la Ley dispositiva? Prescindimos aquí de lo establecido para Aragón en el art. 2, 1 de su Compilación — donde la respuesta negativa se formula *a contrario sensu* con toda nitidez — y limitamos nuestra atención al sistema del Código Civil.

Con toda lógica, partiendo de la consideración de la Costumbre como Fuente del Derecho, Castro ha insistido en la respuesta

⁽¹⁶⁰⁾ Vid., e.c., STS 13-209; 3-5-24; 9-12-24; 17-4-25; 29-10-25; 13-10-27; 1-5-51 (social); 22-1-53; 30-6-80.

⁽¹⁶¹⁾ CASTRO: *op. cit.* pág. 394: « Constituye (el uso) una norma de Derecho dispositivo de segunda clase, que sólo podrá tener eficacia cuando lo permitan o no existan normas legales »; DE LOS MOZOS: *op. cit.* pág. 470: « Por ello, el límite de su función normativa es doble, ya que, de un lado, no son imperativos, pues la voluntad de las partes puede excluir su aplicación (lo mismo que puede excluir la aplicación de la norma dispositiva) ». En la doctrina francesa, TEBOUL: *op. cit.* pág. 107: « ... ces règles, qui sont obligatoires, ne sont pas, pour autant, impératives »; pág. 108: « Si l'usage peut enfanter des règles obligatoires en matière conventionnelle, il faut préciser que ces règles ne sont pas impératives, autrement dit, que les parties peuvent y déroger par convention contraire ».

afirmativa: la jerarquía de Fuentes es indiscutible, y en ella resulta clara la subordinación de la Costumbre a la Ley ⁽¹⁶²⁾. La misma

(162) CASTRO: *Derecho Civil*, cit. págs. 394: « Constituye una norma de Derecho dispositivo de segunda clase, que sólo podrá tener eficacia cuando lo permitan o no existan las normas legales. La doctrina que mantiene la subordinación del Derecho dispositivo legal a las reglas del uso, a ejemplo de la doctrina dominante en Alemania, es inadmisibles en nuestro Derecho Civil, porque ello supondría conceder a los usos y prácticas un poder derogatorio sobre preceptos legales dictados con carácter de generalidad y fines de uniformidad ejemplar, rompiendo la subordinación jerárquica establecida en el art. 5º del Código en favor de la ley » (concreta la fundamentación de esta opinión en nota 3); 398, nota 5: « La preferencia entre el uso y el Derecho dispositivo legal se ha discutido mucho. La tendencia favorable a la primacía del uso se basa en un doble equívoco: a) que el uso como integrativo o intérprete de la declaración debe preceder al Derecho dispositivo; b) que el Derecho dispositivo se aplica sólo por voluntad tácita de los interesados, que no puede suponerse si existe un uso contrario. Hoy es claro que: a) se trata de dilucidar el valor del uso normativo, no interpretativo, sobre cuya diferencia no puede haber dudas (especial contribución de Oertmann); b) el Derecho dispositivo es la regulación normal, que se aplicará siempre que no haya sido creada por las partes una regulación concreta distinta »; 399-400; « En cambio, el efecto normativo del uso es el de las normas supletorias: se aplicará siempre que falte una regulación concreta preferente ... La regulación del negocio jurídico está determinada por: I. Las normas imperativas... II. La voluntad negocial ... III. Normas supletorias, conforme al orden establecido en la regla remitente, que será, generalmente,: 1. Disposiciones legales dispositivas. 2. Uso de los negocios ». Id.: *Las Condiciones Generales*, cit. pág. 43: « ... únicamente se permite acudir a los usos del comercio *en defecto* (sub. del a.) del Derecho codificado. Por esta razón, no cabe hablar siquiera de usos normativos, en cuanto se opongan, como aquí se oponen, a su nacimiento unos preceptos legales ya existentes, sean ellos imperativos o dispositivos ». Con anterioridad a CASTRO, MANRESA: *Comentarios al Código Civil español*, VIII, 3ª ed. Madrid 1918, pág. 742: « ... puede surgir la duda de si el contrato que nada diga, se supla por los preceptos legales o por la práctica que los modifica. La superioridad incontrovertible de la ley hace suponer que el problema se decidirá generalmente por ésta, salvo dos excepciones: una indudable, cuando ella misma hace sus preceptos supletorios, no sólo del pacto, sino de los usos locales; otra legítima, cuando la costumbre es constante y además hay en el contrato datos para suponer su aceptación ». DE DIEGO: *El uso...*, cit., pág. 107, distinguiendo entre Costumbre y usos: « ... el uso, en alas del principio de autonomía, puede ser invocado *contra legem*; se entiende contra leyes meramente dispositivas y subsidiarias en todas las legislaciones, aun las más enemigas del Derecho consuetudinario, como que el uso vale tanto como la voluntad de las partes que lo cobija, y esa voluntad puede ser contraria a aquellas normas; en cambio, la costumbre propiamente tal, contraria a una norma legal, aun dispositiva, no tiene eficacia ni puede ser invocada con éxito a ese título mismamente en los Códigos más favorables a esa fuente del Derecho y que la reconozcan alguna beligerancia, a no ser que expresamente así lo

literalidad del art. 1, 3 favorecería esta interpretación: la Costumbre sólo regirá *en defecto de Ley aplicable*, enunciado cuya generalidad no podría limitar el intérprete introduciendo en él una distinción — le existente entre Ley imperativa y Ley dispositiva — de la que ha prescindido el legislador.

Sin embargo — y a nuestro juicio como una realidad incontestable — se impone la evidencia de que lo que habitualmente se interpreta como expresión del Derecho consuetudinario, resulta de aplicación preferente a la Ley dispositiva. El art. 1258 del Código, al establecer con carácter general el orden: pacto, uso y Ley (dispositiva), está enunciando un criterio que, si no siempre explicitado en forma completa (arts. 1555, 1574, 1579), es el que, por su reiteración en varias ocasiones (arts. 1496, 1580, 1599, 1750), y por su coherencia con el significado atribuido en el Código a los usos, resulta de aplicación en un sistema como el nuestro, presidido por el principio dispositivo ⁽¹⁶³⁾. La Jurisprudencia, por expedientes técnicos diferentes, se atiene al orden indicado al admitir el valor de una « costumbre » que modifica las responsabilidades que se imponen en los arts. 604 y 636 del Código de Comercio ⁽¹⁶⁴⁾, o al resolver el litigio suscitado con ocasión de una compraventa de naranjas en la región valenciana por aplicación de la modalidad consuetudinaria « a ojo » y no según el régimen general previsto en el Código Civil ⁽¹⁶⁵⁾.

dispongan en ciertos casos; como que la costumbre vale sólo en defecto de ley, y para los supuestos en que esta se remita a ella en el grado y modo en que lo haga (arts. 5º y 6º Cod. Civ. esp.) ».

⁽¹⁶³⁾ Contrario a este criterio, según ya se ha indicado, CASTRO: *op. cit.* esp., pág. 394, nota 3: el orden de las palabras empleadas por el Código — dice — no tiene más que una finalidad estética o fonética; y cuando — contra lo que sería el criterio general — se ha querido dar prioridad al uso, se ha hecho expresamente: arts. 1496, 1599 C.C. En el sentido del texto, RUIZ VADILLO: *op. cit.* pág. 513: « Los usos normativos, como la costumbre, quedan sin duda relegados por las normas de Derecho necesario (cfr. arts. 1 ap. 3 de la nueva redacción del Código Civil, y 1255 y 1258 del mismo cuerpo legal). Sin embargo, como ya se ha puesto de manifiesto, los usos normativos son preferentes a las normas legales complementarias, puesto que la ley cede su prioridad al pacto cuando éste no viola normas de obligado cumplimiento, y también a la buena fe y al uso ».

⁽¹⁶⁴⁾ STS 6-7-1915.

⁽¹⁶⁵⁾ STS 6-10-65.

¿Por qué esa preferencia del uso sobre la Ley dispositiva, establecida en nuestro sistema y admitida igualmente en la doctrina extranjera ⁽¹⁶⁶⁾? Interesa mucho determinararlo con toda precisión, porque a veces se han propuesto explicaciones poco convincentes y, sobre todo, porque la respuesta ilumina decisivamente el significado reservado al uso o a la Costumbre en el Derecho de nuestros días. Explicación no convincente, a nuestro juicio, es la intentada por Costa. Para Costa es claro que el orden de Fuentes en cuanto a la regulación de la obligación contractual o negocial es, jerárquica y sucesivamente, el siguiente: carta o pacto, costumbre local o regional, y — finalmente — Ley dispositiva ⁽¹⁶⁷⁾. Con tal de anteponer como primera Fuente, cuando la haya, la Ley imperativa ⁽¹⁶⁸⁾, compartimos plenamente esta jerarquización; lo que ya no entendemos admisible es su explicación. Considera, en efecto, Costa que la Ley dispositiva no es sino una forma de reflejo de la Costumbre general, y que la existencia de una Costumbre local distinta de ella no puede tratarse como un caso de Costumbre *contra legem*, sino como un supuesto de derogación de la Costumbre general por la local, que viene a sustituirla en el propio ámbito donde se ha formado ⁽¹⁶⁹⁾. A nuestro juicio es claro que la Ley dispositiva, con

⁽¹⁶⁶⁾ CASTRO: *op. cit.* pág. 395, admite ser esta la doctrina dominante en Alemania, basada en la Exposición de Motivos del BGB. A ella, y a la primacía del uso sobre la ley dispositiva que la misma consagra, se refiere GENY: *op. cit.* págs. 438-443. Vid., también, MAZEAUD: *op. cit.* págs. 117-118: « ... no obstante hay hipótesis en las cuales la costumbre prevalece sobre la ley: 1ª La Ley supletoria, por no ser sino interpretativa de la voluntad de las partes, se deroga cuando cae en el olvido, y se encuentra reemplazada por un uso contrario, único tenido en cuenta por los contratantes ». ID. *amplius*, págs. 138-139. ENNECCERUS: *op. cit.* págs. 159-160: « Los usos del tráfico tienen que declinar ante las normas legales de carácter absoluto. En el margen de los §§ 157 y 242, los usos del tráfico son preferentes a las normas legales complementarias, y esto, en principio, independientemente del conocimiento de las partes ».

⁽¹⁶⁷⁾ Cfr. COSTA: *Renovación del Código por la costumbre*, en 'La libertad civil y el Congreso...', cit. págs. 189-191; ID.: *Dictámen ...*, en 'Derecho consuetudinario', cit. Ap. III, pág. 384; ID., *La ignorancia del Derecho*, cit. pág. 138.

⁽¹⁶⁸⁾ Cfr. CASTRO: *op. cit.* pág. 399; también nuestro trabajo: *La nulidad parcial del contrato con precio ilegal*, ADC 1975, págs. 101 ss.

⁽¹⁶⁹⁾ COSTA: *Dictámen*, cit., pág. 385: « Pero si la costumbre había sido definida por escrito, ora en una sentencia, ora en una observancia, fuero o ley, cuando desaparece de la realidad, deja tras de sí esa huella física, y como el espíritu humano es tan dado a

independencia de cual sea la procedencia material de su contenido inspirador, es formal y propiamente Ley, y que tal calificación implica un peculiar respaldo a su contenido, suficiente para predicar de ella la primacía que el actual Derecho asigna a la norma estatal frente a la de nacimiento espontáneo y directo en el cuerpo social. Por otra parte, creemos que en la regulación del Código la función normativa atribuida al uso no exige de éste por modo necesario los requisitos que serían indispensables para su consideración como estricta y propia Costumbre local. ¿Por qué entonces el uso o la Costumbre pueden anteponerse a la Ley en el ámbito de lo dispositivo? Precisamente porque el uso, incluso el que antaño pudo constituir Costumbre, es valorado en el Derecho codificado como dato a integrar en el contenido voluntario del pacto o contrato, con igual posibilidad y fundamento de valer, por tanto, que esa voluntad que se eleva a ley entre las partes contratantes: anteponiéndose la voluntad privada a la Ley dispositiva, el uso, en cuanto integrado en dicha voluntad, se antepone igualmente a aquella. García Goyena lo expresaba con claridad en el comentario al art. 987 del Proyecto de 1851 (actual art. 1258): «Primero, la voluntad expresa de las partes; segundo, la voluntad presunta por el uso o costumbre; tercero, a falta de voluntad expresa y presunta, la equidad y buena fe ⁽¹⁷⁰⁾; y en esta misma línea se sitúa la STS de 6 de octubre de 1965 cuando, habiéndose alegado la prioridad de la Ley (incluso dispositiva) sobre la Costumbre, distingue entre la subordinación de la Costumbre, como norma supletoria, a la Ley y la prioridad de la voluntad — cuyo contenido puede venir determinado por el uso o la costumbre — en cuanto a la regulación de las obligaciones nacidas del contrato ⁽¹⁷¹⁾. Por lo demás, en nuestra doctrina es habitual el reconoci-

materializar los conceptos y a confundir las cosas con los signos convencionales que él mismo creó para significarlas en la convivencia social, llega a imaginar que está viendo coexistentes y simultáneas las dos costumbres, la sustituta y la sustituida, y habla de costumbre contra costumbre, o lo que es igual, costumbre contra ley supletoria, allí donde no existe de cierto sino una costumbre posterior viva, que ha venido a ocupar el vacío dejado por otra anterior que desapareció. Digámoslo de una vez: tratándose de leyes supletorias, no puede decirse propiamente que exista costumbre contra ley ».

⁽¹⁷⁰⁾ GARCÍA GOYENA: *Concordancias*, cit. pág. 518.

⁽¹⁷¹⁾ «Es decir, que la sentencia impugnada no aplica esa llamada costumbre como norma supletoria de la ley, sino que entiende vigentes esas estipulaciones, por la

miento de esa anteposición de la Costumbre a la Ley a través de la incorporación de la primera en el acto de voluntad de los particulares (172).

El espíritu del Derecho moderno en este punto aparece claramente en su último sentido al salir al paso a la aparente contradic-

naturaleza del contrato y en aras de la buena fe, porque se suponen pactadas, de manera tácita, en tales contratos, aunque no se puntualicen con todo detalle ». Por esta razón el Tribunal Supremo prefiere omitir el término « Costumbre » y sustituirlo por el de « circunstancia » (« razona que esa aludida costumbre — mejor debería decir « circunstancia »...). No puede aparecer con mayor claridad el cambio de significación de la Costumbre: de Fuente, consiguientemente con valor normativo en sí, a circunstancia sin más valor normativo que el que resulte de su integración en la voluntad autónoma. Este mismo parece ser el caso en la STS 14-11-86: « Se acusa en el motivo segundo la infracción por el concepto de violación por aplicación indebida del párrafo tercero del art. 1º del Código Civil ... por estimar válido y vinculante tal contrato, estableciendo como fuente del ordenamiento jurídico aplicable la costumbre tradicional en la huerta de la región murciana, costumbre sólo aplicable como tal fuente en ausencia de normativa legal, la que sí existe y está concretamente regulada en los arts. 325 a 345 del Código de Comercio y 1445 a 1505 del Código Civil, motivo que también habrá de ser rechazado ya que ... aun en el supuesto de que la costumbre local, como fuente de segundo grado, no fuera aplicable por existir preceptos específicos reguladores de tal contrato, la sentencia a dictar, después de casada la recurrida, aplicaría tal normativa ... y sabido es que conforme esta Sala tiene reiteradamente mantenido, no puede estimar el recurso de casación cuando en la segunda sentencia habría de mantenerse el pronunciamiento recaído en la instancia, aunque lo fuera con apoyo en distinta fundamentación jurídica ».

(172) Cfr. MANRESA: *op. cit.* pág. 742: la Costumbre se adelanta a la Ley « cuando la costumbre es constante, y además hay en el contrato datos para suponer su aceptación »; DE DIEGO: *El uso...* cit. pág. 107: « El uso en alas del principio de autonomía puede ser invocado *contra legem*; se entiende contra leyes meramente dispositivas y subsidiarias en todas las legislaciones, aun las más enemigas del Derecho consuetudinario, como que el uso vale tanto como la voluntad de las partes que lo cobija, y esa voluntad puede ser contraria a aquellas normas »; GARRIGUES: *Los usos de comercio*, cit. pág. 831: « Pero tampoco cabe desconocer que prácticamente es posible la formación de usos contrarios a las normas legales dispositivas cuando tales usos representen una tácita declaración de voluntad de los contratantes, la cual, como es sabido, se antepone siempre a la ley dispositiva. En tal caso el uso propiamente no deroga la ley dispositiva: lo que hace es excluir el supuesto de su aplicación, a saber, la falta de una suficiente manifestación de voluntad de los interesados »; SANCHO REBULLIDA: *Elementos*, cit. págs. 191-192: « ... al afirmar el art. 2ª, 2 C.C. que las leyes sólo se derogan por otras leyes, no llega a excluir, sin embargo, en cuanto a las leyes dispositivas, la posibilidad de que un uso prolongado y general en contrario pueda interpretarse como contenido tácito de las convenciones, en lugar del predisuesto por la ley ».

ción o inconsecuencia que aquí podría imaginarse. Podría, en efecto, pensarse: lo que se permite al pacto, que como expresión de la voluntad individual sería *lo menos*, ¿no ha de permitirse, *a fortiori*, a lo que, como expresión de la voluntad colectiva, debe considerarse como *lo más*? Desde los presupuestos del Estado y del Derecho nacidos de la Revolución Francesa, la respuesta negativa se impone con claridad. Los ideales de la libertad y de la igualdad imponen el reconocimiento de la autonomía individual en las relaciones entre particulares y, por ello, excluyen simultáneamente la posibilidad de reconocer cualquier forma de fuerza general-normativa a los grupos intermedios. De ahí la negación de la Costumbre como Fuente y el derrumbamiento normativo del uso, o al menos su supeditación a la Ley, cuando entitativamente se eleva a Costumbre; de ahí también, por el contrario, la mayor agilidad del simple uso y su posibilidad de anteponerse a la Ley dispositiva siempre que, incorporado por la libre voluntad privada, su valor no se lleve más allá de la pura relación *inter partes*.

Cuando Castro insistía en el sometimiento del uso a la Ley dispositiva, trataba, desde su admirable sentido de lo justo, de conjurar la que él llamaba «la vertiente de sombra» de la Costumbre ⁽¹⁷³⁾ y, particularmente, de evitar la fuerza normativa de las abusivas Condiciones Generales de los Contratos ⁽¹⁷⁴⁾. En nuestra opinión hubiera bastado con exigir del uso normativo el requisito de la racionalidad, no exclusivo de la Costumbre en sentido estricto, o, más radicalmente, con evitar la identificación entre uso normativo y Costumbre, advirtiendo que en el Código, el uso, también para su función normativa, exige ser contenido voluntario — cierto o presunto — del contrato, encontrando en la voluntad contractual, y no fuera de ella, su razón de obligar ⁽¹⁷⁵⁾.

⁽¹⁷³⁾ CASTRO: *op. cit.* pág. 375.

⁽¹⁷⁴⁾ CASTRO: *Las Condiciones Generales...*, cit. pág. 43.

⁽¹⁷⁵⁾ Dice CASTRO: *Derecho Civil*, cit. págs. 399-400: «La regulación del negocio jurídico está determinada por: I. Las normas imperativas (incluidas las de interpretación y remisión). II. La voluntad negocial: 1. Declarada expresamente. 2. Inducida de los actos de las partes, entre ellos, el *uso*. 3. Presumida objetivamente; ante todo, del *uso de los negocios*. III Normas supletorias, conforme al orden establecido en la regla remitente, que será, generalmente: 1. Disposiciones legales dispositivas. 2. *Uso de los negocios* (sub.

3º) ¿Queda desplazada la Costumbre por la analogía? Es la última pregunta que, volviendo al planteamiento convencional en tema de Costumbre, tenemos que plantearnos. En 1889 la respuesta negativa se imponía por la precisa referencia legal al defecto de Ley «exactamente aplicable al punto controvertido»⁽¹⁷⁶⁾, necesario y bastante para la entrada en juego de la Costumbre como Fuente supletoria de primer grado. Aparte ello, y con evidente carga de razón para situaciones de tan notable desarrollo legal como la del Derecho moderno, argumentaba Castro que la primacía de la analogía impediría de hecho la existencia de todas las Costumbres⁽¹⁷⁷⁾.

Pues bien, con la reforma del Título Preliminar — curiosamente cuando se dice que se pretende ampliar el juego de la Costumbre — va a suprimirse el «exactamente» que tan claramente expresaba la preferencia de la Costumbre sobre la extensión analógica de la Ley, lo que llevará a parte de la doctrina a mantener que, tanto por dicha omisión, como por la regulación expresa y general de la analogía, que ahora se introduce (art. 4), el orden anterior debe considerarse invertido: la analogía desplaza a la Costumbre⁽¹⁷⁸⁾. La afirmación, a nuestro juicio, puede producirse inocuamente, dada la inexistencia efectiva de Costumbres-Fuente, pero si en interés de doctrina y desde la admisión de la Costumbre como Fuente, quiere responderse teóricamente a la cuestión propuesta, estaríamos con De los Mozos⁽¹⁷⁹⁾ en el mantenimiento de la prioridad de la Costumbre sobre la analogía. La argumentación sería clara: la analogía — que no es en sí Fuente del Derecho — implica aplicación de Principios Generales informadores, y éstos no son aplicables en su puro

del a.) A nosotros nos parecería que los usos agotan su virtualidad en II, 2 y 3, en cuanto incorporados a la voluntad negocial.

⁽¹⁷⁶⁾ La analogía era contemplada en el más inmediato precedente del art. 6º, en el Anteproyecto de 1882-88, como el primer elemento de auxilio a la ley defectuosa o lagunosa. Sobre el significado de su sustitución por la Costumbre — más concretamente, la Costumbre del lugar — y su relación con la cuestión foral, cfr. ESPIAU ESPIAU: *op. cit.* págs. 816-823.

⁽¹⁷⁷⁾ CASTRO: *Derecho Civil*, cit. pág. 386.

⁽¹⁷⁸⁾ BATLLE: *op. cit.* pág. 53, entiende que «al haberse suprimido en la nueva redacción el adverbio «exactamente», se ha suscitado la duda». Por la prioridad de la analogía se manifiesta reiteradamente RUIZ VADILLO: *op. cit.* págs. 9, 12, 34-35.

⁽¹⁷⁹⁾ DE LOS MOZOS: *op. cit.* pág. 468.

desnudo cuando hay Fuente formal preferente. Donde hay Costumbre no pueden aplicarse directamente los Principios (art. 1, 4).

2. Desde la clasificación de la Costumbre.

A) *Clasificación por su relación con la Ley: praeter, secundum o contra legem. Nueva luz sobre la dimensión real de la Costumbre y sobre su inexistente autonomía respecto de la Ley.*

Se trata aquí de una clásica distinción que, presente incluso en épocas de máxima afirmación de la Costumbre — como es en nuestra Historia el Derecho de Partidas ⁽¹⁸⁰⁾ — es manifestación de la condición satélite de esta en su relación con la Ley. Según la terminología consagrada la Costumbre puede clasificarse en Costumbre *praeter legem*: Costumbre abrigada en los huecos de la Ley; Costumbre *secundum legem*: Costumbre conforme a Ley; y, finalmente, Costumbre *contra legem*: Costumbre contraria a Ley. Resalta en todo caso la centralidad de la Ley como elemento desde el cual se contrasta el significado y valor de la Costumbre. Sólo desde posiciones de muy marcado apasionamiento consuetudinarista ha podido pretenderse la inversión de términos en la relación antes indicada. Es el caso, entre nosotros, de Costa, para quien sería la Ley la que necesitaría siempre un refrendo popular, manifestado en su aceptación social, que, de no producirse, la dejaría sin valor, vencida por la fuerza de la Costumbre en contrario. Por ello, y frente a la triple clasificación históricamente consagrada, lo exacto — en opinión de Costa — sería hablar de una Ley *praeter, secundum o contra*

⁽¹⁸⁰⁾ P. I. 2. 6: « Fuerza muy grande ha la costumbre, quando es puesta con razón, assi como diximos, ca las contiendas que los omes han entre si de que non fablan las leyes escritas, pueden se librar por la costumbre que fuesse usada sobre las razones sobre que fue la contienda, e aun ha fuerza de ley. Otrosí dezimos que la costumbre puede interpretar la ley quando acaesciesse dubda sobre ella, que ansi como acostumbraron los otros de la entender, ansi debe ser entendida y guardada. E aun ha otro poderio muy grande que puede tirar las leyes antiguas que fuessen fechas antes que ella ... esto se debe entender quando la costumbre fuesse usada generalmente en todo el reino. Mas si la costumbre fuese especial, estonce non desataría la ley sino en aquel lugar solamente do fuesse usada ».

consuetudinem ⁽¹⁸¹⁾. Es una posición muy singularizada; hoy lo más que se dice es que Ley y Costumbre tienen, en principio, ámbitos diferentes y normalmente compatibles de manifestación y vigencia, pudiendo, por tanto, funcionar independientemente sin necesidad de abocar a ese contraste que no admite más solución que la imposición inmisericorde de la una sobre la otra ⁽¹⁸²⁾.

Conviene detenerse en la tópica clasificación porque desde ella se nos va a manifestar de nuevo la dificultad de reconocer hoy a la Costumbre la condición de Fuente autónoma del Derecho, y porque en torno a ella vamos a encontrar una diversidad o inseguridad

⁽¹⁸¹⁾ COSTA: *La ignorancia del Derecho*, cit. págs. 87-132, esp., pág. 92: «Ni siquiera hay, en realidad, costumbre según ley, fuera de ley, y contra ley, conforme a la añeja distinción de los juristas y de los leguleyos; lo que hay es ley según costumbre, fuera de costumbre y contra costumbre, y lo que se debe indagar es cual de estas tres categorías de ley es la legítima, caso de que alguna lo sea», y pág. 100: «Que en este segundo género de leyes (leyes que no sancionan derecho consuetudinario anterior) intervienen los mismos dos factores que en el otro, salvo el orden que es inverso; que también en estas el contenido es popular, pues de no serlo no llegan a ser leyes; que lo que el legislador decreta no es propiamente ley, por más que en uso vulgar le demos este nombre, sino proyecto de ley, o si se quiere ‘proposición de una costumbre’, que el legislador, como ministro ponente del pueblo, somete a su aprobación; que sólo a condición de que el pueblo la sancione, expresamente con su voto, o tácitamente, acomodando a ella sus actos, adquieren naturaleza de Derecho positivo, viniendo a ser ley, ley viva, ley positiva, como deja de serlo en el instante en que el pueblo deja de usarla; y en suma que las reglas emanadas directamente del legislador para que las cumpla el pueblo (un concejo, una comarca, una nación), el legislador las promulga siempre, tácitamente, *ad referendum*».

⁽¹⁸²⁾ Así, SANCHO REBULLIDA: *Tratamiento actual de las Fuentes del Derecho Civil Navarro*, Lección inauaugural del Curso 1984-85. Universidad de Navarra, Pamplona 1984, pág. 19: «En suma, creo que este replanteamiento demuestra que el enfrentamiento ley-costumbre no es tan drástico en la realidad como en la doctrina ... Yo creo que, de suyo, costumbre y ley tienen ámbitos distintos y normalmente compatibles de manifestación y vigencia; y que, en este sentido, son fuentes independientes y concurrentes. Ley y costumbre responden a distinta vocación ordenadora y tienen diferente área de natural desenvolvitura; la ley se propone ordenar de arriba abajo relaciones complejas y suplir la voluntad negocial; la costumbre nace para acoplar horizontalmente las relaciones más naturales y elementales de una convivencia en forma práctica y adecuada; en cierto modo, la una responde a la *potestas* y la otra a la *auctoritas*. Ello supuesto, sólo cuando excepcionalmente se produzca su concurrencia incompatible, se manifestará la última preeminencia...».

doctrinal que, de tener la Costumbre la incidencia real que teóricamente se la atribuye, sería absolutamente inconcebible.

1. Costumbre *praeter legem*, o en defecto de Ley. La Costumbre — desde luego con mentalidad de hoy — aparece ahora, como auxiliar del sistema legal, al servicio de la Ley para tapar sus huecos o lagunas. El *horror vacui* llama aquí a la Costumbre o recomienda, al menos, la precaución de no excluirla expresa y definitivamente ⁽¹⁸³⁾. Las Partidas vieron en esta modalidad de la Costumbre el primer supuesto de su admisión y la primera virtualidad de su existencia: tener fuerza de Ley para que, de acuerdo con ella, puedan librarse las contiendas sobre las que no hay norma de Ley escrita; y así y para lo mismo la invoca hoy el art. 1º del Código Civil: «la costumbre sólo regirá en defecto de Ley aplicable». A partir de este dato legal la Jurisprudencia no dudará en negar a la Costumbre el paso que le cierra la existencia de Ley ⁽¹⁸⁴⁾, y la doctrina será unánime en admitirla como Fuente del Derecho, supletoria en primer grado de la norma legal; a veces, incluso, destacando su gran interés ⁽¹⁸⁵⁾.

Lo de su gran interés más parece ponderación de teóricos que

⁽¹⁸³⁾ Cfr. GENY: *op. cit.* pág. 349: « Mais, sans recourir aux prévisions d'avenir, toujours infiniment teméraires et souvent vaines, nous pouvons bien dire, en nous en tenant à l'heure actuelle, que cette hypothèse, tout idéale, apparaît d'une réalisation impossible, et que, si l'autorité des lois écrites paraît être arrivée à son apogée, leur formule reste manifestement impuissante à saisir les infinies nuances de la vie et à régler dans le détail les conséquences juridiques qu'elles comportent. Donc, tout au moins pour subvenir à cette impuissance, pour combler les lacunes de la loi et en faciliter la sure application, la coutume conserve aujourd'hui son rôle nécessaire ».

⁽¹⁸⁴⁾ STS 10-20-20: « ... porque no hay necesidad de aplicar la costumbre cuando existen leyes exactamente aplicables al caso »; 21-2-24: « ... porque la costumbre sólo es aplicable en defecto de ley que regule el caso controvertido, y en el pleito de autos no se alegó la falta del precepto legal aplicable, y por el contrario, se invocaron como fundamentos de la demanda los contratos especialmente citados y los preceptos del Código Civil que regulan las obligaciones y contratos »; 21-2-57: « ... pero no se alegó la falta de ley para determinarla, ni la costumbre supletoria por la que había de regirse ».

⁽¹⁸⁵⁾ VALVERDE: *op. cit.* pág. 162: « La segunda o fuera de ley, viene a llenar los vacíos de la ley ... Su interés es grande y no puede negarse a la costumbre que se desvuelve como tal, el ser un auxiliar poderoso de la interpretación del Derecho, no es opuesta a las normas del Derecho escrito y por consiguiente debe aplicarse, por lo mismo que es la manifestación de un derecho consuetudinario tan respetable como el expresado por la voluntad del legislador ».

observación sustentada por el examen de la realidad. Referida su importancia a la frecuencia de su juego, resulta claramente desmentida por el estudio de la aplicación del Derecho tal como esta se manifiesta en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Menos verosímil aún puede entenderse si se la justifica por su materia, al quedar ésta ceñida al reducido espacio de lo jurídico que la norma estatal — ¿por qué sino por su escaso interés? — no ha entrado a regular ⁽¹⁸⁶⁾. Quizá, entonces, pueda justificarse aquí la ponderación de la importancia de la Costumbre, por ser sólo en esta su condición de Costumbre *praeter legem* donde, evitada toda colisión con la Ley y, señaladamente, sin posibilidad de apoyo alguno en la misma, la Costumbre manifestaría sin ninguna traba su más peculiar, propia y autónoma razón de obligar. Castro, en efecto, que la denominaba « costumbre de nacimiento independiente », observaba que es este tipo de Costumbre el que revela la mayor y más espontánea fuerza creadora del uso ⁽¹⁸⁷⁾.

Pero es justamente aquí, como ya hemos tenido ocasión de ver, donde contra la Costumbre se alza la dificultad que no pudo quedar oculta a la penetrante visión del mismo De Castro: « dado el amplio desarrollo de la legislación, es difícil concebir, en la práctica, casos de costumbres que no rocen, disposiciones legales, al menos que no supongan una restricción de la autonomía de la voluntad, una exclusión de normas de valor dispositivo o que no desplacen el centro del equilibrio de fuerzas que la ley se propuso » ⁽¹⁸⁸⁾. No es que se pretenda recurrir a esa hipotética e irreal norma jurídica de cierre del Ordenamiento que, al excluir las lagunas legales, impediría el presupuesto de la Costumbre *praeter legem*; es que nos parece que la proclamación legal de la autonomía de la voluntad, o, lo que es lo mismo, de la libertad individual, implica la exclusión legal para ese mismo ámbito de cualquier norma haterónoma y distinta a la individual-voluntaria que no sea la norma legal dispositiva.

⁽¹⁸⁶⁾ « Apenas se concibe que haya acto alguno importante en la vida de un pueblo — decía D. Benito GUTIERREZ: *op. cit.* pág. 123 — que pase desapercibido para el legislador ». También GALGANO: *op. cit.* pág. 35: « Qui la mancanza di norme statuali di regolazione della materia rivela come si tratti di materia che lo Stato (o altro ente pubblico normativo) non ha interesse a regolare ».

⁽¹⁸⁷⁾ CASTRO: *Derecho Civil*, cit. pág. 111.

⁽¹⁸⁸⁾ CASTRO: *op. cit.* ib.

Quizá se nos objete de inmediato: pero una Costumbre, agazapada para cubrir el vacío legal, y desplazable, además, por la voluntad privada (norma dispositiva), no tiene por qué suponer contradicción con la proclamada autonomía de la voluntad, y puede, sin tal contradicción, realizar una función tan interesante como la reconocida a la Ley dispositiva. ¿Qué inconveniente, pues, puede haber en admitirla como Fuente del Derecho, menos aún cuando el art. 1º del Código Civil así la proclama expresamente? Aparte de que una tal Costumbre dispositiva y supletoria nos llevaría ya en el campo de lo contractual o negocial y en razón de los arts. 1258 y 1287, al supuesto de la Costumbre *secundum legem*, algún inconveniente puede haber; y desde luego — a nuestro juicio — el paralelo entre Ley dispositiva y Costumbre dispositiva no puede discurrir hoy sin alguna dificultad. La Ley, en efecto, por su peculiar consistencia y configuración formal, será siempre norma jurídica general, cualquiera que sea su contenido o su función; la Costumbre, en cambio, para desempeñar el cometido supletorio propio de la Ley dispositiva no necesita elevarse a la condición de norma general de Derecho. Si algo destacaba en el estudio de nuestra Jurisprudencia en tema de Costumbre es que en ella la denominada Costumbre no aparecía colmando lagunas propiamente de la Ley, sino supliendo defectos de previsión en la regulación convencional, y es obvio que, ni la suplencia del pacto tiene que correr necesariamente a cargo de la norma jurídica general — también, e.c., el comportamiento o uso individual de los contratantes puede servir en tal sentido (art. 1282) — ni el dato consuetudinario relevante a tal efecto necesita revestir los requisitos que marcan la diferencia entre el simple uso y la auténtica Costumbre. Es más, la suplencia del pacto se realiza más ágilmente y con mayor cercanía a la voluntad autónoma de los particulares cuando la Costumbre, si alguna vez llegó a revestirlos, se despoja de los requisitos que podrían elevarla a norma y se comporta como simple dato de hecho y entorno, como tal, desde el cual se ilumina el sentido y alcance de las actuaciones voluntarias. No debe aquí olvidarse que en la doctrina tradicional la distinción entre Costumbre y uso respondía a la diversidad de funciones atribuidas a una y otros: la suplencia del pacto era el campo de los usos. Tampoco debe aquí magnificarse la preocupación por la integridad del Ordenamiento — labor, por otra parte, no reservada en exclusiva a la Costumbre —: no

parece que pueda éste padecer mucho por la inexistencia de norma consuetudinaria dispositiva y supletoria en materias que la Ley no ha tenido interés en regular. Recordemos, finalmente, que en la introducción de la Costumbre supletoria en el originario art. 6° del Código jugó decisivamente el problema foral; ¿Será demasiado aventurado decir que en su mantenimiento en el actual art. 1° ha jugado una razón de pura inercia, también decisivamente propiciada por la extendida y ya antigua confusión entre Costumbre y uso?

2. Costumbre *secundum legem*. También en esta modalidad aparece la Costumbre en las Partidas: como intérprete de la Ley dudosa según el extendido aforismo *Consuetudo optima legum interpres* (189). La doctrina atribuye hoy a la expresión Costumbre *secundum legem* un doble significado, acogedor cada uno de ellos de una modalidad diferente de Costumbre. En su acepción más clásica se referiría a la Costumbre conforme a Ley: Costumbre en la aplicación e interpretación de la Ley; en la más reciente, y entre nosotros hoy más extendida, a la Costumbre a la cual remite la Ley (190). En ninguna de ellas, creemos, puede hoy considerarse a la Costumbre como auténtica y autónoma Fuente del Derecho.

No, en la primera; esto es, como Costumbre en la aplicación e interpretación de la ley. A pesar de la opinión en contrario de autores como Valverde (191) o De Diego (192), y con independencia

(189) P. I. 2. 6: « Otrosí dezimos que la costumbre puede interpretar la ley quando acaesciese dubda sobre ella ».

(190) Cfr. RUGGIERO: *op. cit.*, pág. 84: « Más delicado es el concepto de la costumbre *secundum legem*, cuya definición oscila entre ideas diversas; mientras algunos designan como tal la costumbre que es conforme a la ley y representa su interpretación y aplicación uniforme, para otros, *secundum legem* es sólo aquella norma que no está en la ley y que sólo adquiere valor y eficacia porque la ley recurre a ella ». Igual referencia a ambos sentidos de la misma denominación, en ESPIN: *op. cit.* pág. 140; ALBALADEJO: *op. cit.* págs. 88-89.

(191) VALVERDE: *op. cit.* pág. 162: « La primera, llamada según ley, es la que se conforma con ésta, existiendo una verdadera coincidencia y armonía entre la costumbre y lo dispuesto en la ley. Sobre esta no puede haber dificultad, ni en el aplicación del Derecho ni en la interpretación de ella, ambas manifestaciones del Derecho, la artística o reflexiva y la espontánea, están de acuerdo y por tanto no puede haber motivos de duda de ninguna especie ».

(192) DE DIEGO: *Instituciones*, cit. pág. 112: « *Quid* de la costumbre *secundum legem* o según la ley que la interpreta? Que aun no sancionada expresamente por el Código, hay que admitirla, a lo menos como norma de ejecución de la ley ».

de la importancia que en el orden de lo material se le quiera atribuir ⁽¹⁹³⁾, la *consuetudo secundum legem* no puede actuar en nuestro Derecho como Fuente formal y autónoma por razones de distinta índole. La primera y más inmediatamente visible: por impedirlo la misma formulación legal de la admisión de la Costumbre como Fuente del Derecho. Por hipótesis, en la Costumbre *secundum legem* no se da el defecto de Ley que abre paso a la Costumbre como Fuente supletoria ⁽¹⁹⁴⁾. Además de ello, porque la Costumbre *secundum legem*, o es tan conforme a Ley que en nada difiere de ella o nada añade a la misma, en cuyo caso, obviamente, carece de fuerza normativa propia ⁽¹⁹⁵⁾, o bien en algo la concreta o particulariza, con lo que vendría en tal caso a introducir un criterio normativo de aplicación e interpretación de la Ley sin posible encaje en nuestro Derecho ⁽¹⁹⁶⁾. Esto último, que en la originaria redacción del Título Preliminar resultaba clarísimo al limitarse la Costumbre admisible

⁽¹⁹³⁾ Cfr. COSSIO: *Instituciones*, cit. pág. 93: « La costumbre conforme a ley tiene un extraordinario valor, en cuanto unas veces ha sido fuente de origen de la ley misma, sobre todo en el Derecho Privado, en aquellos casos en que esta se limita a recoger prácticas jurídicas anteriores, con lo que su prestigio crece y su cumplimiento se facilita de un modo extraordinario, sirviendo la costumbre entonces de base para una mejor interpretación del texto legal. Otras veces es la ley la que, con la práctica y general aceptación, llega a incorporar así elementos consuetudinarios, arraigando de este modo en la conciencia de todos ».

⁽¹⁹⁴⁾ Cfr. SCAEVOLA: *Código Civil* I. Madrid 1912, pág. 210: « Calla el Código sobre estos particulares, y sólo se sabe que los tres efectos que la costumbre producía, suplir la ley, interpretarla y derogarla, han quedado reducidos a uno sólo, al primero ». BATLLE: *op. cit.* pág. 54: « ... No puede tener valor normativo independiente porque no hay defecto de ley ».

⁽¹⁹⁵⁾ Cfr., de nuevo, BATLLE: *op. cit.* ib.: « La costumbre *secundum legem* resulta absorbida por la ley misma que la recoge »; también ALBALADEJO: *op. cit.* pág. 88: « ... la costumbre según ley no crea una *nueva* norma jurídica (que tenga el sentido que aquella atribuye a la ley), sino que es la propia ley la norma jurídica (preexistente a la costumbre). En este sentido, como la costumbre no crea *otra* norma, no es fuente ... » (sub. del a.).

⁽¹⁹⁶⁾ Así, CASTRO: *Derecho Civil*, cit. pág. 382: « Nuestro Derecho no vincula a la Administración respecto a sus anteriores interpretaciones sino que la deja en libertad para buscar en cada momento la más acertada; los jueces y funcionarios dependen directamente de la ley y se excluye la posibilidad de que surja un organismo intermedio con poder legislativo de hecho ». También CASTAN: *op. cit.* pág. 454; ESPIN: *op. cit.* pág. 143; ALBALADEJO: *op. cit.* pág. 88; DIEZ-PICAZO y GULLON: *Sistema*, cit. pág. 153; PUIG BRUTAU: *op. cit.* pág. 78.

sólo a la Costumbre local, con la deliberada intención de excluir la que pudiera derivarse de la uniforme aplicación judicial de la Ley ⁽¹⁹⁷⁾, debe mantenerse hoy, a pesar de la supresión de aquella limitación, no sólo porque la interpretación usual no aparece mencionada en el actual art. 3º del Código ⁽¹⁹⁸⁾, sino porque la hipotética normatividad de la aplicación judicial de la Ley conectaría hoy más que con la fuerza propia de la Costumbre — norma de nacimiento espontáneo en el cuerpo social — con la virtualidad atribuida a la Jurisprudencia (art. 1, 6 C.C.).

Pero el caso es que tampoco en su acepción como Costumbre a la que la Ley remite, puede la Costumbre *secundum legem* desempeñar la función de verdadera y autónoma Fuente del Derecho. La Costumbre, en este caso, vendría a tener el valor que le atribuye la Ley remitente, al producirse una especie de normación legal *per relationem* en la que el dato consuetudinario se limitaría a jugar, en condición de puro hecho, como dato o elemento de la descripción legal-normativa ⁽¹⁹⁹⁾. La doctrina suele convenir en este punto: la Costumbre actúa aquí con el valor que recibe de la Ley ⁽²⁰⁰⁾; Castro

⁽¹⁹⁷⁾ *Ad rem*, SALVADOR CODERCH, P. : *Interpretatio necessaria. Materiales para la reconstrucción del Título Preliminar de la Compilación Catalana*, RJC 1983, pág. 843; ESPIAU: *op. cit.* págs. 783-785, para la reconducción de la costumbre *secundum legem* a la costumbre judicial en nuestra doctrina del s. XIX, y págs. 821-822 para la exclusión de cualquier intento de caracterización consuetudinaria de la Jurisprudencia en el sistema de Fuentes del Código Civil.

⁽¹⁹⁸⁾ Argumento esgrimido por DIEZ-PICAZO y GULLON: *op. cit. ib.*: « El hecho de que una determinada manera de interpretar la ley venga favorecida por la costumbre no puede entenderse como vinculante sino que los jueces y tribunales conservan su libertad para aplicar e interpretar las leyes con arreglo a los criterios hermeneúticos generales, como lo demuestra el que la interpretación usual no aparezca mencionada en el art. 3º ». El argumento podría no ser concluyente si se advierte que el precepto, al fijar sólo criterios materiales de interpretación, no prejuzga si la interpretación judicial conforme a ellos podría, con su reiteración, calar en la conciencia social hasta convertirse en costumbre.

⁽¹⁹⁹⁾ Así, con gran precisión, DIEZ-PICAZO: *Comentarios*, cit. pág. 67: « Los llamados usos jurídicos o usos sociales con transcendencia jurídica son a nuestro juicio simples datos o elementos de una descripción normativa que pertenecen, por tanto, a otra norma jurídica diferente. No son por sí normas, y desde este punto de vista es discutible la calificación de usos normativos. La norma está en otro sitio ».

⁽²⁰⁰⁾ Así, e.c., CASTAN: *op. cit.* pág. 456, aunque con alguna reserva o vacilación: « Otra cosa es cuando el Código, o la ley en general, se remite expresamente al uso o costumbre, en cuyo caso no es que se reconozca la costumbre contra ley (arts. 1496, 1599

llegará a decir que, al recibir de la Ley valor normativo inmediato, su respeto se impone *ex lege*, y no — como sería lo propio en la Costumbre — *ex factis* ⁽²⁰¹⁾. A partir de ello parece imponerse una consecuencia: que fundamentada en la Ley la normatividad del uso, no es necesario exigir en éste los requisitos que necesitaría para constituir Costumbre en sentido riguroso y propio ⁽²⁰²⁾.

CC), sino que, como entienden algunos, en estos supuestos es cuando se puede hablar propiamente de costumbre *secundum legem*, ya que la costumbre tiene vigor por la fuerza de la remisión legal, pero seguramente es más propio pensar que en tales casos ... lo que ocurre es que se altera el rango de la costumbre frente a la ley... »; ALBALADEJO: *op. cit.* págs. 88-89; « A veces la ley remite directamente a la costumbre ... Entonces la costumbre no es fuente supletoria (como en el art. 1 n° 3) de la ley, sino que sube de rango y ocupa el que le asigna la ley remitente. A esta costumbre denominan algunos *secundum legem*... »; RUIZ VADILLO: *op. cit.* pág. 13: « A veces la costumbre goza de un puesto preeminente en la jerarquía de las fuentes, pero también en estos casos recibe su fuerza de la ley, a la que en los ordenamientos modernos está siempre subordinada ».

⁽²⁰¹⁾ CASTRO: *op. cit.* pág. 393: « Esta clase de costumbre, a la que las disposiciones legales indistintamente denominan costumbre del lugar o uso, tiene la particularidad de que la remisión legal le da un valor normativo inmediato; el respeto estatal resulta *ex lege* y no es preciso que nazca *ex factis* ». En la misma idea insiste en pág. 378: « ... pero su conversión en regla jurídica es facilitada por la remisión legal », advirtiendo, no obstante, que dicha remisión no convierte al uso en ley, como no queda convertida en ley, por la remisión hecha a ella, la voluntad de los contratantes. La observación es exacta, pero, en nuestra opinión, habría que distinguir entre la remisión legal al uso y la hecha en favor de la voluntad privada: en la filosofía del Código es evidente la elevación de la voluntad privada, no a norma general, sino a fuente de obligaciones (art. 1089, 1091, 1255); no es esta la función atribuida al uso o a la Costumbre, que ni actúa aquí como Fuente del Derecho, ni como fuente autónoma de obligaciones: su función parece ser la última determinación del mandato legal, o la de elemento de interpretación e integración de la voluntad privada.

⁽²⁰²⁾ Recuérdese que este era el argumento que llevaba a CASTRO a prescindir en la por él considerada Costumbre, del requisito de la *opinio juris*. En cambio, hablando más en general, afirmará — *op. cit.* pág. 389 — que el uso al que remite la ley, « para nacer ha de reunir los requisitos de toda costumbre, incluso el de su concordancia con los principios generales del Derecho ». Nosotros convenimos, obviamente, en la necesidad de racionalidad o subordinación a la moral y al orden público, que, desde luego, no es requisito exclusivo de la Costumbre; en cambio discrepamos en el resto, e interpretamos en favor de nuestra tesis lo mantenido por CASTRO acerca de la *opinio juris*: Identificadas Costumbre y uso, como se identifican en la exposición de CASTRO, ciertamente el uso requiere los requisitos de la Costumbre; distinguidos, en cambio, pensamos que la remisión legal permite el aligeramiento de los requisitos que el uso necesitaría para, devenido Costumbre, obtener fuerza normativa propia.

El examen de la Jurisprudencia permite comprobar cumplidamente que es en esta modalidad de Costumbre *secundum legem* donde efectivamente y en la realidad de nuestro Derecho entra en juego el dato consuetudinario. La misma observación podría avanzarse, sin necesidad de esperar a dicha comprobación, con sólo tener en cuenta el actual confinamiento de la Costumbre al campo de lo dispositivo y las amplísimas remisiones hechas a ella en dicho campo por obra de los arts. 1258 y 1287 del Código Civil ⁽²⁰³⁾. Siendo ello así, de nuevo ahora se alza la pregunta tantas veces formulada y mantenida a lo largo de estas páginas: ¿donde queda, en nuestro Derecho, la efectividad de la función fontal de la auténtica Costumbre?

Dejando al juicio del lector la respuesta que de acuerdo con el nuestro hemos ya propuesto en muchas ocasiones, queremos poner fin a este punto con un breve y general comentario a la técnica legal de remisión al uso o a la Costumbre. La doctrina advierte en ella, con razón, una cierta anarquía; la suficiente como para hacer difícil su explicación unitaria como manifestación de un único supuesto o método normativo. Llama la atención, sobre todo, que en la remisión no siempre se sigue el mismo orden: A veces la Costumbre se antepone a la Ley dispositiva; en otras ocasiones — y más en conformidad con lo que impondría la consideración de la Costumbre como Fuente supletoria — se la subordina a la Ley, que sólo en cuanto carente de criterio regulador propio, cerraría el escape al vacío normativo remitiéndose a la Costumbre.

Creemos que en este punto convendría intentar la distinción entre un primer tipo de remisiones, tendentes directamente a concretar el mandato legal, y otro dirigido a la concreción o determinación del contenido obligatorio de los pactos o contratos. En el primer caso el uso invocado actúa, por la remisión legal, al modo propio de una Fuente supletoria o subsidiaria, esto es: sólo en

⁽²⁰³⁾ A ellas se refiere CASTRO: *op. cit.* pág. 394: « Dos disposiciones del Código, los arts. 1258 y 1287, contienen dos amplísimas remisiones al uso, comprensivas de todo el Derecho contractual »; pág. 398: « En nuestro Derecho cabe distinguir dos modos de remisión al uso. Uno, la remisión especial respecto a una cuestión determinada; el valor del uso será el que le otorgue el precepto remitente, que puede ser incluso preferente al Derecho dispositivo. Otro, el reenvío general en materia de contratos (art. 1258), que, en nuestro Derecho, requiere como condiciones para acudir al uso... ».

defecto de Ley. Su materia son los supuestos donde la voluntad concreta no puede servir de guía, como es el caso de las servidumbres legales o las relaciones de vecindad (arts. 570, 571, 587, 590, 591). La última determinación del criterio legal-normativo contenido en el Código se confía aquí a las Ordenanzas, si las hay, y, sólo al no haberlas y con intención de telón normativo de fondo, a la Costumbre. Parece claro que ésta, por obra de la remisión legal y en consideración a la escasa entidad del extremo no específicamente regulado en la Ley remitente, no tiene que ser ya la antigua y aquilatada Costumbre: no siendo irracional, basta con que sea simple uso. Por el contrario, cuando la remisión se orienta a la integración de la voluntad contractual ⁽²⁰⁴⁾ lo normal será que el uso o la Costumbre se anteponga a la Ley dispositiva. Es que aquí el uso se tiene en cuenta no como Fuente del Derecho ni como criterio heterónomo de regulación, sino como elemento de interpretación de la voluntad o de determinación e integración de la misma desde módulos objetivos normalmente atendibles *ex fide bona* (arts. 1258, 1287, 1520, 1555, 1578, 1695, 1750). De ahí que en tales casos, dada la prioridad de la voluntad en la determinación del contenido y en la configuración de las obligaciones nacidas de los contratos (art. 1255), el uso se anteponga expresamente a la Ley dispositiva (arts. 1258, 1496, 1580, 1599) ⁽²⁰⁵⁾, o bien se le prevea como supletorio

⁽²⁰⁴⁾ Lo que no tiene que producirse sólo en las normas reguladoras de los contratos. En el art. 485, teniéndose presente, al parecer, el supuesto del usufructo voluntario, la remisión a la Costumbre se hace tras le referida al criterio inducido de la actuación del dueño y antes de la referencia al criterio legal correspondiente a la naturaleza del usufructo, pero dispositivo en nuestro Derecho, de acuerdo con el art. 467.

⁽²⁰⁵⁾ Puede desconcertar la inclusión en esta serie de preceptos, del art. 1496: que el uso de cada localidad pueda anteponerse a la ley en materia de determinación del plazo de ejercicio de la acción redhibitoria. La explicación podría encontrarse en el deseo de facilitar la unidad en materia sometida a una gran diversidad tanto o más, quizá, que por los distintos usos locales, por la diversidad de plazos a veces distinguidos en razón de los diferentes vicios o defectos de los animales. Puede verse en tal sentido el comentario de GARCIA GOYENA — *Concordancias*, cit. págs. 755-756 — al conjunto normativo donde se integra el art. 1496. El plazo de cuarenta días era entonces el más largo de entre los admitidos para los distintos tipos de vicios redhibitorios. Debe traerse aquí a colación el testimonio del Prof. GARCIA CANTERO: *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, dir. ALBALADEJO, XIX, 1980, pág. 388, nota 184: « Personalmente me consta que en la localidad de Elgoibar (Guipúzcoa) estaba vigente hacia 1950 la

directamente del pacto, sin referencia expresa alguna a la Ley (arts. 1574, 1579) ⁽²⁰⁶⁾. Tampoco aquí el dato consuetudinario actúa como Fuente del Derecho: se limita a ser criterio determinador de la voluntad creadora y configuradora de obligaciones singulares. Su función no es la suplencia de la Ley, sino la integración del pacto. Para desempeñarla — lo dijimos antes — el uso o la Costumbre no necesitan constituir Fuente del Derecho.

3. Costumbre *contra legem*. «Tirar las leyes antiguas» era el «otro poderío muy grande» que las Partidas (P I. 2. 6) reconocieron a la Costumbre. Ni fue pacífico este reconocimiento — basta ver el segundo Título del Libro tercero de la Novísima Recopilación, especialmente las leyes III y XI — ni fue efectiva su exclusión en la legislación posterior: todavía en el s. XIX la común doctrina — con la excepción señalada de García Goyena ⁽²⁰⁷⁾ y de Gutiérrez Fer-

costumbre llamada del 'novenario' (bederatzi urrena) para ejercitar el saneamiento por vicios en los animales, y ello en razón a haber intervenido como juez (entonces Comarcal, ahora de Distrito) en un pleito en el curso del cual se demostró su existencia». De hecho, y de acuerdo con el Dictamen de la Junta de Catedráticos de la Escuela Superior Veterinaria, el plazo de nueve días era el más general en esta materia, y como tal se recogió en el art. 1419 del Proyecto de García Goyena.

⁽²⁰⁶⁾ Puede llamar la atención la referencia aquí hecha al art. 1579, cuya literalidad parece anteponer absolutamente el régimen legal del contrato de sociedad. No es ese el sentido de la norma. La remisión a la sociedad tiene la función de indicar la naturaleza de ese peculiar contrato de arrendamiento: «Este arriendo — decía GARCÍA GOYENA: *Concordancias*, cit. pág. 795 — forma una especie de sociedad en la que el propietario pone el capital (la finca) y el colono la simiente y el cultivo». Lo que no puede significar es la alteración del orden regulador del contenido de los contratos. Con razón indica GULLON: *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*. Madrid 1968, pág. 328, que «no hay ninguna razón para que la aparcería no se rija, ante todo, por las estipulaciones de las partes y, en su defecto, por la costumbre y las normas del contrato de sociedad. Ningún imperativo existe para proclamar como norma de *jus cogens* a estas últimas». En el mismo sentido, LUCAS FERNANDEZ, F.: *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, dir. ALBALADEJO, XX, 1º Madrid 1980, pág. 540: «En defecto de estipulación de las partes y falta de costumbre habrá que examinar en cada caso concreto el problema que se plantea y de acuerdo con las características de éste, tratar de hallar la norma que sea más adecuada para satisfacer la necesidad que se presente. Esto supuesto, parece que las normas sobre sociedad pueden ser de aplicación supletoria en cuanto se refiere al reparto de ganancias».

⁽²⁰⁷⁾ GARCÍA GOYENA: *op. cit. ad art. 5*, pág. 5: «El Derecho Romano y Patrio admitieron la costumbre, no solo para constituir derecho nuevo sobre cosa en que no lo había y como regla segura de interpretación de una ley anterior dudosa, sino para

nández ⁽²⁰⁸⁾ — seguía admitiendo la Costumbre *contra legem*. Los trabajos de nuestra Codificación van a suponer un fuerte revulsivo en esta situación. Con ocasión de ella van a entrar en pugna, con cierto revuelo doctrinal y en la discusión parlamentaria del Código, el criterio de Partidas, como expresión de nuestro Derecho tradicional, según se interpretaba, y el nuevo talante de la Codificación europea, con su tendencia a la concentración del Derecho en la Ley y con su radical exclusión de la Costumbre *contra legem*. Era una batalla de antemano perdida por la Costumbre.

El art. 5 del Código, en la redacción originaria de su Título Preliminar ⁽²⁰⁹⁾, vino a proclamar en términos inequívocos la victoria de la Ley sobre la Costumbre, y la consiguiente exclusión de la Costumbre *contra legem* ⁽²¹⁰⁾. El precepto daba prueba — según crítica posterior ya a la reforma del Título Preliminar ⁽²¹¹⁾ — de una intransigencia respecto de nuestro Derecho histórico que todavía se juzga negativamente. Mucho más apasionada fue la reacción al tiempo de su aparición. Costa lo calificó de contrario a la razón y a

derogar la ya establecida: había pues costumbre *praeter legem, secundum legem et contra legem* ... Pero las recopiladas 3 y 11, título 2, libro 3, derogaron las de Partida estableciendo lo mismo que nuestro artículo. Conviene a la dignidad del legislador y a la de la misma ley que no pueda ser derogada sino por otra ... ».

⁽²⁰⁸⁾ GUTIERREZ FERNANDEZ: *op. cit.* págs. 123-125: « Derogar las leyes, tal es el mayor y último efecto que se concede a la costumbre. No podía ser menos si se reconoce que el Derecho tiene entre nosotros dos orígenes; que o nace de la ley, o de la costumbre. Guarda conformidad con la distinción de antiguo establecida por la escuela al reconocer tres especies de costumbre: según ley, fuera de ley y contra ley. De las dos primeras hemos hablado diciendo en pocas palabras el perjuicio que puede traer una facilidad abusiva para conceder carta de naturaleza en los fastos del Derecho a una práctica, por general y plausible que se la suponga; la última es susceptible todavía de más graves reparos ... En cualquiera país sucumbiríamos a esta declaración: en el nuestro, tan propenso a prescindir de la ley a título de no observancia, creemos de necesidad que se diga muy alto, tan alto como debe ser el respeto debido a la autoridad, que las leyes se dan para que se cumplan, y que el escándalo de la primera infracción debe ser enmendado por el primer ejemplo de castigo ».

⁽²⁰⁹⁾ « Las leyes solo se derogar por otras leyes posteriores, y no prevalecerá contra su observancia el desuso, ni la costumbre o práctica en contrario ».

⁽²¹⁰⁾ « Termina el artículo las discusiones que se han promovido sobre la manera de perder las leyes su fuerza », comentaba SCAEVOLA: *op. cit.* pág. 206.

⁽²¹¹⁾ CASTAN: *op. cit.* pág. 455.

la Historia ⁽²¹²⁾; otros creyeron poder condenarlo a la ineficacia ⁽²¹³⁾. La realidad se ha impuesto, y hoy, cuando la previsión del originario art. 5º ha sido sustituida por norma de redacción notablemente menos enérgica y donde ya se omite la referencia expresamente condenatoria de la Costumbre *contra legem* (art; 2, 2), apenas quedan ecos de lo que en su momento fue una polémica apasionada: la doctrina es unánime en la exclusión de la Costumbre contra Ley; al igual que la Jurisprudencia, que, destacando el hito que en este punto significó la entrada en vigor del Código Civil ⁽²¹⁴⁾, no ha dudado en preservar la eficacia de la Ley, excluyendo la aplicación de cualquier Costumbre que pudiera oponerse a ella ⁽²¹⁵⁾.

⁽²¹²⁾ COSTA: *la ignorancia* ..., cit. pág. 86.

⁽²¹³⁾ SCAEVOLA: *op. cit.* pág. 206: « ¿Tendrá absoluto cumplimiento este precepto en la práctica? Lo dudamos, cuando una ley cae en desuso, y en oposición a la misma se forma una costumbre ... serán inútiles cuantos esfuerzos haga el legislador para procurar su observancia ». ALAMEDA ROIG: *La costumbre como fuente del Derecho*, cit. págs. 23-24: « Afortunadamente la costumbre tiene su existencia defendida por la misma ley que pretende extingüirla y de la misma ley recibe su savia y lozanía. La costumbre vive y vivirá con la ley ... como dos fieles amigos ... si la ley cumple su misión esencial, y vive y vivirá contra la ley como acusadora para alegar contra ella y condenarla como juez, si no cumple dicha misión ... la ley caerá en desuso y cederá su sitio a la costumbre contraria ». Todavía recientemente en este sentido, VILLAR ROMERO: *El desuso de las normas jurídicas*, RDP 1971, págs. 709 ss., esp. pág. 712: « Si queremos centrar el problema en sus términos reales, no puede omitirse que, a pesar de la previsión del *soi-dicent* todopoderoso legislador, a diario vemos cómo por el desuso, por la costumbre, por la práctica en contrario, quedan abrogadas multitud de leyes, sin que hayan sido objeto de derogación formal... ».

⁽²¹⁴⁾ STS 20-10-27: « Considerando que las fuentes directas del Derecho Civil en la legislación anterior al Código eran: la ley, la costumbre en sus tres manifestaciones de según ley, fuera de ley y contra ley; y la jurisprudencia de los Tribunales, a diferencia de lo que sucede después de publicado el Código Civil, que únicamente tiene este carácter: la ley, y, a falta de ella, la costumbre del lugar, y como supletoria de las anteriores, los principios generales del Derecho ».

⁽²¹⁵⁾ STS 5-7-13: « ... aquellos hechos no significarían otra cosa que una viciosa práctica contraria a los preceptos legales e inadmisibles en Derecho, ya que la costumbre sólo merece ser tenida como fuente jurídica supliendo a la ley, pero nunca en frente de ella, conforme a los arts. 5º y 6º del citado Código »; STS 3-5-24: « ... y la costumbre no puede prevalecer contra el texto expreso de las leyes y de la voluntad que los interesados difinieron en la convención contractual, aplicable al caso controvertido con la eficacia que respectivamente sancionan los arts. 50 de dicho Código y 1091 del Civil »; STS 16-3-26: « ... sin que contra su observancia pueda admitirse el desuso, ni la costumbre

Tan sólo queda la desvaída referencia a la erosión de la Ley cuando cae en el desuso: algo que de acuerdo con la mejor doctrina ⁽²¹⁶⁾, es cosa que no debe confundirse con el supuesto propio del Derecho consuetudinario. ¿Quién en nuestra restauración democrática y en su proceso constituyente soñó en confiar a la Costumbre la expresión de la soberanía popular, o en confiar al refrendo social, implícito en la aceptación y cumplimiento de la Ley, el juicio definitivo sobre su validez? El moderno Estado de Derecho se basa en el imperio de la Ley, y el ideal de la democracia se lleva a cabo cuando se pone en manos de la sociedad la posibilidad de producir el cambio legislativo. No es ya necesario que el pueblo tenga que recurrir a la prolongada resistencia de una práctica contraria, para vencer a una Ley que ya no le resulta ni inasequible ni intangible. ¡Qué poco ha quedado de la momentánea polvareda provocada por la exclusión en el Código de la Costumbre *contra legem!*

o práctica en contrario, según el art. 5º del Código Civil, y menos en materia tan importante como la de subsistencias, en que merced a los ardides de la avaricia quedarían frustrados los laudables propósitos del legislador y sin tutela ni defensa los intereses de los consumidores». STS 16-3-32: «... y sin que puedan admitirse las costumbres gallegas que existan en tal sentido, amparando la que en el recurso se llama casa petrucial, porque serían nulas en Derecho por virtud de lo dispuesto en el art. 5º del Código Civil».

⁽²¹⁶⁾ CASTRO: *op. cit.* págs. 377-378: «La observación tópica contra la supremacía de la ley, de que una ley siempre puede ser derogada por la fuerza de los hechos, adolece de confundir validez y costumbre; ninguna organización política, ninguna norma o costumbre puede garantizar para el futuro su rango o su eficacia, pero su dependencia respecto del mudar histórico nada dice contra la posibilidad de una jerarquía establecida y eficaz mientras subsista la misma organización jurídica». En contra COSTA: *La ignorancia...*, cit. pág. 111: «La forma negativa de la sanción (del pueblo a la ley) es el *desuso*, contra el cual resulta impotente la voluntad más firme y decidida de los agentes del poder: como a su vez, la introducción de un uso contrario deroga positivamente también la ley por ociosa e inútil». VALVERDE: *op. cit.* pág. 163: «Para el ilustre Savigny el desuso no tiene, mejor dicho, no suele tener nada en común con el Derecho consuetudinario, pero creemos con el Sr. Costa que si, habiéndose presentado casos previstos en la ley, se hubiese prescindido de ella, ese abandono sería tan eficaz para abolirla como una costumbre, porque al fin y al cabo, el desuso una costumbre es, aunque no lo parezca, que tiende no a formular directamente una regla para sustituir a la ley, pero sí a abolir ésta no cumpliéndola, prescindiendo de ella para anular lo mandado y preceptuado en la misma». La opinión de SAVIGNY, bastante más matizada de como aquí se presenta, en el *System*, cit., § 30, págs. 195-196.

Carremos este punto con la reflexión que nos sirve en bandeja la observación de un dato. Al tiempo de su aparición, el art. 5 fue interpretado como la sentencia de muerte de la Costumbre en tanto que Fuente del Derecho ⁽²¹⁷⁾. Más templadamente y a mayor distancia temporal ha dicho Cossío ⁽²¹⁸⁾ que el actual art. 2, 2 vendría a suponer la negación de su autonomía. Desmedido y errado diagnóstico — se dirá — a la vista de la supervivencia de la Costumbre supletoria entre nuestras Fuentes del Derecho. Es cierto que, en abstracto y desde la supraordenación al resto del Ordenamiento de la instancia constituyente, podría asignarse a una Costumbre, concebida incluso como Fuente autónoma, un espacio de juego menor y subordinado al de la Ley. Pero no es ello lo que ocurre en nuestro Ordenamiento. En él es la Ley — ley ordinaria — la que al proscribir, sin resistencia, a la Costumbre contraria a ella, y al admitir la que la supla, ha puesto de manifiesto una desigualdad entre ella misma y la Costumbre que impide la consideración de ésta como Fuente realmente autónoma ⁽²¹⁹⁾, y que obliga a reconocerle sólo la fuerza que, de prestado, recibe de la Ley.

He aquí, pues, el balance final. La triple clasificación de la Costumbre por su relación con la Ley pone hoy en evidencia la menesterosidad de una Costumbre: sin espacio propio en un Ordenamiento que extiende hasta la frontera de la Ley imperativa el reino de la libertad individual; que no puede equipararse a la Ley y

⁽²¹⁷⁾ Cfr. ALAMEDA: *op. cit.* pág. 23: « ... Los arts. 5 y 1976 del Código Civil ... expresan la variación de la doctrina legal pronunciando y ejecutando la sentencia de muerte de la costumbre como fuente del Derecho ». VALVERDE: *op. cit.* pág. 165: « ... para mí es indudable que o se niega a la costumbre el carácter de fuente del Derecho o, de lo contrario, hay que admitir la costumbre contra ley ».

⁽²¹⁸⁾ COSSIO: *op. cit.* pág. 93: « La costumbre contraria a ley, en cambio, ha dado lugar a grandes discusiones en la doctrina del siglo pasado. Con toda claridad el art. 2, 2 del Código Civil mantiene el principio de que nada puede contra la vigencia de las leyes, con lo que parece privar de toda eficacia a esta clase de costumbre. Sin embargo, admitir esta exclusión por ese solo razonamiento presupone admitir la teoría de la supremacía de la ley y negar, sin otra causa, la autonomía de la costumbre ».

⁽²¹⁹⁾ Cfr. GUTIERREZ FERNANDEZ: *op. cit.* pág. 123: « Derogar las leyes, tal es el mayor y último efecto que se concede a la costumbre. No podía ser menos si se reconoce que el Derecho tiene entre nosotros dos orígenes: que o nace de la ley o de la costumbre ». Así también WINDSCHEID: *op. cit.* pág. 59: « La forza del Diritto consuetudinario quindi può non solo completare, ma anche abolire il diritto vigente... ».

competir con ella; y a la que no queda más función que la de ser absorbida por la Ley como elemento de determinación del mandato legal en materias de menor interés, o invocada por ella como criterio objetivo para la interpretación e integración de la voluntad contractual. En ninguna de estas formas, nos parece, cumple la función de Fuente del Derecho.

B) *Por la extensión de su ámbito: común y especial; general y local. La supresión del requisito de la localidad: su alcance efectivo y su valor de síntoma de la generalizada confusión entre Costumbre y uso que oculta el vacío actual de la Costumbre-Fuente.*

La clasificación de la Costumbre en función de su ámbito puede enfocarse desde puntos de vista diferentes. Puede, en efecto, atenderse a la materia regulada por la Costumbre, o al ámbito local de su extensión. Entrecruzada con estas perspectivas, y dependiente de la primera, puede aparecer otra: la que, referida a los sujetos que la practican, distingue entre Costumbres comunes y Costumbres específicas de una profesión.

Desde el punto de vista de su materia u objeto suele distinguirse entre Costumbres generales o comunes y Costumbres especiales (220). Costumbre general, como diría De Diego (221), es la que regula todo un orden de relaciones. En él se produce un proceder uniforme cuya unidad no resulta del lugar donde la Costumbre se practica sino de la materia a que ésta se refiere y, en consecuencia, de las personas que a ella se sujetan: en una materia de alcance general, todos los que en ella intervienen, y sea cual fuere el lugar donde ello ocurra, observan un mismo proceder. Claro está que la estatalidad del Derecho, al someter éste a los límites nacionales, hace que la que en razón de su materia sería una Costumbre común o general, tenga que resultar al mismo tiempo una Costumbre igualmente general desde el punto de vista de su extensión territorial (222). En cambio, la Costumbre será especial cuando, dentro de

(220) En la actual manualística emplea aquí el término *general*, e.c., ALBALADEJO: *op. cit.*, pág. 87; el término *común*, SANCHO REBULLIDA, *Elementos*, cit. págs. 194-195.

(221) DE DIEGO: *Instituciones*, cit. pág. 110.

(222) Cfr. DE DIEGO: *op. cit. ib.* « ... general, que rige en todo el país o regula todo

un orden de relaciones, y en el sector de una materia ya más específica o determinada, se produce el proceder uniforme de algunos: aquellos, normalmente, que tienen como ocupación propia la actividad que se desenvuelve en aquel sector. De esta forma, la sectorización objetiva o material de la Costumbre se hace, además, personal o profesional en el caso de que su materia pueda ser contenido de una actividad de este orden. El dato material o local, aunque no se tome ahora en cuenta, puede también acumularse a efectos clasificatorios: cabe tanto la posibilidad de una Costumbre profesional de ámbito territorial más reducido (estrictamente local, usos de la plaza, comarcal o regional) como la de otra, coextensa con los límites del Derecho estatal o interno.

Desde un punto de vista exclusivamente territorial, la Costumbre podrá ser, según generalmente se distingue, general o local⁽²²³⁾. Si sólo se atiende ahora a la circunstancia *ubi* para distinguir formas diferentes de Costumbres parecería que, por lo demás, el objeto de éstas habría de ser igualmente apto para que por el comportamiento uniforme de quienes quiera, pudiera llegar a formarse una Costumbre, general o local. Tendríamos así Costumbres formadas por la igual actuación de todos, a todo lo largo y ancho del territorio del Estado, esto es: Costumbres generales; frente a otras — Costumbres locales — formadas en ámbitos territoriales limitados: en una misma materia, en este caso, se producirían en lugares distintos comportamientos diferentes, configuradores de sendas Costumbres locales. Obviamente, y según antes advertimos, la perspectiva puramente local en el planteamiento lógico o teórico, puede verse interferida — en el mismo planteamiento lógico y en la realidad — por la perspectiva material u objetiva y por la subjetiva, personal o profesional: una Costumbre en materia general

un orden de relaciones civiles o mercantiles». No es sólo que un mismo calificativo venga a referirse a realidades distintas; es que la Costumbre general *ratione materiae*, al no venir su generalidad determinada por el lugar donde se la practica pero sí resultar limitado el Derecho por las fronteras nacionales, tendrá que ser al mismo tiempo una Costumbre general desde el punto de vista de su extensión territorial.

⁽²²³⁾ Podría observarse que los términos de la alternativa se proponen de forma algo imprecisa. La localidad es nota de toda Costumbre, al tener que venir ésta circunscrita al tiempo y al espacio. El sentido del término se ilumina al contraponerse la Costumbre local a la general. Pero aún así la iluminación es insuficiente: no general es tanto la Costumbre regional, como la comarcal, como la de la plaza o lugar.

o no personalmente sectorizada, puede ser local; como, a la inversa, una Costumbre profesional puede extenderse por la generalidad de todo el territorio nacional.

Nos parece que convenía comenzar por aquí porque quizá así se entienda que, acaso con cierta simplificación de puntos de vista o de términos de referencia, o por un cierto entrecruzamiento entre ellos, al producirse la reforma del Título Preliminar se planteara en términos de tensión entre Costumbre local y Costumbre general el intento de hacer espacio dentro de la Costumbre a los usos profesionales, y que la reflexión doctrinal posterior a tal reforma se haya limitado a enjuiciar la efectividad de la misma atendiendo exclusivamente a lo que en la realidad puede suponer la ampliación territorial de la Costumbre.

Esto advertido, procede ya centrarse en la consideración territorial de la Costumbre, para entrar después en el comentario al intento de admisión de la Costumbre general.

Recientemente se ha advertido que — según constatación de los grandes estudiosos de la Costumbre — el Derecho consuetudinario se nutre en los tiempos modernos de Costumbres locales ⁽²²⁴⁾. A nadie puede extrañar. La monopolización del Derecho por el Estado tiende a derivar en la concentración de aquel en la Ley y en la extensión de ésta a la totalidad del territorio nacional. La Costumbre, relegada por fuerza a la Ley, queda también limitada por su reducción a espacios circunscritos. Donde la materia regulable exija una solución única, o donde sea de interés salvar la unidad, allí intervendrá la Ley estatal. Ahora bien, esto admitido, algo parece indicar que la nota de la «localidad» es consustancial con la Costumbre: como norma espontánea *in agilibus*, nacida directamente de la repetición de comportamientos individuales, no le cuadran ni la universalidad que por su peso entitativo y por su evidencia es propia de los Principios Generales del Derecho, ni la que, por la autoridad de quien la impone, logra conseguir la Ley. Aparte de esta consideración, que pudiera decirse *a priori*, la Historia persuade de que las Costumbres han logrado afirmarse como islas de resistencia al flujo uniformador de la Ley, y de que la pugna

(224) Cfr. ESPIAU: *op. cit.* pág. 788, con referencia a Durán y Bas y a Savigny.

de la Ley contra la Costumbre viene a confundirse con la lucha contra la fragmentación social y con el empeño por la unidad.

El dato es, por lo que hace a nuestro Derecho, que en él y tras la Codificación, la Costumbre sólo es admitida como Costumbre local: el originario art. 6º del Código Civil permite acudir a la Costumbre «del lugar», y el 2º del Código de Comercio a los usos observados generalmente «en cada plaza»; sólo, y no de muy buena gana, en el ámbito de los Derechos Forales se admite interinamente la posibilidad de subsistencia de un Derecho consuetudinario de ámbito local intermedio, superior al estrictamente «del lugar», entendido éste como la circunscripción territorial mínima. En cambio es clara la voluntad de derogación de toda Costumbre general en el art. 1976 del Código Civil ⁽²²⁵⁾.

¿Cómo se interpretó esta delimitación legal de la Costumbre? Muchos entendieron que no impedía la posibilidad de existencia y eficacia normativa de auténticas Costumbres generales, ya que éstas, en tanto que generales, serían locales en todas partes ⁽²²⁶⁾. Castro, con razón, se opuso a esta interpretación aparentemente tan clara y sencilla: no se trataba de una cuestión de pura localidad, sino de mantener a raya a esa Fuente que sólo se admite como supletoria y secundaria y a la que, deliberadamente, se quiere privar de eficacia organizadora general. Por ello advertía Castro que «no se podrá imponer a un lugar, por muy pequeño que sea, una Costumbre, por el hecho de que sea usada y eficaz en la mayor parte o en el resto del territorio nacional» ⁽²²⁷⁾. Ello no obstante, y sin contradicción con

⁽²²⁵⁾ *Ad rem*, CASTRO: *op. cit.* pág. 386. Nada indica en contra de ello la referencia en el art. 1287 al «uso o la costumbre del país»; la palabra «país» — advertía MANRESA: *op. cit.* pág. 740 — se usa aquí como equivalente a lugar. En el mismo sentido, LOPEZ y LOPEZ: *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, dir. Albaladejo, XVII, 2º, 1981, pág. 51.

⁽²²⁶⁾ Cfr., para esta opinión, ALBALADEJO: *En el nuevo Título Preliminar la costumbre supletoria de la ley sigue siendo únicamente la que se practique en el lugar donde ha de aplicarse*, en Academia Matritense del Notariado. *Estudios sobre el Título Preliminar del Código Civil*, Parte General, vol. I, 1977, pág. 62.

⁽²²⁷⁾ CASTRO: *op. cit.* pág. 386: «Se ha asegurado con repetición que no tiene significado alguno excluir la costumbre general, porque se aplicará, en todo caso, como local en todas partes. Ello es un error. Tal exclusión supone quitar a la costumbre fuerza organizadora general, y prácticamente significa que no se podrá imponer a un lugar, por

lo anterior, el mismo Castro admitió otra versión de la «localidad»: la resultante de la sectorización objetiva o profesional de la Costumbre. Costumbre «local», a los efectos del sistema, podría ser también «lo usado por determinada clase, profesión o grupo de personas cuando alcance respeto general dentro del lugar; pueden constituir además — decía ⁽²²⁸⁾ — usos convencionales y comerciales». De hecho — conviene recordarlo aquí — cuando se planteó el problema de la consideración de las Condiciones Generales de los Contratos como una manifestación de la Costumbre, los reparos no vinieron porque estas no se atuvieran al requisito de la estricta localidad. Dejemos notado, finalmente, que la Jurisprudencia ha sido escasa y poco clarificadora en este punto: La sentencia de 21-2-57 niega la aplicación de una Costumbre general improbadamente argumentando que, además de no haberse probado su existencia, tampoco sería operante la invocación de una costumbre general, «en pugna con lo que ese mismo artículo sexto previene, que se refiere a la Costumbre del lugar que podrá, o no, coincidir con la general». La de 30-4-57, referida a Vizcaya pero hablando en términos generales, afirma que es requisito para que una Costumbre pueda considerarse como norma jurídica «que se manifieste una voluntad de ese orden en una colectividad determinada, que igual puede ser la de un lugar, que la de una región o nación». La de 24-2-62 dice aplicar una «costumbre del lugar, del pueblo o de la tierra, que no es otra que la general de la comarca».

En esta situación va a producirse la reforma del Título Preliminar. Su Ley de Bases (de 17 de marzo de 1973) se refiere ya a la Costumbre sin añadirle la condición de tener que ser la «del lugar»; la discusión parlamentaria argumentó la omisión de tal requisito ⁽²²⁹⁾

pequeño que sea, una costumbre por el hecho de que sea usada y eficaz en la mayor parte o en el resto del territorio nacional».

⁽²²⁸⁾ CASTRO: *op. cit.* pág. 387.

⁽²²⁹⁾ Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Españolas*, X Legislatura, Apéndice, n° 90, pág. 19. Argumentaba el Procurador ESCRIBA DE ROMANI: «La Ponencia precisamente cree que uno de los avances importantes que en esta materia de fuentes del Derecho contiene el Proyecto es el aludir, no a la raquílica costumbre del lugar que tenía nuestro Código Civil... Entiende la Ponencia que la costumbre puede ser la costumbre del lugar. Y en este sentido se mantiene la fuente tradicional, pero puede ser también la costumbre general, recogida en algunos casos en la jurisprudencia. No se ve razón alguna de peso

y la Exposición de Motivos del Decreto (31 de mayo de 1974) que sancionó el nuevo texto articulada la interpretó como una forma de ampliación de la Costumbre ⁽²³⁰⁾. ¿Es efectivamente así? ¿Qué es lo que propiamente se ha intentado, y qué lo que efectivamente puede haberse conseguido? El intento se expresó con claridad en la discusión de la ley: se trataba de acoger entre las Fuentes esa otra versión más ágil y moderna de la Costumbre, cuyo peculiar dinamismo representaría un elemento de constante adaptación y modernización del Ordenamiento: las Costumbres profesionales. Esta sería la nueva versión de la Costumbre, frente a la antigua y anquilosada Costumbre del lugar. La omisión de la referencia al «lugar» en el art. 1, 3 parecería, efectivamente, permitir la afirmación de que, a partir de la reforma del Título Preliminar, en nuestro Derecho pueden jugar como Fuente no sólo las Costumbres locales sino también — *ubi lex non distinguit...* — las generales. ¿Cómo ha entendido el cambio la doctrina?

En primer lugar la doctrina, tras tomar nota de la posibilidad de Costumbres de ámbito territorial diferente, se planteará el problema que inmediatamente se suscita: ¿cuál de ellas prevalece en caso de colisión entre las mismas? La respuesta resulta fácil si se atiende a la filosofía de la Costumbre: prevalecerá la Costumbre más próxima al lugar donde debe aplicársela; la más local frente a la más general ⁽²³¹⁾. Es este también el criterio consagrado en la Ley 3 de la

para seguir manteniendo esa costumbre pequeña, anquilosada, que huele a viejo, la costumbre del lugar. Existen costumbres de ámbito general muy importantes. Pensemos en determinados usos, y con ello entramos un poco en el segundo inciso del texto propuesto por la Ponencia; una serie de usos de tipo general, de los cuales basta citar los ejemplos de muchas profesiones: los usos de los abogados, de los médicos, etc. y de profesiones de todo tipo, como los usos de los comerciantes, etc. que generalmente no son locales, pues suelen tener un ámbito nacional ... La Ponencia entiende que la sociedad va evolucionando y que la costumbre local no daba idea de esa evolución social que tiene que recoger el Derecho». Sobre ello, cfr. ALBALADEJO: *En el nuevo Título Preliminar...*, cit. págs. 61-65; también, RUIZ VADILLO: *op. cit.* pág. 7, nota 4.

⁽²³⁰⁾ «La costumbre — ampliada al no circunscribirla a la del lugar... ».

⁽²³¹⁾ La preferencia de la Costumbre local sobre la general es el criterio normal o tradicional, como puede verse, con anterioridad a la Reforma del Título Preliminar, en COSTA, e.c., *Dictamen*, cit. págs. 383-384. Tras la reforma se le puede ver en DIEZ-PICAZO: *Comentarios*, cit. pág. 54; RUIZ VADILLO: *op. cit.* pág., e.c., 514; ESPIN: *op. cit.* pág. 145; DE LOS MOZOS: *op. cit.* pág. 468; BATLLE: *op. cit.* pág. 52; PUIG BRUTAU: *op. cit.* pág. 77.

Compilación de Navarra ⁽²³²⁾. En virtud de él vendría a introducirse ahora una cierta jerarquía dentro de nuestra segunda Fuente del Derecho: frente al supuesto único de la Costumbre local habría que distinguir y jerarquizar: primero la Costumbre local; luego, la general ⁽²³³⁾. Compartimos sin reservas este criterio, pero permítasenos añadir que no entendemos con igual facilidad el presupuesto de su formulación. Si en un lugar concreto existe Costumbre distinta a la general es porque en ese mismo lugar no tiene vigencia la Costumbre de mayor extensión; en tal caso parece claro que en él no hay más que una Costumbre, y habiendo sólo una, mal puede hablarse de colisión entre dos. De todas formas el criterio de la preferencia de la Costumbre local tiene la virtualidad de impedir que, por su mayor extensión, y arrollando a la local, la Costumbre general pretenda imponerse allí incluso donde aisladamente se observa otra diferente.

Y de no producirse colisión con otra de menor extensión ¿podría aplicarse la Costumbre general allí donde, sin que haya otra, no se la practica? Del sentido de la respuesta dependerá la efectividad de la pretendida ampliación de la Costumbre en la reforma del Título Preliminar, y aquí hay que indicar que, con alguna excepción ⁽²³⁴⁾, la doctrina no tardó en contestar en términos negativos. Castro lo había

⁽²³²⁾ « ... La costumbre local tiene preferencia respecto a la general... ».

⁽²³³⁾ Así, RUIZ VADILLO: *op. cit.* pág. 504.

⁽²³⁴⁾ Es el caso de DIEZ-PICAZO y GULLON: *Sistema*, cit. pág. 152: « La supresión del carácter local parece significar que se admite que una costumbre general o regional pueda aplicarse en un punto, aunque en él no haya tenido vigencia efectiva, pues en otro caso no habría sino una generalización de costumbres locales uniformes ». También RUIZ VADILLO: *op. cit.* pág. 25: « Como resumen, creemos que los posibles conflictos entre las distintas costumbres habrán de resolverse así: Costumbre local igual a costumbre general: No hay problema. Costumbre local desigual a costumbre general. Prevalece la costumbre local. Costumbre local sin costumbre general. Se aplica la local, y costumbre general sin costumbre local: se aplica la costumbre general ». En este último caso, dice el a., *Ib.*, « se está integrando un vacío legislativo a través no de la costumbre (que no lo es para quienes se aplica), sino de una norma consuetudinaria ajena ». En cierto modo, quizá, también SANCHO REBULLIDA, quien, aunque en *Tratamiento...*, cit., pág. 15, afirma para Navarra que « la costumbre, por su propia esencia y naturaleza, sólo puede ser norma, principal o supletoria, donde se la observe ... », advierte en *Elementos*, cit. pág. 194, que, para el Derecho del Código, la opinión de ALBALADEJO negando fuerza expansiva a la costumbre general « acaso sólo pueda valer como crítica o como consideración *de lege ferenda* ».

hecho ya con anterioridad a la reforma, justamente al negar la admisión en nuestro Derecho de la Costumbre general ⁽²³⁵⁾, pero es el caso que, suprimido tal obstáculo, los autores vienen manteniendo idéntica respuesta negativa fundamentándola, con acierto, en el significado y razón de obligar de la Costumbre: donde ésta no se practica no puede aplicársela, porque falta allí el uso revelador de la convicción u *opinio juris* que justificaría su valor normativo. Así lo afirmaron, e.c., Espín ⁽²³⁶⁾ y De los Mozos ⁽²³⁷⁾, y lo razonó y argumentó cumplidamente Albaladejo ⁽²³⁸⁾, a quien después han seguido, entre otros, Puig Brutau ⁽²³⁹⁾ y Lalaguna ⁽²⁴⁰⁾. De acuerdo con esta opinión la Costumbre no ha sido ampliada en el nuevo Título Preliminar; su eficacia organizadora sigue siendo la misma: la tiene donde se la practica, pero no más allá, por muy extendida que se encuentre. La suplencia de la Costumbre local no puede correr a cargo de una Costumbre general

⁽²³⁵⁾ CASTRO: *op. cit.* pág. 386: « Tal exclusión (de la Costumbre general) supone quitar a la costumbre fuerza organizadora general, y prácticamente significa que no se podrá imponer a un lugar, por pequeño que sea, una costumbre por el hecho de que sea usada y eficaz en la mayor parte o en el resto del territorio nacional ».

⁽²³⁶⁾ ESPIN: *op. cit.* pág. 145: « La tesis negativa parece ser más conforme al fundamento propio de la costumbre, pues no corresponde a la misma organizar jurídicamente todo el ámbito nacional, sino que su fuerza obligatoria depende de su propia observancia ».

⁽²³⁷⁾ DE LOS MOZOS: *op. cit.* pág. 467, acogiendo la opinión de ESPIN, ahora citada.

⁽²³⁸⁾ ALBALADEJO: *En el nuevo Título Preliminar*, cit., esp., págs. 68-69: « 2º Que faltando regulación legal de una materia, en el lugar de que se trate no se practique costumbre sobre el extremo en cuestión. Entonces no cabe sino aplicar los principios generales del Derecho. Y entonces, pues, como en el antiguo art. 6, a falta de costumbre ‘ del lugar ’, se aplican los principios generales. Hacer otra cosa sería *importar* forzosamente una regulación *consuetudinaria de otro lugar*, para no dejar el punto vacío. Y para esto, con mayor razón es pertinente llenar el hueco con una solución extraída de los principios generales del Derecho, que, por definición, sí que rigen — a diferencia de la costumbre *importada* — en el lugar » (sub. del a.). También, pág. 72: « ... no se puede olvidar la tan repetida idea de que la obligatoriedad de la costumbre tiene su apoyo en el *consensus comunitatis* de la comunidad en la que se ha de aplicar; y que, faltando tal apoyo, no se fundamenta la aplicación de la costumbre foránea ni siquiera en el caso de que esta no haya sido rechazada por la comunidad a la que habría de regir ». El mismo ALBALADEJO había argumentado ya esta misma tesis en forma más resumida, en *Derecho Civil*, cit. págs. 86-87.

⁽²³⁹⁾ PUIG BRUTAU: *op. cit.* pág. 77.

⁽²⁴⁰⁾ LALAGUNA: *Introducción*, cit. pág. 220.

(sin existencia ni valor allí donde no se la observa) sino que corresponde a los Principios Generales del Derecho ⁽²⁴¹⁾.

Dicho todo lo anterior, que pertenece al tratamiento doctrinal común del punto que estamos comentando, la reflexión debe proseguir. ¿Cómo es que a la altura de 1973-74 nuestro legislador puede pretender ampliar el juego de la Costumbre? ¿Cómo podría entenderse tal ampliación si la Costumbre general ahora admitida es la profesional? Dicho de otro modo: si al ser “profesional”, la Costumbre resulta sectorizada más personal que localmente: ¿qué significa la novedad de su ampliación? No se trataría aquí de confrontar la Costumbre profesional-general con al Costumbre local, sino de preguntarse si el uso profesional puede imponerse como norma jurídica más allá del círculo profesional que lo alumbraba.

En cuanto al primer punto llama poderosamente la atención la alegría con que se acoge en la Exposición de Motivos del Decreto de 31 de mayo de 1974 la «ampliación» de la Costumbre. ¿Será que se le quiere reconocer hoy el valor organizador general que antes se le negaba? Nos parece que estamos aquí ante un desplante a toro muerto. No creemos que nuestros legisladores de aquellos años tuvieran la más mínima intención de recortar ni en un ápice el poder del Estado y la eficacia organizadora de la norma jurídica de origen estatal. ¿Cómo, entonces, entender esa proclamada ampliación de la Costumbre? Es que se piensa en esa Costumbre relegada en el art. 1, 3 al ámbito de lo dispositivo y confundida allí con los usos jurídicos cuya relevancia concreta está supeditada a la voluntad de los contratantes, al menos en el sentido de que éstos no hayan excluido su aplicabilidad al caso. Esta era, en efecto, la imagen de la Costumbre resultante de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Pero llama la atención que la confusión entre la auténtica Costumbre-Fuente y el uso esté tan arraigada, o, quizá mejor, que el tratamiento de la Costumbre se mantenga en niveles de superficialidad tales, que no se advierta lo que puede suponer traer a ella, en condición de Fuente del Derecho, a los distintos usos profesionales ⁽²⁴²⁾. Se está diciendo que tales usos, lejos de limitarse a ser el

⁽²⁴¹⁾ Cfr., de nuevo, ALBALADEJO: *En el nuevo Título Preliminar, ...*, cit., *passim*, con todo detalle.

⁽²⁴²⁾ La finalidad resulta clara en la discusión de la ley — cfr., *supra*, nota 229 —.

embrión del Derecho estatutario interno del grupo profesional que lo practica, alcanzan a constituir norma jurídica general, aplicable, por tanto, a todos los que se sitúan en el ámbito de previsión o presupuesto de hecho de los mismos. Esto — habría dicho Castro⁽²⁴³⁾ y podría repetirse para el vigente sistema constitucional con mayor razón — implicaría la atribución de un poder normativo de clase sin posible encaje en el actual modelo de organización jurídico-política; supondría, nos parece, retroceder en el túnel del tiempo para llegar, con olvido del principio de igualdad de todos ante la ley, al Estado pre-revolucionario y la sociedad estamental y gremialista. Y no se diga, como se dijo en la discusión de la reforma, que un tal resultado — la necesaria consecuencia de la ampliación del valor organizativo de la Costumbre — encontraba ya reflejo en la Jurisprudencia. La Jurisprudencia puede no haber aquilatado la diferencia entre Costumbre y usos; puede haber confundido la integración del contrato y la suplencia de la Ley, pero cuando se ha pretendido hacer valer como Costumbre un uso profesional, ha afirmado con inequívoca claridad que un tal uso, en cuanto unilateral y no nacido de la convicción del pretendidamente obligado, no puede imponerse al mismo en condición de Costumbre o norma jurídica⁽²⁴⁴⁾. El uso profesional podrá valer, más o menos, como índice de Derecho estatutario interno entre el grupo que lo alumbró y lo practica, pero

Doctrinalmente la recoge y formula RUIZ VADILLO: *op. cit.* pág. 34, en los siguientes términos: «... la modificación no ha tenido ni tendrá otro alcance que incorporar las costumbres generales (y especialmente las de los Colegios Profesionales, gremios, sindicatos, agrupaciones, etc., dentro del ámbito de sus actividades) a las fuentes del Derecho...».

⁽²⁴³⁾ CASTRO: *Las Condiciones Generales...*, cit. pág. 24: «Pues no puede desconocerse que el Estado de Derecho, en sus reglas constitucionales o fundamentales, es incompatible con la atribución a los empresarios de un privilegiado poder normativo. Tal poder legislativo en favor de una clase, supone una previa subversión real de la organización jurídico-política, de máxima transcendencia, cuya existencia no se prueba y respecto a la que todo induce a creer que no se ha producido ni se producirá».

⁽²⁴⁴⁾ Se trataba de una reclamación de honorarios de abogado, según tarifa profesional: STS 18-4-51, «... pero ni tales tarifas equivalen a la norma jurídica elaborada por la conciencia social mediante la repetición de actos realizada con intención jurídica, en que consiste fundamentalmente la costumbre, dado su carácter unilateral, ni puede decirse que ellas justifiquen otra cosa que una orientación para los profesionales...».

en sí mismo nunca podrá constituir norma jurídica general. Ni su naturaleza es la de la Costumbre, ni el lugar de su reconocimiento puede ser el artículo dedicado a la enumeración y regulación de las Fuentes del Derecho.

Justo este último punto es el que nos queda por examinar: el de la equiparación — legalmente proclamada en el sistema español de Fuentes — entre Costumbre y usos, y, en su consecuencia, el de la elevación de los usos a la condición de Fuente consuetudinaria del Derecho.

IV. LA EQUIPARACION LEGAL ENTRE COSTUMBRE Y USOS JURÍDICOS NO INTERPRETATIVOS: REFLEXION Y CRÍTICA

1. *El pretendido sentido de la equiparación y sus antecedentes en nuestra doctrina.*

No contento nuestro legislador con mantener a la Costumbre entre las Fuentes del Derecho, va a considerar necesario reconocer junto a ella el valor creador de los usos jurídicos. El art. 2º de la Ley de Bases para la modificación del Título Preliminar dispuso al efecto: «La costumbre regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no vaya contra la moral o el orden público, *valorándose la eficacia creadora de los usos sociales con transcendencia jurídica*». A partir de este dato, el nº 3 del art. 1º contendrá un segundo párrafo donde se establece que «Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre». «Eficacia creadora de los usos»; *consideración* de estos como Costumbre. El propio legislador propondrá una interpretación que, desde la literalidad de los textos ahora reproducidos, parece imponerse por sí misma: la Costumbre ha sido ampliada, al haberse conferido valor de tal a los usos ⁽²⁴⁵⁾. La cuestión, que aparece muy conectada en la reforma del Título Preliminar con la de la admisión de la Costumbre general, obedece al propósito de

⁽²⁴⁵⁾ Exp. Mot. Decreto 13 mayo 1974: «La costumbre — ampliada al no circunscribirla a la del lugar y al conferir valor de costumbre a los usos jurídicos no meramente interpretativos — ... ».

actualizar o modernizar el tratamiento de la Costumbre y de proporcionar al Ordenamiento, a través de ella, un medio de constante y ágil adaptación a la cambiante realidad social que está llamado a regular ⁽²⁴⁶⁾. Siendo esta la interpretación auténtica de la norma, y constituyendo su propósito la finalidad indicada, queda todavía preguntarse: ¿logró acertar en su contenido? Difícilmente la respuesta doctrinal podía ser unánime. De los Mozos vió aquí « una de las innovaciones de la última reforma llevada a cabo, en este punto, con todo rigor técnico » ⁽²⁴⁷⁾. Díez-Picazo, por el contrario, considera equivocada la equiparación entre Costumbre y usos con transcendencia jurídica, y errada la elección de tal equiparación como camino hacia la dinamización del Ordenamiento ⁽²⁴⁸⁾. Hay que reconocer, con todo, que la polémica orientación legalmente pro-

⁽²⁴⁶⁾ Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Españolas*. Apéndice, 21 noviembre 1972, num. 90, pág. 19. La Ponencia — decía el Procurador Escrivá de Romaní — ha meditado muy despacio cada una de las palabras de este texto y se refiere a esos usos sociales con transcendencia jurídica como algo dinámico. La Ponencia entiende que la sociedad va evolucionando y que la costumbre local no daba idea de esa evolución social que tiene que recoger el Derecho, y cree por ello que debe mantenerse el texto, precisamente con esa precisión de recoger, dentro de la costumbre, la eficacia creadora de los usos sociales con transcendencia jurídica. También, en el Informe de la Ponencia — Cortes Españolas, Comisión de Justicia, Informe de la Ponencia, Madrid 1972, págs. 27 ss. —: « Junto a la costumbre se menciona a los llamados usos sociales, cuya distinción frente a la costumbre no siempre se admite, pero que, en todo caso, su cita viene a completar el sentido dinámico y general de la costumbre... ».

⁽²⁴⁷⁾ DE LOS MOZOS: *op. cit.* pág. 469; también, en pág. 440: « ... situación que ha venido a remediar satisfactoriamente la reforma del Título Preliminar del CC al establecer en la nueva redacción de su art. 1, 3 ... ».

⁽²⁴⁸⁾ DIEZ-PICAZO: *Comentarios*, cit. págs. 69-70: « Por eso nos parece equivocado establecer una equiparación entre ciertos usos sociales con transcendencia jurídica y las costumbres como normas consuetudinarias ... Todo lo cual es, a nuestro juicio, más que dudoso, dado que, insistimos una vez más, no se trata de auténticas normas jurídicas, sino de puros elementos utilizados en los supuestos de hecho de otras normas ». Id. pág. 68: « Todo lo anterior quiere decir que si el propósito de nuestros legisladores ... fue dotar a los usos de un valor dinámico que pudiera favorecer la evolución social, me temo mucho que el camino adecuado no haya sido el que se ha seguido en el art. 3º del apartado 1º (sic.) Para dotar a los usos de ese valor dinámico y evolutivo, habría únicamente que 'propiciar' — como se dice ahora con una palabra bastante bárbara — su función de integración y de interpretación y favorecer también su frecuente operatividad en las normas legales como criterio de remisión. Pero nada más ».

clamada en la reforma del Título Preliminar no carecía de apoyo en nuestra doctrina moderna más autorizada.

En efecto, maestros tan señalados como De Castro y Garrigues, habían prestado atención especial al tema de la Costumbre; en la concepción de uno y otro podían encontrarse, quizá entremezclados, puntos de contacto y diferencias, hasta el extremo de hacer difícil determinar en cuál de ellos se inspira la reforma ⁽²⁴⁹⁾. Garrigues ⁽²⁵⁰⁾, guiado sobre todo por la idea de potenciar el ingrediente consuetudinario del Derecho Mercantil, poniéndolo al alcance inmediato de los agentes del tráfico, destacará el valor del uso como Fuente del Derecho. Tendrá para ello que apartarse de lo proclamado en la Exposición de Motivos del Código de Comercio, donde, como se sabe, los usos se relegan a simples datos para la interpretación de la voluntad contractual ⁽²⁵¹⁾, y adoptar una concepción en la que los usos aparecen como algo susceptible de una evolución de signo creciente, capaz de transmutarlos mediante un proceso de generalización objetivadora, de simple cláusula contractual en norma objetiva de Derecho. Castro, en cambio, más receloso de la Costumbre y de su vertiente de sombra ⁽²⁵²⁾, va a concebir el

⁽²⁴⁹⁾ DIEZ-PICAZO: *op. cit.* pág. 63: La tesis de Garrigues — no es diversa la función de los usos, sino que lo diverso son los usos mismos — se habría impuesto sobre la de Castro — un mismo uso puede desempeñar distintas funciones —: « Tendríamos que concluir que en el nuevo Título Preliminar de nuestro Código Civil ha triunfado la primera línea, mercantilista, de Garrigues, sobre cualquier otra ». En cambio, SANCHO REBULLIDA, en *Elementos*, cit. pág. 196: « ... Pero, finalmente, en el texto articulado por Decreto de 31 de mayo de 1974 la equiparación a la costumbre se refiere a ' los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos '. Con ello parece triunfar — desviándose de las Bases — la dirección preconizada por el profesor De Castro ».

⁽²⁵⁰⁾ Principalmente, en su trabajo, ya citado, *Los usos de comercio*, RDP 1944, págs. 822-836.

⁽²⁵¹⁾ « Los usos de comercio se admiten por el Proyecto no como Derecho consuetudinario, sino como reglas para resolver los diversos casos particulares que ocurran, ya supliendo las cláusulas insertas generalmente en los actos mercantiles, ya fijando el sentido de las palabras oscuras, concisas o poco exactas que suelen emplear los comerciantes, ya, finalmente, para dar al acto o contrato el efecto que debe tener según la intención presunta de las partes ».

⁽²⁵²⁾ CASTRO: *Derecho Civil*, cit. pág. 375: « Este aspecto brillante de la costumbre no puede ocultar la existencia de su vertiente de sombra. La costumbre puede ser peligrosa — y lo ha sido — como última defensa de los malos hábitos, de usos amparados en modas inmorales, defendidos e impuestos por los más fuertes, como lazos

Derecho como algo centrado en una Ley que, al mismo tiempo que da expresión y positividad a los Principios que la inspiran, resulta ser el medio más eficaz para la ordenación de los comportamientos individuales desde las exigencias del bien común general, y no desde los intereses sectoriales y de grupos. Ello no obstante, la necesidad en el actual Derecho de que la Costumbre reciba el respaldo del Estado, con la consiguiente negación de la necesidad de la *opinio juris*, suplida ahora por tal respaldo, va a llevar a Castro a atribuir la condición de Costumbre a los *usos* que, sin tal *opinio* y por remisión legal, pueden imponerse como contenido necesario de los contratos: el uso normativo adquiere el rango de regla jurídica consuetudinaria. De todas formas, la efectividad de esta identificación entre usos normativos y regla objetiva y general de Derecho, va a ser drásticamente recortada en su efectividad ante la amenaza de unas Condiciones Generales de los Contratos que pretenden imponerse como expresión de Derecho consuetudinario: los usos normativos — opondrá Castro ⁽²⁵³⁾ — sólo pueden tener aplicación en defecto de ley dispositiva.

Por encima de las diferencias que puedan separar a una y otra concepción, es lo cierto que ambas atribuyen a los usos una función normativa que se entiende ser manifestación del juego de la Costumbre; sin duda, se pensaría, su manifestación más viva y actual. Ahí va a encontrar nuestro legislador su fuente inspiradora ⁽²⁵⁴⁾; desde ella le será fácil dar contenido a una Fuente que se advierte mortecina, ufanarse de su ampliación, y añadir, como colofón, que desde tal ampliación se dota al Ordenamiento de un nuevo elemento

de opresión de los socialmente más débiles, contrarios a la justicia y obstáculos para la unidad política de la comunidad ».

⁽²⁵³⁾ Ahora, en *Las Condiciones Generales de los Contratos y la eficacia de las leyes*, cit. pág. 43.

⁽²⁵⁴⁾ Conviene advertir, con todo, que la identificación entre usos del tráfico y Costumbre no es peculiaridad, ni de los maestros De Castro y Garrigues, ni de nuestra doctrina; es más bien una consecuencia del vacío actual de la Costumbre y de la perpetuación doctrinal de la misma como revestimiento de los usos. Baste recoger en este punto el testimonio, para la doctrina francesa, de GENY: *op. cit.* pág. 420: « pour la plupart de nos auteurs, ces *usages conventionnels* ne constituent pas autre chose, qu'une variété de la coutume juridique ».

de dinamización y actualización. He aquí, por efecto del milagro, la nueva faz de la Costumbre.

¿Son así efectivamente las cosas? ¿Puede resolverse de un plumazo — por más que éste provenga de la mano del legislador — lo que alguien ha podido llamar «el misterio subyacente a todo el Derecho consuetudinario» ⁽²⁵⁵⁾? Convenimos con Díez-Picazo en que el segundo párrafo del art. 1, 3 plantea, envuelta en una atmósfera de confusión, una acumulación de problemas ⁽²⁵⁶⁾ que lo constituyen en el tema más difícil de la exégesis del precepto ⁽²⁵⁷⁾. Seleccionando entre ellos, para no prolongar excesivamente estas páginas, centraremos nuestra atención sólo en dos puntos: trataremos, en primer lugar, de distinguir las distintas funciones que los usos pueden cumplir en Derecho; a continuación intentaremos destacar la diferencia entre la función normativa del uso y la normatividad general propia de la norma de Derecho en sentido estricto. La conclusión se impondrá entonces por sí misma: el uso no puede confundirse con la Costumbre, y la equiparación entre uno y otra, sea cual fuere la forma en que se la quiera explicar, es en sí misma incorrecta.

2. *Las distintas funciones de los usos y los inconvenientes de la delimitación negativa de los que se equiparan a la Costumbre. Los usos interpretativos, o la función interpretativa de los usos.*

El uso, manteniendo siempre su identidad de naturaleza, puede desempeñar funciones diferentes. Interesa ahora presentar el pano-

⁽²⁵⁵⁾ TEBOUL: *op. cit.* pág. 103: « Si l'usage s'infiltré dans les interstices de la loi, depuis des temps plus que seculaires, en quelle qualite est-il amene a le faire? Est-ce en tant que fait ou en tant que norme? On retrouve ici le mystere sous-jacent a toute l'etude du droit cotumier: la distinction entre le fait et le Droit... ».

⁽²⁵⁶⁾ DIEZ-PICAZO: *Comentarios*, cit. pág. 58: « Se observará, sin embargo, que se nos amontona una problemática y una terminología muy escasamente perfilada: costumbres; usos sociales con transcendencia jurídica; usos jurídicos; usos interpretativos y no interpretativos de las declaraciones de voluntad..., de manera que el problema estriba, sobre todo, en tratar de poner un poco de claridad en toda esta cuestión ».

⁽²⁵⁷⁾ DIEZ-PICAZO: *Ib.* pág. 57: « El tema más difícil, sin embargo, de los que suscita la exégesis del apartado 3º del art. 1º del Código Civil, concierne a su segundo párrafo, según el cual... ».

rama de las funciones del uso, y atender, aunque sea brevemente, a la virtualidad de la función interpretadora.

El uso implica siempre, al menos, un patrón objetivo de referencia. Cuando se extiende socialmente incorpora un modelo externo de conducta con tendencia a imponerse como canon de normalidad: lo usual deviene normal. Se entiende, pues, que en Derecho, donde tanto cuenta la normalidad, hayan de contar, y mucho, los usos. Es este el momento de indicar a qué efectos, o, lo que sería igual, de distinguir las diferentes funciones de los usos.

La tarea, quizá, no sea del todo fácil. La lectura de la ley puede dar la impresión de que los usos se hacen presentes en ella en forma confusa y proteica, resistente a todo intento de sistematización. Tratemos, para desbrozar el camino, de ceñir el objeto de nuestra atención.

Recordemos, en primer lugar, que nos estamos moviendo en el campo de lo jurídico. Aparte de él, obviamente, hay otros ámbitos, normativos. Nosotros nos limitamos aquí sólo a los usos cuya presencia se hace sentir en Derecho. Con ello estamos diciendo que hemos de prescindir de los usos exclusivamente sociales o de nula transcendencia en Derecho; pero que, dentro de los que obtienen alguna transcendencia o repercusión en Derecho, hemos de considerar no sólo los llamados usos convencionales o usos de los negocios.

En segundo lugar convendrá indicar que nuestro análisis debe circunscribirse a los usos sociales, entendiendo por tales en este preciso contexto, no los contrapuestos a los usos jurídicos, sino los contrarios a los exclusivamente personales, familiares o particulares. Estos últimos (arts., e.c., 1362, 1º; 1371; 1382) constituyen patrón o dato objetivo de referencia a efectos específicos, pero no incorporan el dato normativo resultante de lo usual-general o de la normalidad.

Todavía hemos de añadir que, dentro de los usos sociales con transcendencia jurídica — y es aquí donde radica el principal problema en la materia que nos ocupa y en la interpretación del art. 1, 3 del Código Civil — se hace necesario distinguir, de acuerdo con la tradición jurídica y con el peso de la realidad y la distinción de las instituciones, entre la Costumbre-Fuente y los simples usos. La Costumbre, por su propio concepto en Derecho, añade al uso ciertas exigencias de extensión y antigüedad, así como la peculiaridad de su

elemento vivificador interno u *opinio juris*. La Costumbre, pues, implica uso; pero no todo uso llega a constituir Costumbre. Con la consecuencia de que, mientras la Costumbre — además de su peculiar cometido como Fuente del Derecho — puede desempeñar, *eminenter*, las distintas funciones de los usos, éstos, en cambio, mientras sólo sean usos, no podrán alcanzar la fuerza normativa general propia de la Costumbre, Fuente del Derecho.

Esta última distinción pone ya de relieve la flexibilidad del uso en su consistencia, y, dependiendo de ella, la variedad de su virtualidad en Derecho. Uso es tanto la práctica incipiente y todavía no extendida, como la ya absolutamente generalizada; uso es el hábito aun reciente, como el históricamente arraigado e inmemorial; uso es el que se impone por la convicción de su exigibilidad como criterio necesario de lo justo, y el que resulta de la habitualidad de un comportamiento, sin necesidad de dicha convicción. En circunstancias históricas sociológica y políticamente distantes de las nuestra, el uso general, longevo, y revestido de *opinio juris*, llega, en el máximo de su virtualidad, a ser considerado vehículo de norma jurídica general o Fuente del Derecho: es la Costumbre a la que todavía, y en dicha consideración, se refiere el art. 1º de nuestro Código Civil. Pero es claro que el simple uso, sin necesidad de reunir los elementos y requisitos de la Costumbre, ha de obtener alguna significación en Derecho: ¿Cuál es esta?

Excluida su virtualidad como Costumbre, o separada de ella, y puesta la atención preferentemente en los que llamamos usos convencionales o de los negocios, se suele asignar al uso una función interpretativa de la voluntad contractual, y otra normativa. A veces se añade también una función integradora o determinadora del mandato legal que al mismo uso remite con tal finalidad ⁽²⁵⁸⁾. Con perspectiva más general, en nuestra doctrina y para nuestro Código de Comercio, Garrigues atribuye a los usos del comercio una función general-normativa en paridad con la Costumbre o como expresión de la misma; otra, determinadora del mandato legal; otra, tercera, supletoria de la voluntad, para fijar el contenido del contrato; y una última, interpretadora propiamente dicha de esa misma

(258) Vid., en este sentido, e.c., ENNECCERUS: *op. cit.* pág. 159.

voluntad ⁽²⁵⁹⁾. A su vez, y para el sistema del Código Civil, Castro distingue entre Costumbre de nacimiento independiente y uso al que la Ley remite especialmente, subdistinguiendo en estos, los usos sobre la condición jurídica de los fundos, los usos de los negocios, y, finalmente, los usos como modelo de conducta ⁽²⁶⁰⁾.

¿Qué decir de estas clasificaciones o funciones diferentes? Lo primero que se observa en ellas es una cierta identidad de fondo, lógica consecuencia de que se opera siempre con un material normativo sustancialmente semejante: una Ley que, por encima de diferencias de detalle, da a los usos un mismo tratamiento. Se observa igualmente la mayor nitidez en el deslinde del grupo de los usos convencionales, con su doble función, interpretadora y normativa. Junto a ellos, las otras clasificaciones — usos determinadores del mandato legal, usos sobre la condición jurídica de los fundos, y usos exponentes de un modelo de conducta — aparecen ya como categorías más imprecisas, más difícilmente deslindables entre sí, y, a pesar de su frecuencia en algún caso, casi podría pensarse que como categorías marginales o residuales. A la vista de ello parece conveniente el intento de simplificar y ordenar en la medida de lo posible.

Estamos ante usos a los que la Ley remite, y el uso — lo hemos dicho — incorpora, también en su consideración jurídica, un modelo de conducta. Siendo ello así habríamos de ir conviniendo que todo uso, no sólo un específico grupo o sector de ellos, es invocado por la Ley como modelo de conducta, y que siempre esta invocación constituye un modo de concretar el contenido normativo de la Ley remitente. Así sería del todo si no fuera porque la Ley no aspira a monopolizar la regulación directa de la totalidad de las relaciones jurídicas, sino que, por el contrario, confía generosamente a la voluntad de los particulares la libre configuración de las relaciones privadas interindividuales. Entre la normatividad general de la Ley y la singularidad de las esferas personales jurídicamente vinculadas se interpone la instancia normativa — relativa y privada — del contrato. También en la contratación, al igual que en los demás

⁽²⁵⁹⁾ GARRIGUES: Curso de Derecho Mercantil I. ed. 1972, págs. 120-123. A las mismas funciones, aunque en orden inverso, se refiere en *Los usos de comercio*, cit. págs. 834-835.

⁽²⁶⁰⁾ CASTRO: *Derecho Civil*, cit. págs. 392-401.

sectores de la vida jurídica, se hará necesaria la invocación del canon usual o de la normalidad, incorporador de un modelo de conducta exigible; pero sobre todo en la contratación y para la *lex contractus* puede también hacerse necesario el recurso al uso para esclarecer o integrar lo que en él se expresó confusamente o no llegó a expresarse. He aquí, pues, las dos formas básicas de la significación del uso: la de concretar y determinar el mandato de la norma, configurándolo según el modelo de conducta deparado por lo usual como canon de la normalidad, y la de interpretar y concretar con ayuda del mismo canon la norma relativa y privada de origen contractual.

Tratemos ya, según lo dicho, de concretar y delimitar, para a continuación fijar la atención en el punto que ahora más nos interesa:

1. El uso, en el máximo de su afirmación y animado por la *opinio juris* (Costumbre), obtendrá la condición de Fuente del Derecho (art. 1º, 3, párrafo 1º). No es el tema que nos importa cuando estudiamos los simples usos.

2. El simple uso, sin necesidad de *opinio juris* y como dato de hecho que incorpora el modelo externo de conducta exponente de la normalidad, puede ser invocado por la Ley, recibiendo entonces de ella su savia normativa y actuando como elemento de concreción de un mandato que, haciéndose necesario concretar, la Ley, por la dificultad de hacerlo con la generalidad propia de la norma jurídica y adaptándose al mismo tiempo a la singularidad de los distintos casos, desiste de determinar por sí misma. Puede ello ocurrir en cualquiera de los sectores de la actividad jurídica; se producirá con más frecuencia en lo atinente al contenido y ejercicio de los derechos subjetivos (arts., e.c., 485, 570, 571, 587, 590, 591...) y en el ámbito de la contratación (paradigmáticamente, art. 1258). Referidos a materias de directa significación jurídica, estos usos serán, obviamente, usos jurídicos.

3. El uso, igualmente sin necesidad de *opinio juris* y como simple dato de hecho, de nuevo canon de la normalidad, será de indudable interés para interpretar y explicitar el contenido de voluntad comprendido en el consentimiento contractual (art. 1287). Materia ésta también jurídica, los usos seguirán aquí siendo usos jurídicos.

4. Finalmente, ciertos usos sociales sin directa significación

jurídica, a veces incluso comportamientos personales o particulares, pueden adquirir alguna forma de significación jurídica al influir en la determinación del concreto alcance, *in casu*, de algunos derechos u obligaciones (e.c., arts. 902, 1; 1041; 1362, 1º; 1371, 1378; 1382; 1423; 1891; 1894). De estos, los primeros no son directamente jurídicos, aunque lo sean sociales y lleguen a obtener alguna relevancia jurídica. Los segundos, al no ser usos socialmente extendidos, y en tal sentido usos sociales, no deben involucrarse en el estudio de los usos estrictamente considerados.

Pues bien, llegados a esta indicación de las distintas invocaciones del uso en materia jurídica, nos parece justificada y oportuna una doble consideración.

La primera: la incorrección del segundo párrafo del art. 1, 3 del Código Civil al delimitar negativamente los usos equiparables a la Costumbre mediante la sólo exclusión de los meramente interpretativos. En primer lugar porque los usos antes relacionados bajo el número cuatro como usos sociales sin directa significación jurídica, llegan a tener una forma de relevancia en Derecho (transcendencia jurídica) que podría permitir su calificación como usos jurídicos en sentido amplio, pero cuya virtualidad en nada resulta equiparable a la de la Costumbre -Fuente. Pero, además y sobre todo, porque los otros usos invocados por la Ley como modelos de conducta, si alguna fuerza normativa obtienen en Derecho, es justamente la que la Ley les comunica por la vía de la remisión. En sí y por sí no constituyen norma de Derecho; son, repitiendo una vez más la expresión de Díez-Picazo ⁽²⁶¹⁾, simples datos o elementos de la descripción legal-normativa. Todo hace pensar, según antes dijimos, que los usos que el precepto trata de equiparar a la Costumbre son los que la doctrina suele identificar como usos negociales en su dimensión normativa, o, más brevemente, usos normativos. En tal caso hay que advertir que el legislador no acertó a ajustar a su propósito el texto de la formulación legal: hay, evidentemente, usos no interpretativos que tampoco son los usos estrictamente llamados usos normativos ⁽²⁶²⁾.

⁽²⁶¹⁾ DIEZ-PICAZO: *Comentarios*, cit. pág. 67.

⁽²⁶²⁾ Cfr. COSSIO: *op. cit.* pág. 94: « En realidad estos modelos de conducta y los llamados usos sociales son una misma cosa, y no constituyen verdaderas normas, sino tan

La segunda: que en relación con la contratación y en torno a los usos convencionales o prácticas de los negocios es donde, a nuestro juicio, mejor se capta la igualdad de naturaleza y variedad de funciones que, sin necesidad de constituir Costumbre, pueden desempeñar los usos. En ellos, decíamos antes, los usos pueden actuar como modelo de conducta y como elemento de interpretación de la voluntad contractual; con distinto alcance, evidentemente, pero unos mismos usos, con igual entidad, siempre, de simple dato de hecho. Una y otra función es contemplada, respectivamente, en nuestro Código Civil en los arts. 1258 y 1287, cada uno de ellos con paralelo perfecto en los párrafos 242 y 157 del BGB ⁽²⁶³⁾. Los primeros son los llamados usos normativos; los segundos, los interpretativos. Dejando para más adelante entrar en la naturaleza de los usos normativos, ahora nos basta constatar que el común de la doctrina ⁽²⁶⁴⁾ niega a los interpretativos — o al uso en esta función — la consideración de Fuente del Derecho. Es lo que hoy proclama, desde el texto de la Ley, el segundo párrafo del art. 1, 3 de nuestro Código Civil.

Algún problema podría suscitar aquí la modalidad integradora del uso interpretativo (art. 1287, en su segunda parte: «...*supliendo en estos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse*»). En ella se ha visto a veces un supuesto de pura integración, no distinta a la prevista en el art. 1258 ⁽²⁶⁵⁾, y en ocasiones da la

sólo medios utilizados para determinar el alcance de los supuestos de hecho de las mismas ».

⁽²⁶³⁾ BGB § 242: Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. § 157: Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

⁽²⁶⁴⁾ En la doctrina extranjera, cfr. GENY: *op. cit.* págs. 422-424; RUGGIERO: *op. cit.* pág. 83; RESCIGNO: *op. cit.* pág. 90. En la nuestra, DE DIEGO: *El uso ...*, cit. págs. 103-108; CASTRO: *Derecho Civil*, cit. págs. 395-400; Id.: *Las Condiciones Generales*, cit. pág. 39; ALBALADEJO: *Derecho Civil*, cit. pág. 93; SANCHO REBULLIDA: *op. cit.* pág. 196.

⁽²⁶⁵⁾ Cfr. LOPEZ LOPEZ: *op. cit.* pág. 47: « De acuerdo con lo dicho, la interpretación de este precepto no es complicada. Una misma cosa (el uso o la costumbre) aparece cumpliendo dos papeles distintos, puramente hermenéutico uno, integrador o normativo el otro ». ALBALADEJO: *op. cit.* pág. 92, refiriéndose a los usos *normativos*: « Son ejemplo de *uso o costumbres* a los que la ley remite directamente los de los arts. 570, 571, 590, 1258 *in fine*, 1287 (en cuanto que el uso o la costumbre *suple* la omisión

sensación de que no se puede precisar con total nitidez la frontera que separa a uno y otro precepto ⁽²⁶⁶⁾. Sin poder entrar a fondo en el problema, nos limitamos a indicar que, en nuestra opinión, ambos dibujan la colindancia de un terreno dividido por una línea limpiamente trazable en la teoría, aunque bastante más borrosa en su verificación práctica y *super casum*. El contrato, como creador de obligaciones nacidas de la voluntad de los particulares y libremente configurables por la misma, obliga, principalmente y con su virtualidad más propia, según lo querido y pactado por los contratantes; pero como instrumento de justa composición de intereses, sometido a la buena fe y compaginable con el interés público, puede recibir la inscrustación de elementos objetivos y heterónomos de obligatoriedad. Proclamarlo y dejarlo así establecido es el tema del art. 1258: la integración contractual. Distinta de ella, aunque conectada con la razón de ser de la obligatoriedad del contrato, se presenta la tarea de la interpretación. En ella, y a través de elementos o criterios tanto subjetivos como objetivos, la búsqueda se dirige a la determinación y alcance de lo pactado — no de lo que desde fuera deba añadirse — con la peculiaridad, respecto de la interpretación del testamento, de que en la del contrato la voluntad que cuenta no es la pura voluntad interna de cada uno de los contratantes, sino la común voluntad, formada por la mutua inteligencia de las respectivas declaraciones y materializada en el consentimiento contractual. In-

de las cláusulas que ordinariamente se establecen en los contratos), 1509, etc. » (sub. del a.).

⁽²⁶⁶⁾ Para DE DIEGO: *op. cit.* pág. 99, el art. 1287 es « un desarrollo del 1258 ». CASTRO, en *El Negocio Jurídico*, Madrid 1967, págs. 88-89, parece unificar el contenido normativo de ambos preceptos: « En función complementadora o reconstructora ... se ordena atender al uso o costumbre del país para decidir dudas en caso de ambigüedad de los términos y para suplir la omisión de las cláusulas que de ordinario suelen establecerse (art. 1287), considerando obligados los contratantes a todas las consecuencias que según la naturaleza del contrato sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (art. 1258) ». Para PEREZ GONZALEZ y ALGUER, en ENNECERUS, *cit.* pág. 161, el art. 1287 es complemento del 1258 (« ... pues así resulta del art. 1258, del cual es complemento el 1287 »). La STS 3-2-53, rebatiendo la alegada indebida aplicación del art. 1287 en lugar del 1258, se referirá a « la concordia que existe entre ambas disposiciones, al acudir a los usos y costumbres locales, tanto para interpretar los contratos como para determinar hasta donde llegan las obligaciones de los contratantes, que son lógica consecuencia de lo pactado ».

interpretar es aclarar declaraciones contractuales ambiguas; pero interpretar es, también, colmar declaraciones incompletas; no se trata en este caso de integrar la voluntad o de añadirle algo, sino de completar la declaración para comprender en ella lo que se entiende querido y no expresado ⁽²⁶⁷⁾. Este es, evidentemente, el tema del art. 1287.

La diferencia y continuidad de las funciones indicadas aparece con claridad: primero será la interpretación aclaratoria; detrás vendrá la interpretación integrativa; finalmente — y de ser aún necesaria — la integración contractual ⁽²⁶⁸⁾. Y todo ello a cargo de unos mismos usos, que sirven igualmente como pauta para la reconstrucción de la representación mental desde la que las partes contrataron y se obligaron, que como elemento objetivo desde el cual integrar, en razón de la buena fe, el alcance obligatorio del contrato. Precisamente por ello puede resultar extraordinariamente difícil, además de posiblemente equivocado, intentar determinar — aparte de los preceptos más generales a que ahora venimos refiriéndonos, y algún otro relativamente claro — si las concretas remisiones al uso en el régimen de los diferentes contratos se hace en razón de su función interpretadora o de su dimensión integradora. Más que de la Ley remitente, y supuesta siempre la primacía de la voluntad contractual, la función del uso dependerá del caso singular de su

⁽²⁶⁷⁾ Cfr. JORDANO: *La interpretación de los contratos*, en Academia Sevillana del Notariado, Madrid 1988, pág. 184: «... función de interpretación integradora para suplir las lagunas, no del negocio mismo, sino de la declaración negocial». DE DIEGO: *El uso...*, cit. pág. 100, distingue la doble modalidad, aclaratoria e integradora, de la interpretación al advertir: «No es que el uso oblique, sino la voluntad de las partes que se han adherido a él, o no expresando su intención o expresándola obscuramente». CASTRO: *Derecho Civil*, cit. pág. 396, considera como propio de la interpretación objetiva el presumir incluidas en los contratos las cláusulas que de ordinario suelen establecerse. En la Jurisprudencia, la STS 30-3-74 habla de «un sistema de operar habitual en Rota, en este tipo de contratos, suficiente a revelar la voluntad de las partes y su vinculación al sistema indicado que simplifica y garantiza la obligación, su prueba y su eficacia».

⁽²⁶⁸⁾ Cfr. GARCIA GOYENA, en el comentario al art. 978 del Proyecto de 1851 (precedente del actual 1258), en *Concordancias*, cit. pág. 518: «.. primero, la voluntad expresa de las partes; segundo, la voluntad presunta por el uso o la costumbre; tercero, a falta de voluntad expresa y presunta, la equidad y la buena fe».

aplicación: del alcance previsor, de la suficiencia expresiva, y de la dirección respecto del uso, de la voluntad de las partes ⁽²⁶⁹⁾.

Retengamos, en definitiva, que según se indica con acierto y comunmente, en su función interpretativa el uso es perfectamente diferenciable no sólo de la virtualidad propia de la Costumbre-Fuente, sino también de la peculiar de los usos llamados normativos. En tanto que interpretativo, el uso no adquiere más fuerza de obligar que la que recibe de la libre voluntad de los contratantes: actúa como indicio para la reconstrucción del exacto e íntegro contenido del consentimiento contractual. Fue regla romana, recordada a lo largo de todo el Derecho común e intermedio, que *in obscuris inspicit solet quod verosimilius est, aut quod plerumque fieri solet*, o que *in contractibus tacite veniunt ea quae sunt moris et consuetudinis*. García Goyena las invoca como respaldo y fundamento de lo que hoy dispone el Código en el art. 1287 ⁽²⁷⁰⁾. Bastará, entonces, cualquier signo atendible de voluntad que apunte en dirección distinta a la señalada por el uso, para que éste deje de tener valor alguno en relación con el concreto contrato de que se trate ⁽²⁷¹⁾. En

⁽²⁶⁹⁾ CASTRO: *op. cit.* pág. 399: «Requisito para la aplicación del uso, cuando se utiliza en la interpretación de un negocio, es la voluntad tácita o la presunción de una voluntad de que se incluya una cláusula usual ... En cambio, el efecto normativo del uso es el de las normas supletorias ... obliga al que ignora el uso y hasta al que no lo quiere, si esa voluntad no se ha expresado y concretado en el negocio ».

⁽²⁷⁰⁾ En el Proyecto de GARCÍA GOYENA, arts. 1019, 5º y 1020, cfr. *Concordancias*, cit. págs. 546-547. DE DIEGO: *El uso...*, cit., advertirá — pág. 87 — que los usos aquí « son expresión de la autonomía privada que rige en materia de obligaciones » y que — págs. 99-100 — « mientras la costumbre propiamente dicha, en los casos en que es admitida o invocada por la ley, obliga a las partes independientemente de su voluntad, el uso o práctica de asuntos sólo obliga cuando fundadamente se puede presumir que la voluntad de las partes se ha referido a él; de otra suerte, no sería un medio de interpretación. No es que el uso obligue, sino la voluntad de las partes que se han adherido a él, o no expresando su intención o expresándola obscuramente ». Igualmente, CASTRO: *op. cit.* pág. 396: « En todos estos casos se está dentro de la interpretación; el uso se utiliza como dato aclaratorio o complementario para averiguar o presumir la voluntad de las partes ».

⁽²⁷¹⁾ Cfr. CASTRO: *op. cit.* ib.: « Bastará, pues, que de las declaraciones o conducta de las partes pueda inferirse una voluntad de excluir — expresa o tácitamente — al uso, o que éste no fuera tenido en cuenta por ellas, para que haya de ser excluido como tal elemento interpretativo ». DIEZ-PICAZO y GULLON: *Sistema*, cit. pág. 158,

tales condiciones, ni el uso que sirve a la interpretación puede ser confundido con la Costumbre-Fuente ⁽²⁷²⁾, ni la razón de ser de su significado interpretador con la peculiar eficacia de la norma legal dispositiva o supletoria ⁽²⁷³⁾.

contrastando el 1287 con el 1258: « En cambio, en la segunda parte del art. 1287 la función supletoria se produce por vía de integración de la voluntad. Supone una normal voluntad dirigida a querer la cláusula omitida y, por consiguiente, su actuación podría quedar excluida demostrando la inexistencia de tal voluntad... Por ello la función del uso de los negocios en el segundo párrafo del art. 1287 puede ser considerada como una ‘ función de interpretación integradora ’ ». Este fue el tema planteado y resuelto por la STS de 13-2-09. En el recurso de casación se había alegado infracción del art. 1287 « acerca de la costumbre de la precitada sociedad minera de cobrar en el domicilio de los socios los correspondientes dividendos, costumbre que viene a derogar la repetida base séptima de la escritura de constitución social ». Razona la Sentencia: « no pueden admitirse las infracciones de los arts. 1282 y 1287 del Código Civil que se invocan en los motivos primero y tercero del recurso, por referirse a reglas de interpretación inaplicables a caso en que ésta no procede según lo antes declarado, y porque no es lícito invocar válidamente costumbre alguna contra lo expresamente pactado ». En la de 30-6-80 se entiende aplicable un uso porque, probada la vigencia de éste, no había constancia de su exclusión por quien después se resistía a someterse a sus consecuencias: « ... quedó probado ‘ como hecho ’... el uso o práctica comercial según el que los conductores, al llegar al punto de destino, efectúan nuevos contratos para el regreso, a fin de no hacerlo de vacío, justo en beneficio del porteador, sin necesidad de constancia especial de autorización de éste, en cuyo nombre actúan, que se presume salvo prueba en contrario, firmando la oportuna carta de porte al modo en que se hizo en este caso ... sin que la realidad del uso o costumbre, como hecho, haya sido combatida ... ni tampoco se haya probado que el porteador hubiese prohibido la aplicación del uso cuestionado ».

⁽²⁷²⁾ Planteamiento que puede verse en MANRESA: *op. cit.* pág. 739: « Del propio modo que la ley misma es, según dijimos (comentario a los arts. 1281 y 1282) regla fundamental de interpretación, suponiéndose la aceptación de sus modelos, así también la costumbre, fuente del Derecho, dentro de los límites que la ley le marca, sirve para explicar el sentido de los contratos formados de ordinario con sujeción también a las normas que aquella facilita ».

⁽²⁷³⁾ La cuestión es abordada y resuelta por GENY: *op. cit.* págs. 422-424, a quien sigue DE DIEGO: *El uso ...*, cit. págs. 100 y 103, donde resume las diferencias del siguiente modo: « La ley interpreta de oficio, como dice Geny, la voluntad de estos (de los interesados), salvo admitir prueba en contrario de otra voluntad claramente discrepante, mientras que los usos no permiten suponer una voluntad no expresada sino en cuanto las circunstancias del caso permitan inducirla en este sentido: la voluntad subjetiva de los que son parte en el acto ».

3. *La consideración del uso normativo como Costumbre: posibles interpretaciones y crítica de la norma que los equipara.*

«Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad — se dice hoy en el art. 1, 3, párrafo segundo — tendrán la consideración de costumbre». Atrevida afirmación, cuya justificación y acierto sería difícil de mantener en cualquiera de sus posibles interpretaciones o explicaciones.

¿Significará que el uso queda hoy identificado a la Costumbre, justamente porque en él se ve una concreta — y también la más frecuente — manifestación de la Costumbre? El uso se equiparará en tal caso a la Costumbre porque vendría a constituir un supuesto de la misma. Ya Castro había dicho que «el uso es un tipo de costumbre que tiene por materia la determinación del contenido de los negocios» ⁽²⁷⁴⁾.

¿Significará, más bien y en un planteamiento más pragmático, que, con independencia del problema de su naturaleza, sin tener que entrar, por tanto, en la enojosa cuestión de la distinguibilidad entre Costumbre y uso, se entiende similar la eficacia normativa del uso y la fuerza propia de la Costumbre? «En la práctica — había dicho también Castro ⁽²⁷⁵⁾ — no se ve la posibilidad de una distinción esencial entre ambos; tienen igual significado para la política jurídica y las leyes les dan idéntico valor técnico».

¿Será, simplemente, que la Ley extiende al uso los requisitos que ha impuesto a la Costumbre, no obstante la distinción — de naturaleza y funciones — entre uno y otra? Por usos jurídicos se había pretendido hacer pasar las Condiciones Generales de los contratos: la prueba de su arraigo y el requisito de la racionalidad permitirían seleccionar las atendibles.

Posibilidad, pues, de explicaciones diferentes, y, en cualquier caso, dificultad para justificar su acierto.

1'. Los usos deben tener consideración de Costumbre porque, en alguna forma, se equiparan a ella. Caben dos maneras de entenderlo.

a) Equiparación entitativa o de esencia: En la concepción

⁽²⁷⁴⁾ CASTRO: *op. cit.* pág. 398.

⁽²⁷⁵⁾ CASTRO: *op. cit.* pág. 393.

evolutiva de los usos se interpretaría que cuando estos llegan a adquirir entidad para actuar como usos normativos — por incorporar ya un elemento jurídico de normatividad — es, justamente entonces, cuando se produce el salto cualitativo que transmuta al uso, de simple dato de hecho, en Costumbre: vehículo de norma de Derecho. El uso normativo, al emerger destacándose de entre el grupo de los usos, se adentraría en la Costumbre, perdiendo en ella su singularidad identificadora.

Desde luego no puede negarse que la concepción evolutiva de la Costumbre es muy frecuente, y seguramente cierta. El uso se extiende y arraiga progresivamente, y la Costumbre se asienta en el uso ya implantado y consolidado ⁽²⁷⁶⁾. Tampoco es raro situar en el inicio de la normatividad del uso el tránsito de éste a terrenos de la Costumbre ⁽²⁷⁷⁾. Si esto se explica diciendo que es en ese momento

⁽²⁷⁶⁾ Cfr. DE DIEGO: *El uso ...*, cit., pág. 18: «Nacen — dice refiriéndose a los usos — en la cotidiana actividad de los seres que conviven socialmente; representan al principio un cero jurídico, no entran siquiera en el Derecho; se asoman luego a éste, aun sin ser propiamente de su campo; afirman después su juridicidad incorporados a una norma, de la que forman parte, o a un acto que suplen o integran a su modo por vía interpretativa, y aún más allá llegan con el tiempo, y en fuerza de ser repetidos, a ser unos con el acto jurídico y con la norma que lo rige, deviniendo plenamente Derecho que, introducido por la costumbre en el hacer, se llama propiamente consuetudinario»; es que el uso — dice más adelante, pág. 99 — «puede no quedar en eso solamente, y a veces convola a ulteriores especies jurídicas». Para GARRIGUES: *Los usos de comercio*, cit. págs. 823-825, es la fase de la «objetivización generalizadora» la que marca el tránsito de la práctica individual al uso exponente de norma consuetudinaria. A la misma idea de progresiva extensión e imposición, y consiguiente evolución del uso a Costumbre, se refiere ALBALADEJO: *op. cit.* pág. 81, y también RUIZ VADILLO: *op. cit.* pág. 30. En la doctrina extranjera, e.c., MAZEAUD: *op. cit.* pág. 117: «De la conciencia social es de donde brota lentamente el uso que, considerado poco a poco como obligatorio, se convierte en regla de Derecho: la costumbre». RESCIGNO: *op. cit.* pág. 90: «... ma gli usi contrattuali, quando l'osservarli divenga un fatto costante e trascenda la ristretta cerchia degli autori di una limitata serie di atti, possono acquistare, col tempo, la dignità di usi normativi».

⁽²⁷⁷⁾ GENY: *op. cit.*, Constatando — pág. 420 — que «pour la plupart de nos auteurs, ces usages conventionnels ne constituent pas autre chose, qu'une variété de la coutume juridique», negará la necesaria identidad entre usos convencionales y Costumbre — pág. 423 — aunque admitiendo — pág. 322 — que «ces usages conventionnels nous montrent assez exactement la transition entre les moeurs ou habitudes de la vie courante et la vraie coutume juridique». Algo parecido a lo que encontraremos en DE

cuando al uso (como al cuerpo el alma) se infunde por la comunidad o grupo que lo practica la *opinio juris* ⁽²⁷⁸⁾, tendremos ya justificada la consideración del uso como Costumbre.

Justificada la consideración del uso como Costumbre, pero no explicada la norma que hoy la proclama. El segundo párrafo del art. 1, 3, así interpretado, sería crasamente tautológico: vendría a decir que lo que, por reunir los requisitos de la Costumbre, es Costumbre, debe tener la consideración de Costumbre ⁽²⁷⁹⁾; algo que, además de reducir la norma a su más completa inutilidad ⁽²⁸⁰⁾, resulta contrario a la finalidad confesada por el legislador de *ampliar* la Costumbre, *confiriendo valor* de tal a los usos no interpretativos.

¿Será, entonces, que la identificación entre Costumbre y usos se hace, no por arriba — aupando los usos de entidad más consistente hasta la altura de la Costumbre — sino hacia abajo, aligerando a la Costumbre hasta igualarla a los usos normativos? Así podría ser, más

DIEGO: *op. cit.* pág. 14: « Estos (los usos) si no son costumbre, son algo que anda muy cerca, *cuasi affinia consuetudinis*, imitando el lenguaje de los antiguos ».

⁽²⁷⁸⁾ Cfr. GENY: *op. cit.* págs. 430-431: « Bref, les caracteres sepcifiques de l'*usage conventionnel* auront fait place a ceux d'une vraie coutume. Et, si l'on va au fond des choses, on s'apercevra, que cette transformation est due a la substitution graduelle, d'une volonte commune et d'ensemble, aux volontes particulieres, qui, creant un sentiment general de necessite juridique (*opinio juris*) aura isolé la regle usuelle de l'intention subjective des individus, pour l'eriger finalement en disposition de droit objectif, valant par elle-meme, en vertu de la force sociale, qui soutient toute coutume ». ENNECCERUS: *op. cit.* pág. 151: « El uso, de momento, puede ser simple uso, uso del tráfico, decisión uniforme de casos iguales. La voluntad jurídica — inmediatamente antes había dicho que tal voluntad constituye el núcleo de la *opinio necessitatis* — « suele aparecer en un cierto momento del curso del uso. Entonces el uso adquiere la conciencia de realizar una regla jurídica ». Por su parte, y para la formación de la *opinio juris*, ALBALADEJO: *op. cit.* págs. 83-84: « La *opinio* se forma a través de un fenómeno de evolución de la conciencia social sobre la necesidad de la observancia jurídica de la regla que con el uso se aplica. Evolución que dura cierto tiempo y hasta cuyo final no deviene norma jurídica la costumbre... ».

⁽²⁷⁹⁾ Esta es, con todo, la interpretación que puede verse en BATLLE: *op. cit.* pág. 54: « La redacción actual del Código Civil ... ha borrado la distinción entre uso normativo y costumbre al decir que: ' los usos jurídicos... '. Claro que para que así sea el uso habrá de reunir las condiciones de reiteración, *opinio juris*, etc. ... que ya hemos expuesto ».

⁽²⁸⁰⁾ Sin ella pudo decir VALVERDE: *op. cit.* pág. 168: « ... si hubiese algún uso que reuniera los elementos y condiciones de la costumbre, no habría más remedio que darle la misma consideración jurídica que a ésta ».

probablemente, en la mentalidad de nuestros reformadores del Título Preliminar ⁽²⁸¹⁾; pero también así la norma resulta criticable: la función normativa del uso — inmediatamente volveremos sobre ello — no es equiparable a la virtualidad de la Costumbre-Fuente. Por ello, sean cuales fueren los respectivos requisitos de la Costumbre y de los usos, la consideración igual de una y otros, proclamada ahora por la norma, queda desprovista de fundamento y justificación.

b) Equiparación meramente funcional. Reducida a cuestión de segundo orden la de la identidad o distinción de Costumbre y usos, la equiparación se haría ahora fuerte en la consistencia de la función normativa del uso: Con independencia de que el uso reúna o no los requisitos de la Costumbre, y de que, consiguientemente, pueda o no identificarse con ella, lo cierto será que cuando actúa normativamente lo hace con la fuerza propia de la norma de Derecho; esto es: con la fuerza de la Costumbre ⁽²⁸²⁾.

En realidad, esta segunda línea de interpretación está en muy íntima conexión con la tesis que, negando la *opinio juris*, rebaja la Costumbre hasta su identificación con los usos. Desde que, por el decaimiento efectivo y real de la Costumbre, los usos han pasado a usurpar su imagen, no ha sido infrecuente en la doctrina la negación

⁽²⁸¹⁾ Así lo entiende SANCHO REBULLIDA: *op. cit.* pág. 96: los usos, sin *opinio necessitatis*, son elevados a Fuente independiente del Derecho.

⁽²⁸²⁾ Cfr. ALBALADEJO: *op. cit.* pág. 85: «Huelga discutir sobre qué sea la *opinio juris*, sobre su necesidad o no para que haya costumbre, sobre si la costumbre se diferencia de los usos ... ya que, dándose a los usos igual valor normativo que a la costumbre: por un lado no tiene interés distinguirlos de ésta; y por otro, aun distinguidos ... no se le quita su valor normativo, puesto que tanto lo tiene el uso como la costumbre». DIEZ-PICAZO: *op. cit.* pág. 57, califica esta interpretación — equiparación funcional — como, probablemente, la más exacta. Por su parte, ESPIN: *Manual*, cit. pág. 146: «Sin embargo, la recepción legislativa de los usos jurídicos, como equiparados a la costumbre en su función normativa, no aclara suficientemente el tema de la equivalencia o distinción entre costumbre y usos». También RUIZ VADILLO: *op. cit.* pág. 29: «La identificación uso-costumbre, sin más, hubiera podido ser una solución ... Pero como el legislador español de la reforma dice que los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad, tendrán la consideración de costumbre, parece claro que, al menos, en la terminología legal, uso jurídico y costumbre no son lo mismo, aunque se les conceda a ambas figuras el mismo grado de eficacia».

de la *opinio juris* ⁽²⁸³⁾. El terreno puede entenderse ya allanado: la *opinio* ha quedado reducida a disctutido requisito de una Costumbre que, en su indisimulable declive, apenas se hace presente en sitio alguno, mientras que, en sentido inverso, es por todos destacada la fuerza de los usos — estos sí en pleno vigor — en cuya eficacia normativa tiende a verse la manifestación de una norma general de Derecho ⁽²⁸⁴⁾. ¿Por qué, pues, no equipararlos funcionalmente a la

⁽²⁸³⁾ Cfr. CASTRO: *op. cit.* págs. 379-380: « La explicable reserva, desconfianza o enemiga — según los casos — del Estado hacia las organizaciones o grupos que le son extraños, ha hecho que, casi automáticamente, la especialidad del origen de la norma consuetudinaria pase a un lugar secundario que, prácticamente, le quitará casi toda significación jurídica. La cuestión sobre los poderes creadores de la costumbre, y la de su voluntad de producir o no normas vinculantes, pierde valor al no distinguirse entre los primeros y no tenerse en cuenta a esa voluntad como requisito de la costumbre. De este modo la costumbre es *asimilada* (sub. del a.) en su significado y hasta terminológicamente al uso social ... quedando así — conforme a la regulación legal — como idénticos, para el Derecho privado, el uso impuesto por una comunidad con voluntad consciente de crear Derecho y el mero hábito nacido de la repetición irreflexiva, y que se acepta y se respeta por ser la conducta corriente ». GARRIGUES: *Los usos ...*, cit. pág. 286: « Pero, realmente, este elemento de la *opinio juris* es dudoso que exista en ninguna clase de usos mercantiles, variables de región a región, de plaza a plaza, inspirados en razones de oportunidad y conveniencia económica, y practicados casi siempre sin tener ni un remoto convencimiento de su obligatoriedad independiente de la ley ».

⁽²⁸⁴⁾ Cfr. GARRIGUES: *op. cit.* pág. 825: « c) En una tercera fase, llamada fase de la 'objetivación generalizadora', aquella cláusula típica del contrato se destaca de la voluntad de las partes, se aísla de ellas y se convierte en norma objetiva del Derecho ... La práctica individual ha devenido práctica social, es decir, uso ». CASTRO: *op. cit.* pág. 397: « El uso toma aquí un significado completamente distinto: no es ya un elemento que se integra en lo querido y declarado en el negocio por intermedio de la interpretación, sino que tiene un valor normativo: el de regla jurídica que señalará la eficacia del negocio ». ALBALADEJO: *op. cit.* pág. 91: « 1º. Para regular jurídicamente un punto. El uso se adopta como norma (por eso se les llama *usos normativos*): es fuente de Derecho ». RUIZ VADILLO: *op. cit.* pág. 510: « ... Esta desconexión de la aplicación del uso con la voluntad de las partes es decisiva a los efectos de la caracterización del uso como normativo y, en consecuencia, como fuente del Derecho ». Nos parece significativo desde este punto de vista el siguiente párrafo de DIEZ-PICAZO y GULLON: *Sistema*, cit. pág. 157, donde la función *reguladora* de los usos se expone con la ayuda del término *fuentes* y con el repetido empleo de la palabra *normas*: « El art. 1258 establece lo que se pueden llamar las fuentes de la reglamentación contractual, es decir, las normas de donde surgen los deberes y obligaciones de los contratos. De este modo, el art. 1258 distingue nítidamente por una parte la voluntad contractual estricta ... y por otra una serie de normas que obligan a los contratantes con independencia de cuál pudiera haber sido su

Costumbre, cuando la distinción teórica resultaría tan problemática y cuando, según con autoridad se había dicho, fue el mismo codificador decimonónico quien ya había procedido a tal equiparación ⁽²⁸⁵⁾? Así ha venido a interpretarlo la doctrina: la enojosa cuestión de la *opinio juris* ha perdido ya interés, y hoy tanto pueden imponerse los usos como la Costumbre ⁽²⁸⁶⁾. Ahora sí, podría pensarse, la Costumbre va a resultar rejuvenecida en su aspecto y ampliada en la extensión de su juego normativo.

Pero aun así, pragmáticamente reducida a lo funcional, la equiparación es incorrecta. Examinadas con rigor las cosas, claramente se aprecia que muy poco o nada tienen que ver la fuerza de obligar de la norma general de Derecho y la propia de los usos normativos. Hemos dicho ya, y ahora repetimos de nuevo, que el uso es simple dato de hecho, y que le basta con ser tal para llevar a cabo la función normativo-integradora que le asigna el art. 1258, sin que para ello tenga que transmutarse en norma jurídica general ⁽²⁸⁷⁾. El uso llamado normativo sigue siendo puro *hecho* ⁽²⁸⁸⁾ llamado a

voluntad ... Entre estas normas ... se encuentra expresamente mencionado el uso de los negocios ». Más adelante — pág. 158 — dirán que « en el art. 1258 el uso es una norma dispositiva que funciona de manera automática y objetiva, con total independencia de la voluntad de las partes ».

⁽²⁸⁵⁾ CASTRO: *op. cit.* pág. 393: « En la doctrina jurídica, el deseo de salvar las construcciones teóricas penosamente construidas respecto de la costumbre, ha llevado a trazar una línea divisoria infranqueable entre costumbre y lo que se han llamado usos sociales; en la práctica no se ve la posibilidad de una distinción esencial entre ambos; tienen igual significado para la política jurídica y las leyes le dan idéntico valor técnico ». GARRIGUES: *op. cit.* pág. 833: « Si repasamos los preceptos del Código de Comercio que hablan de ' uso ' encontraremos en ellos una amplia gradación de concepto, que va desde el uso como simple recurso para decidir las dudas que ofrezca el sentido de las cláusulas contractuales, hasta el uso como fuente del Derecho mercantil, al nivel de la propia ley ».

⁽²⁸⁶⁾ Así, ALBALADEJO: *op. cit.* págs. 85 y 91-92; SANCHO REBULLIDA: *Elementos*, cit. págs. 187 y 197.

⁽²⁸⁷⁾ Así, DE DIEGO: *El uso*, cit. págs. 98-99: « ¿Cuál es la naturaleza jurídica del uso en nuestro artículo 1258? ... Lo que el uso tenga detrás, costumbre propiamente tal o no, poco importa; al art. 1258 sólo interesa el uso, aunque no haya devenido todavía norma consuetudinaria. En este sentido no mira el Código en él una fuente formal, independiente y soberana de reglas jurídicas; se contenta con que sea un simple uso convencional ».

⁽²⁸⁸⁾ Ahí la ya varias veces referida STS de 6-10-65, que corregía el empleo del término « costumbre » y prefería hablar de « circunstancia » para referirse al uso

integrar el contrato, y no — como la Costumbre — norma jurídica general que venga a suplir o integrar a la Ley ⁽²⁸⁹⁾. *Hecho*, insistimos, con una normatividad que ni le es propia ni es la propia de la norma jurídica general. El uso obliga integrando el alcance obligatorio del contrato, en tanto que expresivo del que — no habiéndose declarado otra cosa ⁽²⁹⁰⁾ — *debió ser* (no en el sentido de pura conjetura probable, sino en el de deber-ser postulado por la buena fe) el contenido voluntario del mismo, exigible, por tanto, sin que valga en contra la realidad de la voluntad inexpressa contraria; y, sobre todo, obliga no por virtud propia sino con normatividad « delegada » ⁽²⁹¹⁾, más superficial y formalmente por la Ley que lo invoca o a él remite ⁽²⁹²⁾, y, más profundamente y al mismo tiempo, por el Principio

inmemorial valenciano de la compraventa de naranja « a ojo », como uso integrador del contrato, *ex art.* 1258, y no como regulador del mismo *ex art.* (entonces) 6º: « ... la sentencia impugnada no aplica esa llamada costumbre como norma supletoria de la ley, sino que entiende vigentes esas estipulaciones por la naturaleza del contrato y en aras de la buena fe... ».

⁽²⁸⁹⁾ La diferencia no es advertida, produciéndose consiguientemente una llamativa confusión de planos, en las SS de 25-6-24; 29-9-25; 5-12-25; 30-1-30. DE LOS MOZOS: *op. cit.* pág. 470, asignará a los usos normativos una función cumulativamente integradora de la voluntad contractual y de la ley dispositiva: « ... no se limitan sólo a suplir la voluntad negocial, sino que suplen también a la norma dispositiva, por eso precisamente se les reconoce valor de costumbre ». En nuestra opinión, más que suplencia de la Ley por el uso, lo que aquí hay es remisión de la Ley al uso, e incorporación de éste en la normatividad, directa o indirecta (a través de la voluntad privada) de la Ley.

⁽²⁹⁰⁾ La prioridad de la *lex contractus* sobre el uso aparece con especial claridad en las SS. 3-5-24; 17-4-25; 30-130 ...

⁽²⁹¹⁾ La expresión es de SANCHO REBULLIDA: *op. cit.* pág. 196: « Mas nótese que el rango se lo confiere la ley de remisión; por ello podría hablarse de una función normativa *delegada* » (sub. del a.).

⁽²⁹²⁾ Así, DIEZ-PICAZO: *op. cit.* pág. 67: « En todos estos casos, el uso sólo obliga en forma indirecta, en cuanto que ha sido recogido por otra norma como elemento de ella ... Desde este punto de vista el uso es parte o elemento de una norma jurídica que generalmente es legal ». La STS 4-10-82, desde igual perspectiva, distingue entre la Costumbre propiamente dicha (uso con sus requisitos y *opinio juris*) y los « meros usos, que solamente pueden ser generadores de eficacia jurídica cuando por vía de ley son consolidados al respecto ». El mismo CASTRO: *op. cit.* pág. 398, parece admitir esta normatividad delegada del uso, tanto más amplia la delegación cuanto más general se admite: « En la doctrina, para explicar cómo el mero uso logra vigor normativo, se ha dicho también que la remisión legal convierte al uso en ley. Se olvida así el significado de la remisión; el uso, como la voluntad de los contratantes, se aplica por mandato de

General de buena fe ⁽²⁹³⁾, que impone integrar desde el canon de lo usual lo que las partes, con su imprevisión o su silencio, han dejado de regular al acordar la *lex contractus*. Así contemplados, los usos premiten apreciar a las claras su verdadera faz: son *hecho* (no norma jurídica general) que ofrecen la pauta para la configuración concreta de las obligaciones que, según buena fe, deben seguirse de los contratos. Por eso, aun cuando atenerse a ellos pueda resultar obligado — como obligado resulta, e.c., estar a los propios actos —, ellos, en sí mismos, no constituyen — como tampoco la constituyen los actos propios vinculantes — norma, ni general ni particular, de Derecho ⁽²⁹⁴⁾.

la ley, pero ni uno ni otra se han convertido en ley, sino que tienen el valor que la ley remitora les da. En nuestro Derecho cabe distinguir dos modos de remisión al uso. Uno, la remisión especial respecto a una cuestión determinada; el valor del uso será aquí el que le otorgue el precepto remitente, que puede ser incluso preferente al Derecho dispositivo. Otro, el reenvío general en materia de contratos (art. 1258...).

⁽²⁹³⁾ En el § 242 del BGB aparece claramente cómo buena fe y usos no actúan como instancias normativas separadas e independientes: la buena fe ordena atender a los usos. Creemos que, aunque la construcción gramatical de nuestro art. 1258 sea distinta, lo mismo, en el fondo, valdría decir para nuestro Derecho. Las exigencias de la buena fe, en sentido objetivo, deben concretarse con la ayuda de elementos externos y objetivos, como son, en nuestro precepto, la naturaleza del contrato y los usos. En razón de la buena fe puede esperarse del comportamiento ajeno que se adapte a esa «verdad de experiencia» — decía DE DIEGO: *op. cit.* pág. 86 — «de que los hombres, sin razón especial, no suelen apartarse de lo usual y corriente». Hace el mismo DE DIEGO referencia a la relación de ello con la buena fe, *Ib.* pág. 87. *Ad rem*, CASTRO: *op. cit.* pág. 394: «... subordinado siempre a la voluntad de las partes, sólo podrá acudir a él (al uso normativo y a tenor del art. 1258) cuando lo permita la naturaleza del contrato y lo requiera la buena fe». *Id.* pág. 398: «En nuestro Derecho cabe distinguir dos modos de remisión al uso ... Otro, el reenvío general en materia de contratos (art. 1258) que, en nuestro Derecho requiere ... 3º Que la aplicación del uso sea conforma a la buena fe».

⁽²⁹⁴⁾ Cfr. GENY: *op. cit.* pág. 424: «De fait, les usages des affaires jouent un rôle exactement identique à celui de toutes autres circonstances, pouvant révéler la pensée des auteurs d'un acte juridique ... Par ou l'on voit, comment ces usages conventionnels ne sauraient, en general, être confondus avec la coutume juridique». También DIEZ-PICAZO y GULLON: *Sistema*, *cit.* pág. 154: «Sin embargo los llamados usos jurídicos o usos sociales con transcendencia jurídica no son más que simples datos de una descripción normativa. No son por sí mismos norma. La norma está en otro sitio. La norma dice que interpretemos los contratos de acuerdo con los usos, por ejemplo, y entonces el uso obliga en forma indirecta, en cuanto ha sido recogido en otra norma como elemento de ella. En cambio la costumbre es una norma jurídica ella misma (considerada en general)».

2'. Bajando todavía otro escalón, podría interpretarse que, en la intención del legislador, los usos deben tener la consideración de Costumbre, no porque se los equipare — ni entitativa ni funcionalmente — a ella, sino, simplemente, porque al efecto de su peculiar y más limitada funcionalidad, deben reunir los requisitos exigibles a la Costumbre.

Salvaría esta interpretación la incorrección de equiparar Costumbre y usos, pero inevitablemente llevaría al absurdo lógico de identificar en cuanto a sus requisitos lo que por naturaleza y contenido son cosas diferentes ⁽²⁹⁵⁾.

Sería inimaginable pensar que el legislador se haya propuesto arrastrar hasta los usos la problemática y la nebulosidad de los requisitos de la Costumbre. ¿Será, entonces, que la atención de la Ley se limita sólo a los requisitos que ella misma acaba de imponer — como indiscutibles y seguros ⁽²⁹⁶⁾ — a la Costumbre? Al fin y al cabo, podría pensarse, la Costumbre, en cuanto al requisito de su prueba, es tratada más bien como hecho que como Derecho; y, a su vez, la nota de la racionalidad, contraída al respeto a la moral y al orden público, si es exigible a la Costumbre, mucho más habrá de serlo al simple uso. ¿Será que el legislador está pensando, principal-

⁽²⁹⁵⁾ La equiparación en cuanto a los requisitos sólo sería explicable si previamente se equiparan Costumbre y usos. Cfr. DIEZ-PICAZO y GULLON: *op. cit.* pág. 154: «... se equiparan a la costumbre, lo que implica que habrán de poseer los mismos requisitos de ésta para su eficacia». Ni siquiera en la concepción de CASTRO, donde, como hemos visto, los usos convencionales son considerados un tipo de Costumbre, la identificación en cuanto a los requisitos es completa. Cfr. *op. cit.* pág. 398: «Estos caracteres suponen que el uso, para nacer, ha de reunir los requisitos de toda costumbre, incluso el de su concordancia con los principios generales del Derecho; pero su conversión en regla jurídica es facilitada por la remisión legal, y la limitación local, propia de la costumbre, no se dará cuando no la exija la disposición remitente». Con diferente acento, en *Las Condiciones Generales ...*, cit., pág. 30, nota 50: «No se ha defendido abiertamente, parece, que constituyan (las Condiciones Generales) una costumbre de carácter independiente (Derecho consuetudinario en sentido estricto). Ello se explica por faltarles los requisitos propios de la costumbre. El uso, en cambio, no los precisa, porque basta la remisión hecha en su favor por la ley».

⁽²⁹⁶⁾ Cfr. Cortes Españolas. Comisión de Justicia. Informe de la Ponencia, cit.: «La Ponencia propone en su texto los requisitos tradicionales e indiscutidos de que no atente contra la moral o el orden público, prefiriendo no mencionar otros más discutibles y posiblemente de mención innecesaria en una ley (uso local, uso como costumbre, *opinio juris seu necessitatis*, etc.)...».

mente, en las Condiciones Generales de los contratos, y que, consciente de su empuje, intenta embridarlas de esta forma? Su fuerza normativa — cualquiera que sea su explicación — quedaría siempre supeditada a la rigurosa demostración de su existencia como uso extendido y generalizado y al de su moralidad y licitud.

Ni aun así la norma llegaría a justificarse. Es cierto que el uso, al igual que los comportamientos individuales, debe someterse a los límites impuestos por la moral y el orden público; pero en ello no hay peculiaridad que dé razón de la norma y del extraño modo de su concepción y formulación. Es cierto que la alegación del uso impondrá la necesidad de su prueba; pero también hay que decir que el modo y régimen de tal prueba será el estricto de los hechos, sin las peculiaridades y salvaduras que con razón formula la doctrina cuando se piensa en la prueba de la Costumbre ⁽²⁹⁷⁾. En cambio, donde, a nuestro juicio, la equiparación no cabe en forma alguna es en la supeditación de la invocación del uso al defecto de Ley aplicable: el uso, en cuanto integrador *ex fide bona* — creemos — puede anteponerse a la Ley dispositiva. En ocasiones así lo dispone expresamente la Ley remitente. En nuestra opinión nada impone apartarse del orden establecido como criterio general en el art. 1258, justo porque en él no se dilucida una cuestión de rango normativo o de Fuentes del Derecho ⁽²⁹⁸⁾, sino de mayor o menor proximidad a la posible común representación mental de las partes, del elemento integrador de su voluntad de obligarse ⁽²⁹⁹⁾.

⁽²⁹⁷⁾ Particularmente, la posibilidad de su aplicación de oficio — como norma general que sería — cuando el juez la conoce por sí mismo o en cualquier forma resulta acreditada su existencia, sin necesidad de prueba en el proceso. Cfr., en nuestra doctrina, especialmente, ALCALA-ZAMORA: *La prueba del Derecho consuetudinario*, RDP 1934, págs. 145-157; también, DE DIEGO: *El uso...*, cit. págs. esp., 110-117.

⁽²⁹⁸⁾ En sentido contrario, como dejamos ya notado en su lugar, CASTRO: *op. cit.* págs. 394 y 398.

⁽²⁹⁹⁾ Así, MANRESA, comentando el art. 1258 — *op. cit.* pág. 638 — aunque hablando, impropiaemente, de interpretación: «La anteposición del uso a la ley no es indiferente, sino que en algunos casos puede suponer una preferencia explicable, que exige alguna aclaración. Las reglas legales prohibitivas son desde luego superiores, no sólo al uso, sino a la misma libertad de los contratantes. Pero hay otras, meramente supletorias, cuya aplicación es indiferente al interés público, y entonces, cuando la vaguedad de lo convenido pudiera suplirse por un uso general y en el sentido de someterse a este cupiera interpretar la voluntad expresada de un modo incompleto,

V. CONCLUSION

En la sociedad moderna, a partir de la democracia parlamentaria y de la Codificación del Derecho, se hace imposible la pervivencia de la Costumbre como Fuente formal y autónoma del Derecho. No quiere ello decir que lo consuetudinario pierda toda posibilidad de significación en Derecho. Los usos producidos en el ámbito de lo jurídico pueden actuar como *dato de hecho* revestido — entre otras funciones — de una posible normatividad no siempre de igual naturaleza. La Ley puede remitirse a ellos para la última y más concreta determinación de su mandato; la voluntad privada puede configurar conforme a ellos el contenido de las obligaciones nacidas del contrato. En el primer caso los usos participan de la normatividad general de la Ley; desempeñan su función normativa en el campo propio de la creación de la norma general de Derecho, pero, al necesitar para ello de la remisión legal, lo hacen sin la autonomía propia de una Fuente en sentido estricto. En el segundo caso la normatividad del uso, conectando ahora con la normatividad reconocida a la voluntad privada, se mueve en campo distinto al de la producción de la norma jurídica general: justamente en el de la creación de obligaciones (arts. 1089, 1091): imposible entonces confundirlos con la tradicional Costumbre, Fuente del Derecho.

Se comprende que las cosas hayan de ser al modo indicado. Cuando la Ley quiere dar expresión a un sistema completo de Derecho, tiene necesariamente que evitar la posibilidad de instancias normativas incontroladas y extravagantes. La pervivencia de lo consuetudinario quedará, pues, supeditada a su incorporación por las únicas instancias admitidas: la Ley en el orden de la normatividad general, y la voluntad privada en el de la normatividad relativa o interindividual. La Costumbre de nacimiento y normatividad independiente no tiene hoy cabida en Derecho. Nuestro Código — en ocasionalidad coyuntural muy dependiente de la «cuestión foral» — le hizo sitio entre las Fuentes en 1889, en su art. 6º. Frustrada previsión: el Derecho Foral labró legislativamente su propio cauce, y la realidad y la experiencia del sistema jurídico se encargan hoy de

procedería ampliar lo convenido de acuerdo con la costumbre». Vid., también, DE DIEGO: *op. cit.* pág. 107.

evidenciar que el cauce consuetudinario es hoy un cauce abandonado y seco.

Tan es ello así que al reformarse en 1973-74 el Título Preliminar de nuestro Código Civil, nuestro legislador consideró necesario revitalizar la Costumbre equiparando a ella los usos jurídicos normativos. Pero tal equiparación es técnicamente incorrecta, y su proclamación legal constituye un caso — en nuestra opinión, arquetípico — de la inmadurez y precipitación legislativa que nunca debería producirse. Sobre la insegura base de una construcción doctrinal discutida y polémica, nuestro legislador ha pretendido rellenar con los usos jurídicos normativos el vacío dejado por la Costumbre. Los usos aparecen, así, en función al menos próxima a la de una Fuente del Derecho. La verdad es otra: en la realidad bien explicada de las cosas, en el funcionamiento real de nuestro Ordenamiento, y en el íntegro sistema del Código, no apareciendo por ninguna parte la Costumbre-Fuente, los usos desempeñan un cometido distinto al de la norma jurídica general, y que para nada exige su transformación en norma general de Derecho. La equiparación de estos, hacia arriba, con la Costumbre, encubre o disimula la única equiparación posible: los que se presentan como exponentes, hoy, de la Costumbre son en realidad simples usos jurídicos. Equiparación, pues, si acaso, hacia abajo. En la perspectiva del art. 1º del Código la visión de la Costumbre resulta de un espejismo: Son los usos quienes dan la falsa imagen de su existencia.

Lecture

Paolo BECCHI, *Le Filosofie del diritto di Hegel*, Milano, Franco Angeli, 1990, pp. 269.

Già nel 1984, Paolo Becchi aveva pubblicato un volume dal titolo *Contributi ad uno studio delle filosofie del diritto di Hegel* (Milano, Ecig), che è evidentemente collegato al volume attuale. L'autore stesso dà ragione del rapporto fra i due lavori. La prima volta: *Contributi*; ora, attuazione organica e unitaria. Parti del primo lavoro sono rimaste, nuove sono ora aggiunte; una approfondita rielaborazione e meditazione ha investito i testi e i temi. Chi aveva letto con interesse il primo lavoro non può che convenire con le osservazioni svolte dall'autore in proposito nella *Prefazione*; subito si avverte un tono nuovo, per certi versi una maggiore fermezza nelle tesi affermate, per altri versi quasi una meraviglia che ancora esse non siano pienamente condivise dagli studiosi: che taluni di essi, come chi scrive oggi queste osservazioni, continuino a considerare l'opera pubblicata da Hegel, le *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, come «la trattazione più autentica» (per utilizzarle, in senso contrario alle tesi dell'autore, l'espressione da lui usata a p. 34), a scapito dei vari corsi di lezioni che sono stati pubblicati negli ultimi anni. Le varie fonti dovrebbero invece essere considerate insieme, e dal loro esame congiunto e comparato dovrebbe scaturire il genuino pensiero hegeliano. Per usare le chiare parole dell'autore: bisognerebbe convincersi «che della *Filosofia del diritto* di Hegel si debba oggi parlare al plurale» (p. 13).

Paolo Becchi è ben noto ai lettori dei «Quaderni fiorentini», oltreché per ciò che egli vi ha pubblicato (si veda, nel vol. 19-1990, pp. 621-635, *Anton Friedrich Justus Thibaut: Appunti su una biografia*, a proposito dell'opera di Rainer Polley sul giurista tedesco), per una serie ormai ragguardevole di contributi scientifici che egli ha dato alla storia del pensiero giuridico. Converrà quindi accennare preliminarmente all'ambito dei suoi interessi e della sua intensa attività scientifica, per avere più chiari la sua specifica vocazione di studioso, il taglio delle sue indagini, la posizione che occupa nella sua operosità complessiva l'interesse, vivissimo, per la «filosofia del diritto» di Hegel (e sia qui consentito l'uso del singolare). Si vedrà subito come questa parte del sistema hegeliano sia avvertita da Becchi come saldamente inserita nella cultura giuridica del suo tempo, con la quale egli vuole costantemente tenerla in rapporto. Ed allora, appunto alla cultura giuridica si rivolge una parte essenziale dell'interesse di Becchi, che qui si rivela, e volentieri si dichiara, discepolo di Giovanni Tarello; consapevole dello spirito che era presente nell'attività di lui, non a caso autore della *Storia della cultura giuridica moderna*, e fondatore dei «Materiali per una

storia della cultura giuridica». Chi abbia sentito dolorosamente la scomparsa dello studioso genovese, e il vuoto da lui lasciato nella nostra cultura, trae motivo di conforto e di soddisfazione nel vedere che altri, ciascuno secondo la propria indole ma non dimentico dell'ispirazione originaria, continuano la sua opera. Nella diversità, non poco di quell'ispirazione rimane in Becchi: la asciuttezza e nettezza delle idee, la passione civile, la vivacità polemica (che però in Tarello era mitigata dall'ironia e da un apparente scetticismo su tanti aspetti particolari), l'avversione, o estraneità, per tutto ciò che possa suonare metafisico e non realisticamente sperimentabile. In questo ambito di interessi, devono essere menzionati molti lavori di Becchi; in questa sede, vogliamo ricordare l'ultimo, ampio lavoro da lui pubblicato in proposito, sui citati «Materiali» (XXI-1991, pp. 23-73): *La polemica sulla codificazione in Germania attraverso la storia delle interpretazioni*. E tale ambito di interessi è naturalmente presente, diremmo inevitabilmente presente, nel volume hegeliano qui esaminato: pensiamo ai capitoli «Per una storia delle dottrine del possesso» e «La polemica sulla codificazione». Siamo di fronte, in ciascuno di tali studi, a punti nevralgici della storia della moderna cultura giuridica, e a prospettive storiografiche sempre basate rigorosamente sulle fonti, sulla padronanza dei testi, in grado di offrire al lettore nuove accentuazioni rispetto a punti di vista già noti da indagini altrui, o nuovi dati, dei quali Becchi si rivela avido e attento esploratore. Chi si sia già occupato di argomenti identici o analoghi — ed è il caso del recensore di questo libro — prova talora la sensazione, per certi versi confortante per altri versi venata di mestizia, che fu così ben descritta da Max Weber in *Wissenschaft als Beruf*, sul significato del lavoro scientifico e sulla sua destinazione specifica ad essere superato; anche se nel caso della storiografia vorremmo insieme vedere un valore meno effimero, di natura speculativa, consistente nell'aiuto — minimo o massimo, non ha qui rilevanza — alla comprensione del proprio tempo e dei problemi umani che ogni tempo sente sempre in maniera nuova. Ed anche di tale valore gli studi di Becchi non sono privi. Ma ciò che è stato qui detto vuol mostrare l'orizzonte scientifico entro il quale egli compie le sue ricerche, ed entro il quale, in particolare, devono essere anche collocati i suoi lavori hegeliani. Che tratti del possesso, o della codificazione, Hegel viene subito inserito nella situazione scientifica del suo tempo, al qual fine certamente giova una più esatta conoscenza delle dottrine dei grandi giuristi a lui contemporanei: si tratti di Savigny, di Thibaut, di Feuerbach o di altri ancora. L'esame di questo ambito dell'attività di Becchi non sarebbe completo se non si facesse cenno del suo studio su *Vico e Filangieri in Germania* (1986), che contribuisce ad allargare coerentemente la conoscenza dell'ambiente culturale da lui prediletto, che ci pare rimanere quello della cultura giuridica dell'età di Hegel e di Savigny, se così può dirsi.

Un secondo ambito scientifico e problematico, più personale nella

fisionomia di Becchi, consiste nell'interpretazione politica dei suoi autori e nella individuazione di loro temi connessi all'attualità, cioè capaci di dare indicazioni e soluzioni sui problemi del nostro tempo. Ciò accade soprattutto per Hegel, com'è comprensibile per il suo rilievo speculativo; ma non accade soltanto per lui. Ad esempio della meditazione sull'attualità politica del pensiero hegeliano, valgono due capitoli del libro considerato: « Differenze nel concetto di società civile » e « Le origini del terrorismo in Germania ». Ci rendiamo subito conto dei motivi di attualità. Il concetto di società civile, nella sua ricchezza semantica, è al centro del dibattito politico attuale, e la sua ricchezza si deve certamente a Hegel, che ha fornito materiale alla rimeditazione del nostro secolo; per restare alla sua rilevanza politica, basti pensare ai temi, ad esso congiunti, della libertà civile-formale e dei totalitarismi, degli enti intermedi, della formazione dell'egemonia culturale, della duplicazione dello stato in funzione amministrativa e in funzione politica. Non tutti questi temi interessano Becchi, ma li abbiamo elencati per motivare e legittimare la ricerca dell'attualità. Meno giustificata diremmo — e ne parleremo più avanti — la percezione di motivi di attualità a proposito dello scottante tema del terrorismo, per l'estrema varietà delle trasfigurazioni proprie del fenomeno irrazionalistico in corrispondenza con i più diversi contesti filosofici e culturali. Ma questa « attualizzazione » dei pensieri del passato, in sé legittima e fruttuosa (ma la diremmo inevitabile) dal punto di vista ermeneutico, è svolta da Becchi non soltanto per Hegel. Vogliamo qui ricordare alcuni suoi interventi: *I doveri dell'uomo nei confronti della natura: Congetture sull'etica di Kant* (« Materiali », XIX-1989, pp. 85-94); *La rivoluzione liberale e il rinnegato Hegel* (« Materiali », XX-1990, pp. 497-543), in prevalente polemica con tesi di Domenico Losurdo; su temi di bioetica, del resto presenti, sia pure incidentalmente, anche in un capitolo del volume hegeliano qui discusso, « Diritto, natura e diritto della natura »; e potremmo aggiungere le incidentali o sparse considerazioni su temi penalistici con riferimento a giuristi del passato (es. Radbruch), a proposito del rilievo delle convinzioni o *Gesinnungen* del reo in ordine alla pena. Forse potremmo vedere anche in queste riflessioni, politico-civili, un'affinità con Giovanni Tarello; nel quale, peraltro, i collegamenti erano più mediati, o addirittura indipendenti dallo studio dei suoi autori.

Infine, l'ambito degli studi più propriamente hegeliani. Se finora abbiamo nominato Tarello, ora dobbiamo nominare Karl-Heinz Ilting, il benemerito iniziatore dello studio delle lezioni hegeliane di filosofia del diritto, editore delle medesime (ed anche di lezioni di filosofia della religione), interprete di Hegel e studioso di filosofia pratica, da Aristotele a Hegel, alla cui *Rehabilitierung* dette personale e significativo contributo. Lo Hegel di Becchi non è pensabile senza lo Hegel di Ilting. Con il compianto studioso tedesco, Becchi ha avuto un fervido disce-

polato, che continua a dare i suoi frutti. E Becchi ha proseguito la tendenza interpretativa avviata da Ilting, approfondendola con specifico riferimento alla cultura giuridica. Ma anche accentuandone i lineamenti, vuoi con riguardo al metodo, vuoi con riguardo alla sostanza del pensiero. Infatti, le sue ricerche sono rivolte alla ricostruzione, filologicamente attentissima, del pensiero politico di Hegel come si veniva delineando in quegli anni, da Heidelberg all'intero periodo berlinese, sulla base degli appunti che gli allievi traevano dalle lezioni, e attraverso un costante confronto con l'edizione a stampa. Il lavoro è quindi teso a scorgere come si forma in quegli anni il concreto modo di pensare politico hegeliano, sui vari problemi più che nel disegno sistematico. L'ipotesi fondamentale del condizionamento censorio serve a mostrare le differenze esistenti fra ciò che Hegel diceva a lezione ai suoi ascoltatori e ciò che scrisse nell'opera berlinese. Diremmo che fermo restando l'assetto sistematico, Hegel esponeva le sue concezioni politiche e i suoi giudizi con molta franchezza e con divergenze rispetto all'opera stampata. In proposito, Becchi ammette quanto segue: « Non vi è (...) alcun dubbio che, se si considera la filosofia del diritto di Hegel sotto il profilo sistematico, l'opera da lui pubblicata meriti una considerazione privilegiata » (p. 14). Ma poco dopo egli asserisce la « unilateralità » di un simile metodo interpretativo, e prosegue con questa obiezione: « Per quale ragione, insomma, un confronto della *Filosofia del diritto* con i problemi politici del suo tempo dovrebbe essere sottomesso al controllo delle relazioni logiche? » (pp. 14-15). In questa contrapposizione si può cogliere il contrasto di Becchi con altri modi interpretativi. È in questo senso che l'*habitus* dello studioso di storia della cultura — giuridica e politica — dà l'impronta a tutta l'opera ermeneutica. Parlando a proposito della posizione hegeliana sui problemi del possesso e della codificazione, Becchi osserva quanto « la *Filosofia del diritto* di Hegel fosse radicata non solo nel dibattito politico del suo tempo, ma altresì in quello giuridico » (p. 23), e si propone fondatamente di proseguire sulla linea praticata da Tarello. Potremmo vedere in questa professione di fede scientifica la radice del suo metodo ermeneutico, e in questo senso affermare che il metodo di Tarello si innesta nel metodo di Ilting, rendendo lo studio di Hegel ancor più attento al dibattito culturale a scapito del sistema, che in Ilting ancora era ben presente. La tesi fondamentale di Ilting (alla cui memoria il libro è dedicato) era quella di uno Hegel che nelle lezioni era più « liberale » di quanto non fosse nell'opera a stampa. Becchi va alla ricerca di ogni concezione (non « opinione », si badi) presente nelle lezioni di Hegel, che possa corroborare quella diversità: onde si possa dire che, ferme restando le linee sistematiche, variano anche radicalmente i contenuti concreti, nei quali pur si sostanzia la visione politico-giuridica. Crediamo che la questione sia, in tal modo, correttamente impostata (e qui correttamente riferita). In questa direzione, troviamo

esemplare la ricostruzione dell'atteggiamento hegeliano di fronte al problema della codificazione. Hegel si colloca in un luogo intermedio di conciliazione, diremmo di superamento dialettico, rispetto alle contrapposte tesi di Thibaut e di Savigny. Hegel non riduce il diritto a legge, vede il codice come condensazione sistematica di un contenuto storico, vede tutta la ricchezza e complessità del lavoro del giudice (cfr. p. 145, e in genere tutto il capitolo «La polemica sulla codificazione»).

Di notevole interesse è tutto ciò che Becchi dice sul primo corso di lezioni di filosofia del diritto, quello conservatoci tramite gli appunti di Peter Wannemann, lo studente di giurisprudenza che seguì il corso hegeliano immediatamente successivo alla prima edizione della *Enciclopedia* (quella del giugno 1817). Basti riferire che «tale quaderno costituisce quindi la prima elaborazione della *Filosofia del diritto* ed è inoltre di particolare interesse per comprendere il pensiero giuspolitico di Hegel prima del suo trasferimento in Prussia» (pp. 38-39). È importante quanto Becchi osserva sul rapporto fra la *Enciclopedia* di Heidelberg e il testo Wannemann (che può ritenersi particolarmente fedele nella trascrizione). Per dire l'aspetto più vistoso: la prima edizione della *Enciclopedia* non ha ancora, nell'eticità, la società civile (*bürgerliche Gesellschaft*), che è invece frutto, appunto, della elaborazione logico-sistematica documentata dal testo Wannemann, e risalente quindi alla preparazione del corso per il semestre invernale 1817-1818 (cfr. pp. 39 e 70 ss.). E in questo caso abbiamo la scoperta, di grande interesse, del sorgere nella mente di Hegel di un momento sistematico fondamentale come la *bürgerliche Gesellschaft*. Un altro caso che dobbiamo richiamare è il grande rilievo che in questo corso viene attribuito all'opinione pubblica, al rapporto fiduciario tra il governo e le camere legislative, alla distinzione tra maggioranza e minoranza (p. 167). In questo caso, abbiamo un rapporto con l'opera a stampa, che è inverso rispetto a quello segnalato per il momento della società civile: un simile aspetto importante per la qualificazione del potere del principe e per la descrizione del rapporto di esso con il potere legislativo, non è così limpidamente presente nella successiva opera, se non cade del tutto. Altro aspetto notevole è la mancata elaborazione sistematica, nel testo Wannemann, del momento dell'illecito (*Unrecht*), che tanto grande e controverso rilievo ha come anello che permette il passaggio tra diritto astratto e moralità (p. 39). Queste osservazioni mostrano l'utilità del confronto fra testi delle lezioni e testo a stampa, e l'importanza dei primi per una corretta comprensione di Hegel. È da aggiungere, come bene merenza dell'autore, che egli ha curato l'edizione italiana di questo testo, sotto il titolo: G.W.F. Hegel, *Lezioni di filosofia del diritto secondo il manoscritto di Wannemann (Heidelberg 1817-1818)* — ne dà notizia a p. 30 —, che non risulta ancora pubblicata al momento in cui scriviamo queste osservazioni; e dalla quale uscirà certamente chiarifi-

cata e approfondita, in Italia, la conoscenza della filosofia giuridica, morale e politica di Hegel.

Non è a caso che qui ci siamo soffermati su aspetti sistematici messi in luce dal testo Wannemann: l'emergere del momento autonomo della società civile, i diversi rapporti fra i poteri dello stato rispetto al testo a stampa, la mancata elaborazione del momento dell'illecito. Ciò vale a mostrare che non c'è, fra i diversi modi ermeneutici — sguardo sistematico, confronto con la cultura giuridico-politica — tutto quel contrasto e quella incomunicabilità che Becchi crede di vedere e di dover denunciare. Si potrebbe anche aggiungere, che se ci fosse, sarebbe una legittima differenza di orientamenti scientifici. C'è sempre stato chi è attratto dalle circostanze peculiari in cui sorge il pensiero, e quindi dal modo in cui un pensiero è divenuto concreta consapevolezza del proprio tempo. E di contro c'è sempre stato chi è attratto dal sistema intrinseco alla filosofia: e in quel caso ogni opera filosofica tende per sua natura ad assumere contorni definiti e stabili, e ad essere posta in rapporto, più che con le influenze del tempo, con il sistema filosofico complessivo dell'autore, e con i sistemi filosofici complessivi del passato. Il suo scopo è allora il sistema, a cui collabora tutta la riflessione del passato, del presente, del filosofo considerato. E il pensiero del filosofo, o meglio la « parte della filosofia » che è studiata — nel nostro caso, la filosofia dello spirito oggettivo — tende certamente a stabilirsi in una sua coerenza interna, ma non può, non deve, restare imm modificabile di fronte alle nuove notizie che vengano alla luce sulla sua effettiva configurazione nella mente del suo autore. Ma anche se modificato, aggiustato e corretto, esso poi riprenderà la sua natura sistematica e interagirà, nella sua nuova configurazione, con le altre « parti della filosofia » e con la filosofia in genere. Riesce difficile immaginare, d'altronde, anche una riflessione intrinsecamente antisistematica — come quella di Dilthey, dello *Historismus*, di metamorfosi superstoricistiche del marxismo — che possa evitare un qualsiasi riferimento al sistema, sia pure come concetto-limite o come sistemazione provvisoria della storia. In questo caso estremo, peraltro, si porrebbe il problema del fondamento che permette di filosofare su quelle mutazioni storiche nella loro asserita antisistematicità.

Di proposito la discussione si è fin qui svolta su aspetti generali di metodo, sia perché sono quelli più frequentemente messi in evidenza da Becchi, sia perché sul merito di molti temi non c'è effettiva discordanza tra lui e l'autore di queste osservazioni. Sarà però sempre utile, crediamo, trattenerci su alcuni temi centrali della *Filosofia del diritto* hegeliana, per illuminare significative differenze ermeneutiche, o per sollevare alcune specifiche obiezioni. Alludiamo ai problemi seguenti: il rapporto fra ragione e realtà nella concretezza dell'idea; il problema della *Gesinnung* dell'agente nella valutazione morale dell'azione; la circolarità della filosofia.

Scrive Becchi a p. 15, a proposito del «famoso detto (...) della razionalità del reale»: «Non v'è dubbio che possiamo spiegarlo facendo ricorso alla logica e depoliticizzandone il significato. In questo modo esso appare metodologicamente tanto rivoluzionario da poter essere assunto anche da Lenin o Bordiga. Ma se lo si analizza sotto il profilo politico, allora non si potrà negare che esso implica una posizione conservatrice, che mira unicamente a giustificare la realtà esistente. E così infatti lo interpretò la pubblicistica liberale del tempo. Non v'è ragione di subordinare l'interpretazione politica di quel testo all'interpretazione logica. Si tratta piuttosto di ammettere che un'interpretazione non esclude l'altra, che entrambe sono possibili e giustificabili». Confessiamo di non comprendere l'alternativa fra «interpretazione logica» e «interpretazione politica». La divisione fra destra e sinistra hegeliana non si ebbe perché la prima si occupava di logica e la seconda di politica; in chi ebbe mente filosofica, fosse di destra o di sinistra, la diversità di interpretazione del famoso detto della *Prefazione alla Filosofia del diritto* poté sostenersi sulla base di un esame interno alla coerenza sistematica di quel rapporto. Hegel stesso, nella seconda edizione della *Enciclopedia*, tornò su quel problema, con le osservazioni ben note sulla distinzione tra realtà, esistenza, accidentalità. Se ciò che esiste comprende vuoi il reale («ciò che merita l'enfatico nome di reale»: *Enc.*, § 6 *Anm.*) vuoi l'accidentale, ne deriverà la conseguenza che la destra e la sinistra si divideranno nella valutazione (empirica) di ciò che esiste e lo giudicheranno spesso, di fronte ai singoli istituti, la prima, reale (e quindi anche razionale), la seconda, mera accidentalità (che «non meriterà l'enfatico nome di reale»). Del resto, proprio il Lenin evocato da Becchi riteneva che la logica hegeliana, toltine i riferimenti a Dio, potesse divenire materialistica e rivoluzionaria, e lo riteneva non sulla base di una presunta «interpretazione politica», ma di una «interpretazione logica». Lenin a parte, si può pur ritenere che quella celebre equazione hegeliana, se considerata con le postille della seconda edizione della *Enciclopedia*, lasci il tempo che trova quanto a destra e sinistra, e che più significante a quel fine sia una filosofia dell'approssimazione, da Hegel tanto disprezzata in Kant. Il giovane Marx nella *Kritik des hegelischen Staatsrechts*, del resto, insisteva proprio sulla arbitrarietà delle valutazioni hegeliane riguardo a singoli istituti. Lo stesso Becchi, dopo aver richiamato a p. 58 le osservazioni hegeliane della seconda edizione dell'*Enciclopedia*, mostra, come esempio della necessità di riferirsi ai condizionamenti politici e alle autolimitazioni hegeliane, il riferimento a Platone, che è menzionato nella *Prefazione* proprio prima del detto sulla razionalità del reale, ma che è lì elogiato per aver presentato «l'allora imminente rivoluzione del mondo», cioè la rivoluzione cristiana. Scrive Becchi: «in quale relazione sta l'interpretazione di Platone con l'identità di razionale e reale, che in maniera del tutto ingiustificata la segue? Non è piuttosto tutto ciò una ulteriore

riprova della rielaborazione effettuata da Hegel? Hegel ha lasciato il rinvio a Platone, ma lo ha inserito in un contesto che lo rende del tutto incomprensibile » (p. 60). Non ne siamo convinti. Non ci addentriamo nel terreno delle interpolazioni e dei condizionamenti, a noi difficile. Vorremmo però notare che Platone, in quel celebre passo, è elogiato come filosofo dell'eticità della *polis*, e, *insieme*, come filosofo che ha intravisto nella condizione presente dello spirito i primi fermenti di quell'emergere della « libera infinita personalità » che solo coll'avvento del cristianesimo troverà tempi maturi ad accoglierla, mentre al tempo di Platone aveva soltanto valore distruttivo dell'eticità. Ricordiamo cose ben note, e del resto esposte da Hegel stesso, con maggior chiarezza, nella trattazione della filosofia platonica che egli ci ha dato nelle *Lezioni sulla storia della filosofia*. Platone, come Hegel, fu filosofo perché espose sistematicamente la realtà del suo tempo; e la sua grandezza si rivelò nel fatto che egli vi distinse ciò che era nello spirito del tempo e ciò che era ancor prematuro. Ma più che continuare con simili osservazioni, preferiamo qui richiamare un passo dal *Commentario della Prefazione alla 'Filosofia del diritto' di Hegel* (Milano, 1991, p. 107), di Adriaan Peperzak, ora volto opportunamente nella nostra lingua da Antonio Gargano nell'ambito delle iniziative hegeliane dell'Istituto Italiano per gli Studi Filosofici. Citiamo soltanto un passo da quell'ampio e acuto commento. « Che cosa possiamo imparare sulla filosofia del diritto di Hegel dalla sua interpretazione molto concentrata del significato di Platone per una filosofia del diritto e della politica? È chiaro — e i capoversi successivi rafforzano quest'idea — che Platone espletò il compito del filosofo in maniera esemplare, nonostante la sua incapacità storicamente condizionata a risolvere la contraddizione più essenziale costituente la problematica etica ». Quel che sarebbe stato concesso ai secoli futuri e ai filosofi cristiani non era concesso a Platone, perché il filosofo non può che esprimere il suo tempo: anche nelle contraddizioni interne ad esso, come quella, qui accennata, fra la libertà oggettiva della *polis* e la libertà soggettiva che sarebbe comparsa, dotata di pieno fondamento storico, soltanto con l'avvento del cristianesimo. Se ci siamo trattenuti su questo punto, non è solo per l'importanza dal punto di vista dei contenuti politici (anche nell'interpretazione di Becchi), ma altresì per il suo rilievo metodologico, ovvero per la generale prospettiva ermeneutica. Intendiamo dire che il testo può essere stato rielaborato da Hegel per motivi di prudenza politica; ma che il rielaboratore, per quanto timoroso egli potesse essere, era pur sempre lo stesso Hegel, che era buon giudice della compatibilità interna delle varie proposizioni. E per concludere su questo punto, vorremmo con ciò esemplificare, in senso inverso a quello di Becchi, osservando che l'opera a stampa deve rimanere il testo privilegiato di riferimento, sorta com'è da una meditazione sistematica, e che i dati risultanti dai corsi di lezioni sono da considerare materiali utili o utilissimi per integrare, accentuare

(senza escludere, beninteso, che in certi casi si possa anche modificare). Per il resto, procedere con il costante criterio ermeneutico del timore hegeliano della censura può portare a risultati discutibili. Il criterio della razionalità del reale — correttamente inteso — è connaturato alla filosofia hegeliana, ed è coerente, per rimanere alla *Prefazione alla Filosofia del diritto*, con la tesi che la filosofia è *filia temporis*, che nessuno può andar oltre Rodi, con l'esortazione a una pace calda con la realtà, con l'immagine della filosofia, «nottola di Minerva», che «inizia il suo volo soltanto sul far del crepuscolo». Andando avanti di questo passo, ci sarebbe da ringraziare la censura prussiana per aver spinto Hegel a cautelarsi con quei pensieri e con la potenza di quelle immagini.

Un altro tema ricorre nella interpretazione di Becchi: quale valore abbia la disposizione d'animo soggettiva dell'agente — la sua *Gesinnung*, come si usa dire di preferenza in linguaggio weberiano — nella valutazione morale dell'azione; ed usiamo la parola «morale» in senso lato, giacché si allude anche e soprattutto alla valutazione etico-politica, o in genere pratica. È un problema che Becchi avverte con intensità particolare, e che gli deriva, crediamo, da una forte adesione a prospettive fondamentali dell'hegelismo, che potrebbero designarsi come antisoggettivismo, senso del valore della totalità, anche senso dello stato. Il problema assume una sua centralità nel capitolo «Le origini del terrorismo in Germania», ma torna qua e là, a proposito delle origini dell'opera a stampa nel contesto politico di quegli anni, a proposito della configurazione della società civile, a proposito del rapporto natura-diritto. È comprensibile che il luogo d'elezione per trattare simile tema sia quello del terrorismo, per l'analogia tra le condizioni etico-politiche in cui sorse l'opera berlinese e le condizioni dei nostri tempi. L'autore il cui nome torna con frequenza è quello di Fries, contro il quale si volse la ben nota e violenta polemica di Hegel nella *Prefazione* del 1820, in seguito alla partecipazione dello stesso Fries alla festa studentesca della Wartburg, dell'ottobre 1817. Come scrive Becchi in proposito, nel pensiero di lui «la giusta convinzione poteva giustificare qualsiasi tipo di azione, anche quella terroristica»; e ancora: «l'*ethos* della convinzione si trasformava nell'*ethos* dell'azione» (p. 49). Becchi tende a presentare la questione — e si vede in modo particolare nel capitolo sul terrorismo — come incentrata sulla contrapposizione tra Fries e Hegel: il primo, sostenitore di un'«etica della convinzione», il secondo, filosofo della «ragione anche nella lotta politica» (pp. 179-180). Becchi vede la *Prefazione* della *Filosofia del diritto*, pur cogliendone il tono moralmente sgradevole nei confronti di Fries, come «risposta teorica a quella progressiva soggettivizzazione della 'convinzione' che trova il suo compimento in Fries» (p. 182). Si tratterebbe, egli aggiunge, «di un ritorno a Kant — anche se non espressamente dichiarato — contro quella tendenza antirazionalistica che aveva caratterizzato da Herder a Fries il dibattito filosofico in Germania» (*ibidem*).

Il rapporto è riproposto e attualizzato con riguardo a un dibattito del nostro secolo, a proposito delle « proposte per un nuovo codice penale elaborate da Gustav Radbruch ». Come ricorda Becchi, « allora fu Radbruch a farsi promotore della tesi per cui l'azione delittuosa, se fondata su una convinzione etica, religiosa o politica, dovesse essere punita in modo diverso, con una pena speciale »; e « Radbruch, pur senza saperlo, aveva argomentato come già un secolo prima aveva fatto De Wette » (p. 195; il riferimento è a Wilhelm de Wette, il teologo amico di Fries e anch'egli sostenitore dei diritti della *Gesinnung*). Non sapremmo dire, in verità, se Radbruch, il filosofo del diritto della repubblica di Weimar, socialdemocratico, non sapesse di Fries, de Wette, Hegel, a proposito di quel problema; inoltre, egli non parlava di esclusione della punibilità, ma di trattamento penale diverso, e più benevolo, di fronte ad azioni delittuose motivate da convinzioni etico-politiche. Ma qualunque cosa si pensi di tale confronto, e di un trasferimento della disputa nei nostri attuali dibattiti politici, resta una circostanza fondamentale dal punto di vista filosofico: ci pare riduttivo che il problema debba essere visto come una contrapposizione tra Fries e Hegel. Ne risulterebbe ingigantita la figura di Fries, per un verso; e per altro verso, dal punto di vista speculativo, risulterebbe impoverito il problema, che investe non soltanto Fries (o de Wette), ma qualcosa di molto più grande, e cioè la morale formale kantiana. Ci riesce difficile convenire con Becchi quando egli afferma, nelle parole sopra ricordate, che Hegel ritornerebbe a Kant, pur se non lo dichiara esplicitamente. Becchi si trattiene giustamente sulla polemica antisoggettivistica di paragrafi hegeliani tratti dalla sezione sulla moralità, ad es. il § 126, o sulla fondamentale, amplissima annotazione al § 140, che Ilting denominò, assai felicemente, come una « fenomenologia della soggettività assolutizzata » (come Becchi ricorda a p. 185). Ma crediamo che quella memorabile polemica hegeliana, rivolta certamente contro la « soggettività assolutizzata », non possa essere compresa appieno se non è vista come la denuncia di una degenerazione obbligata della morale formale kantiana, di una morale scissa dall'eticità, ovvero dalla razionalità della storia. La difficile trattazione hegeliana della moralità ha in sé l'apprezzamento, ma soprattutto la critica della dottrina morale kantiana. Hegel sapeva certamente che Kant, nella *Metafisica dei costumi*, condannava ogni deviazione da diritto e moralità oggettivamente vigenti; come pure sapeva che Kant sosteneva una morale oggettiva; soltanto riteneva che la fondazione kantiana fosse insufficiente. Tutta l'analisi hegeliana dei dualismi presenti nella visione morale — proponimento e responsabilità, intenzione e benessere, coscienza morale e bene — tendeva al superamento dialettico di quella scissione perennemente vivente entro la dimensione morale. Il superamento era da vedere nell'eticità; e Kant, invece, era colui che era rimasto fermo alla scissione; colui che non aveva compreso, anzi aveva negato, che il diritto non può sacrificare il

benessere (cfr. § 130: «*fiat iustitia non deve aver per conseguenza pereat mundus*»): che è contro la difesa kantiana della massima, nella *Pace perpetua*); il che, tradotto in linguaggio semplificato, si può rendere con le parole: ciò che la ragione individuale ritiene giusto, non deve sacrificare ciò che è ritenuto giusto dal mondo degli uomini, che in proposito ne sa molto di più. Abbiamo l'impressione che la contrapposizione Hegel-Kant sia ridotta alla contrapposizione Hegel-Fries, per non dire di una possibile contrapposizione attualizzata Hegel-Weber (anche se il nome di Weber non ricorre nel libro di Becchi). Crediamo che per comprendere simile contrapposizione (di tormentosa attualità, e Becchi ha ragione a sollevarla) si debba risalire, come sopra, alle formulazioni dateci nelle massime sistemazioni speculative; e quindi ripercorrere la linea che va da Kant alle molte riduzioni-trasfigurazioni del criticismo, a cominciare dal soggettivismo romantico per giungere allo *Historismus*, alla filosofia dei valori, e, attraverso Nietzsche, al relativismo di Weber e di Radbruch. E d'altro canto, per comprendere adeguatamente il pensiero di Hegel in proposito, riteniamo che si debba riflettere molto sul significato della moralità nella « filosofia del diritto » di Hegel (anche qui, sia consentito il singolare).

Infine, collegato con i precedenti, il problema della circolarità della filosofia. Pensare il rapporto della ragione con la realtà, o pensare il rapporto della libertà soggettiva (o magari della *Gesinnung*) con lo stato, non è possibile senza pensare il rapporto reciproco dei vari momenti nei quali si articola lo sviluppo dell'idea. Prescindendo qui dalla circolazione massima fra *logos*, natura e spirito, o dalla circolazione, interna alla vita dello spirito, fra spirito soggettivo, spirito oggettivo e spirito assoluto, si deve però almeno meditare il rapporto fra diritto astratto, moralità, eticità. Anche questo è un circolo, percorso continuamente dall'idea. E ciò che l'uomo singolo ritiene giusto e razionale, e che Hegel chiama anche libertà soggettiva, o diritto della particolarità del soggetto, eredità del cristianesimo, trova luogo in vari momenti dello spirito oggettivo, che anche Becchi ricorda (cfr. p. 97: con riferimenti al § 62 per la proprietà, al § 124 per una elencazione amplissima delle espressioni della particolarità del soggetto). Ora, queste figure della particolarità si trovano dislocate nel diritto astratto (la proprietà), poi nel matrimonio e nella famiglia, eminentemente nella moralità e nella società civile; e tutte contribuiscono ad arricchire la vita dello spirito oggettivo (per una fenomenologia delle manifestazioni della particolarità, condotta con sensibilità insieme logica e politica, vedi ora, di Claudia Mancina, *Differenze nell'eticità: Amore famiglia società civile in Hegel*, Napoli, 1991). Quando si giunge al termine di questa storia di manifestazioni particolari, ci troviamo di fronte allo stato politico, che è la rivelazione piena dell'intero. Allora lo stato politico ci si mostra come il fondamento delle manifestazioni precedenti, motore della storia profonda dell'idea. Non si intende la circo-

larità se non si considera questo rapporto reciproco fra l'intero e i suoi momenti, i quali contribuiscono all'arricchimento della vita complessiva dello spirito oggettivo. Becchi accenna ad affinità o consonanze tra Hegel e Tocqueville (p. 247), fra Hegel e Constant (p. 242 e *passim*); e non è detto che sia trascinato dall'amore per la sua prospettiva ermeneutica. Soltanto vorremmo dire che in quegli autori, o in altri che Becchi nomina, o che si potrebbero nominare, manca la sistematicità, che in Hegel si esprime come circolarità. Becchi vi accenna, là dove conclude il capitolo sulla società civile (pp. 98-105), e dove accenna, non a caso, alle critiche del giovane Marx. Scrive a quel punto che si tratta della questione filosofica del «cominciamento», e richiama in proposito — prima di Marx — Schelling e Trendelenburg; e continua opportunamente: «Salire a questa regione logica, a quest'altezza dove si respira un'aria particolarmente rarefatta, è ora necessario» (p. 98). Nell'introduzione al suo libro, parlando dei mascheramenti del pensiero genuino di Hegel «per superare la censura prussiana», aveva scritto ironicamente: «Il 'Dio prima della creazione' comparso nel mondo era stato costretto a venire a patti con esso» (p. 16). Però, ironia a parte, e a parte anche la rarefazione dell'aria nelle regioni della logica, crediamo che le analisi di Becchi, così approfondite e istruttive per tutti, guadagnerebbero dal porsi in collegamento con quell'«aria rarefatta», che per altro verso è rivelatrice dei tratti più profondi dell'idea. E quanto ai patti dell'idea (o di Dio) con il mondo, si tratta del problema fondamentale della «concretizzazione della logica» nella filosofia dello spirito oggettivo. Su quella concretizzazione si trattiene, in un modo molto equilibrato che Becchi stesso dovrebbe approvare, il citato commento di Adriaan Peperzak a proposito del capoverso 3 della *Prefazione alla Filosofia del diritto*. È un problema grave per una interpretazione della filosofia hegeliana dello spirito oggettivo, sul quale negli ultimi anni si è cominciato a discutere in modo approfondito: dagli scritti di Fulda (fin dal saggio del 1968, *Das Recht der Philosophie in Hegels Philosophie des Rechts*) a quelli raccolti nel volume collettivo *Hegels Philosophie des Rechts: Die Theorie der Rechtsformen und ihre Logik*, del 1982, a cura di D. Henrich e R.P. Horstmann, al recente volume di Angelica Nuzzo, *Rappresentazione e concetto nella 'logica' della «Filosofia del diritto» di Hegel*, del 1990. Può darsi che in questa tendenza, di cui si sono qui indicati soltanto alcuni titoli, si sia andati oltre il segno, magari perdendosi nell'«aria rarefatta» di cui parla Becchi: e si sia ecceduto nel senso opposto. Sostiene Becchi che l'«interpretazione politica» non dev'essere subordinata all'«interpretazione logica», e che «si tratta piuttosto di ammettere che un'interpretazione non esclude l'altra, che entrambe sono possibili e giustificabili» (p. 15). Ed è vero: a voler essere interpreti di Hegel, c'è posto per gli uni e per gli altri; ma forse sarebbe bene — certamente, sarebbe più hegeliano — che «interpretazione politica» e «interpretazione logica»

non si ignorassero a vicenda e invece tendessero a trar vantaggio l'una dall'altra.

GIULIANO MARINI

James GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, 263 S., Clarendon Press, Oxford (England) 1991.

Der Ausgangspunkt für Gordley's Monographie ist ein zur Zeit wichtiges Thema, nämlich die zunehmende Konvergenz der großen Rechtssysteme der Welt und ihre historischen Voraussetzungen. Dafür ist insbesondere das Feld des Vertragsrechts ergiebig. Die Bedeutung des Vertrages zeigt sich unter anderem daran, daß die von Prof. H. Coing und Prof. K. W. Nörr initiierten «Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History» diesem Gegenstand einen eigenen Band gewidmet haben, an dem übrigens Gordley auch beteiligt ist ⁽¹⁾.

Damit wird deutlich, daß sich der in Berkeley lehrende Amerikaner Gordley mit seinem Buch in eine europäische Tradition der rechtshistorischen Forschung einreihet, deren Gegenstand in erster Linie die Geschichte des europäischen Rechtsdenkens und der rechtswissenschaftlichen Literatur von der Gründung der Universität Bologna im Jahre 1088 bis heute ist. Die Wirtschaftsgeschichte und die politische Geschichte treten in dieser Forschungsrichtung zurück. Ja, Gordley zeigt gerade, daß die Wirtschaft das Recht weniger stark determiniert als man oft annimmt. Es geht ihm um die leitenden rechtlichen Begriffe und Konzepte, geradezu um die philosophischen Grundlagen des Rechts, von denen nicht nur fraglich ist, ob sie notwendig sind (was Gordley bejaht), sondern auch, wie sie beschaffen sein sollen (wozu Gordley wichtige Grundvorstellungen entwickelt).

Gordley's Beschränkung auf das Rechtsdenken ist durchaus nicht unpolitisch oder gar lebensfremd — und damit ungewollt politisch —, sondern erlaubt eine genauere Beobachtung. Sein Interesse gilt nicht nur den materiellen Regeln und konkreten Lösungen einzelner Fälle, sondern deren begrifflicher Erfassung auf der Eben der obersten Grundsätze. Denn das Zusammenwachsen der Rechtssysteme beruht weniger auf der Übereinstimmung der konkreten Lösungen, obwohl auch diese wichtig ist, als auf der zunehmenden Ausbreitung der generellen Begriffe und Konzepte. Die in erster Linie an derartigen Begriffen orientierte Richtung der Rechtsgeschichte ist zur Zeit in

(1) John BARTON, ed., *Towards a General Law of Contract*, Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History, Band 8, Berlin 1990; darin: J. GORDLEY, *Natural Origins of the Common Law of Contract*, S. 367.

Deutschland durchaus nicht unumstritten. Ihr wird ein verfehler Idealismus vorgeworfen. Sie hat aber doch zunächst einmal den Vorteil, daß sie sich an das hält, was die Juristen selbst gesagt haben. Somit trägt sie dazu bei, die Art und Weise des Rechtsdenkens und juristischen Argumentierens vergangener Epochen aufzuklären, von denen wir vieles unbewußt übernommen haben. Außerdem bliebe festzuhalten, daß die scheinbar genauer beobachtende sozialgeschichtliche Sicht den Nachteil hat, daß sie oft nur beweist, daß der Stärkere sich durchsetzt. Das ist aber jedenfalls dann nicht sehr aufschlußreich, wenn man vom Durchsetzen auf die größere Stärke zurückschließt und von da aus auf die größere Tauglichkeit zur Lösung sozialer Konflikte. Das würde etwa für die auf den ersten Blick ähnlichen Ziele wie Gordley verfolgende Untersuchung Caronis über den Vertrag im Mittelalter gelten. Caroni hat den Nachweis zu führen versucht, daß der allgemeine Vertragsbegriff, der nur den Konsens der Parteien voraussetzt, in den mittelalterlichen Stadtstaaten von den Kaufmannsgilden in dem Augenblick durchgesetzt worden ist, in dem die Kaufleute die Macht übernahmen und nach einem Vertragsbegriff suchten, der ihren roirtschaftlichen Interessen entsprach ⁽²⁾.

Dies ist also, wie gesagt, nicht die Sicht Gordley's, wenn er sich den philosophischen Ursprüngen des modernen Vertragsbegriffs nähert. Gordley's Forschungen führen zu dem Ergebnis, daß die Grundbegriffe des modernen Vertragsrechts im 16. und 17. Jh. von den sog. Spanischen Spätscholastikern oder der spanischen Naturrechtsschule als Synthese aus den Lehren der aristotelischen Philosophie, wie sie der Moralthologe Thomas von Aquin gelehrt hat, und der Wissenschaft vom römischen Recht entwickelt worden sind. Das große Verdienst von Gordley ist, daß er damit die Bedeutung der spanischen Spätscholastik als Ausgangspunkt der Moderne ins rechte Licht gerückt hat. Diese Rolle hat man bisher trotz der von P. Grossi angeregten fruchtbaren Tagung über die *Seconda Scolastica* ⁽³⁾ in erster Linie der protestantischen Naturrechtsschule von Grotius, Hobbes, Locke, Pufendorf, Barbeyrac, Thomasius und Wolff zugeschrieben. Die Verbindungslinien von da aus zurück nach Spanien waren natürlich bekannt. Aber wie detailliert die spanischen Spätscholastiker ihre Theorien im Gefolge von Thomas von Aquin bereits ausgearbeitet hatten und mit welcher Konsequenz die nordeuropäischen Naturrechtler daran festgehalten haben, wird erst jetzt in dem Werk von Gordley zum ersten Male ganz deutlich.

Im einzelnen war, wie Gordley zeigt, der Verlauf der Entwicklung

⁽²⁾ Pio CARONI, *Privatrecht. Eine sozialhistorische Einführung*, Basel 1988; rez. K. LUIG in *Quaderni Fiorentini*, 19 (1990), 579.

⁽³⁾ *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, ed. P. Grossi, Milano 1973.

folgender: Die Lehren der Spanier wurden von der nordeuropäischen Naturrechtsschule übernommen. Vermittlungsstelle waren die spanischen Niederlande und dort in erster Linie Grotius. Über Pufendorf und Barbeyrac erreichten diese Lehren die französischen Juristen Domat und Pothier, die das Material für Napoleons Code civil lieferten. Im 19. Jh. erläuterten auch englische Juristen mit Hilfe dieser Lehren ihre « Cases ». In Deutschland tat die historische Rechtsschule Savignys nicht viel anderes. Durch die Zusammenfügung der Lehren des Naturrechts mit dem Material aus den Fällen des *Corpus iuris civilis* schuf sie ein perfektes System des Vertragsrechts. Aufzuklären war also erstens, warum das Lehrsystem der Spätscholastik zu so großer Verbreitung in der Lage war und zweitens, warum die Naturrechtler im Norden Europas und auch die Pandektisten in Deutschland und ihre Zeitgenossen und teilweise auch Gesinnungsgenossen ihre Abhängigkeit im Grunde gelehnet haben.

Dafür gibt Gordley folgende Erklärungen: Die entscheidende Rolle spielt die Tatsache, daß der spätscholastische Vertragsbegriff das Ergebnis einer bestimmten Wertentscheidung ist. Vertrag ist danach entweder Ausübung der Tugend der Freigebigkeit oder Ausübung der Austauschgerechtigkeit. Es geht also um moralische und metaphysische Grundsätze. All das hat seine Basis in der aristotelischen Philosophie. Der Aristotelismus insgesamt war aber unter den Angriffen von Descartes, Hobbes, Pufendorf und Thomasius in Mißkredit geraten. Das hatte zur Folge, daß man im 17. und 18. Jh. mit dem Ende der aristotelischen Schulphilosophie auch die ethische Grundlage des Rechts nicht mehr beim Namen nennen wollte. Für die Juristen bedeutete das jedoch nur — und das ist das erste wichtige Ergebnis der Arbeit von Gordley —, daß sie Aristoteles und Thomas von Aquin nicht mehr als Urheber ihrer Lehren zitierten, ohne jedoch deswegen auf die Beihaltung einer Vertragslehre auf der Basis aristotelischer Ethik zu verzichten.

In der Sache isolierte sich damit seit dem Zeitalter der Aufklärung die Rechtswissenschaft von den herrschenden philosophischen Strömungen. Dieser Nachweis ist besonders wichtig, weil die Rechtsgeschichte bisher stets von einer fast notwendigen Einheit von Philosophie und Rechtstheorie ausgegangen ist. Im 18. Jh. übernahmen die Juristen zwar partiell das Vokabular des Rationalismus, blieben jedoch inhaltlich bei der aristotelischen Tradition. Höchst überraschend ist auch, daß Gordley zeigen kann, daß sich daran selbst in der Zeit der Hochblüte der Kantischen Philosophie und der im Zusammenhang damit aufkommenden liberalen Theorie nicht viel änderte. Und, das ist das zweite Hauptergebnis der Untersuchung von Gordley, wo die Juristen die aristotelisch-thomistische Basis verließen, wie insbesondere in der Willenstheorie der deutschen Pandektisten des 19. Jh., taten sie es unter Inkaufnahme großer Defizite an Gerechtigkeit. Gordley kriti-

siert mit Recht, daß diese Zusammenhänge den modernen Forschungen, wie etwa der Arbeit von K.P. Nanz⁽⁴⁾, entgangen sind, da sie nur auf der Suche nach dem Siege des reinen Konsensprinzips waren, wie es der Willenstheorie entsprach, und nicht nach einem materialen Vertragsbegriff fragten.

Allerdings kommen wir damit an eine Stelle der Gedankenführung von Gordley, die meiner Ansicht nach noch weiterer Aufklärung bedürfte. Das betrifft die « will theories » als Grundlage des Vertragsrechts. Gordley meint im Gegensatz zur herrschenden Auffassung, die willentheoretische Betrachtung des Vertrages, wonach der Vertragsschluß Willensakt und nicht Ausübung einer Tugend ist, hätte sich bei den Juristen ohne Rückgriff auf Kant und Bentham durchgesetzt. Wer das feststellt, muß aber die Frage nach der Quelle der Willenstheorie stellen. Und zweitens müßte man auch noch genauer feststellen, was denn nun im Kern das genuin aristotelisch-thomistische Element der Vertragslehre der Spätscholastiker war. Welche Funktion hatte dieses Element eigentlich, wenn es möglich war, vom Gesichtspunkt der Tugendausübung zur Willensmacht überzugehen, ohne die Grundlagen zu ändern und ohne Anleihen bei Kant zu machen? In der Sache hat Gordley ganz offensichtlich Recht, wenn er feststellt, die Juristen des 19. Jh. hätten im Gegensatz zu ihren eigenen scheinbar absolut verpflichtenden philosophischen Prinzipien gar kein Vertragsrecht etabliert, das ausschließlich auf den Willen und auf jeden möglichen Willen Rücksicht nahm. Das materiale Wesen des Vertrages blieb vielmehr wichtig und wo nicht, entstand, wie erwähnt, Ungerechtigkeit. Das ist in letzter Zeit durch Einzeluntersuchungen bestätigt worden⁽⁵⁾.

Was die materialen Rechtsregeln anbelangt, geht es um die Geschichte der Normen, die mit der von Epoche zu Epoche mehr oder weniger weit verbreiteten Einsicht zusammenhängen, daß nicht alles Gewollte, nur weil es gewollt ist, zum Vertragsinhalt wird. Und umgekehrt, daß das Recht den Parteien als Folge des gewollten Vertragsschlusses auch zwingende Pflichten auferlegt, an die sie nicht gedacht hatten. Wie Gordley das an der Hand der Lehren von der Schenkung und der consideration, von bindendem Angebot und notwendiger Annahme, von der Preisgerechtigkeit, Wegfall der Geschäftsgrundlage sowie schließlich Irrtum, Drohung und Täuschung darlegt, ist sehr überzeugend. Sein Anliegen wird besonders deutlich bei der Erörte-

(4) Klaus Peter NANZ, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert*, München 1985; dazu Rez. in *Sav. Zeitschrift*, germ. Abt. 106 (1989), 426. Vorbehalte bei NANZ selbst, S. 197. Denen geht jetzt nach: H. SCHEERER-BUCHMEIER, *Die Abgrenzung des Rechtsgeschäfts von der nicht rechtsgeschäftlichen Vereinbarung ... im 19. Jh.*, Diss. iur., Köln 1990.

(5) Vgl. etwa K. LUIG, *Vertragsfreiheit und Äquivalenzprinzip im gemeinen Recht und im BGB*, in *Aspekte europäischer Rechtsgeschichte, Festgabe für H. Coing*, ed. Bergfeld u.a., Frankfurt/Main 1982, S. 171.

rung der Irrtumsproblematik im deutschen Rechts des 19. Jh. und auch bei der Schenkung.

Besonders eindrucksvoll belegt Gordley seine These am Beispiel von Savignys Irrtumslehre. Die streng durchgeführte Willenstheorie forderte, daß der Wille gegenüber allen Motiven der Willensbildung ein selbständiges Dasein hatte, so daß Fehlvorstellungen bei der Bildung des Willens irrelevant waren. Zur Nichtigkeit der Erklärung führte demnach in Savignys Lehre nur ein Fehler, der zur Folge hatte, daß die Erklärung den Willen nicht richtig wiedergab. Die Beschränkung auf diese Fehler hat aber Ungerechtigkeiten zur Folge. Deswegen verzichtete Savigny auf ihre ausnahmslose Durchführung und stellte die berühmte Formel auf: « Der Irrtum über eine Eigenschaft der Sache ist ein wesentlicher, wenn durch die irrig vorausgesetzte Eigenschaft, nach den im wirklichen Verkehr herrschenden Begriffen, die Sache zu einer anderen Art von Sachen gerechnet werden müßte, als wozu sie wirklich gehört »⁽⁶⁾. Damit wurde entgegen dem Prinzip dem zur Willensbildung führenden Irrtum über eine Eigenschaft die Wirkung eines wesentlichen Irrtums beigelegt⁽⁷⁾. Das deutet Gordley überzeugend als mit Savignys Prämissen nicht vereinbaren Rückfall in die Welt aristotelischer und thomistischer Wesenheiten: « In a world without essences, it was hard to see why common notions or commercial dealings should classify things into species ... ». In der Sache hat Gordley völlig recht. Seine Analyse bestätigt erneut, daß in der Irrtumsfrage Savignys Prinzip, Recht sei das Feld der unabhängigen Herrschaft des individuellen Willens, an seine — wie Savigny selbst sagte — « unsichtbaren Grenzen » stößt⁽⁸⁾. Gordley hätte erwähnen können, daß Savigny dies selbst zugegeben und eingeräumt hat, daß er mit seiner Formel über den Eigenschaftsirrtrum die « streng juristische Richtung » verließ, weil es gelte « ein Rechtsinteresse des Irrenden » zu schützen⁽⁹⁾. Aber das genügt Gordley nicht. Er besteht auf der Feststellung, daß Irrtum und Vertrag letztlich doch nach den Zwecken der Parteien und damit nach aristotelischen Kategorien beurteilt wurden und nicht nur nach dem Willen.

Nicht weniger überzeugend ist das Beispiel der Schenkung. Gordley zeigt, daß man wichtige Probleme des Schenkungsrechts nicht lösen kann, wenn man Schenkung willentheoretisch lediglich negativ durch Hinweis auf das Fehlen einer Vereinbarung über eine Gegenleistung definiert, statt positiv auf den materialen wohlthätigen Zweck der Schenkung abzustellen. Und im Ergebnis blieb den Gerichten ja auch nichts

(6) *System* III, p. 283.

(7) *System* III, p. 277.

(8) Dazu: LUIG, *Savignys Irrtumslehre*, in *Ius Commune* VIII (1979), 36, 38; NODA, in *Ius Commune* XVI (1989), 81.

(9) *System* III, p. 277, 293; ähnlich p. 298.

anderes übrig, wenn sie offensichtlich ungerechte Urteile vermeiden wollten. Das zeigt ganz deutlich ein Urteil des Reichsgerichts aus dem Jahre 1909. Nicht die Frage nach der abstrakten Vereinbarung über die Unentgeltlichkeit führte in diesem Fall das Reichsgericht zur allein sinnvollen Annahme einer Schenkung, sondern die eigentlich systemwidrige Feststellung des positiv mit der Zuwendung verfolgten Zweckes. Entscheidend war der Satz: «Wer ihr etwas ohne Gegenleistung zuwendet, will damit ihre Zwecke fördern» — und, so wäre zu ergänzen, diese Absicht macht die Zuwendung erst materiell zu einer Schenkung⁽¹⁰⁾. Ähnlich wie mit dem Irrtum verhält es sich nach Gordley mit dem Verzicht auf die alte naturrechtliche Kategorie des gerechten Preises zugunsten der Lehre vom gewollten Preis. Gordley meint, auf diese Weise hätten sich die Juristen des 19. Jh. eines konkreten Mittels zur Beurteilung der Gerechtigkeit von Verträgen selbst beraubt und hätten die dadurch entstandene Lücke durch vage Billigkeitskonzepte wieder auffüllen müssen.

Nach allem ist die von Gordley aus seiner historischen Untersuchung für das heutige Recht gezogene Schlussfolgerung sehr überzeugend. Wenn Gordley eine rund 350 Jahre lang mehr oder weniger bewußt verleugnete aristotelische Tradition ans Licht des Bewußtseins hebt, so kann das für unsere Sicht des Wesens des Vertrages nicht ohne Folgen sein. Wir tun gut daran, uns klarzumachen, daß es ein historisch erfaßbares Wesen des Vertrages gibt, das den Begriff der Tugend unverzichtbar macht. Man kann zwar, so lautet sein Fazit, die Spätscholastiker nicht kopieren, aber man kann von ihnen lernen, daß das Wesen des Vertrages darin beruht, daß es den Versprechenden in die Lage versetzt, etwas zum Nutzen eines anderen zu tun. Alle anderen Begründungen von Kant und Bentham bis Fried und Posner hält Gordley für unbefriedigend.

Daher wird das Buch von Gordley auch für die aktuelle Rechtslehre weitreichende Folgen haben. Denn Ziel des Buches ist die Schaffung einer historisch legitimierten Basis für die Ausarbeitung einer neuen Theorie des Vertrages. Die Diagnose hat Gordley gestellt. Der willenstheoretische Ansatz des 19. Jh. hat versagt, weil er die Erkenntnisse der älteren scholastisch geprägten Vertragsethik verleugnet hat, ohne dafür eine andere tragfähige philosophische Grundlage einsetzen zu können. Weiter wird auch deutlich, daß Gordley sich wenig von einer rein ökonomisch orientierten Rechtstheorie verspricht. Mit eigenen Vorschlägen für die Zukunft hält sich Gordley zurück. Er ist sich jedoch im klaren darüber, daß ein modernes Recht einen materialen Vertragsbegriff braucht, in dem Kategorien wie *causa*, *es-*

⁽¹⁰⁾ RGZ 71, 140, 143. Ich bin mir jedoch nicht ganz sicher, ob Gordley dieses Urteil p. 171, n. 42, auch im Detail richtig deutet. Entscheidend war gerade, daß es sich nicht nur um «*conduit*» handelte und damit um Schenkung.

sentia, natura und finis eine Rolle spielen können. Darüber hinaus ist aber unverkennbar, daß er nicht einfach eine Rückkehr zur aristotelischen Schulphilosophie des 16. und 17. Jh. vorschlagen möchte, sondern auch auf die vernünftige Auswertung der Philosophie Kants vertrauen will.

Einigen Widerspruch wird Gordley's Buch sicher hinsichtlich seiner Deutung der Entwicklung im 19. Jh. erfahren. Es steht zu erwarten, daß sich die Autoren wehren werden, die bisher die starke direkte Abhängigkeit der Rechtstheorie des 19. Jh. von der Philosophie Kants und die eindeutige Vorherrschaft einer liberalen Rechtstheorie vertreten haben. Diese Lehre wird gleichzeitig auch durch A. Bürge's Untersuchungen über das französische Privatrecht in ihren Grundlagen erschüttert ⁽¹¹⁾. Das macht die Debatte noch interessanter, in die sicher auch die Schule der «economic analysis» eingreifen wird, die von Gordley's ethischem Standpunkt aus herber Kritik unterzogen wird. Wie auch immer die Diskussion ausgehen wird, es bleibt dabei, daß Gordley eine höchst fruchtbare These aufgestellt hat, die er aufgrund umfassender historischer und rechtstheoretischer Kenntnisse sehr genau und sehr eindrucksvoll belegt hat.

KLAUS LUIG

E. OPOCHER, *Giuseppe Capograssi filosofo del nostro tempo*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 110.

La «Fondazione Giuseppe Capograssi» ha iniziato la pubblicazione di una serie di «Quaderni», destinati all'approfondimento del pensiero capograssiano, di cui questo volume, a firma di Enrico Opocher, è il primo. Si tratta di una raccolta di tre saggi densissimi che delineano, con la limpidezza abituale allo stile di scrittura e di pensiero di Opocher, la figura e l'opera di Capograssi, attraverso una rimediazione complessiva del suo pensiero che manca, pur nella forte simpatia intellettuale e spirituale che trabocca da ogni pagina, di qualsiasi intento di edificazione sclerotizzante. L'impressione che il lettore ne ricava, piuttosto, è che l'Allievo più che commemorare il Maestro lo abbia chiamato, interrogato ancora, nel presente di un dialogo mai interrotto, per misurare l'ambigua inattualità del suo pensiero, per marcarne le fasi diverse, per indicarne possibili mutazioni ascrivibili all'inesausta fedeltà del filosofo alla vita.

La più forte delle continuità che Opocher, infatti, riconosce a Capograssi è proprio nell'aver testimoniato, anche nelle sue opere, l'indissolubilità del nesso vita-filosofia, la fedeltà alla quale è matrice

⁽¹¹⁾ Alfons BURGE, *Das französische Privatrecht im 19. Jh. - Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus*, Frankfurt/Main 1991.

delle possibili fratture, svolte o fasi che il suo pensiero presenta. Se questa è la chiave di lettura dell'intero libro, a maggior ragione lo è del primo saggio, che dà il titolo all'intera raccolta. Qui Opocher mostra lo sviluppo del pensiero di Capograssi scandito in tre fasi diverse (l'ultima delle quali potrebbe, per la filosofia del diritto, scindersi in due momenti, quello degli 'scritti della crisi' — iniziato nel 1940 — e quello degli scritti postumi, in cui la crisi sembra maturare in una concezione nuova del diritto e dell'esperienza).

La prima fase comprende la formazione sofferta del filosofo che si conclude con le sue prime «grandi opere» (*Saggio sullo Stato e Riflessioni sull'autorità e la sua crisi*). Sono belle pagine quelle in cui Opocher evoca l'aroma amaro di una giovinezza difficile — dischiusa, poi, alla pienezza della vita e della fede dal calore rischiaratore di una 'vocazione' forte, quasi impersonata da «Giulia»⁽¹⁾ — dandoci conto dell'abbondanza e dell'ampiezza delle letture e degli Autori che concorrono alla prima formazione del filosofo. Da questa formazione (essenzialmente idealistica) Capograssi prende commiato nel *Saggio* sotto l'influsso di Vico e di Agostino: lo Stato rappresenta nella sua volontà («culmine della vita del volere») la profonda volontà dell'individuo, nella cui singolarità irripetibile si alimenta l'umano. Ed in questo senso soltanto esso appare a Capograssi «vera obiettività morale», pur restando, in questa prima fase del suo pensiero, circoscritto di negatività agostiniana. «Lo stato appare nel mondo degli uomini per portare la 'guerra' e non per assicurare la 'pace' e ... la sua pretesa di evocare nella storia l'Assoluto si risolverà sempre in un insanabile contrasto tra la città dell'uomo e la 'città di Dio', il cui alto silenzio sovrasta il clamore delle lotte di cui lo Stato è protagonista nella storia» (p. 23). Le *Riflessioni* sono lette da Opocher da tre 'prospettive'. L'identificazione di matrice vichiana tra autorità e verità: la prima autorità è quella della verità da cui nasce il mondo della vita e ogni altro tipo di autorità. Dove, però, la verità di cui parla Capograssi «è l'assoluta personalità di Dio che in quanto intelligenza infinita ha in sé le ragioni profonde di tutte le cose» (cit. da Capograssi, *ibid.*). La seconda prospettiva è la centralità della morte: l'uomo dà senso alla sua vita nella lotta contro la morte, ossia nella ricerca dell'assoluto nella quale si appuntano tutte le cose e tutte le forme di vita. La terza prospettiva è la critica alla modernità come luogo della crisi dell'autorità — critica della filosofia idealistica da Cartesio a Spinoza, da Kant a Hegel a Marx (la cui filosofia appare a Capograssi la logica conclusione del pensiero moderno). Questa terza prospettiva, per Opocher, è quella

(1) Sul punto si v. l'intensa rimediazione di G. LOMBARDI, *Dall'«ombra della morte» alla luce della speranza (La crisi spirituale di Capograssi ricostruita attraverso i «Pensieri a Giulia»)*, in F. MERCADANTE (ed.), *Due convegni su Giuseppe Capograssi (Roma-Sulmona 1986)*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 765-792.

che dà senso alle altre e all'intera opera, poiché in essa si rappresenta la stessa storia della giovanile crisi intellettuale ed esistenziale del filosofo, risoltasi da un lato con la meditazione su Agostino e Vico e dall'altro con la conversione.

La seconda fase del pensiero di Capograssi — nella quale si mostra « da un lato ... il fondo stesso della sua personalità di uomo e di filosofo, dall'altro un nodo fondamentale e quasi un passaggio obbligato della filosofia contemporanea tra il tramonto dell'idealismo e l'avvento della filosofia esistenzialistica » (p. 34) — è quella dell'*Analisi dell'esperienza comune* (1930), degli *Studi sull'esperienza giuridica* (1933), de *Il problema della scienza giuridica* (1937). Sia a livello di filosofia generale (che poi è essenzialmente ed esclusivamente etica) che a quello di filosofia del diritto, muovendo dal problema dell'interconnessione tra vita e filosofia, si consuma ogni pretesa formalistica o attivistica del pensiero moderno. Ma la filosofia del diritto di Capograssi, ricorda Opocher, lungi dall'essere un'applicazione della filosofia generale, ne è la vera premessa: è nel suo contesto, infatti, che si mette a fuoco il problema dell'azione e del suo destino. Nell'*Analisi* Capograssi cerca di afferrare non più ciò che i filosofi pensano della vita, ma ciò che la vita pensa di se stessa — dove vita significa « l'esperienza immediata, la coscienza pratica e attiva del soggetto ». Questo appare il vero compito della filosofia (se ed in quanto è vita) e i sistemi filosofici conseguono 'grandezza' nella misura in cui lasciano « salire alla superficie » ossia « alla chiarezza dell'idea questa conoscenza che la vita ha di se stessa e questa sua storia » (cit. da Capograssi, p. 27). La filosofia è perciò essenzialmente analisi dell'esperienza comune, dove comune sta per umano e dove l'umano, che vichianamente costruisce il mondo della storia, è il soggetto individuale che vuole e agisce: l'individuo 'gettato' nella vita che, inizialmente solo, trova negli altri la misura della vita stessa nella complessità di rapporti (con le cose, con gli uomini, con Dio) che essa esige ed esprime — l'individuo « gettato » nella vita (che è autorità e legge), spinto dall'esigenza di salvarsi dal male (= insterilimento dell'agente e dell'agire) cerca la legge etica (la tendenziale e irraggiungibile coincidenza di vita e idea della vita, di vita e legge della vita) che si divide, assecondando lo sforzo di salvezza dell'uomo, in legge giuridica (che tende a salvare l'azione) e legge morale (che prescrive di salvare l'agente). L'imperativo giuridico salva l'azione ricongiungendola al suo fondamento transindividuale: costringendola cioè ad essere ciò che 'realmente' è, al di là dei motivi effimeri che muovono la volontà particolare. Mentre l'esperienza del soggetto si costruisce nell'osservanza dell'imperativo in quanto emersione della volontà profonda (di vita, di verità, di bene) che agisce e informa dall'intimo della storia e della vita, anche inconsapevolmente, la sua azione. L'imperativo morale, dal suo canto, vuole la bontà dell'azione, incurante delle condizioni in cui si determina e i fini particolari a cui

tende: essa trova la sua radice nel vincolo di amore che lega, trasfigura, equipara le individualità aprendo la via alla loro salvazione. Nella piena consapevolezza, però, che, agostinianamente, senza l'intervento della Grazia, ogni salvazione è destinata 'umanamente' allo scacco.

Gli *Studi* appaiono ad Opocher l'opera più importante di questa fase, anche se oscurata dal successo de *Il problema della scienza giuridica*, per il seguito che quest'ultima opera ebbe tra i giuristi. Comunque è nel plesso teorico di queste due opere che Capograssi perviene alla maturazione della nozione di esperienza giuridica. Da un lato attraverso l'articolazione definitiva del triplice rapporto: diritto/verità (il fondamento del diritto, derivando dall'assoluto che è la fonte della verità-autorità, è identico a quello della ragione obbiettiva), diritto/azione (riconoscimento all'azione consapevole di sé di un'autonomia dall'agente che si converte in una forza oggettivante 'transindividuale', capace perciò di salvarla indipendentemente dall'agente), giuridico/metagiuridico (che ribadisce, nel nesso vita-diritto, il diritto stesso come un contenuto dell'azione e non come sua forma soltanto). Dall'altro lato, assumendo la scienza del diritto a momento costitutivo della stessa esperienza giuridica, Capograssi interiorizza la scienza all'esperienza e si distacca definitivamente dall'idealismo fondando una vera filosofia del diritto e non sul diritto. Certo Opocher non può non riconoscere che alcuni tratti del pensiero capograssiano, anche in questa seconda fase, sono ancora intrisi di idealismo; ma questo gli appare come una crisalide da cui si libera il pensiero originale di Capograssi che si misura con quell'idealismo come « la forma più alta, ma, appunto per questo, più pericolosa del pensiero moderno » (p. 35): quel pensiero che ha avuto l'arroganza di promuovere l'uomo al rango di dio. Dallo stadio ninfale, custodito dall'idealismo, il pensiero di Capograssi esce in compagnia di Vico e di Agostino — e Agostino, secondo Opocher, rappresenta l'unico legame tra Capograssi e l'esistenzialismo francese che viene metabolizzato nel suo pensiero senza alcuna velleità di arrivare ad una « metafisica dell'esistenza », ma solo nella direzione di un'etica « che ... presuppone ... una stretta solidarietà del soggetto individuale e della sua azione con la realtà che lo circonda e soprattutto con gli altri soggetti » (p. 37).

La terza fase (dal 1940 alla morte) è quella della massima autorità intellettuale e accademica di Capograssi, coeva a eventi storici cruciali e « terribili ». In essa Opocher scorge un ritorno ai temi originari « ma con una prospettiva in qualche modo rovesciata ». « Al centro della sua meditazione ... sta ancora la scissione tra filosofia e vita, ma non più dal punto di vista di una critica della filosofia moderna ... ma piuttosto dal punto di vista delle tragiche conseguenze che derivano al mondo storico dalle perversioni alle quali soggiace l'azione abbandonata a se stessa ... e cioè privata della luce della verità » (p. 39). Nel tentativo di afferrare lo 'spirito del tempo' in cui l'individuo (novello « Lazzaro »)

è gettato, Capograssi precisa la sua peculiare integrazione tra Agostino e Vico: tra la storia come umana costruzione del mondo e la storia come intervento di Dio e della sua Provvidenza. Talché il tempo nuovo gli appare come la possibilità di una tragica palingenesi in cui la metafora della Croce riapre la possibilità del sacrificio e della salvezza.

Al bisogno ineludibile di verità per l'azione, che si acuisce nel tempo della crisi presente, Opocher collega l'importanza che acquista nella filosofia del diritto dell'ultimo Capograssi il tema del processo che dà il tono a questa 'fase', e a cui Opocher dedica le *Riflessioni sull'ultima fase della filosofia del diritto di Giuseppe Capograssi*, il terzo saggio della raccolta. Qui Opocher si sofferma su quegli accenni incompiuti dell'opera capograssiana che, in questo ambito specifico (la filosofia del diritto), avrebbero potuto portare il filosofo lontano dalle sue posizioni mature, accenni perciò costituenti un lascito provocatorio per chi volesse seguirne l'indicazione.

Il compimento della fase matura del pensiero di Capograssi (la seconda) lascia intravedere già, secondo Opocher, dalla prospettiva di quest'ultima fase, l'emersione di due aporie riguardanti rispettivamente la volontà e l'azione. Da un lato, la volontà della vita che pulsa concreta nell'azione (rispondendo ad una volontà più profonda di quella particolare che empiricamente si determina) sta di fronte alla volontà oggettiva che risulta dalla riflessione della scienza, costitutiva dell'esperienza giuridica. Dall'altro lato, la verità dell'azione sembra oscillare tra l'essere considerata l'insieme dei valori dei quali l'azione è portatrice e l'insieme dei rapporti e delle situazioni che l'azione in quanto volontà esprime. Questa duplice dimensione aporetica è espressione della problematicità che investe il rapporto tra scienza (del diritto) e vita, tra immediatezza e riflessione: la crisi che Capograssi vive parte appunto da questi luoghi e viene riassunta da Opocher attorno a «tre nodi». Il problema della rinascita del giusnaturalismo, il problema del rapporto tra giuridico e metagiuridico, il problema del processo.

Al di là di ogni apertura alle nuove pretese giusnaturalistiche, Capograssi sembra restar fedele ad uno storicismo non relativistico (di matrice vichiana, sottolinea sempre Opocher) che gli fa considerare il cd. diritto naturale come una parte essenziale di quella verità che si produce nella storia umana e che, pertanto, non è fuori e prima del diritto positivo ma lo permea tutto, così come essendo presente alla radice dell'azione umana ha una sua vigenza indipendente da quella dello stesso diritto positivo: «...ogni epoca ha il suo proprio 'diritto naturale' come 'diritto positivo vigente' e come diritto non positivo, pure storicamente vigente» (p. 97). È in sostanza il giurista, che nel corso del suo lavoro sul diritto positivo, ha il compito di scoprire, difendere, far valere «le basi umane del diritto» custodite dal diritto positivo non ostante la 'crisi' e le possibili leggi ingiuste (la legge ingiusta, inserendosi nel più ampio quadro del diritto positivo, può

essere anch'essa convertita dalla riflessione del giurista a quelle stesse basi).

Il rapporto tra giuridico e metagiuridico è segnato in questa fase dall'irruzione dell'esperienza politica e dal riconoscimento della sua autonomia (anche se, inizialmente, negativa, in quanto l'assolutizzazione operata dalla politica di aspetti settoriali della vita provoca la crisi del diritto e della verità che esso incarna e tutela) che impone una modifica all'intero campo dell'esperienza. Capograssi nella fase sistematica della sua opera era pervenuto ad una concezione tripartita dell'esperienza umana (economica, giuridica, morale) al cui interno il diritto che vive nell'esperienza giuridica aveva una funzione mediatrice nell'ascesa dall'utile al bene, dal contingente al necessario, dal particolare all'universale. Nell'ultima fase, invece, le esperienze fondamentali diventano quattro — economica, giuridica, morale, politica. Ma la cosa più importante, per Opocher, è che l'esperienza giuridica non è più mediazione tra momenti della pratica, essa bensì presuppone l'intera sfera pratica, così da trarre la sua autonomia soltanto dal « compiuto e sistematico atto riflessivo che è la scienza del diritto » (p. 103). Quella giuridica, dunque, è l'unica esperienza riflessa che, pur conservando come suo contenuto essenziale la volontà profonda e oggettiva dell'azione umana, ha come sua 'materia' tutte le altre modalità dell'esperienza pratica. Da ciò, secondo Opocher, un suo rafforzamento (poiché la sua funzione oggettivante abbraccia l'intera sfera pratica), ma anche un suo indebolimento (espondendosi ad una tendenziale ricaduta nelle — o confusione con le — altre esperienze possibili). Relativamente a ciò, poi, un altro segno cospicuo di mutamento è rilevabile, per Opocher, a livello delle tre unioni (vita con vita, volontà con volontà, volontà con cosa) che, da articolazioni tipiche dell'esperienza giuridica — in quanto matrimonio, contratto, proprietà — diventano « beni » fondamentali delle esperienze dirette (i luoghi del metagiuridico), e ciò collocherebbe la volontà comune già *in re*: essa diventerebbe 'volontà giuridica' con l'apporto riflessivo dell'esperienza giuridica, la cui autonomia può, ormai, essere riconosciuta solo attraverso la scienza del diritto.

Il terzo nodo è costituito, per Opocher, dal rapporto tra diritto e processo: qui è la stessa concezione della verità, che ha sostenuto e sostanziato l'intera concezione di Capograssi sin dal suo distacco dall'idealismo, ad entrare in crisi; poiché, nel momento in cui il processo diventa il luogo eminente e forse esaustivo di ricerca della verità, questa non può più configurarsi come una volontà di valori, ma deve intendersi come verità di fatto. L'obiettività della volontà non risiede più nella sua determinazione assiologica, bensì in quella ontologica. La volontà obbiettiva non è più quella che, posta al di là di ogni limitata e limitante consapevolezza e realizzazione, dal 'profondo' guida l'azione, è bensì proprio la verità fattuale di ciò che ai diversi livelli viene voluto.

Obbiettivazione e obbiettività coincidono imponendo la coincidenza del voluto con il fatto. Opocher sottolinea con finezza come, in questo quadro così mutato del rapporto tra verità e azione, il problema della giustizia torna ad interessare direttamente l'esperienza giuridica: « solo sul piano del processo ... è possibile parlare della giustizia in senso giuridico e, quindi, di superare quell'esclusione del concetto di giustizia dall'esperienza giuridica che ... sembra caratterizzare la filosofica del diritto di Giuseppe Capograssi » (p. 109). Portando alle estreme conseguenze questa visione della verità — che però Opocher considera solo una tendenza non esplicitata dell'ultimo Capograssi — l'opera incompiuta del filosofo potrebbe porsi come « una fondazione speculativa di quel realismo giuridico che ... muove da una concezione empirica del diritto e sta, dunque, agli antipodi del pensiero capograsiano » (p. 110).

Il secondo saggio della raccolta è dedicato a *La filosofia politica di Giuseppe Capograssi* complessivamente intesa come « l'unica, compiuta, filosofia politica che l'esistenzialismo cristiano che si richiama in qualche modo ad Agostino abbia tentato » (p. 78). È uno studio di particolare interesse perché tocca, con un metodo ed un'attenzione originali, temi meno frequentati del pensiero capograsiano. Il metodo consiste nell'installarsi in quella che Opocher definisce la seconda fase della filosofia politica di Capograssi (che corrisponde all'ultima, la terza, della sua filosofia del diritto) per misurare da questa posizione la distanza che la separa dalla prima (quella del *Saggio sullo Stato* e delle *Riflessioni*); l'attenzione è essenzialmente rivolta al « carattere marcatamente realistico » (p. 54) di quest'ultima produzione filosofico-politica (= « decisa svolta realistica » (p. 71)). Il saggio, dunque, è tutto costruito sulla 'distanza' tra il primo Capograssi e quello della 'svolta' individuata nelle postume *Considerazioni sullo Stato* (opera che — diversamente da quella, ugualmente postuma, ma incompiuta e troppo frammentaria, di filosofia del diritto — permette una interpretazione e una valutazione meno sintomatica dello sviluppo del pensiero capograsiano). Ma 'svolta' e 'distanza', anche qui, vanno collocate, ricorda Opocher, nell'unità dello sfondo speculativo che, per quanto concerne lo Stato, resta ancorato fino alla fine a tre presupposti fondamentali: il primato della società sullo Stato, l'identificazione tra Stato e diritto, la critica ad ogni assolutizzazione di cui lo Stato si faccia portatore. Che cosa muta allora nella filosofia politica di Capograssi? Direi che, al di là dei singoli punti che esamineremo, ciò che Opocher pone particolarmente in risalto è uno spostamento nella posizione complessiva del punto di vista del filosofo che colloca nel campo della fisiologia quanto in un primo tempo aveva collocato in quello della patologia peculiare alla 'città terrena', cosicché una serie di connotati dello Stato non sono più testimonianza di tale patologia nè della perversione operata dal moderno dell'« idea umana » che esso rappresenta, ma vanno accettati,

anche se criticamente, come essenziali alla sua funzione nella storia dell'uomo.

Lo Stato delle *Considerazioni*, dunque, da 'idea umana' in senso vichiano che era nel *Saggio*, diventa forma delle volontà che si affrontano nella vita sociale. E finissima è la ricostruzione aporetica che Opocher propone del significato antiformalistico di 'forma' (pp. 58-61) che si nutre alle fonti più diverse del pensiero occidentale, da Blondel a Vico, da Agostino a Simmel, e trova nell'*Analisi dell'esperienza comune* la radice su cui crescerà l'idea di forma delle *Considerazioni*: « il profondo principio col quale il soggetto uscendo nel mondo dell'azione, si orienta e costruisce tutta la sua esperienza » (Capograssi, cit. p. 60). E lo Stato è forma essenzialmente di tre contenuti della volontà: la volontà di ordine, la volontà di disordine, la volontà di potere. Dove l'ordine non è soltanto la sicurezza hobbesiana ma anche la capacità di intervento per una migliore, più diffusa soddisfazione dei bisogni dell'uomo, e per una adeguata risposta alle aspettative di riconoscimento delle capacità individuali. Dove il disordine, quasi una pulsione di creatività dissipativa, accompagna il primo contenuto come un'ombra: esponendo, nella sua distruttività, l'uomo al pericolo, annuncia il nuovo. Dove il potere, basandosi sulla necessaria conflittualità dell'attività politica, soddisfa il bisogno organizzativo dei due primi contenuti attraverso la gerarchizzazione della società in base al nesso comando-obbedienza. Lo Stato è forma, dunque, in quanto *moderamen* di queste tre volontà: « Tutta la problematica politica è per Capograssi la storia delle spinte e contospinte che si determinano tra le volontà che tendono ad assolutizzarsi e lo stato che tende ad imbrigliare questa loro tendenza, ora riuscendo nel suo compito, ora venendone sommerso fino ad assolutizzarsi a sua volta secondo la volontà prevalente », che, se sarà l'ordine, costituirà lo Stato conservatore, se il disordine, lo Stato rivoluzionario, se il potere, lo Stato come « puro assetto di potere » (p. 65). Questa funzione di *moderamen*, per altro, porta all'identificazione tra Stato e diritto pubblico, al cui interno la nozione di Stato di diritto connota essenzialmente la funzione stessa dello Stato (esprimere l'unità del diritto) e non una sua tipologia. La vera 'distanza' (« frattura » è detto a p. 67) dalle posizioni giovanili è certamente nell'annoverare nella fisiologia dello Stato quelle volontà (disordine e potere) che avevano definito la patologia dello Stato nel *Saggio*: ma Opocher va ancora oltre, le stesse assolutizzazioni di volontà (caratteristiche del totalitarismo e più in generale dello stato contemporaneo, che tende ad essere rivoluzionario o a ridursi a puro apparato di potere), ancorché patologiche, hanno una « radice fisiologica » (p. 75); espongono, cioè, l'individuo al pericolo radicale di perdersi nella totale svalutazione della propria vita « e lo induce a quell'atto di riflessione segreta sulla sua vita, sul significato della vita e il suo vero fine, che è insomma il vero segreto supremo atto di libertà nel quale l'individuo ritrova se stesso » (Capo-

grassi, cit. *ibidem*). E con ciò, suggerisce Opocher, Capograssi, fedele alla vita più che alle dottrine, prende distanza, nella sua ultima 'fenomenologia politica' anche da Agostino, ponendosi «non solo come uno dei maggiori filosofi cristiani del nostro tempo, ma anche come uno dei pochissimi teorici politici che abbiano saputo cogliere il segreto principio dal quale si diparte la complessa, confusa e contraddittoria esperienza politica che stiamo vivendo» (p. 80).

FRANCESCO M. DE SANCTIS

Fiammetta PALLADINI, *Samuel Pufendorf discepolo di Hobbes - Per una reinterpretazione del giusnaturalismo moderno*, Il Mulino, Ricerca, Bologna 1990, p. 297.

Régulièrement cité au nombre des Fondateurs de l'Ecole du Droit de la Nature et des Gens et comme l'un des représentants les plus typiques du jusnaturalisme moderne, Pufendorf est longtemps resté un des auteurs les plus mal connus de l'histoire de la pensée juridique moderne. Cette situation ne tient pas tant aux vicissitudes de l'Ecole du Droit naturel moderne, dont il partage la destinée, qu'à la singularité de son oeuvre et de sa pensée, qui ont été l'objet des jugements les plus contrastés du XVIIe siècle à nos jours. Célébré ou dénigré en son temps, soit comme «le premier qui ait songé en Allemagne à établir une science de la morale selon la méthode mathématique» (Thomasius), soit comme «un homme dénué d'esprit juridique et plus encore d'esprit philosophique» (*vir parum jurisconsultus minime philosophus*) (Leibniz), il apparaît voici moins d'un siècle tout à la fois porté aux nues par les publicistes et par les historiens d'outre-Rhin comme un «penseur génial» (Bluntschli) et comme un esprit «d'une rare érudition et d'un jugement exceptionnel» (Treitschke), et ridiculisé par les internationalistes et politologues français comme «une intelligence épaisse» (Pradier-Fodéré) et «sans aucune originalité» (Janet).

Après les études et les conclusions à la fois solides et nuancées de N. Bobbio, de L. Krieger, de J. Brufau-Prats, de W. Röd, de H. Denzer et de M. Bazzoli ces dernières décennies comme après le point fait par la toute récente *Cambridge History of Modern Political Thought* (1991), on pouvait imaginer être maintenant au clair sur Pufendorf, «philosophe typiquement syncrétiste» (Bobbio), «type fondamental du médiateur» (Krieger), «conciliateur du disparate» (Denzer), à l'origine d'une «synthèse originale» (Bazzoli) entre les positions philosophico-juridiques de Hobbes et celles de Grotius. C'était compter sans les infatigables et tenaces recherches de F. Palladini, spécialiste du jurisconsulte et philosophe saxon comme de la littérature pufendorfien-

ne ⁽¹⁾, qui, sur les traces de V. Goldschmidt, de R. Derathé, de R. Labrousse et surtout de G. Sortais ⁽²⁾, entend révéler en Pufendorf avec le présent ouvrage « le seul grand disciple que Hobbes ait jamais eu » (p. 16) et fait, bon gré, mal gré, pour le démontrer, de l'auteur du *De Jure Naturae et Gentium* un « philosophe au masque » comme on l'a longtemps dit de l'auteur du *Léviathan*. L'entreprise était hasardeuse, quelles que fussent les compétences de l'auteur; le résultat, pour n'être pas entièrement convaincant, n'en est pas moins troublant — il oblige en tout cas à repenser Pufendorf et incite, à tout le moins, comme le suggère le sous-titre du livre, à « une réinterprétation du jusnaturalisme moderne ».

L'objectif poursuivi par F. Palladini est en fait *double* et il conditionne la structure *bipartite* de son livre: c'est qu'il s'agit pour elle d'abord d'établir la substance fondamentalement hobbesienne de la pensée pufendorfienne (*Parte Prima: Pufendorf lo hobbesiano*, pp. 31-171) et ensuite d'expliquer les raisons de l'image antihobbesienne véhiculée à son sujet par la *vulgaris opinio* (p. 8) dès la fin du XVII^e siècle (*Parte Seconda: Perché Pufendorf è passato per un antehobbesiano*, pp. 173-280).

Prenant ainsi d'abord acte de « l'imposante présence des doctrines de Hobbes dans l'oeuvre de Pufendorf » (p. 21) — « *non c'è questione, écrit-elle, (importante o meno) trattata da Pufendorf, a proposito della quale egli non confronti la propria posizione con quella del suo grande predecessore* » (p. 16), à telle enseigne qu'en collationnant tous les passages du *De Jure Naturae et Gentium* relatifs à Hobbes, « *otterremmo il commentario più imponente e importante che il De Cive abbia mai avuto* » (p. 19) — elle se propose à cet égard dans la *première partie* non seulement de montrer « que le *De Cive* est une des sources principales du *De Jure* » et « que Pufendorf soutient de nombreuses thèses hobbesiennes » (p. 21), mais surtout et au premier chef de démontrer « *che Pufendorf pensa con mente hobbesiana il cuore stesso della sua dottrina; che egli è un discepolo di Hobbes* » (*ibid.*) ... « *forse l'unico grande discepolo che questi abbia mai avuto* » (p. 16).

Au risque de décevoir les historiens de la *philosophie du droit* ou plus encore ceux de la *pensée politique*, parmi les nombreuses questions au sujet desquelles Pufendorf se révèle « un hobbesien de stricte observance » (p. 20), ce n'est pas celle de la *définition de la loi* (JNG, I/VI/§4: *Quid sit Lex?*), ni celle des *causes de la formation de la société politique* (JNG, VII/I: *De causa impulsiva constituendae civitatis*); ce

(1) Cf. en particulier, outre de nombreux articles, sa remarquable présentation critique des réactions suscitées par l'oeuvre de Pufendorf à sa parution: F. PALLADINI, *Discussioni seicentesche su Samuel Pufendorf - Scritti latini: 1663-1700*, s.l., Il Mulino, 1978, p. 484, dont nous avons rendu compte ailleurs, *Archives de philosophie du droit*, Paris, 1980, pp. 533-534.

(2) Voir note 4, pp. 24-25.

n'est pas davantage la doctrine des *parties de la Souveraineté* (JNG, VII/IV: *De partibus summi imperii*), ni celle de l'*indivisibilité de la Souveraineté* (JNG, VII/IV/§11: *Cohaerentia partium summi imperii demonstratur*) que F. Palladini choisit pour exemples privilégiés de sa démonstration du hobbésianisme foncier de Pufendorf, mais ce sont deux problématiques de nature totalement différente: la première, d'ordre *éthique* — la théorie de l'*obligation* — la seconde, d'ordre *anthropologique* — la conception de la *nature de l'homme* —, qu'elle examine en se fondant essentiellement sur la comparaison du *De Jure Naturae et Gentium* de 1672, accessoirement du *De Officio* de 1673 et de la *Dissertatio de Statu Hominum naturali* de 1674, avec le *De Cive* de 1642 et accessoirement le *Léviathan* de 1651, dûment répertoriés parmi les ouvrages de la bibliothèque de Pufendorf (cf. note 2, p. 15, voir p. 23). C'est en effet, d'une part, en se livrant dans un *premier chapitre* (*Capitolo primo: La teoria dell'obbligazione*, pp. 33-90) à un examen minutieusement documenté de la théorie pufendorffienne de l'obligation, de sa matrice hobbésienne à sa patiente réélaboration par le jurisconsulte saxon à travers l'approfondissement des notions mêmes d'obligation, de supérieur et de sanction, et, d'autre part, en se consacrant dans un long et substantiel *deuxième chapitre* (*Capitolo Secondo: Natura dell'uomo e stato di natura: la dottrina della socialitas*, pp. 91-171) à l'étude circonspecte de la doctrine pufendorffienne de la « nature sociale » de l'homme avec ses implications conceptuelles à fortes résonances hobbésiennes comme « l'état de nature » et la « loi de sociabilité », que la sagace historienne italienne se fait fort d'établir, non seulement « la preuve de l'influence sur Pufendorf » (p. 79), mais encore le véritable « héritage hobbésien » (p. 135) des théories pufendorffiennes.

La texture foncièrement hobbésienne de la pensée de Pufendorf ainsi démontrée à l'exemple de la théorie de l'obligation comme de la doctrine de la nature de l'homme, F. Palladini s'attache alors dans la *seconde partie* à élucider les raisons de « l'affirmation et de la consolidation à travers les siècles de l'image d'un Pufendorf antihobbésien » (p. 153). Adoptant un ordre quelque peu déconcertant pour qui entend suivre le développement de la pensée pufendorffienne, F. Palladini s'y arrête d'abord en un *premier chapitre* à la place que Pufendorf s'attribue lui-même dans l'histoire de l'éthique par rapport à Hobbes, à Grotius et à Cumberland (*Capitolo primo: Il posto di Pufendorf nella storia dell'Etica secondo Pufendorf*, pp. 175-188), pour mettre ensuite en évidence en un *second chapitre* le rôle plus particulier de la pensée de Cumberland dans l'élaboration de la pensée pufendorffienne (*Capitolo secondo: Il ruolo di Cumberland*, pp. 189-243); ce n'est qu'en un *troisième chapitre* qu'elle aborde, en se livrant à une analyse qu'elle reconnaît elle-même singulièrement réduite (p. 245), les traits antihobbésiens du premier traité de droit naturel de Pufendorf (*Capitolo terzo:*

Tratti antihobbesiani degli «Elementa», pp. 245-271), pour terminer enfin dans un bref *quatrième chapitre*, par l'évocation de l'influence de Barbeyrac dans la diffusion de l'image antihobbesienne de Pufendorf (*Capitolo quarto: Il fattore Barbeyrac*, pp. 273-280).

La conclusion (*Conclusionone*, pp. 281-283), c'est donc qu'à l'encontre de ce que Barbeyrac est parvenu à accréditer en ramenant en particulier « Pufendorf à ses propres principes » (p. 276) — ceux des *Elementa* — voire à l'encontre de l'idée que l'intéressé lui-même, victime « d'une sorte d'auto-illusion rétrospective » (p. 176), se faisait de l'opposition de sa propre pensée à celle de Hobbes, Pufendorf a fondamentalement « un cœur ou si l'on préfère un esprit hobbesien » (p. 281), qu'il est bien « un disciple de Hobbes » et non, comme on l'a longtemps retenu — mais l'auteur avec beaucoup de modestie hésite à l'avancer (il faudrait à son sens pour pouvoir l'établir « un autre livre, voire un autre interprète », p. 282) — « un partisan de Grotius » (p. 281).

Parcille conclusion emporte-t-elle l'adhésion? En d'autres termes, F. Palladini est-elle parvenue à prouver de manière convaincante ce qu'elle se proposait de démontrer? ⁽³⁾ A dire vrai, autant nous paraissent convaincantes les confrontations serrées de textes des oeuvres de la maturité de Hobbes et de Pufendorf par lesquelles l'auteur entend établir dans la *première partie* à la fois la matrice et la mouvance hobbesiennes des fondements éthiques et anthropologiques de la pensée pufendorfiennne, autant nous laissent perplexe les tentatives d'élucidation de l'antihobbesianisme traditionnellement prêté à Pufendorf auxquelles elle se livre dans la *seconde partie* en affirmant tout à la fois les origines pufendorfiennes (ch. 1) et barbeyraciennes (ch. 4), volontaires (travestissement cumberlandien, ch. 2, notamment p. 225) ou involontaires (auto-illusion rétrospective, *ibid.*), fondées (ch. 3) ou infondées de cette légende, pour finir par reconnaître la complexité de l'itinéraire philosophique de Pufendorf, qui pourrait bien n'avoir été hobbesien que « l'espace d'un matin » (p. 268).

C'est en effet un contraste singulier qu'offrent les deux parties du livre. Dans la *première* la confrontation des textes, limitée pour l'essentiel à ceux des oeuvres de la maturité — et, faudrait-il ajouter pour le *De Jure Naturae et Gentium* à la première édition de 1672 (cf. p. 41, n. 10, voir p. 82) —, établit de façon indubitable l'assise et l'empreinte hobbesiennes non seulement de la théorie pufendorfiennne de l'obligation, mais surtout de toute la problématique de la loi naturelle fondamentale de sociabilité

⁽³⁾ Cf. p. 21: « Quello che noi ci proponiamo di dimostrare non è solo che il *De Cive* è una delle fonti principali del *De Jure*, o che Pufendorf sostiene molte tesi hobbesiane ... (ma) che egli è un discepolo di Hobbes, non nel senso più riduttivo e banale (in cui, pure, come abbiamo visto, lo fu) di ripeterne invariate numerose dottrine, ma nel senso ben più radicale che il suo pensiero si svolge, precisa e sviluppa in continuo serrato colloquio con quello di Hobbes, tanto che i nodi dell'uno sono, a seconda dei casi, specchio, risposta e ripensamento dei nodi dell'altro ».

de Pufendorf (cf. pp. 135 ss.), qui ne résulte pas, comme on le sait, directement de la *nature de l'homme*, mais s'impose comme un *impératif* pour sa survie (*ut salvum sit*, JNG, II/III/§15) et représente de ce fait un des véritables casse-têtes de l'interprétation traditionnellement donnée du jusnaturalisme pufendorffien. Particulièrement frappante à cet égard nous apparaît la démonstration des origines hobbesiennes de la conception et de l'état de nature pufendorffien (même teneur, même fonction, même usage chez Hobbes et Pufendorf, cf. p. 138) et de la loi de sociabilité (même sphère d'application, même processus déductif, même fondement de sa force obligatoire chez l'un et l'autre, cf. pp. 137-138), la loi fondamentale de sociabilité du *De Jure Naturae et Gentium* de Pufendorf (JNG, II/III/§15) n'étant qu'une nouvelle mouture de la loi fondamentale de recherche de la paix du *De Cive* de Hobbes (c. II/§2) et par-delà de ses *Elements of Law Natural and Politic* (I/XVII/§15, cf. p. 137). Nul doute que F. Palladini renouvelle ici de manière décisive l'étude de la pensée pufendorffienne et n'incite du même coup, comme c'était son dessein, à une « réinterprétation du jusnaturalisme moderne ».

Tout au contraire, l'élucidation de la réputation antihobbesienne de Pufendorf et la laborieuse reconstruction de son sinueux itinéraire philosophique, qui font l'essentiel de la *deuxième partie*, si elles apparaissent toujours aussi sérieusement documentées et menées avec une égale maîtrise de la pensée jusnaturaliste — non seulement de Pufendorf et de Hobbes, mais aussi de Cumberland et de Barbeyrac — n'en appellent pas moins — peut-être en raison même de la subtilité déployée par l'auteur — de sérieuses réserves. Nous n'en retiendrons que deux, se rapportant l'une à la propension de l'auteur à mieux connaître Pufendorf que Pufendorf lui-même, l'autre à la place qu'elle attribue aux *Elementa* dans l'économie générale de son entreprise.

Revers de l'exceptionnelle connaissance des textes pufendorffiens qui la caractérise, des différentes éditions du *De Jure Naturae et Gentium* aux oeuvres polémiques et à la correspondance, F. Palladini ne nous paraît d'abord pas avoir su toujours triompher de la tentation de mieux connaître Pufendorf que ce dernier ne s'est lui-même connu, forçant plus d'une fois l'incertitude ou l'incohérence de sa pensée. Sous le couvert de « *pietas ricostruttrice* » (p. 285), cette attitude se traduit en un *premier temps* par la grave affirmation à propos de la place de Pufendorf dans l'histoire de l'éthique (ch. 1, pp. 175 ss.) à la fois de l'*opportunisme* et de « *l'auto-illusion rétrospective* » (p. 176) dont aurait fait preuve Pufendorf en s'affirmant antihobbesien dans la définition de sa place par rapport à celles de Hobbes et de Cumberland, du fait de sa préoccupation prioritaire de se défendre de l'accusation de hobbesianisme: « *La preoccupazione principale di Pufendorf, infatti — perfettamente comprensibile, d'altronde, a chi ha presente la virulenza degli attacchi a cui la sua dottrina andò incontro e come in essi l'accusa di*

hobbismo si saldasse a quella di ateismo — (...) fu quella di difendersi dall'accusa di essere un seguace di Hobbes, e nel contempo di rimanere il più possibile fedele alle sue idee. Ne risultò una sorta di autoillusione retrospettiva, in virtù della quale, dovendo convincere gli avversari che i suoi principi non potevano essere accomunati in una sommaria condanna a quelli dei Carneade, dei Machiavelli, degli Hobbes, egli finì per convincere se stesso che la sua filosofia e quella di Hobbes avevano fondamenti del tutto opposti» (ibid.). Mais il y a plus: la même attitude conduit l'auteur en un *second temps*, à propos de l'utilisation faite par Pufendorf de Cumberland dans la deuxième édition du *De Jure Naturae et Gentium* de 1684 (ch. 2, pp. 189 ss.) à l'impasse du « dilemme infâmant » — *sit venia verbo* — d'un Pufendorf trompeur ou trompé, tricheur ou dupe, occultant sa pensée hobbésienne sous les oripeaux avantageux de celle du théologien de Cambridge ou s'auto-illusionnant à nouveau, cette fois-ci sur la convergence de ses propres principes avec ceux de Cumberland: « *le possibilità che si presentano alla mente dell'interprete sono due, e questi oscilla tra l'una e l'altra senza riuscire a risolversi per l'una o per l'altra. Da un lato, infatti, si può ipotizzare che Pufendorf fosse perfettamente consapevole della grande differenza che correva tra il proprio sistema e quello di Cumberland e che, nel citare quanto più di quest'autore fosse possibile (e proprio nei punti cruciali e più controversi della sua dottrina), egli non si curasse affatto delle incongruenze che in tal modo vi si introducevano, giustappunto perchè la sua era un'operazione di occultamento del suo vero pensiero, un tentativo di gettare polvere negli occhi degli avversari, distogliendo la loro attenzione da tutto ciò che in esso giustificava le accuse di « hobbismo » e di « indifferentismo », e accentrandola sul « naturalmente buono » e sull'immutabile « natura delle cose » di Cumberland. L'altra ipotesi è che, con un processo di autoinganno simile a quello in virtù del quale, con gli anni, egli si convinse che il suo pensiero era del tutto opposto a quello di Hobbes, il nostro autore vide in Cumberland solo quel che era in qualche modo compatibile con la sua dottrina e si nascose il molto che la contraddiceva « apertis verbis » (p. 225).*

Philosophe au masque ou philosophe dupe? F. Palladini paraît, concédons-le, revenir elle-même de l'impasse où elle s'est mise en tentant de forcer la pensée pufendorfienne: « *Detto questo bisogna tuttavia anche ribadire con forza che le cose non sono poi, nel sistema di Pufendorf, così lineari ed univoche come le abbiamo velocemente presentate qui per sottolineare riassuntivamente la differenza che corre tra il suo e quello di Cumberland* » (p. 228). Elle n'en renie cependant pas pour autant sa conception du caractère tortueux du cheminement philosophique de Pufendorf.

Nous abordons par-là notre *deuxième réserve*, concernant la portion congrue dévolue par l'auteur aux *Elementa jurisprudentiae universalis* de 1660 dans la conception de son livre aussi bien que dans le

développement de son argumentation. A cet égard, la détermination de F. Palladini à démontrer la matrice, la texture et la mouvance hobbesiennes de toute la pensée de Pufendorf nous paraît l'amener d'abord, sur un plan purement formel, à indûment minimiser la place revenant au premier traité de droit naturel de Pufendorf, d'une part, en repoussant significativement son examen à l'avant-dernier chapitre du livre (*Deuxième partie*, ch. 3, pp. 245-271); d'autre part, en limitant son analyse — dont elle concède elle-même qu'elle devrait être « *minuziosa e globale pari almeno a quella cui abbiamo tentato di sottoporre le sue opere mature* » (p. 245) — aux traits antihobbesiens comme au remploi des textes mêmes du traité de jeunesse relatifs à la *nature sociale* de l'homme (pp. 246 ss. et pp. 254 ss.) et à l'*origine de la société civile* (pp. 258 ss.) dans l'oeuvre principale de la maturité. La même détermination à faire la preuve de l'hobbesianisme de Pufendorf nous paraît induire ensuite l'auteur, sur le plan *matériel* cette fois-ci, par-delà quelques formules malheureuses à propos du fondement hobbesien de la conception pufendorffienne *originelle* de la *nature de l'homme* ⁽⁴⁾, d'un côté, à la reconstitution d'un *itinéraire philosophique pufendorffien singulièrement tourmenté* entre ce que nous appellerons un « antihobbesianisme primaire », celui de l'oeuvre de jeunesse (« *partito da una visione superficiale del pensiero dell'autore inglese ...* », p. 268), et ce qu'il faut bien dénommer un « antihobbesianisme opportuniste et d'affectation », celui de la maturité tardive (« *le reazioni scomposte degli avversari, l'influenza fuorviante di altri autori, il continuo riemergere di « vene » diverse nel suo pensiero (...) lo indussero ad attenuare il suo hobbesismo e a ripensarsi nei termini di appartenenza a una tradizione di pensiero dichiarata opposta a quella in cui veniva inserito Hobbes* », *ibid.*), à telle enseigne qu'elle-même cherche à conjurer l'objection malicieuse d'un hobbesianisme pufendorffien qui n'aurait duré, entre 1663 et 1674, que « *l'espace d'un matin* » (p. 268); d'un autre côté, à une récusation contestable de l'interprétation antihobbesienne donnée par Barbeyrac de la pensée de Pufendorf « à partir de ses propres principes », à savoir les thèses développées dans les *Elementa* de 1660 et dans le *Specimen controversiarum circa naturale* de 1678.

La thèse de l'allégeance hobbesienne de Pufendorf dans ses ouvrages de la maturité démontrée de manière convaincante dans la *première partie* du livre ne gagne en définitive rien à être forcée dans la *seconde partie* avec la minimisation de l'importance des *Elementa*, l'hypothèse d'une « auto-illusion rétrospective » de Pufendorf sur sa place dans l'histoire de l'éthique ou l'affirmation d'un antihobbesianisme de pur opportunisme. A vouloir rendre trop *raison* de l'itinéraire philosophi-

(4) Cf. pp. 178-170: « Che Pufendorf dunque *inizialmente* sentisse anche nella soggettività della propria consapevolezza, quel che ... abbiamo cercato di dimostrare sopra » et « così stavano *originariamente* le cose nella mente di Pufendorf ».

que de Pufendorf, F. Palladini pourrait bien tout à la fois en forcer le cours incertain et en méconnaître les impératifs étrangers à la philosophie, tant il est vrai que Pufendorf est sans doute moins un *philosophe*, comme l'avait bien perçu Leibniz, qu'un *penseur politique* ordonné à la reconstruction et à la défense de l'ordre étatique.

Ces réserves formulées, on ne saurait assez souligner les qualités de réflexion et d'écriture dont témoigne le livre de F. Palladini, autant que la connaissance admirable de Pufendorf dont il fait foi. Etayé par un volumineux appareil de notes, chapitre par chapitre, renvoyant à toute la littérature, classique ou récente, effectivement utilisée, sur Hobbes, Pufendorf, Cumberland et Barbeyrac, comme aux passages-clés de leurs oeuvres, et complété par deux précieux index des passages et des auteurs cités, il représente assurément l'ouvrage le plus pénétrant consacré aux bases philosophiques de la pensée juridique de Pufendorf de ces vingt dernières années et contribue de ce fait de manière décisive au renouvellement de la compréhension des thèses fondamentales de l'École du Droit naturel moderne.

ALFRED DUFOUR

Vincenzo PIANO MORTARI, *Cinquecento giuridico francese - Lineamenti generali*, Liguori Editore, Napoli 1990, 398 p.

« Dans l'histoire de la jurisprudence moderne », écrivait voici 170 ans Savigny dans sa fameuse lettre à la Revue *Thémis* sur l'*Histoire de Cujas* par M. Berriat-Saint-Prix, « il n'y pas d'époque plus brillante que celle du XVI^e siècle. C'est alors que la science du droit eut véritablement un grand et noble caractère, qu'elle n'a jamais retrouvé depuis » ⁽¹⁾. Et le célèbre jurisconsulte allemand soulignait: « En réfléchissant sur l'éclat dont brillait cette glorieuse époque, on s'aperçoit bientôt qu'il ne faut pas l'attribuer à une cause particulière ou isolée; des circonstances diverses et très compliquées y ont concouru: la principale cause est, sans contredit, le génie et le caractère même des individus; mais il faut en reconnaître une autre bien puissante dans les institutions qui existaient alors » ⁽²⁾.

Circonstances, institutions, génie et caractère des individus — ces causes de « l'éclat dont brillait », aux yeux de Savigny, la « glorieuse époque » de l'humanisme juridique français déterminent assurément les grandes articulations du dernier ouvrage de Vincenzo Piano Mortari, puisque cet ouvrage, essentiellement centré, sous le titre *Seizième siècle juridique français*, sur l'âge d'or de l'humanisme juridique en France, apparaît subdivisé en cinq chapitres, dont les trois premiers traitent précisément des *circonstances* et des *institutions* qui expliquent l'essor du mouvement en en

(1) Cf. *Thémis on Bibliothèque du jurisconsulte*, t. 4, Paris 1822, p. 194-195.

(2) *Op. cit.*, p. 195.

situant le *contexte politique et administratif* (Capitolo I: *Il regno: le istituzioni politiche e amministrative*, pp. 9-46), le *système des sources du droit* (Capitolo II: *Le fonti del diritto*, pp. 51-88) et les *institutions juridiques* (Capitolo III: *Gli istituti del diritto positivo*, pp. 93-182), cependant que les deux derniers, qui font à notre sens l'intérêt majeur du livre, mettent magistralement en évidence le *génie* et le *caractère* propres des « *Magni Galli* » en retraçant, à travers une série de paragraphes de type monographique consacrés aux *individualités* marquantes de l'humanisme juridique en France, la *confrontation des méthodes* (Capitolo IV: *L'affacciarsi del « mos gallicus » e la resistenza del « mos italicus » nella dottrina giuridica*, pp. 195-276) et les *orientations principales de la science juridique* de la fin du siècle (Capitolo V: *La « scientia juris » nella seconda metà del Cinquecento*, pp. 277-391).

Ainsi conçu l'ouvrage n'est cependant pas entièrement nouveau. Comme l'auteur l'annonce d'emblée (*Nota al testo*, p. 8), ce livre procède en effet de la série d'études que V. Piano Mortari a publiées depuis 1955 « sur les divers aspects de l'histoire du droit en France au XVI^e siècle »; « il ne constitue toutefois pas seulement », précise encore V. Piano Mortari, « une synthèse de ses recherches précédentes, mais le résultat d'approfondissements ultérieurs de thèmes déjà étudiés comme de recherches sur des problèmes laissés de côté » (*ibid.*). Et de fait on se félicitera de retrouver ici, intégrées en un seul volume, tant de leçons et d'études de l'historien du droit de l'Université de Rome, dûment étoffées et développées, de l'éclairant cours donné à l'Université de Catane en 1965-1966 (déjà publié en 1966 sous le titre *La scienza giuridica del secolo XVI - Aspetti della Scuola culta*) aux savantes études sur *Dialectique et jurisprudence* de 1955 (publiées dans les *Annali di Storia del Diritto* de 1957, pp. 293-401, puis rééditées en 1976 dans *Diritto, Logica, Metodo nel Secolo XVI*, pp. 117-266) et aux magistraux exposés parus en 1980 sur les institutions du Royaume et sur la science juridique en France dans *Gli inizi del diritto moderno in Europa* (Capitolo IV, pp. 113-145 et Capitolo VII, pp. 307-372) et des lumineuses recherches sur Guillaume Budé de 1961 (parues une première fois en 1967 dans les *Studia Gratiana XIV* (et non XV, cf. p. 395), pp. 437-458, puis reprises en 1976 dans *Diritto, Logica, Metodo, op. cit.*, pp. 321-348) aux pénétrantes considérations sur la méthode juridique de Baron et de Le Douaren (publiées déjà en 1969 dans *Labeo*, 15/1, pp. 7-32, et reprises en 1976 dans *Diritto, Logica, Metodo, op. cit.*, pp. 367-406).

En reprenant ainsi, souvent textuellement, ses écrits pour les développer et surtout les situer dans le cadre général des *circonstances* et des *institutions* du XVI^e siècle français, éclairant les uns par les autres, V. Piano Mortari ne *module* pas seulement des *variations* sur des thèmes plus ou moins mal connus des historiens du droit moderne; il *réalise* surtout, sur un mode symphonique, une véritable *synthèse* des recherches de ce dernier demi-siècle sur l'humanisme juridique fran-

çais, dont il est l'un des meilleurs connaisseurs. Car, comme il le souligne lui-même en avertissement (p. 8), la reprise de ses leçons et études antérieures est alimentée par la plupart des contributions nouvelles des autres historiens du droit sur le sujet, comme en témoignent les appendices bibliographiques très fournis qui suivent chaque chapitre et dont la richesse confond le lecteur le mieux informé.

L'ouvrage s'ouvre donc sur un tableau général des *institutions politiques et administratives* du Royaume de France au XVI^e siècle (*Capitolo primo*, pp. 9-46), qui apparaît centré sur les *mutations* et les *constantes* des *structures* fondamentales de la Monarchie française (cf. 2. *Trasformazione e continuità delle strutture politiche ed amministrative dello Stato*, pp. 11-46). L'auteur s'y attache, d'une part, à suivre, avec les aléas de la formation de l'unité du Royaume, le processus de reconstitution de l'autorité royale — vis-à-vis des Grands Féodaux comme vis-à-vis du Souverain Pontife — d'autre part, à mettre en évidence les instruments de la politique royale sur le plan central — du *Conseil du Roi* au *Parlement de Paris* — comme sur le plan local — des *baillis* et *sénéchaux* aux différentes catégories de *prévôts* sans oublier les *magistratures municipales* — enfin à dégager la spécificité de l'affirmation de la figure du Roi sur le double plan *religieux* — avec la sacralisation de sa personne — et *politique* — avec « le passage de l'idée du *Roi-Justicier* à celle du *Roi-Législateur* » — à son sens « *la differenza più profonda tra il re medievale ed il nuovo re* » (p. 29). Ce faisant, V. Piano Mortari ne manque pas de souligner à la fois l'utilisation qui est faite du rôle unificateur de l'Église comme facteur d'unité nationale — « *nello stesso tempo, anche la grande forza religiosa della Chiesa venne utilizzata in un ruolo di unificazione spirituale al servizio dell'assolutismo, come forza nazionale, come strumento dell'unità morale del popolo francese ...* » (p. 30) — et la fonction dévolue à la nouvelle « idée de l'État » comme entité autonome — « *sorse (...) solo nel secolo XVI, come ha ben detto di recente uno studioso, l'idea dello Stato come entità distinta, dotata di esistenza autonoma* » (pp. 39-40) — formulée aussi bien par les Monarchomaques que par les tenants de la cause monarchique, parmi lesquels il relève à juste titre Bodin, sur lequel il reviendra longuement dans le dernier chapitre (cf. *Capitolo V*, 6. *Jean Bodin: il pensiero giuridico, il metodo storico, la teoria politica*, pp. 310-358). Il s'en faut de beaucoup cependant qu'il laisse pour autant dans l'ombre les éléments de continuité et les facteurs de résistance à l'action royale, soulignant aussi bien les fonctions de défense des privilèges locaux des *Parlements de province* comme des autres *Cours souveraines - Chambres des Comptes, Cours des Comptes, Cours des Aides* - avec pour conséquence le paradoxe de « *l'articolarsi continuo di iniziative politiche con scopi centralistici con altre invece di conservazione gelosa dei privilegi locali* » (p. 37), que l'inadéquation des États Généraux, expression officielle de la Nation, aux objectifs politiques absolutistes de la monarchie, qui leur

préfèrera significativamente à son sens les *Assemblées de Notables* (cf. pp. 37-38). Mais le contraste que note l'auteur entre les *conditions d'action* et les *objectifs politiques* de la monarchie — « *il contrasto tra le condizioni effettive della monarchia e le sue mete politiche della nuova età* » (p. 39) — se reflète peut-être avec le plus de clarté dans le domaine des *sources du droit* du fait de la multiplicité et de la diversité des normes, du droit royal des *Ordonnances* aux *Coutumes* et aux innombrables *statuts municipaux*. Aussi est-ce aux sources du droit qu'il s'arrête dans son *deuxième chapitre* de nature beaucoup plus problématique.

Sous le titre *Les sources du droit* (*Capitolo II*, pp. 51-88), V. Piano Mortari ne se borne pas en effet à exposer dans toute leur complexité les différentes catégories de sources formelles, des *Lois fondamentales du Royaume* aux *Coutumes* et aux *Statuts municipaux* (cfr. 1. *Le leggi fondamentali dello Stato, il diritto regio, gli arrêts*, pp. 51-56; 2. *Redazione e riforma delle coutumes. Gli statuti*, pp. 56-69); il s'arrête aussi bien à la place et à la signification du *droit romain* comme aux manifestations de rejet qu'il suscite de la part des auteurs coutumiers (cf. 3. *Il diritto comune, il concetto di ratio scripta, il nazionalismo giuridico*, pp. 69-88).

Concernant les différentes catégories de *sources formelles*, c'est à juste titre qu'il s'attache à évoquer l'importance des dispositions de l'Ordonnance de Montils-les-Tours de 1454 prescrivant la rédaction officielle des *Coutumes*. Celui est l'occasion de souligner en particulier ses incidences sur le *renversement de la hiérarchie des sources du droit* à raison du rôle qu'y joue la volonté royale — « *Ora la procedura stabilita dall'Ordinanza di Montils-les-Tours per redigere le coutumes modificò in maniera radicale la precedente concezione del droit coutumier. Le regole consuetudinarie, contenute nelle nuove redazioni, basarono da quel momento il loro valore di norme positive sulla volontà del re legislatore, come les ordonnances royales, come le leggi regie (...). Da qui risulta evidente l'inevitabile e maggiore importanza attribuita alle norme giuridiche di provenienza diretta dal re nel quadro delle fonti di produzione del diritto rispetto alle concezioni medievali. La consuetudine non era più collocata al primo posto nella gerarchia ideale delle forme creative del diritto* » (p. 58) — mais aussi bien de relever l'*ambivalence paradoxale de sa fonction*, tout à la fois novatrice et conservatrice — « *Attraverso la redazione e la riforma, i diritti locali e il particolarismo giuridico di derivazione medievale continuarono in sostanza a sussistere ed a ostacolare le aspirazioni unitarie della monarchia e di una parte almeno della borghesia (...). Ancora una volta bisogna sottolineare la funzione frenante esercitata in primo luogo dalle redazioni delle coutumes nei confronti dello svolgimento del droit coutumier che in precedenza si era più liberamente sviluppato. Il fenomeno nel suo aspetto paradossale è stato messo assai bene in evidenza di recente: istituzioni storicamente in*

declino ottennero la precisazione dei loro contorni giuridici proprio in un'epoca in cui si rivelavano sempre più in fase di superamento » (p. 64). Enfin, V. Piano Mortari n'a garde d'omettre un ultime paradoxe de l'évolution des sources du droit au cours du XVI^e siècle en France, à savoir la valorisation du *droit national* au moment même où s'affirme la valeur paradigmatique de la *codification justinienne* pour la législation royale (cf. pp. 58-59).

S'agissant alors précisément des rapports entre *droit romain* et *droit national*, s'il rappelle, d'une part, la place sensiblement différente du droit romain dans les *pays de droit écrit* et dans les *pays de coutumes* — où il n'a guère plus que l'autorité de « *ratio scripta* », à entendre comme « *conformità delle sue regole ai principi del droit coutumier* » (p. 74) — et note, d'autre part, fort à propos, « le motif récurrent de l'histoire juridique française » que constitue dès le Moyen-Age « *il fenomeno di resistenza, ed a volte di ostilità, alla penetrazione e diffusione dei principi romanistici* » (p. 75) — illustré de façon exemplaire par l'interdiction de l'enseignement du droit romain à l'Université de Paris — il montre cependant aussi bien, textes à l'appui, les fonctions diverses reconnues au droit romain par les auteurs coutumiers (de Beaumanoir à Chasse-neuz, Tiraqueau, Du Moulin, Christophe de Thou, Guy Coquille et jusqu'à Etienne Pasquier et Charondas Le Caron, sans oublier Du Pré, Mornac et Maran, sur lesquels il reviendra dans l'ultime paragraphe de son dernier chapitre, *Capitolo V, 14. La rivalorizzazione del diritto romano: Claude Du Pré, Antoine Mornac, Guillaume Maran* (pp. 388-390). Ce faisant, il souligne le rôle de la notion de *droit commun* dans l'émergence de celle de *droit commun coutumier* (notamment chez Du Moulin, Christophe de Thou et Charondas Le Caron, pp. 79-81), mais dévoile aussi la complexité des interférences juridiques et politiques, confessionnelles et nationales qui se font jour chez les auteurs des tendances ou réactions *romaniste* — du Président Lizet au juriste lyonnais Claude Du Pré et aux « *partisans catholiques* » du renforcement du pouvoir monarchique comme le professeur toulousain Guillaume Maran — ou *anti-romaniste* — du partisan huguenot François Hotman et du « *politique* » Jean Bodin aux Commentateurs des Coutumes du Nivernais et du Duché de Bourgogne, Guy Coquille et Barthélémy de Chasseneuz, pour lesquels « *le droit civil romain n'est pas nostre droit commun et n'a force de Loy en France* » (Coquille, *cit.* p. 87) ou « *leges romanae non ligant Gallos, cum nunquam a Gallis fuerint receptae, imo eas exteras leges appellant* » (Chasseneuz, *cit.* p. 77) et qui tiennent que « *les coutumes sont nostre vray droit civil, droit commun et originaire et non survenu ou adventice* » (Coquille, *cit.* p. 87).

C'est alors aux institutions juridiques de ce *droit national* que V. Piano Mortari consacre son *troisième chapitre* (*Capitolo terzo: Gli istituti del diritto positivo*, pp. 93-182). Il y reprend, pour la développer, la substance du chapitre de ses *Inizi del Diritto moderno in Europa* de

1980 intitulé *I Principii e gli istituti del Diritto positivo* (*op. cit.*, pp. 149-277), malheureusement sans aucune des subdivisions qui en facilitaient la lecture pour le droit privé. C'est ainsi qu'il commence par exposer dans un paragraphe de plus de 60 pages (1. *Il diritto privato*, pp. 93-159) les principales institutions du droit privé passant successivement en revue, sans la moindre rubrique ou sous-rubrique, la *condition des personnes* (pp. 93-104) — en particulier celle des *nobles* (pp. 93-98), celle de *l'étranger* (pp. 100-101) et celle de la femme (pp. 102-104) — les *institutions du droit de la famille et des successions* (pp. 109-115, pp. 121-124), le *droit du mariage et des régimes matrimoniaux* (pp. 117-120) — avec l'influence du gallicanisme sur la réglementation de la conclusion du mariage (pp. 117-118) et la différenciation entre *régime dotal* dans les *pays de droit écrit* et *régime du douaire* dans les *pays de coutumes* (pp. 119-122) — pour conclure par les *droits réels* (pp. 124-145) — en fonction des différentes *catégories de biens* (*immeubles, meubles, droits incorporels sur les immeubles, droits féodaux*, cf. p. 125) — et par les *obligations* (pp. 146-159) avec la reprise (pp. 150 ss.) des éléments de droit commercial et bancaire déjà développés dans *Gli Inizi* (*op. cit.*, pp. 222 ss.). V. Piano Mortari poursuit son exposé des *institutions du droit positif* par un paragraphe consacré au *droit pénal* (2. *Il diritto penale*, p. 160-170), dans lequel, hormis les sources (p. 160) et les principales catégories d'infractions (p. 167-169) avec l'évolution de leur classification du XVe au XVIe siècle, il se borne à reprendre pour les *notions fondamentales* du droit pénal général (*animus delinquendi*, erreur, imputabilité, circonstances aggravantes ou atténuantes et complicité, p. 160-166) les pages correspondantes, de nature essentiellement descriptive, de *Gli Inizi del diritto moderno in Europa* (cf. *op. cit.* p. 234-239). Il en va de même des deux paragraphes suivants concernant la *procédure pénale* (3. *Il processo penale*, p. 170-175) et la *procédure civile* (4. *Il processo civile*, p. 175-182), qui, conçus dans la même perspective descriptive, apparaissent l'un et l'autre textuellement repris du même ouvrage (cf. *Gli Inizi*, *op. cit.* p. 241/p.252-256 pour la procédure pénale et p. 256-257/p. 273-277 pour la procédure civile), soulignant pareillement, en guise de conclusion, l'importance de l'influence des principes du droit commun en général et de la doctrine italienne en particulier (cf p. 175 et p. 181-182).

Après avoir ainsi dressé l'inventaire des *circonstances* et des *institutions* qui servent de contexte à l'essor de l'humanisme juridique, c'est vers le *génie* et le *caractère* propres de ses *individualités marquantes* que V. Piano Mortari se tourne dans les deux derniers chapitres de son livre, puisque sous le couvert, d'abord, de l'*affrontement méthodologique* du « *mos gallicus* » et du « *mos italicus* » (*Capitolo quarto*, p. 195-276), ensuite, de l'évolution de la *science juridique dans la seconde moitié du siècle* (*Capitolo quinto*, p. 277-391), ce n'est pas à moins d'une trentaine de figures de l'humanisme juridique qu'il donne relief et consistance,

paragraphe après paragraphe, et, parmi elles, à nombre de ses figures de proue, son objectif principal n'en demeurant pas moins la mise en évidence des *motifs déterminants* de nature nationale ou méthodologique et des *thèmes majeurs* d'ordre scientifique, politique ou religieux de la pensée juridique du XVI^e siècle français.

Dans cette perspective, le chapitre consacré au conflit des méthodes (*Capitolo quarto: L'affacciarsi del mos gallicus e la resistenza del mos italicus nella dottrina*, p. 195-276) lui permet ainsi d'abord, après une définition du « *mos gallicus jura docendi descendique iura* » et de ses deux orientations caractéristiques, critique et systématique (cf. 1. *Premessa*, p. 195-197), une évocation, à la fois heureuse et substantielle, études antérieures à l'appui, des figures et des oeuvres marquantes des Fondateurs, Guillaume Budé (1468-1540) (2. *Guglielmo Budeo*, p. 197-217) et André Alciat (1492-1550) (3. *Andrea Alciato*, p. 217-233), chez lesquels il croit pouvoir relever « *gli spunti di un criterio di ricostruzione razionalistica della « scientia juris » insieme all'introduzione della conoscenza filologica e storica del diritto* ». (p. 233). Ayant ainsi campé les pionniers de l'humanisme juridique en France, V. Piano Mortari s'arrête alors aux représentants les plus en vue du *courant systématique* rationaliste, François Connan (1508-1552) (4. *Francesco Connano*, p. 233-239), Eguinaire Baron (1495-1550) (5. *Eguinaire Baron*, p. 239-252) et François Le Douaren (1509-1559) (6. *Francesco Duareno*, p. 252-259), voire Jean Coras (1520-1572) (7. *Jean Coras*, p. 259-261), pour s'attacher en conclusion aux témoins et aux artisans de la *permanence du bartolisme*, non seulement dans l'ordre méthodologique, mais surtout dans l'ordre politique, de Barthélémy de Chasseneuz (1480-1541) à Charles de Grassaille (1495-1582) (8. *Sopravvivenze bartolistiche nella metodologia di alcuni autori*, p. 261-266), avec une attention particulière, parmi les auteurs coutumiers, à la pensée et à l'oeuvre d'André Tiraqueau (1488-1558) (9. *Bartolismo e umanesimo in André Tiraqueau*, p. 266-270) et de Charles Du Moulin (1500-1566) (10. *L'indirizzo di Charles Du Moulin*, p. 270-276).

Ainsi conçu en une dizaine de paragraphes de nature monographique, ce chapitre, d'une foisonnante richesse de perspectives historiques, philosophiques et littéraires, où la diversité des modèles de référence de l'Antiquité — Platon, Cicéron et Quintilien bien sûr, mais aussi Aristote et Vitruve — le dispute à celle des paradigmes scientifiques — de type dialectique ou architectonique — et des mouvances politico-religieuses des jurisconsultes étudiés — d'allégeance huguenote ou gallicane — n'est pas de ceux qui se résument. Tout au plus, s'agissant de l'affrontement de deux formes de pensée juridique, relèvera-t-on les motifs de l'antibartolisme qui inspirent, pour V. Piano Mortari, les grandes figures de l'humanisme juridique de Budé à Connan, Baron et Le Douaren. Alors que ces motifs lui apparaissent chez un Budé d'ordre à la fois *national* — résultant à son sens aussi bien d'« *un sentiment de*

patriotisme culturel» tout personnel que du «*climat de revendication des valeurs de la culture française*» dans lequel se développe la polémique contre le «*mos italicus*» (p. 207) — et *méthodologique* — du fait de la haute conception et de la fonction englobante, voire «*encyclopédique*» de la philologie (cf. p. 199) qui commande toute l'approche budéenne du Droit — ils se révèlent d'ordre essentiellement *méthodologique* chez les chefs de file du *courant systématique*, de François Connan (cf. p. 237-238) — dont les «*Commentarii juris civilis*» attestent pour V. Piano Mortari qu'il est pleinement conscient d'être «*il primo giureconsulto francese dei suoi tempi capace di raggiungere lo scopo di ridurre il ' jus civile ' entro un quadro organico nuovo e scientificamente solido*» (p. 233) — à Eguinaire Baron (cf. p. 249-251) — dont la première oeuvre, la «*Pandectarum juris civilis Oeconomia*» de 1535 suffit à son avis à «*farcì collocare l'autore tra i primi giureconsulti razionalisti della scuola culta*» (p. 243) — et à François Le Douaren (cf. p. 254-255) — dont toute l'oeuvre se caractérise à ses yeux par «*l'insistenza sulla necessità di rendere più semplice lo studio del diritto*» comme par «*l'insistenza sulla necessità di disporre in maniera logica ed ordinata le cognizioni*» (*Ibid.*).

Concernant par ailleurs les *thèmes majeurs* de l'histoire juridique du XVI^e siècle français qui affleurent dans l'affrontement du «*mos gallicus*» et du «*mos italicus*», c'est avec bonheur que V. Piano Mortari fait d'abord ressortir sur le plan *scientifique*, non seulement l'importance générale, de Budé (cf. p. 199) à Coras (cf. p. 259), de l'idéal de *l'unité du savoir*, mais surtout ses manifestations particulières, telles que la récurrence du *paradigme architectonique* — de la prédilection de Budé pour Vitruve (cf. p. 199 et 215) à la célébration par Baron de Justinien Architecte (cf. p. 248-249) — ou la permanence du grand dessein cicéronien du «*Jus in artem redigere*» — sensible de Budé (cf. p. 214-216) à Connan, qui, préfigurant, au seuil de ses «*Commentarii juris civilis*» une formule grotienne, prétend se poser en pionnier de sa réalisation («*nemo adhuc jus in artem redegerit*», cit. p. 233, à comparer avec «*De Jure Belli ac Pacis*», Proleg. § 29: «*Artis formam ei imponere multi antehac destinarunt: perfecit nemo*»). C'est par ailleurs très judicieusement qu'en évoquant la survivance du bartolisme, il souligne, sur le plan *politique*, le part de la «*culture romaniste*» et de la «*tradition scientifique des juristes médiévaux*» (p. 264-266) dans le *renforcement du pouvoir monarchique*, perceptible de Claude de Seyssel (cf. p. 263-264) à Pierre Rebuffe (cf. p. 264-265) et de Chasseneuz (cf. p. 262) à Charles de Grassaille (cf. p. 266), et qu'enfin, en un siècle d'effervescence confessionnelle, il prend soin de relever, sur le plan *religieux*, le rôle joué par le protestantisme, fondamentalement antiromain, dans la polémique antiromaniste (cf. p. 269-271) ainsi que la place qui revient au gallicanisme dans l'affirmation de l'absolutisme royal comme du nationalisme français face à l'universalisme romain (cf. p. 265-266 et p. 271-272).

Joignant au sens de la singularité historique des destinées et des œuvres des principaux juristes humanistes traités — de l'étude attentive consacrée à Eguinaire Baron (1495-1550) (p. 239-252) à la brève évocation de Jean Coras (1520-1572) (cf. p. 259-261) et de l'exposé nuancé de l'humanisme d'André Tiraqueau (1488-1558) (cf. p. 266-270) à celui des vicissitudes de la pensée de Charles Du Moulin (1500-1566) (cf. p. 270-276) — l'intelligence des courants dominants de la pensée juridique du siècle — du platonisme au néo-stoïcisme et du romanisme universaliste au nationalisme d'assise coutumière — V. Piano Mortari témoigne fort opportunément d'un remarquable don de la synthèse: ainsi dans sa présentation à titre liminaire des deux orientations majeures du « *mos gallicus* », le *courant critique*, ordonné à « la reconstruction de la formation historique de la compilation justinienne », et le *courant systématique*, ouvert sur « la possibilité pour la pensée humaine d'édifier une nouvelle science du droit sur la base de critères purement rationnels » (p. 196-197); ainsi surtout, lorsqu'il tente, dans les dernières pages du chapitre, de dégager le sens de la mesure caractéristique de l'humanisme juridique français de la première moitié du siècle: « *C'era nell'umanesimo francese un carattere spiccatamente moderato i cui tratti salienti si colgono assai bene nel movimento culturale e religioso che si svolse intorno alla figura di Erasmo. Gli umanisti francesi si rifiutarono di rompere del tutto con i principi del passato. Vera in questi autori un vivo senso di equilibrio e di misura, uno spirito spiccato di profonda tolleranza, quel sostanziale scetticismo che derivava dal contatto più aderente ai concetti informativi delle opere appartenenti ai pensatori dell'antichità. Nella loro formazione culturale c'era, insomma, un insieme di elementi e di motivi che portava tali autori a rifuggire dalle posizioni estreme, a prediligere posizioni di moderatismo nel campo politico come in quello religioso, a farsi i paladini dell'ordine monarchico che assicurava il loro prestigio sociale, il controllo degli uffici più importanti, la possibilità di dedicarsi agli studi preferiti, la tutela degli interessi economico della classe sociale da cui in gran parte provenivano. Il delinarsi di un movimento di rottura più deciso con gli ideali ed i principi del passato si può osservare in Francia solo intorno alla metà del secolo, quando si ebbe la vittoria definitiva della Riforma nel campo religioso* » (p. 269).

Les mêmes qualités se retrouvent dans le dernier chapitre, précisément centré sur les nouvelles tendances de la pensée et de la science juridique dans la seconde moitié du siècle (*Capitolo quinto: la « scientia juris » nella seconda metà del Cinquecento*, p. 277-392). V. Piano Mortari y expose pour commencer (1. *Premessa*, p. 277-281) la conjoncture historique générale de cette période, qu'il voit marquée, sur le plan *européen*, par l'éclatement de la chrétienté, l'écroulement de l'universalisme impérial et l'émergence du principe de l'équilibre européen (cf. p. 278) et, sur le plan *français*, par l'essor du calvinisme, la

convergence des intérêts de ses adeptes avec ceux de la vieille classe féodale, culminant dans l'idée de restauration de « l'ancien et légitime gouvernement du Royaume » (ibid.), enfin l'éclosion du mouvement littéraire de la Pléiade (p. 279-280) et les tentatives corrélatives de substitution du français au latin dans l'enseignement universitaire (cf. F. de Nesmond à Poitiers, p. 281). Le cadre ainsi tracé, il s'attache alors, à nouveau par une série d'études de type monographique, à restituer en une douzaine de paragraphes les principales figures et oeuvres juridiques de l'époque. Ce faisant, il s'arrête tout à la fois aux personnages marquants de la vie politique et intellectuelle du Royaume — du Chancelier Michel de l'Hospital (cf. 2. *Michel de l'Hospital*, p. 282-286) au grand théoricien de l'absolutisme Louis Charondas Le Caron (1536-1614) (3. *Antichi e moderni: Louis Charondas Le Caron*, p. 286-289), pour s'étendre longuement sur les différents aspects de la pensée du publiciste majeur du XVI^e siècle français Jean Bodin (1530-1596) (6. *Jean Bodin: il pensiero giuridico, il metodo storico, la teoria politica*, p. 310-358) — et aux représentants les plus en vue des deux courants caractéristiques de l'humanisme juridique: le *courant critique* et le *courant systématique*. Ce lui est l'occasion de s'arrêter, d'une part, au sein du *courant critique*, aux figures contrastées d'un François Hotman (1524-1590) (4. *Fede religiosa, polemica antiromanistica e nazionalismo giuridico in François Hotman*, p. 289-296), et d'un Jacques Cujas (1520-1590) (7. *Jacques Cujas*, p. 358-365), d'un Denys Godefroy (1549-1622) (8. *Altri giureconsulti filologi e storici. Denys Godefroy*, p. 365-368), d'un Pierre Pithou (1539-1592), l'infatigable éditeur de sources romaines, et d'un Antoine Loisel (1537-1617), l'auteur des célèbres « *Institutes coutumières* » (1608) (10. *Archivisti, editori di testi, eruditi, studiosi del diritto nazionale, gallicanisti. Jean Du Tillet, Antoine Loisel, Claude Fauchet, François et Pierre Pithou*, p. 374-379), comme à celles d'un Bertrand d'Argentré (1519-1590), le fameux Commentateur de la Coutume de Bretagne (11. *Altri giuristi della fine del sec. XVI*, p. 379-381), d'un Etienne Pasquier (1529-1619), l'un des artisans de la Réforme de la Coutume de Paris (12. *Etienne Pasquier: diritto nazionale e diritto romano*, p. 381-385), d'un François Grimaudet (1520-1580), le publiciste romaniste, et d'un Guy Coquille (1523-1603), le Commentateur des Coutumes du Nivernais (13. *François Grimaudet, Guy Coquille*, p. 385-388) et, d'autre part, dans la mouvance du *courant systématique*, aux oeuvres très représentatives d'un François Baudouin (1520-1573) (5. *François Baudouin*, p. 296-310) et d'un Hugues Doneau (1527-1591) (9. *L'ordo juris per Hugues Doneau e per altri giuristi culti*, p. 368-374), pour conclure par les artisans de la revalorisation du droit romain au tournant de la fin du siècle, Claude Du Pré (1541-1614), Antoine Mornac (1544-1619) et Guillaume Maran (1549-1621) (14. *La rivalorizzazione del diritto romano. Claude Du Pré, Antoine Mornac, Guillaume Maran*, p. 388-390).

Cette vaste fresque de plus d'une centaine de pages, aux personnages si typés, à la fois hautement colorée et bien documentée, ne doit cependant pas faire illusion. Il n'en va pas tant pour l'auteur d'une série de portraits intellectuels, même s'il excelle dans le maniement du trait — que ce soit pour évoquer le Chancelier Michel de l'Hospital (cf. p. 282) ou l'Avocat au Parlement de Paris Etienne Pasquier (cf. p. 381), le remuant et polémique François Hotman (cf. p. 289-290) ou le prolifique « Prince des jurisconsultes français du XVIe siècle », Jacques Cujas (cf. p. 358) — mais bien de la mise en perspective des grandes figures et oeuvres juridiques de la seconde moitié du XVIe siècle par rapport à ses *orientations majeures* comme le *romanisme* et l'*anti-romanisme*, le *nationalisme juridique* et l'*absolutisme monarchique*.

C'est ainsi que V. Piano Mortari suit, d'un côté, du milieu à la fin du siècle, les vicissitudes du *romanisme* et la variété de ses motivations, principalement d'ordre *méthodologique* et *politique*; celles-ci vont, d'une part, de l'affirmation par un François Baudouin à la fois de la valeur *paradigmatique* du droit romain — à raison de son antiquité comme de sa diversité (cf. p. 302) — et de son *actualité* — à raison de la pertinence des principes romains pour la réalité juridique de l'époque (cf. p. 303) — à la défense par un Jacques Cujas de la *supériorité* de la jurisprudence romaine — à raison « de la maestria des juristes classiques, de la valeur de leur pensée, de leur capacité à bien savoir distribuer la disposition des matières juridiques » (p. 362) — et, d'autre part, de l'utilisation toute pragmatique des schèmes romanistes par un Michel de l'Hospital au service de l'*absolutisme centralisateur* (cf. p. 282-283) à l'exaltation explicite par un François Grimaudet de la double *fonction didactique* du droit romain dans l'enseignement juridique des Universités et *politique* dans le gouvernement et l'administration de la Justice des Etats (p. 386-387) et jusqu'à sa *revalorisation doctrinale systématique* par un Claude Du Pré ou un Guillaume Maran contre les attaques de la polémique antiromaniste dans les premières décennies du siècle suivant (cf. p. 388-389). C'est que, par ailleurs, d'un autre côté, alimenté par des motifs d'une critique de nature aussi bien *méthodologique* que *nationale* ou *confessionnelle*, tout un mouvement *antiromaniste* se développe également en France depuis le milieu du siècle, dans lequel l'*antijustinianisme* se mêle à l'*antibartolisme* et dont V. Piano Mortari cède des éléments, d'ordre *méthodologique* autant que *nationaliste* chez un Louis Charondas Le Caron (cf. p. 288) comme chez un Etienne Pasquier (cf. p. 382-383) pour en souligner l'apogée chez un François Hotman — avec l'effet cumulatif du *protestantisme*, du *nationalisme juridique* et de l'*antiabsolutisme* (cf. p. 292-293/p. 296) — mais aussi les singulières résonances de nature *méthodologique* autant que *nationaliste* chez un Jean Bodin (cf. p. 314 et p. 318-319).

Le renforcement ou la contestation du *pouvoir monarchique*, voire du processus centralisateur de l'*absolutisme*, et la défense de l'*univer-*

salisme ou du *nationalisme* du droit ne sont cependant pas les seuls enjeux majeurs de l'affrontement du *romanisme* et de l'*antiromanisme*. Ce qui est également en jeu, et se trouve au coeur de l'évolution de la pensée et de la science juridique de la seconde moitié du XVI^e siècle français, c'est, comme le montre bien l'auteur, l'*idée de codification*, défendue pour des motifs différents par les uns comme par les autres. L'idée de codification apparaît soutenue en effet, du Chancelier Michel de l'Hospital à Louis Charondas Le Caron en passant par Jean Bodin, avant tout dans une double perspective de sécurité du droit et d'uniformité juridique du Royaume, d'inspiration à la fois *nationaliste* et *monarchiste* (cf. p. 285/p. 288 et p. 315-317), alors que si elle a les faveurs de François Hotman et de Guy Coquille, c'est, dans une perspective de simplification et de rénovation du droit positif d'inspiration plus *antiromaniste* et *antimonarchiste* que *nationaliste* pour le premier (cf. p. 294-295) et dans une perspective de conservatisme provincial et de traditionalisme coutumier, d'inspiration plus *nationaliste* qu'*antiromaniste* pour le second (cf. p. 386-387). Faisant la démonstration de son exceptionnel talent de la synthèse autant que de son sens des nuances, c'est ce que résume bien l'auteur au coeur des développements qu'il consacre à la pensée de Jean Bodin (p. 317) comme en conclusion du paragraphe où il aborde l'oeuvre de Guy Coquille (p. 387) dans deux textes que nous nous en voudrions de ne pas citer: « *L'idea della codificazione si diffuse ampiamente nella seconda meta del Cinquecento. Se lo scopo di Michel de l'Hospital sembra fosse stato quello di promuovere solo la semplificazione del regime positivo senza progettare nello stesso tempo di porre termine alle differenze giuridiche regionali e locali, in Louis Charondas Le Caron fu ben decisa la convinzione della necessità in Francia di un mutamento dell'ordinamento normativo sulla base di due presupposti essenziali: l'inadattabilità delle regole romane alla realtà francese; il principio dell'esclusiva potestà regia di creare il diritto positivo. Certo, il giureconsulto cinquecentesco più noto fra quelli che furono i sostenitori di una nuova codificazione in Francia è senza dubbio François Hotman nel quadro di un programma concepito in una posizione politica polemica alla monarchia. Il valore delle molteplici tradizioni giuridiche fu da lui particolarmente avvertito non soltanto in funzione antiromanistica ma nel senso di considerarle un deposito prezioso ove attingere il contenuto di un nuovo codice da costruire senza intaccare l'antico particolarismo autonomistico medievale sia pure nel perseguimento di un regime giuridico più semplice (...)* (p. 317)... « *Nel rifiuto di considerare il ius romanorum come diritto comune dello Stato francese, come nell'idea di codificazione delle leggi regie valevoli in tutto il territorio dello Stato, e, comunque, di tutte le regole consuetudinarie in uso generale nel regno, era evidente il motivo nazionalistico (...)* Come si vede, non c'è alcun dubbio sulla piena valorizzazione del diritto nazionale. Sarebbe errato tuttavia concludere da ciò che

il Coquille nutrisse un'aprioristica avversione per il diritto romano e per la tradizione romanistica » (p. 387).

Supériorité et actualité du droit romain, universalisme de la tradition romaniste, d'un côté, nationalité du droit, supériorité et particularisme du droit coutumier de l'autre, enfin fonction politique de la codification — ce n'est pas le moindre mérite de V. Piano Mortari que de mettre ainsi en lumière au coeur du XVI^e siècle français, tant célébré par Savigny, certains des thèmes majeurs de la pensée et de la science juridique du XIX^e siècle. Mais ce ne sont là que quelques-unes des perspectives riches d'avenir que son livre, au titre trop modeste, mais d'une érudition toujours sûre, fruit de plus d'un quart de siècle de recherches, esquisse au fil de l'exposé des circonstances et des institutions, des figures et des oeuvres de l'âge d'or de l'humanisme juridique français. C'est dire tout à la fois l'ampleur de son intérêt et la nature de son apport, qui en font une contribution de premier ordre à l'histoire du droit et de la science juridique de la France moderne. Tout au plus les chercheurs souhaiteront-ils pour une prochaine réédition, qui ne saurait tarder, sinon un appareil de notes de références adéquat pour toutes les oeuvres citées — mais peut-être n'est-ce pas là la loi du genre des « *Lineamenti generali* »? —, en tout cas l'adjonction d'un index des noms ainsi qu'une meilleure articulation de la bibliographie ⁽³⁾ qui facilitent l'utilisation de cet ouvrage comme il le mérite.

ALFRED DUFOUR

Ilse STAFF, *Staatsdenken im Italien des 20. Jahrhunderts — Ein Beitrag zur Carl Schmitt-Rezeption*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1991, pp. 318.

Di volta in volta definito come spacciatore di « efferato cinismo », posante « ad archimandrita della NSDP » (Cordero), ovvero 'scagionato' dalla 'contingenza' storica, caratterizzando quale sicuramente « fuorviante ... il tentativo di fare di questi un consapevole disgregatore della democrazia e un assertore convinto di idee dittatoriali » (Nigro); una cosa è comunque abbastanza passabilmente al di là di ogni polemica: la persistente — e sorprendente nella sua persistenza — 'attualità' del pensiero giuridico-politico di Carl Schmitt, o, almeno, la sua sempre reincentivata presenza, la sua 'evocazione' nei più inattesi ambiti 'culturali' e non, all'interno di quel mobile e polimorfo pano-

(3) L'imposant appareil bibliographique qui complète chaque chapitre est en effet en l'état pratiquement inutilisable, les auteurs et titres d'ouvrages se suivant sur plusieurs pages (cf. notamment cap. 3, p. 183-193, et cap. 4 et 5, p. 392-398) sans aucune subdivision correspondant aux paragraphes du chapitre, ni sans aucun ordre chronologique ou alphabétique.

rama che è il 'mercato' delle idee in Italia ⁽¹⁾. Talché, per l'appunto, forse uno dei pochi giudizi non del tutto condivisibili del decisivo volume che imprendiamo a valutare, potrebbe proprio essere quello che individua come ormai superato il crinale più alto, dal punto di vista sia scientifico che politico, della discussione italiana su di lui (p. 23). Proteo ha infatti molte 'figure' e 'forme' ancora al suo arco: che poi si possa condividere il malizioso gioco di parole che l'autrice imbastisce nella medesima pagina, prendendo lo spunto dai saggi dedicati da alcuni autori (nella specie Valitutti e Campi) alla « fortuna di Carl Schmitt in Italia », sulla qualità di tale « Glück », non è, affatto, un altro discorso.

Negli ultimi anni si sono moltiplicati, e su più piani, i segnali di quella crescente 'strategia dell'attenzione'; se merita, in apertura del discorso, darne qualche cenno, ciò potrà avvenire, del tutto ovviamente in questa sede, in forma episodicamente 'esemplare' — funzionalizzata all'inquadramento ermeneutico — di un processo che stipulativamente vorremmo chiamare di 'volgarizzazione' anche al livello della 'coscienza comune' del lettore non necessariamente specialista: fenomeno cioè che sta coinvolgendo non più solo la dimensione politico-accademica, ma, appunto, una pluralità di livelli del mercato culturale *tout court*. Al di là della prosecuzione della politica di traduzione delle opere — recentissime quelle del *Nomos der Erde* e della *Politische Theologie II*, di pochi anni antecedente *Ex Captivitate Salus* (sotto la supervisione di Franco Volpi, come nel primo caso citato, e con un saggio di Francesco Mercadante: a tal proposito più di un rapido cenno andrebbe fatto, anche senza voler riaprire la polemica avanzata da Giulio Bollati, allo specifico ruolo che va assumendo, accanto a quello tradizionalmente svolto da un editore 'tecnico' come Giuffrè, la casa editrice Adelphi) — continua con successo la riproposizione in versione italiana di importanti studi 'intorno' a Schmitt. Pensiamo per esempio alla traduzione di due rilevantissimi e ormai storici saggi di Eric Voegelin e Leo Strauss, contenuti nel volume collettaneo « Filosofia Politica e Pratica del Pensiero. Eric Voegelin, Leo Strauss, Hannah Arendt » per cura di Giuseppe Duso ⁽²⁾, alla proposta dell'informatissimo lavoro di J.W. Bendersky per i tipi del Mulino ⁽³⁾, nonché al recupero per il lettore italiano dell'importante « La critica di Carl Schmitt all'autonegazione di

(1) Per i riferimenti nel testo cfr. rispettivamente F. CORDERO, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari, 1986, p. 441, nt. 60 e M. NIGRO, *Carl Schmitt fra diritto e politica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 15 (1986), pg. 702, nt. 21.

(2) Si tratta di E. VOEGELIN, *La dottrina della Costituzione di Carl Schmitt. Tentativo di analisi costruttiva dei suoi principi teorico-politici* (1931), pp. 291-314 e L. STRAUSS, *Note sul « concetto di politico » in Carl Schmitt* (1932), pp. 315-332, in G. DUSO (a cura di), *Filosofia Politica e Pratica del Pensiero. Erich Voegelin, Leo Strauss, Hannah Arendt*, Milano, 1988.

(3) J.W. BENDERSKY, *Carl Schmitt teorico del Reich* (1983), Bologna, 1989.

una costituzione neutrale rispetto ai valori in *Legalität und Legitimität*» di Vittorio Hösle⁽⁴⁾. Tale politica potrebbe essere paragonata con frutto con quanto sta avvenendo in Francia, o con la stessa ripresa di interesse editoriale anche per opere ascrivibili all'«esperienza» nazista in Germania⁽⁵⁾. Seguire la messe di articoli sparsi nelle più disparate riviste — ci piace ricordare qui soltanto «Carl Schmitt e Tocqueville» di Francesco M. De Sanctis⁽⁶⁾ — sarebbe, non per caso, impresa unicamente «disperata»: ora, per fortuna, anche largamente inutile grazie al preziosissimo strumento rappresentato dalla impressionante e accuratissima bibliografia acclusa al testo della stessa Ilse Staff (si tratta di ben 45 fittissime pagine; pp. 267-312) aggiornata con buona approssimazione sin quasi alla data di chiusura del manoscritto. Ma va rimarcata invece la circostanza — che sarebbe *in apparenza* da ascrivere, se si volesse usare della dicotomia metaforica alto/basso, alla «bassa» quotidianità culturale — della sempre più ampia e capillare diffusione dell'interesse e dell'informazione relativa non soltanto in strumenti e opuscoli maneggevoli anche perché connotati da più o meno esplicite finalità di schieramento politico (ad es. gli interventi di G. Krauss, R. Hepp, G. Maschke, J. Freund e B. Willms in *Behemoth*, oppure le precise indicazioni sui tre fascicoli di «Eclectica» a cura di Piet Tommissen nel numero 153 dell'«organo» della Nuova Destra fiorentina)⁽⁷⁾, ma altresì sulle pagine della «grande» stampa nazionale: dall'intera pagina dedicata da «Repubblica» alla pubblicazione postuma del «ponderoso volume schmittiano *Glossarium*», all'altrettanto vistosa attenzione, in occasione della recensione di un testo di Mario Tronti, tributata al tema dell'«hostis» da un noto quotidiano di partito, per finire con il recentissimo peana al pensiero (forte, ovviamente) del giurista tedesco quale necessario antidoto al «pensiero debole» intonato da Franco Cardini sulle colonne di un parimenti noto giornale cattolico⁽⁸⁾. Nè può tacersi la perdurante capacità delle categorie schmittiane

(4) In V. HÖSLE, *La legittimità del politico*, Milano, 1990, pp. 41-87.

(5) Cfr. soltanto C. SCHMITT, *Parlamentarisme et Démocratie*, Paris, 1988, pp. 222 (Editions du Seuil); ID., *Théologie politique 1922-1969*, Paris, 1988, pp. 184 (Gallimard); ID., *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles 1929-1939*, Berlin, 1988, pp. 322 (Dunker u. Humblot, Neudruck d. Aus. 1940).

(6) F. M. DE SANCTIS, *Carl Schmitt e Tocqueville*, in *Filosofia Politica*, Anno II, n. I (1988), pp. 173-183; ora anche in ID., *Dall'assolutismo alla democrazia*, Torino, 1989.

(7) Si tratta rispettivamente di G. KRAUSS, *I miei ricordi di C. Schmitt*, pp. 3-12; R. HEPP, *Segreti di stato nell'inferno*, pp. 13-18; G. MASCHKE, *L'ambiguità della decisione*, pp. 19-32; J. FREUND, *La teologia politica secondo Carl Schmitt*, pp. 33-40; B. WILLMS, *Il Leviatano, le superpotenze e la modernità*, pp. 41-50 in *Behemoth*, 6 (1989). Per le indicazioni relative ai tre fascicoli di «Eclectica», pubblicazione periodica della «Economische Hogeschool Sint-Aloysius», che Piet Tommissen ha dedicato monograficamente al tema «Schmittiana» cfr. *Diorama letterario*, n. 153 (Dicembre 1991), p. 15.

(8) Nell'ordine: A. GNOLI, *Filosofi vi odio! Parola di Carl Schmitt*, in *La Repubblica*, mercoledì 21 agosto 1991, p. 33, a proposito dell'edizione di C. SCHMITT,

di proporsi come spesso necessario referente (non importa se positivo o negativo) sul piano dell'ausilio interpretativo alla medesima ricerca storiografica: basterebbe, per non cercare in tempi appartenenti all'immediato passato prossimo, prendere contezza dell'ampio spazio criticamente dedicato in un interessante saggio di Furio Semerari alla plausibilità dell'interpretazione schmittiana di Hobbes⁽⁹⁾. Se a queste frammentarie osservazioni — eppure, si badi, facilmente suscettibili ad una sistematizzazione 'forte' (tanto per restare in tema) —, se ad esse si aggiungesse l'ulteriore, significativa notazione che sono trascorsi ormai più di dodici anni dalla pubblicazione del più approfondito bilancio dedicato alla recezione italiana di Schmitt ad opera di Carlo Galli⁽¹⁰⁾ — dal quale si attende ora altresì un'ampia monografia sull'autore tedesco —: ebbene, forse il recensore potrebbe rendersi agevole il compito facendo semplicemente voti perché il testo della Staff trovi al più presto un editore italiano disposto alla traduzione, magari, in seconda battuta, trovando qualche motivo di riflessione nel domandarsi — tuttavia senza punte particolari di 'patriottismo' scientifico — perché si sia dovuto attendere l'intervento di una storica e giurista tedesca per colmare una simile lacuna. Del fatto che una traduzione in questo caso sia non solo consigliabile, ma addirittura 'necessaria', chi scrive è assolutamente convinto — e semmai un momento di scetticismo (si spera presto smentito da fatti) potrebbe coglierlo nel ricordare come opere seppur per diversi motivi 'necessarie' per reimpostare i conti con un passato che è anche per noi ancora ampiamente « non dominato » (quali quelle di Ingeborg Maus e fors'anco di Ingo Müller)⁽¹¹⁾ rimangano lontane dagli onnivori riflettori della nostra macchina editoriale —: raramente lo sguardo dell'« altro » — accompagnato certo da uno stile scientifico tutto dati ed oggettività com'è peculiare alla migliore tradizione tedesca, ma tutto fuorchè privo di una passione che battezzeremmo di 'politicità indiretta' e non travalicante — si rivela più capace di mettere a fuoco, di rettificare prospettive o, anche laddove l'analisi non si rivelasse completamente condivisibile, di

Glossarium, hrsg. von E. Freiherr von Medem, Berlin, Duncker u. Humblot, pp. 364 e con 'interventi' nel corpo dell'articolo anche di Franco Volpi; su *L'Unità*, martedì 3 marzo 1992, p. 17 compare il titolo redazionale « Nella storia non esiste Stato nè diritto che non creino l'« hostis ». Senza nemico, la giungla » a corredo di un'anticipazione tratta dal volume di Tronti citato alla nt. 20; infine F. CARDINI, *Il nomos di Schmitt*, in *Avvenire*, sabato 27 giugno 1992, p. 4.

⁽⁹⁾ Cfr. F. SEMERARI, *Potenza come diritto. Hobbes Locke Pascal*, Bari, 1992, pp. 57-83.

⁽¹⁰⁾ C. GALLI, *Carl Schmitt nella cultura italiana (1924-1978). Storia, bilancio, prospettive di una presenza problematica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, IX (1979), pp. 81-160.

⁽¹¹⁾ Cfr. I. MAUS, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus. Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitt*, München, 1980 e I. MÜLLER, *Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*, München, 1987.

suscitare sempre suggestioni e inviti suscettibili di importanti svolgimenti, al di là della inevitabile 'compromissione' militante dei molti protagonisti ancora viventi. Siamo quindi dinnanzi anche, per più rispetti, ad un lavoro che assolve come meglio non si potrebbe ai non facili postulati della *Zeitgeschichte*.

Il progetto metodologico dell'autrice esclude esplicitamente (p. 3) il riferimento primario alle opere di autori tedeschi su Schmitt anche nel caso di una loro pubblicazione in lingua italiana — e quindi sotto tale angolo visuale, una volta dato per scontato il riferimento alle bibliografie esistenti (del resto accuratamente elencate; pp. 4-5) ⁽¹²⁾, resta da indagare tutto il profilo della connotazione delle varie strategie editoriali —, nonché (e in modo completamente consapevole) una discussione critica delle diverse interpretazioni di Schmitt «in quanto tali»; tuttavia il carattere 'repertorial-riepilogativo', l'intento quasi cartografico, la delineazione pressoché esaustiva — non già solo in via di tentativo — dell'accidentata mappa schmittiana in Italia, anche solo a voler per un istante dare credito alla *Bescheidenheit*, alla 'modestia' degli scopi prefissati, è ben lungi dall'aggirare i reali problemi: già di per sé utilissimi si manifestano tutti i luoghi nei quali l'autrice è in condizione di individuare un uso improprio, non esatto o addirittura erroneo («... auf nachweisbar fehlerhafte Zitate aus den Werken Schmitts in der italienischen Literatur») delle fonti schmittiane. Ciò apre del tutto palesemente — accanto all'altra finalità di caratterizzazione dei *Wirkungskreise* degli studiosi italiani in questione, 'nella misura in cui' tale caratterizzazione si lasci dedurre in modo tendenzialmente obbiettivo (e 'limitato', forse curiosamente ai nostri orecchi, dal rispetto «der Persönlichkeitsrechte der Zitierten») dalle fonti medesime: ma opera meno polemica (per quanto dedicata indirettamente al teorico della polemicità-polemogenicità della produzione concettuale) non si saprebbe immaginare —; si apre con ciò, dicevamo, la questione della 'qualità' e prima ancora delle 'modalità' di tale avvenuta ricezione. Una problematica, cioè, che rimanderebbe immediatamente a temi, attualmente molto dibattuti, di 'teoria' storiografica della 'ricezione', al rapporto tra tipo di lettore e testi, nonché alle possibilità, conscie o meno, di stravolgimento creativo e di 'mis-lettura', all'infinito intrattenimento dell'alternanza di decontestualizzazioni e ricontestualizzazioni: la memoria corre subito ai nomi di Jauss, Iser e soprattutto Harold Bloom ⁽¹³⁾. Ma anche senza farsi carico di un approfondimento metodologico di tal fatta — approfondimento dal quale tuttavia ci si potrebbe attendere in futuro qualche frutto non indifferente anche per

⁽¹²⁾ Qualche buona indicazione, accessibile anche al non specialista, si trova in appendice all'introduzione italiana, dovuta a Maurizio Ghelardi, del volume già citato di Bendersky (pp. 16-19).

⁽¹³⁾ Cfr. H. BLOOM, *L'angoscia dell'influenza* (1973), Milano, 1983.

l'indagine storico-giuridica — l'approccio dell'autrice a questa vicenda che per molti versi quasi reclama d'essere rubricata sotto la felice designazione di contributo alla ricerca di uno 'Stato immaginario' (Pietro Costa), è ben lungi dal mostrarsi 'ingenuamente' solo filologico. Una sana diffidenza interpretativa è pronta a cogliere, anche solo tra le righe, tutti gli 'scarti', a sismografare tutte le discrepanze, pur se inconfessate, che, qualora ricapitolate e sistematizzate, da sole sarebbero in grado di restituirci il sottile (?) filo di questa storia 'critico-distruttiva' (e intenzionalmente non abbiamo usato il termine oggi in voga di 'decostruttivo', ch'è altrimenti significa) sia dello stato di 'diritto' che dello stato 'costituzionale'. L'analisi si articola in due grandi fasi temporali — la recezione in epoca fascista e quella nell'Italia democratica —, a loro volta scandite in caratterizzanti suddivisioni interne: la fase fascista si articola in tre paragrafi relativi rispettivamente alla recezione filosofica (pp. 27-45), nel diritto costituzionale e amministrativo (pp. 46-82) e — aspetto questo assai interessante per la relativa novità ed esaustività del dettato che sarebbe comunque suscettibile di sviluppi —, nel diritto internazionale (pp. 83-92); la fase 'democratica' si snoda (dopo un breve accenno alle vicende immediatamente post-belliche; pp. 93-99) a partire dalla data 'epocale' della 'rinascita' schmittiana in Italia, ovvero quella segnata dall'edizione patrocinata da Gianfranco Miglio e Pierangelo Schiera delle «Categorie del 'politico'» (1972; pp. 100-109), per proseguire poi con una estesa panoramica sulla discussione che si sviluppa attorno all'utilizzabilità di tali 'riscoperte' categorie con riferimento ai principi di organizzazione costituzionale ed amministrativa di una democrazia rappresentativa «di massa» (pp. 110-168). Infine il discorso viene a circumnavigare il complesso e sorprendente arcipelago della recezione marxista (pp. 169-229), e giunge alla sua conclusione — interlocutoria, visto l'inevitabile approssimarsi delle tematiche (in particolare in funzione degli sviluppi dell'«ultimo» Miglio) alle «parole della Lega», per usare della azzeccata intitolazione di una recentissima indagine — con la disamina dedicata al 'viaggio' «con Carl Schmitt alla ricerca di un nuovo Ordine» (ma per sua, e forse nostra, fortuna Gramsci poco c'entra; pp. 230-264).

Segnalare anche approssimativamente tutti i momenti di interesse sia teorico-politico sia costituzional-amministrativistico, per tacere della ricchezza inesauribile di notazioni strettamente filologiche, non è possibile. In luogo di ciò, ci contenteremo di segnare alcuni *Passagen* che ci appaiono, per l'uno o l'altro verso, degni di nota. Per quanto concerne la prima fase, a parte i fondati dubbi espressi relativamente alla reale conoscenza schmittiana delle forme organizzative e della concreta dinamica politica fascista (ad es., la riconduzione del modello di stato corporativo alla tematica della «*fachliche oder 'funktionale' Selbstverwaltungsart*», al di là di ogni valutazione di un dato positivo ancora da venire: p. 10), resta significativo il rendiconto della vicenda

del rapporto con il curatore del lascito scientifico di Schmitt, conclusasi senza esito — a testimonianza della ‘non-innocenza’ anche di una semplice indagine conoscitiva in materia —, volta ad ottenere un accesso più diretto al *Nachlass* schmittiano allo scopo di verificare tra l’altro l’esistenza di carteggi con studiosi italiani attivi già all’epoca (in particolare in ordine all’informazione mediata da W. Schieder sulla presenza di due lettere del 1963 dovute alla penna di Julius Evola); nonché la più generale difficoltà di appurare concretamente, a partire dalla testimonianza del medesimo protagonista sui suoi incontri con Ranelletti, Costamagna, Ugo Spirito, Volpicelli, Mosca, quali ‘influenze’ abbia eventualmente potuto giocare la coeva dottrina italiana sul suo percorso scientifico o perlomeno biografico. Benchè l’autrice stessa sia convinta (p. 13) che l’aspetto (ancor oggi) veramente interessante, anzi decisivo del confronto con il patrimonio concettuale del ‘giurista della corona’ in età fascista sia costituito dal dibattito sul piano costituzionalistico, non si possono assolutamente sottovalutare le osservazioni — sviluppate a proposito di tutta quella serie di interventi relevantissimi (anche in senso negativo, certo) e, sino alla recentissima riproposizione per cura di Luisa Mangoni, di difficile reperimento, sulla «Germania, paese teologico»⁽¹⁴⁾ — concernenti la lettura cantimoriana delle opere del giurista di Plettenberg alla luce dell’idealismo attuale (pp. 30-37): soprattutto nell’ottica delle acutissime considerazioni su di una parabola lucidamente disegnata di uno Schmitt il quale dalle istanze «rivoluzionarie» che sembravano essere alla base della sua critica radicale allo stato presente delle cose (tra «teologia della crisi» ed individuazione della politica come «teologia secolarizzata») progressivamente evolve, in parallelo con la presa del potere da parte nazista, verso il rigido *conservatorismo*, specifico al c.d. «konkretes Ordnungsdenken», sul tema dello Stato⁽¹⁵⁾. Nè andranno dimenticate le pagine relative a Julius Evola (pp. 37-45), come pure i sia pur scarni accenni a Battaglia e Lopez de Oñate. Per tornare al nodo gordiano⁽¹⁶⁾ rappresentato dal problema costituzionalistico del rapporto tra costituzione materiale e formale, «ovvero la questione relativa alle istituzioni costituzionali adeguate ad una struttura sociale antagonista» (p. 13), l’autrice coglie qui — in qualche modo ‘oltre’ la sfumatura tipica del processo di recezione italiano, a sua avviso ampiamente «ideologizzato» — lo svolgersi di una discussione scientifica che già elabora i punti di partenza che saranno proprii anche dei lavori pubblicistici e amministrativistici che nel dopoguerra si affaticheranno su entrambe le

(14) D. CANTIMORI, *Politica e storia contemporanea. Scritti 1927-1942*, a cura di Luisa Mangoni, Torino, 1991, p. XXV ss.

(15) *Ivi*, pp. 239-241.

(16) Cfr. per la metafora E. JUNGER - C. SCHMITT, *Il nodo di Gordio. Dialogo su Oriente e Occidente nella storia del mondo* (1953-1955), Bologna, 1987.

prospettive. Rimarchevole è tuttavia il fatto che — anche a voler prescindere dalle non chiarite circostanze di eventuali contatti personali tra Schmitt e Mortati — sia nel caso di Costamagna che in quello di Costantino Mortati il momento ‘ recettivo ’ è di carattere estremamente selettivo e, tutto sommato, anche dal punto di vista temporale assai breve. La critica che Costamagna aspramente gli dedica negli « Elementi di diritto pubblico generale » del 1943, sembra infatti porsi in non casuale parallelismo con le considerazioni mortatiane del 1940, laddove veniva contestata l'utilizzabilità di un concetto di costituzione materiale che, facendo riferimento ad una concezione *sostanzialistica* di omogeneità, ad una ‘ posizione ’ del politico come unità monocratica radicalmente distinta e avversa rispetto al pluralismo ‘ distruttivo ’ della ‘ forma ’ della società di massa (democratica), non si rivelava in grado di corrispondere alle strutture *sociali* reali, il cui carattere antagonistico poteva invece essere piegato a sostegno dell'unità dello stato soltanto prendendo le mosse da una crescente stabilizzazione ingenerata, appunto, dalla crescita dei processi sociali di omogeneizzazione ed integrazione ⁽¹⁷⁾. Talché, infine, anche gli ultimi residui di superficiale accordo vengono a cadere, l'anno immediatamente successivo, quando Mortati, nel suo lavoro « Sulla posizione del partito nello Stato » (1941) comincia a porre le premesse, che svilupperà senza soluzione di continuità nel dopoguerra, per una dottrina costituzionale fondata sul sistema pluripartitico (pp. 72-82). Naturalmente il più ampio spazio è dedicato al periodo del dopoguerra; alla edizione delle ‘ Categorie del politico ’ del 1972 inaugurale — in ogni senso — per il reale recupero della globalità dell'armamentario concettuale del giurista tedesco e dovuta (com'è noto in rapporto personale con l'autore medesimo) alle attente cure di G. Miglio e P. Schiera, sono debitamente dedicate numerose pagine, precise nel delineare sia i caratteri dell'edizione, sia le numerose critiche cui dettero luogo le modificazioni abbreviative dei testi concordate con Schmitt stesso (Surdi, Baldassarre, Petta, Zaccaria), nonché le motivazioni specifiche che spinsero i curatori a riproporre in quel momento storico quei testi: peculiare rilevanza anche per le analisi successive paiono assumere le osservazioni mortatiane sull'intento di Miglio di autonomizzare radicalmente le due categorie del ‘ politico ’ e del ‘ diritto ’, accanto alle ulteriori *Auseinandersetzungen* relative alla nozione di ‘ crisi ’ dello *jus publicum europaeum* (Valitutti) (pp. 100-109). Resta comunque assodata la centralità di tale iniziativa culturale anche sotto le specie di una ridefinizione dei luoghi ‘ topici ’ — tra i quali, ovviamente, il tema dello stato ‘ moderno ’ — del dibattito a venire. Da questo momento in poi la ‘ rinascita ’ schmittiana si trova infatti, ad avviso della Staff, consegnata ad uno svolgimento situato, per

(17) Ampiamente sul punto M. FIORAVANTI, *Recensione* a I. Staff, *Staatsdenken*, cit., in *Belfagor*, XLVII (1992), pp. 367-371.

dir così, su tre distinti livelli: un piano più strettamente scientifico, di carattere costituzional-amministrativistico e attento, inoltre, a punti di vista concernenti la teoria della democrazia; il secondo momento, caratterizzato invece dal tentativo, operato sia da 'destra' che da 'sinistra', di valorizzare ideologicamente specifici elementi della dottrina schmittiana inserendoli di volta in volta nel quadro politico italiano, per far fronte ad una sua peculiare 'turbolenza'; un terzo infine — ma è evidente come si tratti qui implicitamente di un uso 'tipologico' della tripartizione, ben lontano dal volere negare l'intersecarsi concreto delle prospettive — che avendo come meta generale la proposizione di *reforme* costituzionali (o anche mutamenti radicali) si riallaccia argomentativamente alla tematica del 'Custode della Costituzione' (*Hüter der Verfassung*) (pp. 110-168; 169-253; 254-264).

Il fuoco della disamina, per quanto riguarda il primo punto, viene concentrato dapprima sulle valutazioni parallele di Schmitt in rapporto a Weber e poi ad Hans Kelsen: in riferimento a quest'ultimo di particolare interesse sono le osservazioni — che hanno anche il merito di tener annodati i fili, rispettivamente, della riflessione costituzionalistica, storico-giuridica politologica e filosofico-politica — a proposito delle interpretazioni di Portinaro, Nigro, Ornaghi e Fioravanti (pp. 132-144). Meritevoli di approfondimento e suscettibili di aprire un fruttuoso dibattito sono altresì alcuni rilievi sulla contrapposizione — segnata a partire da una utilizzazione mirata delle tesi di Lukács — tra una *Wertfreiheit* weberiana 'irrazionalistica' (come tale criticata) ed invece una 'Konkretheit' del Politico positivamente valutata in Schmitt; contrapposizione che la Staff considera peculiare (nonché quasi 'eretica' rispetto al filone interpretativo dominante) ad una «Gruppierung italienischer Wissenschaftler, in der sich marxistisch orientierte und eher einem liberalem Katholizismus zugehörigen Stimmen mischen» (p. 126 e nt. 82) della quale esponenti sarebbero in particolare Giuseppe Duso e Carlo Galli, due cioè degli autori più impegnati, sul versante filosofico-politico, nel dibattito schmittiano italiano: del tutto adeguata appare quindi la rilevanza che la Staff più oltre attribuisce, anche se limitatamente ai fini specifici della sua ricerca, alla fondazione nel 1987 della rivista 'Filosofia Politica' presso la casa editrice il Mulino, ed in particolare alla sottolineatura — che tuttavia è lungi dall'integrare l'intero quadro problematico dell'intrapresa — ivi portata avanti sui temi della *Repräsentation*, dello Schmitt 'teologo politico' («Römischer Katholizismus und politische Form», specialmente) e interprete del Leviatano di hobbesiana memoria (p. 243 ss.), colti come estremamente idonei alla proposizione di un modello di ordinamento (anche giuridico) decisionistico sentito come 'praticabile' all'interno della dimensione vastamente 'epocale' del 'moderno' per uno stato secolarizzato (e forse neolibérale). Il dibattito cui sopra facevamo cenno dovrebbe naturalmente prendere altresì le mosse dal

netto giudizio — al quale in questa sede nulla possiamo aggiungere — con cui la Staff, individuando la ‘matrice’ comune di tale modello rappresentativo (nel senso rigoroso del termine tedesco *Repräsentation*, appunto) nei « Formprinzipien der katholischen Kirche », negli elementi strutturanti la sua concezione del ‘politico’ come « Gesamtheit », passa a considerarlo « come diametralmente contrapposto alla concezione-comprendimento moderna della democrazia rappresentativa » (p. 248).

Come si potrà facilmente evincere dal contesto, ci siamo a questo punto spostati su di uno dei fulcri tematici più attuali ed al contempo coinvolgenti del libro. Che pure agli occhi dell’autrice esso così in qualche misura appaia, sembra testimoniato inoltre dalla medesima ‘diffusione’ numerica delle pagine dedicate anche alla recezione marxista — sicuramente, ed è la stessa Staff ad osservarlo, ‘minoritaria’ (p. 17), ma non per questo meno significativa od efficace a costituire una forma particolarissima di cartina di tornasole della vicenda politico-culturale italiana, almeno a prender le mosse dal 1975. La ricostruzione è indubbiamente appassionante ed illuminante assieme. La valutazione-chiave — ch’essa abbia cioè dato corpo ad una sorta di *Ersatz*, ad una sorta di ‘immunizzazione’ di tale teoria politica, che certamente teneva in serio conto i mutamenti sociali ed economici reali verificatisi negli anni cinquanta e sessanta e la loro influenza sul comportamento politico della classe operaia, ma paradossalmente (viste le premesse marxiane) si precludeva la via di esatte analisi (empiriche) di tipo scientifico-sociologico al livello comunque dei ‘fatti della società’, per sfociare esclusivamente nella spasmodica ricerca di una nuova strategia politica, tale poi da fondarsi *aliunde* (la teoria dell’autonomia del politico), a motivo della supposta debolezza della elaborazione marxista sullo stato —; una simile valutazione, dicevamo, come del resto le puntuali analisi dei ‘Quaderni rossi’ (p. 190 ss.) o dell’« Operaismo » di Tronti e della sua cerchia (pp. 192-209), rappresentano indubbiamente una modalità di approccio capace di indicare più d’uno spunto per una riflessione più approfondita sulla causa della longevità della ‘fortuna’ di Schmitt in Italia, fortuna che, certo, a prescindere dal forte impulso ricevuto dal *pathos* del marxismo (sia pur, in parte, eterodosso) non avrebbe avuto modo di configurarsi nelle dimensioni a noi note. Se una debolezza resta nell’ipotesi, è quella d’essere inizialmente un po’ tributaria delle premesse metodologiche della sociologia empirica di stampo statunitense; di fatto, la fascinazione per Schmitt nella sinistra (appunto non solo italiana) inizia più lontano, se persino un Walter Benjamin volle esplicitamente ammetterla, lui ebreo (poi) perseguitato, e sin dal 1930, in un’epoca quindi purtroppo nel suo significato politico ormai tutta dispiegata ⁽¹⁸⁾.

(18) « Sehr geehrter Herr Professor, Sie erhalten dieser Tage vom Verlage mein Buch ‘Ursprung des deutschen Trauerspiels’. Mit diesen Zeilen möchte ich es Ihnen

Ma appunto la parziale (parzialissima se si vuole), comunanza di tematiche tra pensiero schmittiano e Scuola di Francoforte, ormai appurata filologicamente con sufficiente sicurezza ⁽¹⁹⁾, senza poter ovviamente condurre ad assurdi confusionismi (nè allo sport assai diffuso del discredito indiscriminato di vicende storiche a quell'impostazione legate); quella comunanza che si potrebbe, dicevamo, caratterizzare sotto il segno del 'pensiero negativo', 'critico' (e di qui perciò come già Cantimori voleva, non sembrerebbe esservi che un passo a considerarle «istanze polemiche e *meramente* negative»), è anche ciò che le assicura nei momenti di 'crisi' o reputati tali una sorta di carismatica attualità 'potenziale'.

Basterebbe, al proposito, far menzione di uno degli ultimi testi pubblicati dallo stesso Tronti — successivamente comunque all'uscita del volume della Staff —, ed in particolare dei due saggi 'Oltre l'amico-nemico' e 'Leviathan in interiore homine' ⁽²⁰⁾, per rendersi conto di come, in una situazione politico-costituzionale completamente mutata, il pensiero schmittiano (anche nel tentativo di 'oltrepasamento') rimanga 'operativo': «Dal punto di vista delle categorie del politico, *stiamo entrando in una fase post-schmittiana. Sembra conclusa un'operazione di lettura del moderno, come sviluppo di un nuovo pensiero politico classico e come storia di grandi soluzioni istituzionali. Questo non ha depositato una «teoria», non ha prodotto un sistema di riferimenti dottrinali, ha semmai fatto critica di quelli che c'erano e per questa via ci ha consegnato un canone di regole procedurali e un discorso sui limiti della ragione politica. Schmitt non è il nostro Hegel, ma il nostro Kant. E adesso abbiamo bisogno di un Hegel politico, senza idealismo e romanticismo tedeschi: e cioè di un'età di ricostruzione dei concetti politici, dopo l'attraversamento del pensiero negativo e della cultura della crisi. Adesso possiamo vedere il moderno — in quanto Stato moderno — come un blocco di storia chiuso tra un'epoca*

nicht nur ankündigen, sondern Ihnen auch meine Freude darüber aussprechen, dass ich es, auf Veranlassung von Herrn Albert Salomon, Ihnen zusenden darf. Sie werden sehr schnell bemerken, *wieviel das Buch in seiner Darstellung der Lehre von der Souveränität im 17. Jahrhundert Ihnen Verdankt. Vielleicht darf ich Ihnen darüber hinausgehend sagen, dass ich auch Ihren späteren Werken, vor allem der 'Diktatur' eine Bestätigung meiner kunstphilosophischen Forschungsweisen durch Ihre staatsphilosophischen entnommen habe. Wenn Ihnen die Lektüre meines Buches dieses Gefühl verständlich erscheinen lässt, so ist die Absicht meiner Übersendung erfüllt. Mit dem Ausdruck besonderer Hochschätzung Ihr sehr ergebener Walter Benjamin*» (lettera del 9 dicembre 1930 pubblicata in J. TAUBES, *Ad Carl Schmitt Gegenstrebigte Fügung*, Berlin, 1987, pp. 63-64; le sottolineature sono mie).

⁽¹⁹⁾ Cfr. E. KENNEDY, *Carl Schmitt und die 'Frankfurter Schule'*, in *Geschichte und Gesellschaft*, XII (1986), pp. 380-419.

⁽²⁰⁾ M. TRONTI, *Con le spalle al futuro. Per un altro dizionario politico*, Roma, 1992, rispettivamente pp. 17-26 e 87-102. Si noterà che fino il titolo è benjaminiano.

pre-statale e una post-statale». Le sottolineature sono nostre; e, assai semplicemente, non vorremmo condividere in alcun modo il paragone, tuttavia in quel discorso vieppiù fondante ed ‘ ancorante ’, con Kant: se proprio si devono metaforizzare i nomi illustri della storia del pensiero, e stare perciò al gioco, ci sembrerebbe più adeguato un Calicle (anche ‘ dopo ’ e contro di lui appare ‘ qualcuno ’), posto che — caratteristica che ci parrebbe tipica dell’autore del *Nomos* — « la Sofistica è ciò che spinge la filosofia [il diritto, la politica] agli estremi, che la fa andare fuori di sè, in tutti i sensi dell’espressione: la Sofistica permette di individuare i limiti della filosofia »⁽²¹⁾.

Distintamente ciò pare accadere anche per gli epigoni della Nuova (o non tanto nuova) Destra (Giano Accame, Malgieri, Tarchi, Cardini), alcuni dei quali si fanno anche carico, sulla scorta di richiami a Schmitt e Miglio, di « concrete » proposte di riforma in senso presidenzialistico (la « vecchia » destra: Accame, Malgieri; p. 237), ovvero di « richiami metapolitici » a posizioni di riforma costituzionale da introdurre con strumenti referendario-‘ movimentisti ’, con una sorta di spostamento della validità delle ‘ categorie del politico ’ nel campo della « cultura antropologica » (Tarchi; p. 239).

Del resto, anche in una circostanza in cui il programma di riforma è stato più a lungo profilato e la familiarità schmittiana era nata inizialmente sul piano scientifico (Miglio ‘ e ’ il Gruppo di Milano), il legame tecnico-progettuale reale con le elaborazioni del più volte ricordato (aspirante) *Kronjurist*, ad una attenta analisi, si fa assai labile⁽²²⁾: convincentemente, sostiene la Staff (e con qualche ragione), lo

(21) B. CASSIN, « Parla, se sei un uomo » o: *l'esclusione trascendentale da Aristotele a Apel*, in C. NATALI (a cura di), *Sei lezioni sulla sofistica*, Roma - Nocera Inferiore, 1992, p. 75.

(22) Nell’ultimo libro di G. MIGLIO, *Come cambiare. Le mie riforme*, Milano, 1992, Schmitt non è neppur nominato dove ce lo si potrebbe aspettare (pp. 59 ss. sul Presidente Custode della Costituzione), ma ciò può esser dovuto al carattere riassuntivo-divulgativo dell’opuscolo. Tuttavia neanche nel più diffuso Id., *Una Costituzione per i prossimi trent’anni. Intervista sulla Terza Repubblica a cura di Marcello Staglieno*, Roma-Bari, 1990, il nome di Schmitt ricorre troppo spesso, e comunque non in luoghi ‘ strategici ’; a meno di non voler ritenere tali quelli laddove esso serve da antidoto polemico contro H. Kelsen, rovesciandone la reale portata (e laddove anche non si sarebbe voluto sentir riecheggiare alcune delle più brutte sfumature dei testi schmittiani ‘ di regime ’): « Nei confronti di Hans Kelsen, qui da noi, c’è senza dubbio una sopravvalutazione che non esiste ad esempio in Germania, dove, forse per opera degli allievi di Carl Schmitt [certamente, anche senza forse; si possono al proposito utilmente consultare i lavori citati supra nt. 11] l’opera di Kelsen è stata riportata alle sue reali proporzioni, le quali sono relativamente modeste [...] ... Su Kelsen ha pesato probabilmente la sua condizione di semita: da millenni il rassegnarsi è per gli Ebrei un imperativo antropologico » (ivi, p. 31; ogni commento è rimandato all’accenno conclusivo sulla ‘ distanza ’ da tenere nei confronti di Schmitt, per poterlo utilizzare « senza »...). A pagina 22 dello stesso volume Schmitt è poi criticato (insieme a Weber) per la sua

starebbe lì a mostrare, tra l'altro, la singolare incongruenza di un richiamo alla configurazione schmittiana del Presidente della Repubblica come «Hüter der Verfassung», laddove tuttavia nel progetto italiano non già il Presidente, ma bensì il capo del Governo dovrebbe venire investito mediante un'elezione plebiscitaria (p. 22 e 262 ss.).

Il sospetto che allora si fa strada è quello (forse troppo insinuante per poter essere qui più che delibato) secondo cui, in sostanza, chi in Italia negli ultimi anni è andato in cerca di un rapporto positivo di rivisitazione delle tesi del nostro, in vista di una qualche forma di operatività o di incidenza (non necessariamente scientifica, ma) pratico-politica o costituzional-«ingegneristica», in realtà volesse ottenere quel qualcosa — al contempo meno e di più di ciò che la 'scienza' gli avrebbe consentito — che un lucidissimo conservatore, pur morto nel 1801, ebbe già ad individuare seccamente e che oggi va talora sotto il nome di «governabilità delle società industriali»⁽²³⁾: «La sovranità è la potenza conservatrice. Perché vi sia sovranità, occorre che vi sia potenza. Ebbene la potenza, che è l'unione dell'organo con la forza, non può risiedere che nel governo. Il popolo ha solo delle forze, come si è detto, e queste forze, quando sono disgiunte dal loro organo, ben lungi dal conservare tendono solo a distruggere: *ma lo scopo della sovranità è di conservare: dunque la sovranità non risiede nel popolo, ma risiede nel governo*»⁽²⁴⁾. A questo punto è giunto il momento di lasciare al lettore il suo spazio; nè servirà forse a quello italico la teutonica precisione con cui Ilse Staff individua appunto le 'forze' politiche che hanno fatto proprie tali direttive di 'riforma' (p. 23). Se una chiosa non incongrua è permessa sarà solo la seguente; da questo ampio affresco una cosa ci pare emerga con 'indiretta' chiarezza: che, insomma, Carl Schmitt è un 'nemico' da cui ancora qualcosa (o forse più che qualcosa?) si può imparare, a condizione però di *conservarlo* (e certo così anche *rispettarlo*) come nemico. Con Jacob Taubes solo *Gegenstrebige Fügung*, quindi.

Per il resto, «un libro che viene sostenuto è un libro che cade», come affermava il medesimo Rivarol. E non è certo questo il caso.

PAOLO CAPPELLINI

concezione 'statica' delle istituzioni e per la scarsa considerazione dei rapporti 'interpersonali'; cfr. anche I. STAFF, *Staatsdenken*, cit., p. 261.

⁽²³⁾ Sarebbe interessante soffermarsi, anche in vista di alcuni intrecci personali ed editoriali che concernono vicende a cui abbiamo fatto cenno nel testo, a meglio valutare il ruolo di alcuni richiami al *Gedankengut* di Schmitt e della 'Scuola' contenuti nel volume collettaneo AA.VV., *La governabilità delle società industriali*, a cura di N. MATTEUCCI, Bologna, 1984. Ad una logica 'schmittiana' di amico-nemico e stato d'eccezione sembra da ultimo non troppo limpidamente rifarsi Gustavo ZAGREBELSKY su *La Stampa* del 22 luglio 1992.

⁽²⁴⁾ Cfr. E. JÜNGER, *Rivarol. Massime di un conservatore*, Parma, 1992, p. 63 (la frase riportata nel testo è di Rivarol e non, comunque una, 'parafraresi' di Jünger).

E. Maria THEEWEN, *Napoléons Anteil am Code civil* (Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte, Bd. 2), Duncker u. Humblot, Berlin, 1991, pp. 263.

Chi partecipasse di quell'attitudine assai diffusa secondo la quale non soltanto «molti economisti, e molta altra gente» — come ci insegna McCloskey ⁽¹⁾ —, ma certo anche alquanti giuristi «ritengono che lo stile e la sostanza possano essere separati, che lo stile, come la mera retorica, non sia altro che un superficiale appello alle emozioni da aggiungere in una fase successiva, al momento della limatura», assecondando così l'abitudine a «separare la 'ricerca' e i 'risultati' dalla 'loro esposizione scritta' che permea la cultura accademica»; ebbene, colui troverà forse non del tutto appropriato che all'inizio di una recensione vengano collocate delle citazioni volte a porre subito in luce la «questione dello stile». Molto più tali riserve potrebbero accentuarsi, ove ammettessimo — e, appunto, non abbiamo alcun motivo per non farlo — che l'autore dello studio in oggetto non intende affatto, almeno in apparenza, sollevarsi al di là dello stile «medio» di scrittura che contraddistingue per solito lo specifico genere letterario, ovverosia la *Dissertation* per il raggiungimento del titolo di dottore: uno stile che deve essere caratterizzato, agli occhi del particolare pubblico al quale esso primariamente si indirizza, da acribia filologica rigorosa, *Sachlichkeit* e *Gründlichkeit*, piuttosto che da «soggettivistiche» virtù linguistiche e di eloquio. Tutti sanno quale accoglienza fu riservata — appunto in sede di dissertazione — ai virtuosismi di linguaggio e alle splendide («ma naturalmente oscure») metafore di un Walter Benjamin (o, analogamente, quanto capitasse a Michel Foucault e alla sua *Storia della follia*, finiti entrambi, in quel di Uppsala, nelle mani del «positivista» professor Lindroth).

Ma il dipanarsi dell'argomentazione sarà forse in grado di attutire in qualche misura codeste perplessità: e perciò cominciamo ... dalla fine. In fatto il primo passo che ci sembrava *sinnvoll* introdurre concerne proprio la chiusa del volume. Ma ascoltiamo l'autore (conservandone altresì l'impostazione «grafica»):

A ragione dunque con il Decreto del 3 settembre 1807 il *Code civil des Français* ricevette anche il nome, che fu revocato dopo la caduta dell'imperatore, ma che gli fu riattribuito con il Decreto del 27 marzo 1852 e che formalmente è ancor oggi in vigore:

Code Napoléon

Si potrebbe soggiungere che l'ultima nota della medesima pagina conclusiva (p. 253, n. 148) tende a chiarire quel «und formell heute

⁽¹⁾ Cfr. D.N. McCLOSKEY, *La retorica dell'economia. Scienza e letteratura nel discorso economico* (1985), Torino, 1988, p. 264 ss.

noch gültig ist», precisando come il decreto in questione non sia mai stato formalmente abrogato. Alla rinfusa e quasi parenteticamente raccogliamo altri tre indizi, seppur anch'essi in sè poco rilevanti. Nel *Vorwort* si sottolinea, pur senza alcuna enfasi, la correlazione temporale tra la conclusione e presentazione del lavoro ed il Bicentenario (ormai celebre, famigerato?) della Rivoluzione Francese; in esergo l'autore propone, come « motto », la seguente affermazione di Napoleone nel Consiglio di Stato (21 Nevoso dell'anno XII - 12 gennaio 1804: « Le Code civil doit être le resultat le plus exact de la justice civil. S'il repose sur cette base, il sera éternel »); in antiporta, e direi quasi « contrariamente » agli usi delle sobrie collane giuridiche o storico-giuridiche dell'editore, troviamo una riproduzione policroma del ritratto di Napoleone Primo Console nel 1803, eseguito dal noto pittore e cantore (con molti altri) dell'epopea napoleonica François Gérard.

Ma lasciamo per adesso il debole sentiero interrotto e passiamo alla seconda citazione, che si rinviene a proposito della discussione dell'articolo 35 del Progetto relativo alla determinazione dei dettagli della cerimonia del matrimonio civile (poi articolo 75 della versione definitiva): discussione ricca di risvolti « politico-simbolici », vista l'intenzionalità « concorrenziale » nei confronti del matrimonio religioso che il Primo Console annetteva alla sua modifica nel senso di un maggiore solennità « laica ». In tale contesto (pp. 92 ss.; 94) il nostro riporta un colloquio con Roederer del 30 Termidoro VIII (18 agosto 1800): « ... - Bonaparte: « ... Ma come è possibile introdurre ordine in uno stato senza religione? La società stessa non può in alcun modo sussistere senza religione. La società non è pensabile senza la ineguaglianza della distribuzione dei patrimoni, e questa diseguaglianza non si è in grado di giustificarla o motivarla senza il richiamo alla religione. Colui che sta morendo di fame accanto ad un suo simile ben nutrito, non accetterebbe questa sua condizione, se non ci fosse la religione, che gli dice: « Dio vuole così. In questo mondo ci devono essere poveri e ricchi. Ma più tardi, nell'Eternità, le cose andranno diversamente » ... E allora il governo non è sicuro di fronte al clero, sin tanto che non lo riduce in suo potere. Voi « metafisici » incorrete in un grosso errore: ... come in generale tutti i politici. Essi pensano che si debbano ignorare i preti, lasciarli in pace, almeno finchè non si agitano, ed invece arrestarli quando fomentino disordini. Ma allora si potrebbe altrettanto ben affermare: « Quella gente là, vicino a casa vostra con la fiaccola accesa, lasciatela pure in pace. Preoccupatevi e rinchiudeteli soltanto quando hanno già appiccato il fuoco ». Il clero deve ... essere stipendiato dallo stato ... e si dovrebbe calcolare tale stipendio secondo il numero dei fedeli... ».

Si passa a questo punto, com'è chiaro, dal « metalinguaggio » valutativo del nostro autore al linguaggio-oggetto della « fonte » (che è però, a sua volta, appunto, il metalinguaggio di Bonaparte nel resoconto

di uno dei « comprimari »). Sulla significatività delle affermazioni e sul meccanismo « mitico » di elusione di tale sintomatica, « indiziaria » significatività messo in opera dal nostro avremo occasione di tornare subito oltre; ci basti qui rammemorare, a nostra volta, una testimonianza del 1829, assolutamente concordante con l'intenzione palesata dalle affermazioni appena riportate, a proposito di un singolare elenco di libri che Napoleone aveva portato con sé nella campagna d'Egitto: « Curioso in questo elenco il modo in cui i libri sono classificati sotto le diverse rubriche. Sotto: politica, troviamo il *Vecchio Testamento*, il *Nuovo Testamento*, il *Corano*, dal che si deduce da qual punto di vista Napoleone considerava la religione ». L'elenco comprendeva anche il *Werther* ed il giudizio è di J.W. Goethe.

Tale ulteriore tassello ci consente di mettere altresì in chiaro che l'effetto di fascinazione che scaturiva allora dalla figura e dall'opera di Napoleone è uno dei parametri alla luce del quale bisognerà interpretare la specifica cifra stilistica (nel senso indicato) di questo saggio volto a riaprire il dibattito sulla effettiva prestazione legislatrice del Primo Console; in realtà quel sistema napoleonico di « dominazione e governo delle coscienze » che opportunamente Georges Lefebvre sottolineava nella sua ormai classica monografia — peraltro stranamente non utilizzata dal nostro, che nella ricchissima bibliografia si limita, per quanto concerne il genere biografico, a fare perno sul lavoro di Tulard ⁽²⁾ —, e che tra i suoi tratti caratteristici annoverava sicuramente il « pensiero della posterità », seguita ancor oggi a poter dispiegare le sue influenze « mitologico-politiche », almeno sul piano del dibattito storiografico: per tacere del ruolo eventuale di configurazione psicologica — se è lecita un'ammissione d'esperienza anche da parte di chi scrive — di tutta una fase vitale, e neppure delle meno importanti ⁽³⁾.

E veniamo adesso, dopo un percorso che si appaleserà presto tutto fuorchè un *excursus*, ad inquadrare più da vicino intenzioni e risultati del lavoro del Theewen. Ancora Lefebvre ci potrà convincere dell'assoluta fondatezza e rilevanza del punto di partenza della ricerca sull'influsso esercitato da Napoleone non già sul complesso del procedimento che porterà alla promulgazione del Codice civile, ma bensì, più in profondità e nel dettaglio, sulla strutturazione medesima degli istituti e persino della minuziosa formulazione degli articoli: « Bonaparte non si interessò direttamente alla sua elaborazione se non per ciò che concerneva la famiglia: egli teneva a rafforzare l'autorità paterna e maritale, a privare dell'eredità i figli naturali non riconosciuti e a ridurre la parte di quelli riconosciuti, e anche a conservare il divorzio, per motivi perso-

(2) Vedi G. LEFEBVRE, *Napoleone* (1953), Roma-Bari, 1991, p. 462 ss.

(3) Cfr. *ibidem*, p. 658 e vedi M. CROUZET, *Stendahl. Il signor me stesso* (1990), Roma, 1990, *passim*.

nali» (4). Del resto, per richiamare una risalente ma ancora validissima disamina di quella storiografia giuridica italiana che è praticamente inutile sperare di vedere utilizzata, perlomeno a questo livello d'indagine 'dottorale', già il Solari dava per «opinione generale che l'ardore col quale Napoleone sostenne la causa del divorzio in seno al Consiglio di Stato era dovuta a ragioni personali, alla secreta intenzione di predisporre nella legge comune un mezzo per contrarre egli stesso un nuovo matrimonio, se ragioni di Stato l'avessero imposto» (5).

Orbene — andando talora a riesumare, in un lodevolissimo 'furore' d'esautività, anche testi singolarissimi o rari (come l'articolo del noto avversario di Savigny Gönner «Über Napoleons persönlichen Einfluss auf das französische Civilgesetzbuch» del 1809, il discorso dal titolo «Napoleone legislatore. Panegirico» pronunciato nel 1807 all'Accademia letteraria di Cesena dal Giordani, o la dissertazione latina «Disputatio juridica inauguralis de Napoleonte legislatore et jurisconsulto» tenuta nel 1838 all'università di Leida da un non meglio identificato Allart Josua Swart) e dominando comunque con acume la non amplissima (otto saggi in tutto) letteratura francese sull'argomento, dal contributo del Rondonneau (1808), a quelli di Nicias-Gaillard (1855), Madelin (1865), Pérouse (1866), Jac (1898), il quale si segnala da un lato per un'attitudine spiccatamente critica dettata dall'impostazione rigorosamente cattolica, dall'altro per aver mutuato occultamente interi passaggi dal Madelin, per finire con i lavori del Roux (1921), del Savatier (1927), che si occupa quasi esclusivamente del diritto delle persone, e con il «Bonaparte et le Code civil» (1934) del Villeneuve de Janti, caratterizzato da un maggior sforzo di obbiettività rispetto alla letteratura precedente, ma lacunoso e descrittivo di aspetti per lo più esterni alla valutazione giuridica della genesi dei singoli momenti di intervento in sede di formulazione (pp. 15-17); orbene, dicevamo, merito precipuo del lavoro di Theewen è quello di essersi proposto di sfatare questa immagine tralatizia, mediante un accurato e defatigante lavoro di scavo, che per la prima volta dispiegasse con una simile completezza tutte le potenzialità informative, sinora certamente non valorizzate dagli storici, non soltanto della fonte principale della ricerca, ovverosia i protocolli delle sedute redatti dal Segretario Generale del Consiglio di Stato Locré, ma anche di tutta una serie di altre fonti e testimonianze di contemporanei, a partire da quelle di coloro che per un motivo o per l'altro si trovarono a partecipare, talora anche su sponde assai distanti, al processo di codificazione. Tra queste ultime spiccano naturalmente i *Mémoires sur le Consulat* e l'*Histoire du Consulat et de l'Empire* del Thibaudeau, laddove anche si trovano, in relazione a talune delle questioni più rilevanti della codificazione del

(4) G. LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 155.

(5) G. SOLARI, *Individualismo e diritto privato*, Torino, 1959, p. 177, n. 1.

diritto civile, degli 'estratti di protocollo' che, rispetto al metodo in due tempi adottato per la stesura dal Locré, hanno il vantaggio di restituire 'letteralmente' l'oralità degli interventi, senza — sempre a detta dello stesso Thibaudeau — dover procedere a quelle modifiche 'unicamente' stilistiche cui regolarmente indulgeva il Locré (pp. 54 ss.).

Al di là della pertinenza materiale delle aperture e prospettive così individuate nell'ottica del discorso complessivo, sin dal principio ci corre l'obbligo di segnalare, quale minima e parziale testimonianza di quella passione per il dettaglio anche bibliografico che consente al lavoro di attingere ai suoi risultati più convincenti, la riattribuzione — che incarna in sostanza una vera e propria 'scoperta' — dei *Mémoires* anonimi apparsi nel 1827 sotto il titolo di «Le cabinet des Tuileries sous le Consulat et sous l'Empire», non già, come accadeva nelle rare bibliografie laddove si potevano ancora rinvenire citati (la *British Library* o il *National Union Catalogue*), all'antinapoleonico 'storico' della Vandea Jacques-Anne-Joseph Le Prestre Conte di Vauban, ma piuttosto al Consigliere di Stato Regnaud de Saint-Jean d'Angely (p. 58): tale recupero, reso più significativo dalla notazione che la storiografia specialistica anche recentissima (così i vari Barbier, Quéraud, Durand, Tulard, Fierro-Domenech) è rimasta ferma al riferimento ai *Souvenirs* apocrifi del 1817 — e accanto all'ulteriore indicazione, pur essa sfuggita sia al Kircheisen sia, di nuovo, al Tulard, del fatto che l'*Histoire de la vie* pubblicata nel 1839 da Artaud de Montor costituisce un'unica ed identica cosa con le memorie di un altro importante Consigliere di Stato, l'Hauterive, per l'appunto quelle memorie delle quali il Tulard «lamentava» come grave la mancanza — rappresenta in ogni caso, oltre che una rinnovata, diretta testimonianza del grado di attendibilità che i contemporanei attribuivano ai protocolli di Locré, più in generale un ampliamento di qualche momento con riferimento alle fonti disponibili relativamente ai lavori presso il Consiglio di Stato.

Che paradossalmente anche solo nell'ambito della valutazione comparativa delle fonti disponibili si fosse ancora lontani da una soddisfacente chiarezza, sta lì a ben mostrarlo la circostanza della confusione a tutt'oggi regnante sia sull'esatta quantificazione delle partecipazioni napoleoniche alle sedute, sia sulla corretta 'traduzione' del calendario rivoluzionario repubblicano nei termini di quello gregoriano. A fronte del primo tipo di incertezza (si va dalle 57 addotte da Edmond-Blanc, Sorel, Imbert, ai quali evidentemente si richiamano i nostri Bobbio e Solari, nonché Arnaud; alle 55 di Durand e Villeneuve de Janti, che pure non sono d'accordo sul numero complessivo delle sedute stesse; Cronin a sua volta ne enumera 75 e Thiers e Las Cases ritengono addirittura che Bonaparte abbia presieduto tutte le riunioni) il Theewen sembra in grado di fissare definitivamente il numero a 59 su 102 (p. 62). Per quanto concerne la seconda questione risolta in maniera non completamente attendibile anche da autori della levatura

di un Tulard, opportunamente il nostro produce uno specchio di tutte le sedute, suddividendole a seconda delle presidenze Bonaparte o Cambacères, e raffrontando partitamente i due tipi di datazione (pp. 63-68).

La minuziosità con la quale vengono analizzate, nei limiti del possibile (che sono dettati anche dal quadro del genere letterario 'dissertazione'), tutte le disponibili fonti, dalle corrispondenze ai memoriali ai protocolli nelle diverse versioni, permette infine — e questo ci pare uno dei risultati rilevanti della ricerca — di rimettere assai fondatamente in questione l'opinione 'dualistica' nettamente dominante, tanto nella storiografia generale quanto in quella più propriamente storico-giuridica, relativamente all'apporto *effettivo* del Napoleone legislatore: apporto che sarebbe stato nello specifico necessariamente limitato e *secondario*, ma che sarebbe assurdo invece, ovviamente, a fare di lui il fattore principale della approvazione e attuazione del Codice civile, sempre per usare delle compendiose parole del Solari ⁽⁶⁾, appunto in forza del suo trascinate interessamento per la riforma civile sul più ampio ed elevato piano politico-istituzionale.

La disamina complessiva di tutte le materie che il Primo Console tentò in vario modo di influenzare — effettuata proponendo innanzitutto la prima formulazione di ogni corrispondente articolo (la sistematica seguita è quella definitiva del Code del 1804) sia in lingua francese che in traduzione tedesca, seguendo poi il dibattito relativo con particolare attenzione al tenore degli interventi napoleonici, e concludendo con un'analoga riproposizione della versione definitiva degli articoli in tal modo «influenzati», laddove il primario progetto non fosse stato del tutto respinto nel quadro dell'iter successivo — permette infatti già solo dal punto di vista *quantitativo* (ben 89 sono gli ambiti tematici che videro un intervento, talora consistente in una stratificazione di contributi, da parte di quest'ultimo, e ben a 59 assommano le questioni nelle quali egli riuscì a far prevalere la sua opinione) di avanzare un tipo di ipotesi che potremmo definire 'monistico'. In una parola — sicuramente dal punto di vista tecnico-materiale, più parzialmente (o forse sarebbe a tal proposito meglio dire che la questione resta suscettibile di rinnovate valutazioni interpretative) sotto quello 'qualitativo' —, alla decisività dell'apporto in vista della approvazione e attuazione del Codice, corrisponde un'altrettanto profonda ed incisiva partecipazione — almeno nelle intenzioni (ma per lo storico sono del pari rilevanti anche le circostanze degli eventuali 'fallimenti' napoleonici) — alla configurazione nel dettaglio del Codice medesimo.

E ciò vale ben al di là di parziali interventi per il solo diritto di famiglia o per talune materie accessorie; d'altro canto, al fine di assumere in un'ottica più ambivalente o sfaccettata la appena sopra rammemorata prospettiva dei singoli 'insuccessi' — che di fatto intro-

(6) *Ibidem*, p. 170.

duce altresì il problema tutt'altro che risolto, come vedremo, della medesima 'cultura giuridica' di Bonaparte — bisognerà ricordare che essi talora ebbero a verificarsi (è il caso, ad esempio, del tentativo di introdurre un vero e proprio obbligo di costituzione della dote in capo al padre, che potesse essere fatto valere dalla famiglia in nome della figlia, qualora venisse disatteso da quest'ultimo; p. 127 ss.) anche se l'opinione del Primo Console fosse sostenuta da uno od entrambi i redattori principali, ovvero sia il Tronchet o il Portalis. Giustamente pertanto il nostro a più riprese interviene contro una globale banalizzazione, a sua volta non fondata sul dato filologico, degli interventi napoleonici: l'eventuale critica dei motivi dell'intervento non può non basarsi sul percorso reale della discussione e sulla specificità delle proposte e delle modificazioni.

Di grande interesse si rivela allora la precisa, testuale restituzione degli interventi e delle conseguenti riformulazioni concernenti stavolta *in generale* il primo libro del *Code civil*, e non già soltanto il diritto di famiglia (pp. 69-187). Possiamo così constatare, al di là di una non irrilevante presa di posizione, poi accolta, volta ad una differenziazione temporale a seconda della collocazione dei dipartimenti in tema di promulgazione del codice medesimo (art. 1 del titolo preliminare), tutta una serie di messe a punto, talora coronate da successo, in riferimento alle materie più disparate: dal godimento dei diritti civili ed in particolare dall'acquisto e perdita della cittadinanza, alla questione della morte civile, con specifico riferimento ai c.d. emigranti, alla clausola di reciprocità, alla condizione dello straniero che intenda domiciliarsi in Francia, alla condizione della donna che sposi uno straniero, alla perdita dei diritti civili in seguito all'irrogazione della pena di morte, agli effetti relativi allo scioglimento del contratto civile di matrimonio in seguito alla morte civile, agli atti dello stato civile, al tema dei 'trovatelli', al trattamento e agli atti dello stato civile concernenti i militari fuori del territorio della repubblica, al domicilio, alla problematica relativa al termine *absent*, all'introduzione di uno speciale incarico del pubblico ministero di vegliare sugli interessi delle persone presunte assenti, alla questione del ruolo di persone non sposate nell'ambito del diritto d'adozione, per finire magari con l'unico intervento accertato ai dibattiti occasionati dal secondo libro, quello relativo al rifiuto della reintroduzione per contratto delle rendite fondiarie stabilite a perpetuità e quindi alla fissazione della loro essenziale redimibilità (art. 530, pp. 188-191). Anche la partecipazione alle discussioni relative al terzo libro (ad esempio a proposito dell'eredità intestata, delle sostituzioni e del fedecommesso, delle donazioni tra coniugi o della rescissione per lesione) è analizzata con acume e ricca di molti nuovi particolari (pp. 191-235). Nè si potrebbe dimenticare, per tornare ad uno dei temi più 'abusati', l'impegno profuso dal nostro nel contrastare, con argomentazioni tutto sommato convincenti, l'immagine tralatizia del Napoleone

unicamente interessato all'introduzione del divorzio sulla base di 'futuribili' considerazioni 'dinastiche', slegate dalla concreta vicenda tecnica dell'istituto (pp. 142-149).

L'inconsueta figura di un Primo Console 'tecnico del diritto' ci riconduce tuttavia, insieme con l'autore, allo scavo in direzione sia della cultura giuridica sia del tipo di atteggiamento più in generale sotteso alle sue specifiche preoccupazioni legislative. È proprio su questo livello d'indagine che la chiave interpretativa di Theewen mostra, a nostro avviso, alcuni precisi limiti, che si potrebbero riassumere — a partire dal ruolo molto ampio coscientemente assegnato alle coeve fonti 'memorialistiche' e all'implicito rifiuto della cifra di un'analisi 'strutturale' che colleghi testo e sviluppo sociale (Arnaud, Maillet) ⁽⁷⁾ — in quel vago sapore 'ottocentesco' e 'giustificazionista' che percorre al proposito la trattazione; a più riprese il 'genio' di Napoleone, le sue 'misteriose' capacità creative e di assimilazione — in parziale dimenticanza del sobrio criterio 'scientifico' secondo cui le proprietà 'misteriose' sono spesso quelle «non sottoposte a nessuna ulteriore analisi» ⁽⁸⁾ — emergono da un sottofondo psicologico insolitamente empatico. Tra le righe di una critica delle fonti non spinta alle estreme conseguenze se ne potrebbero individuare molteplici esempi; e ciò nonostante che il nostro sia ben consapevole, come abbiamo in parte accennato in apertura, del fatto che il giovane Napoleone «auch im Kreise der Gelehrten *sah ... sich bereits historisch*, erblickte er die Möglichkeit, der Geschichte seine Person als Gesetzgeber von antiken Massen mitzugeben» (p. 53), del fatto insomma che quell'unitarietà del carattere e degli intenti di «questo *Kompendium* del mondo», così come con sguardo sovrano Goethe lo definiva, si esprimesse assai spesso nella forma della «falsa coscienza illuminata» che è la caratteristica distintiva della moderna ragione cinica ⁽⁹⁾: «in verità, Goethe disse che Napoleone non aveva insegnato l'energia, bensì l'egoismo, ma avrebbe potuto aggiungere la paura di un potere di fronte al quale l'Io diserta la propria causa» ⁽¹⁰⁾. Ma per il nostro Napoleone è un *Selbstdarsteller*, 'mette in scena se stesso', solo a sprazzi; sì nella corrispondenza, sì da ultimo, nella fase dell'esilio, laddove lavora infaticabilmente alla sua leggenda («salvo alcune poche eccezioni»; ma tra queste viene, come vedremo, annoverato anche un passo già utilizzato interpretativamente da Arnaud per tentare di chiarire la 'sorpren-

(7) Cfr. A.-J. ARNAUD, *La paix bourgeoise*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2 (1973), pp. 147-176 e J. MAILLET, *Codifications napoléoniennes, développement économique et formation de la société française capitaliste*, *ivi*, pp. 111-145.

(8) Cfr. I.P. PAVLOV, *I Mercoledì* (1949-1957), a cura di F. Piersanti, Firenze, 1970, p. 140.

(9) P. SLOTERDIJK, *Critica della ragion cinica* (1983), Milano, 1992, p. 36.

(10) Cfr. M. CROUZET, *op. cit.*, p. 196.

dente' capacità di comprensione tecnico-giuridica del Primo Console) —, eppure no, in praticamente nessun momento della sua attività di 'grande' legislatore autodidatta: così, dopo aver ammesso che la testimonianza di Roederer, secondo la quale Bonaparte avrebbe imparato a memoria le Istituzioni giustiniane durante il periodo di detenzione a Grenoble, è inesatta nella parte in cui ipotizza un arresto di Napoleone in quella città (nella quale è comunque attestato un soggiorno nell'agosto del 1791), ritiene tuttavia plausibile il contenuto 'aneddotico' della medesima senza ulteriori motivazioni (p. 39) — ancora: viene riferita 'positivisticamente' la notizia volta ad accreditare la verosimiglianza di un generale Bonaparte che durante la campagna d'Italia, nella stessa estate del 1800 nella quale riportava la vittoria di Marengo, trovava 'persino' il tempo di dedicarsi allo studio della letteratura giuridica per prepararsi — da buon legislatore alle prime armi — ai dibattiti codificatori.

Naturalmente non manca il *dictum* di cesarea brevità, stavolta tramandato da un solerte Boulay de la Meurthe; ai 'suoi' consiglieri di stato, debitamente esterrefatti della qualità degli interventi in discussione, egli avrebbe dato a conoscere il segreto: «Ho letto da capo a fondo tutti i testi giuridici che mi son potuto procurare» (p. 61). Testimonianze contrarie, e naturalmente minoritarie, come quella del Lacretele («mi è stato raccontato da alcuni dei consiglieri di stato, tra i suoi più ferventi ammiratori, che talvolta egli metteva a dura prova la loro concentrazione, con una quantità di argomentazioni un pò confuse che adduceva una dopo l'altra senza sosta»), vengono correttamente riportate, senza tuttavia trarne occasione alcuna di riflessione. Com'è chiaro non si tratta qui dell'attendibilità di uno o più ricordi personali od aneddoti più o meno saporosi; è in questione piuttosto, come segnalavamo in apertura, l'emergere, tra le maglie in apparenza strettissime della ricostruzione filologico-testuale di stampo quasi 'positivistico', di un secondo 'stile'; della ridondanza spesso inconscia della leggenda 'politica', del mito politico napoleonico: quel mito politico del *Sauveur* che costituisce l'archetipo forse secolarizzato (come non ricordare a questo punto la citazione sulla religione che Theewen opportunamente, quanto un pò estrinsecamente, segnalava²⁾ di tanta parte della politica 'moderna' (e del suo diritto) ⁽¹¹⁾. Per un verso, nell'interpretazione che ne risulta, par di sentire echeggiare *quasi* parola per parola un'altra delle molte prese di posizione di contemporanei: «Napoléon, sans cesser de méditer et de préparer les moyens d'hostilité qui pouvaient être le plus efficaces, consacre aux affaires intérieures une partie des loisirs qu'elle lui laissait. Présent à tous les conseils dans lesquels ou discutait les projets de loi, et les actes les plus importants de l'administration, il étonnait des magistrats consommés, par la sagacité

(11) Si veda R. GIRARDET, *Mythes et mythologies politiques*, Paris, 1986, p. 70 ss.

de son esprit, appliquée à des matières qu'il n'avait eu, ni l'occasion, ni le tems d'étudier [qui va, naturalmente, collocato il 'quasi'], mais surtout par un talent de consultation, et une patience à entendre, qui, dans les choses où son autorité n'était point intéressée, amenaient chaque discussion, au degré de maturité nécessaire pour se fixer dans le parti le plus judicieux»⁽¹²⁾.

D'altro canto, se tale filigrana 'mitologica' non pregiudica il raggiungimento anche di talune pregevoli chiarificazioni su piano interpretativo — ad esempio quella relativa al labilissimo legame concreto tra le posizioni assunte da Napoleone e il diritto romano e al ruolo del suo peculiare concetto di *Justice civil* (pp. 237-253; 245-6) —, essa conduce altresì a sottovalutare « il doppio carattere » del Codice e gli aspetti di reazione all'opera democratica della Repubblica⁽¹³⁾. In particolare non molto convincente suona il canone ermeneutico che troviamo enunciato a tutte lettere in coincidenza con l'elaborazione del futuro art. 9 del *Code* — laddove Bonaparte voleva vedere affermato lo *ius soli* per ogni individuo nato in Francia da uno straniero, senza potersi tuttavia imporre —, e che viene a più riprese riconfermato (p. 73; 79; 251): oververosia che le prese di posizione specificatamente motivate da finalità strettamente politiche o dall'emersione in primo piano di interessi di Stato siano da considerare nel complesso puramente 'eccezionali', chè, anzi, la lettura dell'imponente quantità di materiale meritoriamente messa ormai a disposizione dal nostro sembra testimoniare del contrario. Altrettanto poco ci pare condivisibile, perché basato su di una analisi troppo a-prospettica ed unidimensionale del medesimo dato tecnico-giuridico, il tentativo di accreditare un primo Console che — nonostante « die reaktionäre Verankerung der Bevormundung der Ehefrau durch den Mann » (p. 246) — in nessun modo « generell gegen die Frauen(?) eingenommen war » (p. 84), e che anzi si sarebbe sottoposto al costante sforzo « das Gesetz ansosten frauenfreundlich zu gestalten » (p. 246); così come l'altro tentativo di 'attualizzazione' che coglie, al di qua di ogni analisi 'solariana' dei prodromi della 'questione sociale' in relazione alla stesura definitiva, una quasi generale propensione consolare in pro dei 'deboli', « der kleinen Leute ... der Unterprivilegierten »; e ciò, di nuovo, in un accordo 'psicologico-politico' — non sapremmo meglio definire il contesto argomentativo — con quanto, 'ragazzo' ventiduenne aveva scritto per l'Accademia di Lione (p. 249). Strutture del mito, verrebbe fatto di soggiungere — del resto senza alcuna ironia, dato che anche sotto questo profilo 'involontario' la ricerca si rivela preziosa —: e magari con nello sguardo del ricordo qualche memorabile inquadramento

(12) [ANONIMO], *Vie Sommaire de Napoléon Bonaparte, ornée de son portrait et du célèbre Dithyrambe sur sa mort par Lord Byron*, Amsterdam, 1822, pp. 11-12.

(13) G. LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 155.

del vecchio Abel Gance. E che di una sorta di 'macchina' di discorso si tratti, di un meccanismo di rappresentazioni, lo può ben mostrare il carattere di «non fraintendibilità» che il nostro attribuisce ad una affermazione riportata da Las Cases — dunque nel più alto momento di costruzione della leggenda che, com'è ovvio, ma in altri luoghi del testo (p. 53), ricomprende e rilegge se medesimo pure nelle vesti di «ultimo in grado di realizzare, nel modo più perfetto e ad un tempo, quell'ideale classico della personificazione in una sola figura del grande stratega, uomo di Stato e Legislatore» (p. 249) —; affermazione che invece, decrittata più obliquamente, aveva fatto supporre ad Arnaud la presenza almeno non ufficiale, accanto al Primo Console di un consigliere giuridico, di una specie di *Repetitor* nella persona del celebre giureconsulto Merlin de Douai: presenza dallo stesso Imperatore in esilio ammessa, ma, appunto, non già con riferimento alle discussioni relative al *Code* (p. 62). Che dire, in conclusione; siamo di fronte ad una ricerca che amplia inopinatamente, anche laddove ci sembra di non poterne condividere singoli risultati, l'orizzonte di ciò che pertiene ormai legittimamente a quella branca della storiografia giuridica che prende il nome di 'Storia delle Codificazioni'. Il merito della lacuna colmata vale anche come stimolo ad una ulteriore 'contestualizzazione' dei numerosissimi nuovi dati di cui ora disponiamo. Va reso perciò anche il debito apprezzamento al prof. Klaus Luig dell'università di Colonia per aver sollecitato e seguito questo pionieristico lavoro. E se «l'epoca del codice civile» pare ormai ad alcuni, seppur non sempre in corrispondenza all'ormai abusata formula della 'decodificazione', suscettibile di una inevitabile *Entmythologisierung*, può darsi anche che gli aspetti di parziale «rimitologizzazione delle origini» in cui ci siamo imbattuti strada facendo, possano farci rammemorare dei sentieri che 'non' si sono interrotti e che tuttavia non necessariamente andranno percorsi sino in fondo: affinché l'Io non disertì la propria causa dinnanzi al potere di nessun mito.

PAOLO CAPPELLINI

Csaba VARGA, *Codification as a socio-historical phenomenon*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1991, pp. 391.

Chi tra gli storici del diritto abbia avuto modo di occuparsi di studi sulla Pandettistica o di diritto romano ha senza dubbio anche avuto occasione di incontrare i nomi di E. Pólay o G. Hamza, ed in tal modo familiarizzare, nei limiti consentiti dall'ostacolo linguistico e dalla sua eventuale rimozione editoriale, con lo stato raggiunto dalle nostre discipline in Ungheria. Oltremodo opportuna giunge ora — e opportuna altresì in un'ottica, vorremmo dire, di molteplice 'bagno di umiltà' per noi che spesso siamo tentati, pur senza ricordare specifica-

tamente gli stilemi (e i dannosi risultati) della ‘disciplina’ della c.d. ‘geopolitica’, di assumere, spesso solo tra le righe, ma sottilmente, arie di superiorità culturale ‘occidentalizzante’ —, del tutto opportuna, stavamo dicendo, ci pare l’iniziativa dell’editore di Budapest di proporre in lingua inglese i lavori di Csaba Varga in tema di codificazione; si tratta infatti di uno studio terminato attorno al 1976, che presso il medesimo editore aveva già visto la luce in versione monografica ungherese ed in forma leggermente ridotta rispetto all’attuale mole: vista l’originale *Fassung* ch’era rappresentata da una lunga serie di *papers* pubblicati sulle più disparate riviste ungheresi, intere parti o sezioni del libro erano già note attraverso traduzioni su riviste (in particolare sull’ARSP e nella *Rivista internazionale di filosofia del diritto*) od in opere collettanee apparse in Svezia, Germania e nella stessa Ungheria. Una serie di scritti successivi, che vanno dal 1978 all’88 (e che segnalano la crescente notorietà internazionale del nostro, che collabora ora ad intraprese culturali anche in Messico, Francia, Spagna e a riviste quali la *Eastern Africa Law Review*, *Informatica e Diritto*, *Rechtstheorie*, gli *Archives de Philosophie du Droit*) forniscono ulteriori messe a punto e materiali di cui si tiene conto in questa che non è quindi la mera riproposizione del testo del 1979 (cfr. pp. 20-24).

Dopo i fatti dell’89 potrebbe sembrare in ogni caso o un azzardo o frutto di ‘insana’ nostalgia proporre all’attenzione un testo che si riconosce pienamente — ma in un’età in cui il ‘pentitismo’ non sempre è patrimonio degli spiriti migliori, forse una forma ‘scientifica’ di fedeltà a se stessi dovrebbe incontrare quantomeno rispetto — nei canoni interpretativi ‘marxisti’. Nè l’una, nè l’altra cosa: il valore scientifico del testo si difende, appunto, da sè e permette suggestioni e sguardi che possono coinvolgere al di là delle premesse metodologiche; d’altro canto la tradizione marxista ungherese si è spesso segnalata per l’originalità e talora l’autonomia delle sue analisi e ha raccolto attorno alle posizioni lukácsiane e alla c.d. Scuola di Budapest forze e intelligenze di primissimo ordine, talune delle quali, nei rispettivi ambiti disciplinari, animano tuttora il dibattito internazionale (basterebbe pensare ad Ágnes Heller, ma non si debbono dimenticare i nomi di György Markus, András Hegedüs e Mária Márkus, nè, pertanto, l’apporto della scuola economica e sociologica di Budapest). In fatto, i referenti culturali del nostro, oltre che essere determinati da una impostazione disciplinare molto articolata, alla quale subito faremo cenno, sono appunto rappresentati da Max Weber e György Lukács, in particolare quello dell’*Ontologia dell’essere sociale* (l’autore gli ha anche dedicato una specifica monografia *The Place of Law in Lukács World Concept*, Budapest, 1985): in una parola le tematiche della ‘razionalizzazione’ formale del diritto e della trasformazione sociale dei parametri di valore cui commisurarli contenutisticamente. Oltre alla prospettiva di un approfondimento teorico-filosofico del concetto di codificazione

alla luce di tali impostazioni — fin da ora, per non ripeterci, andrà segnalato come uno dei pregi del volume l'essenziale apparato di note, che fornisce un quadro attendibilissimo della ricerca filosofica, storico-giuridica e comparatistica anche in paesi che il normale cultore del diritto non è aduso a 'visitare' —, a nostro avviso va tuttavia fortemente rimarcato il carattere *weltrechtlich*, 'mondiale' del tipo di approccio che l'autore fa suo (ed in larga parte anche degli specifici risultati che raggiunge, sui quali in questa sede non possiamo soffermarci); ciò non tanto per la circostanza che lo induce nella prima parte (pp. 27-246) ad individuare le «manifestazioni storiche dell'idea di codificazione» non già — come il riferimento weberiano ci avrebbe troppo facilmente indotto a credere — soltanto confinate nello spazio storico della 'modernità', ma bensì ad accogliere una prospettiva comparatistica di lunghissimo periodo (dall'antichissima Mesopotamia ai «Codes of the Mediaeval Empires») che forse, per le tracce dell'hegelismo in misura diversa peculiare ai due numi tutelari scelti, potrebbe condurci agli illustri e troppo trascurati (anche storiograficamente) esempi ottocenteschi di *Universalrechtsgeschichte*: ai nomi dei 'perdenti' Gans o Kohler, insomma — e non sarebbe comunque merito dappoco l'averceli rammemorati, magari percorrendone in parte (seppur, va detto, solo in parte) il 'periglioso' cammino. No, non si tratta di questo in particolare — e sarebbe ingiustificato chiedere all'autore lo scavo storiografico innovativo (ad es. in tema di codificazione 'illuminata' o della tipologia 'classica' della codificazione continentale; pp. 71-90) —; piuttosto il merito precipuo dell'argomentazione (che si serve talora della notazione 'storica' come di un *topos*) ci appare quello della 'sprovvincializzazione', di una presa di distanza rispetto ad uno sguardo troppo 'occidentalizzato' (cfr. S. Latouche, *L'occidentalizzazione del mondo. Saggio sul significato, la portata e i limiti dell'uniformazione planetaria*, Torino, 1992), quasi 'etnocentrico' sul fenomeno della codificazione.

Le parti più interessanti e più ricche del volume — anche nella prospettiva finale (pp. 247-352) di un'individuazione di un «concetto generale di codificazione» che mostri «the Common Core of Codification Phenomena» (p. 333 ss.) — sono infatti quelle dedicate alla codificazione 'senza codice' (ai sistemi di *common law*; p. 143 ss.), alla codificazione in quelli che siamo usi chiamare, in forza di un concetto di sviluppo già oggi totalmente evasivo e sfuggente a noi stessi (cfr. S. Latouche, cit., p. 89 ss.), appunto paesi «in via di sviluppo» (p. 171 ss.), ed infine alla ridefinizione di tale procedimento nei c.d. «paesi socialisti» (pp. 205-246): anzi — nonostante i destini storici successivi, che non ci debbono tuttavia indurre nell'errore di privarci dell'effetto 'straniante' dal punto di vista storico-teorico, che Varga molto ben sottolinea («new ambitions in codification» è la sua formula) — è proprio a partire da una disamina degli (oramai 'ultimi') sviluppi in

questi paesi che il nostro individua il valore generalizzabile di un concetto come quello di ‘ricodificazione’ che potrebbe anche da noi essere utilizzato e riflettuto, anche nella direzione del ridimensionamento (‘planetario’, non per caso) di forse troppo fortunati manifesti ‘decodificatori’. È un punto sul quale chi scrive dovrà certo tornare: ci limitiamo perciò qui a segnarne l’importanza.

Quello che ci premeva invece mettere in piena luce è l’aspetto della ricerca che recupera un lavoro già pubblicato nel 1976 (*Modernization of Law and Its Codificational Trends in The Afro-Asiatic Legal Development*) e frutto di un rapporto con l’*Institut für Weltwirtschaft* (anche noto con la precedente designazione di ‘Centro per gli studi afroasiatici’) e che, almeno in tesi, coglie l’esigenza che ci si faccia carico di una più libera riflessione storico-giuridica e comparatistica, senza affidare totalmente la problematica di tali rapporti alle istituzioni nazionali od internazionali che si occupano dei ‘problemi dello sviluppo’ o degli ‘aiuti’ al medesimo. Senza il retroterra ‘culturale’ costituito dalla conoscenza del ‘movimento’ del diritto anche in questi paesi, dalle possibilità di autonoma configurazione degli istituti giuridici che vi si possono cogliere — e che in forza della non-contemporaneità dei vari ‘strati’ di evoluzione storica occidentale possono altresì essere usati quali ‘esperimenti storico-mentali’ per sussumerne criteri interpretativi storicamente rilevanti — anche il più generale rapporto tra paesi ‘industrializzati’ e paesi-‘altri’ rischia di diventare un dialogo tra ciechi e sordi. L’analisi di Varga sui problemi ingenerati dallo sviluppo del diritto islamico, dalla sostituzione di antiche costumanze tribali attraverso un diritto ‘codificato’ nei paesi africani ed asiatici, nonché sul diverso valore storico-effettuale dell’assunzione ‘spontanea’ del diritto europeo nei paesi asiatici e africani, rispetto all’adozione «ottriata» di quel medesimo diritto in quei paesi invece precedentemente soggetti a dominio coloniale, così come la sottolineatura delle diverse linee di evoluzione di tale rapporto in Asia rispetto alla situazione africana — laddove il raggiungimento dell’indipendenza e autonomia statale è spesso avvenuto in modo frammentario e a partire da situazioni estremamente ‘dispersive’ e conflittuali, e quindi ha spesso utilizzato lo strumento della codificazione del diritto quale postulazione-manifestazione del desiderio dell’unità del diritto come elemento di una statualità per altri versi ancora non attinta — costituiscono un indubbio arricchimento, in particolare nel momento nel quale l’autore non si fa afferrare completamente dall’amore di tesi, da quello cioè che potrebbe diventare il letto di Procuste dell’ipotesi della ‘modernizzazione’, per lasciare spazio, ad esempio, all’illustrazione dei rischi impliciti nei paesi africani in un tale uso (seppur valutato alla fine in maniera positiva) della codificazione come anomala via d’accesso alla ‘statualità’. La trattazione del nostro lascia certamente tutta una serie di problemi aperti — alcuni di carattere più propriamente storico, altri

assieme storici e teorici; e pensiamo in particolare alla questione relativa alle modalità di ricerca e reperimento del diritto che dovrà essere codificato e a come i diversi metodi configurabili incidano poi sulla struttura e sulla sostanza della codificazione medesima —, ma ci indica anche percorsi non consueti di riflessione e, quel che più conta, ci invita a ‘pensare’, e a pensare ‘oltre’. Ringraziamo Csaba Varga per questo, assolutamente consapevoli, però, ch’egli ha voluto esserci buon compagno di lavoro e non già concluderlo al posto nostro.

PAOLO CAPPELLINI

SEGNALAZIONI

I classici della 'Cedam'

Alberto Trabucchi, l'eminente civilista dell'Ateneo di Padova, uno dei Maestri del diritto civile italiano, l'autore di quell'inimitabile capolavoro didattico che sono le 'Istituzioni di diritto civile' (ormai alla trentatreesima edizione), ci dimostra, nei fatti, con signorile disinvoltura, che l'età può essere soltanto un insignificante dato anagrafico. Infatti, pur avendo superato di parecchio la soglia degli ottanta anni, conserva nella sua operosità di organizzatore di cultura un davvero giovanile fervore, con una carica sempre crescente e in direzioni rinnovate.

Come dimostra questa Collana dei 'Classici della Cedam' da lui promossa e diretta, che salutiamo oggi con un sincero plauso. Si tratta della ristampa anastatica di opere giuridiche, edite in tempi passati dalla benemerita Casa Editrice Cedam di Padova, le quali — come scrive lo stesso Trabucchi nella presentazione della Collana — «portando un contributo di pensiero al di là delle contingenze temporali della loro pubblicazione» (così nella premessa alla ristampa di F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*) si impongono oggi e domani all'attenzione dello scienziato del diritto in grazia della loro collocazione in una dimensione autenticamente universale.

Già altra volta (cfr. la nota: *Sui 'classici' del diritto - Per la ristampa degli 'Appunti sul diritto giudiziario' di Walter Bigiavi*, in *Quaderni fiorentini*, 19 (1990), p. 699 ss.) abbiamo sottolineato la rilevanza culturale della riscoperta e riproposizione di 'classici' della scienza giuridica, né vogliamo ripeterci. Ci limitiamo qui a sottolineare una iniziativa provvida e a segnalare i 'pezzi' già pubblicati della Collana: Francesco CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*; Francesco CARNELUTTI, *Metodologia del diritto*; Enrico GUICCIARDI, *Il demanio*; Federico CAMMEO, *Lezioni di procedura civile*; Federico CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*. Di quest'ultimo 'corso' parla nel presente Quaderno, in un ampio 'a proposito di', Bernardo Sordi e ne mette bene in luce il ruolo primario nel divenire del pensiero giuridico italiano del Novecento.

Un grazie, dunque, ad Alberto Trabucchi, e un augurio per una lunga vita della neo-nata 'Collana'.

P.G.

A proposito di...

PAOLO BAGNOLI

A PROPOSITO DI G.D. ROMAGNOSI E DELL'ANTOLOGIA
QUATTRO LETTERE INEDITE DI G.P. VIEUSSEUX

Nella storia della cultura politica italiana il rapporto che intercorre tra Gian Domenico Romagnosi (1761-1835) e Giovan Pietro Vieusseux (1779-1863) è significativamente emblematico delle forme e dei modi tramite cui la cultura, al più ampio livello di estrinsecazione, trovava le vie della diffusione. Nell'ambito estremamente ricco e composito dell'Ottocento questo rapporto testimonia, altresì, come sensibilità civili pur operanti in settori diversi vengano ad incontrarsi nel più ampio scenario di un disegno complessivo di cui l'azione di Vieusseux, ed in particolare quella che più si lega all'esperienza della rivista «Antologia», si definisce in termini di vera «filosofia civile» (1).

(1) Sulla figura e l'opera di Vieusseux in generale e su i suoi rapporti con Romagnosi cfr.: N. TOMMASEO, *Di Giampietro Vieusseux e dell'andamento della civiltà italiana in un quarto di secolo*, Firenze, Stamperia delle logge del grano 1863; P. PRUNAS, *L'antologia di Gian Pietro Vieusseux. Storia di una rivista italiana*, Roma-Milano, Soc. Dante Alighieri di Albrigli, Segati e C. 1906; A. DE RUBERTIS, *L'Antologia di Gian Pietro Vieusseux*, Foligno, Campitelli 1922; A. DE RUBERTIS, *Studi sulla censura in toscana con documenti inediti*, Pisa, Nistri Lischi 1936; A. DE RUBERTIS, *Gian Domenico Romagnosi giudicato da un censore granducale*, in *Nuova Rivista Storica* (Milano-Roma-Napoli), a. XX, fasc. III-IV (maggio-agosto 1936), pp. 246-250; A. DE RUBERTIS, *Nuovi studi sulla censura in Toscana. Con documenti inediti*, Firenze, La Nuova Italia 1951; R. CIAMPINI, *Gian Pietro Vieusseux. I suoi viaggi, i suoi giornali, i suoi amici*, Torino, Einaudi 1953; E. SESTAN, *Gian Pietro Vieusseux*, Firenze, Arti Grafiche Corradino Mori 1963; E.A. ALBERTONI, *La vita degli stati e l'incivilimento dei popoli nel pensiero politico di Gian Domenico Romagnosi*, Milano, Giuffrè 1979; G. SPADOLINI, *Fra Vieusseux e Ricasoli - Dalla vecchia alla «Nuova Antologia»*, Edizioni della Cassa di Risparmio di Firenze 1982; G. SPADOLINI, *L'idea d'Europa fra illuminismo e romanticismo - La stagione dell'«Antologia» di Vieusseux*, Firenze, Le Monnier 1984; G. SPADOLINI, *La Firenze di Gino Capponi fra restaurazione e romanticismo. Gli amici dell'«Antologia»*, Edizioni della Cassa di Risparmio di Firenze 1985; *I tempi e le opere di Gian Domenico Romagnosi*, a cura e con introduzione di E.A. ALBERTONI, apparato bio-bibliografico a cura di R. GHIRINGHELLI, prefazione di R. TREVES, Milano, Giuffrè 1990. Le lettere riguardanti il carteggio Romagnosi-Vieusseux conservate alla Biblioteca Nazionale Centrale di Firenze (Fondo Vieusseux 99, 189-199) sono state integralmente edite da E. SOLMI, *G.D. Romagnosi e l'«Antologia» di G.P. Vieusseux*, in *Bollettino Storico Piacentino* (Piacenza), 1912, pp. 49-74.

Giuseppe Montanelli (1813-1862) intellettuale, patriota ed uomo di governo toscano (2) che considerò, come dimostrano le sue lettere ancora inedite a Vieusseux conservate presso la Biblioteca Nazionale Centrale di Firenze, il fondatore del Gabinetto Scientifico Letterario (3) un riferimento culturale ed intellettuale inderogabile per sviluppare lo spirito culturale della nuova Italia, quella che sarebbe dovuta uscire dal processo risorgimentale non inteso certo in chiave sabaudista, e che ebbe piena consapevolezza del ruolo assolto dal Romagnosi in questo processo, significativamente valutò l'esperienza di Vieusseux nell'ottica romagnosiana. Scrisse infatti nelle *Memorie sull'Italia e specialmente sulla Toscana dal 1814 al 1950* (4): «Propagatore efficace di civile filosofia fu il periodico mensile compilato a Firenze da Pietro Vieusseux, col titolo *l'Antologia*» (5).

Infatti il giornale di Vieusseux, specifica Montanelli «patrocinò costante la causa della diffusione dei lumi contro gli oscurantisti, dell'unione nazionale contro i municipali, della tolleranza religiosa contro i fanatici, delle riforme religiose contro i retrogradi» (6).

All'insieme del rapporto Romagnosi-Vieusseux ha dedicato pagine fondamentali Ettore A. Albertoni ai cui citati studi rimandiamo per la valutazione storico-politico culturale del sodalizio. In tale ambito, infatti, Albertoni ha rilevato come in una «più esauriente e complessa visione globale della *civile filosofia* le *Lettere* al Valeri e la corrispondenza col Vieusseux svolgono per noi un ruolo chiarificatore assai importante proprio per le motivazioni in esse contenute dei concetti e per la stessa definizione dei termini dal Romagnosi usati per la sua edificazione politico-sociale» (7).

Giovanni Valeri (1775-1827), professore di diritto criminale all'Università di Siena fu infatti il tramite tra il filosofo di Salsomaggiore ed il Vieusseux (8) che, tra l'agosto e il dicembre 1826 pubblicò sulla rivista cinque lettere del Romagnosi — indirizzate al Valeri — «sull'ordinamento della scienza della cosa pubblica» (9) che — come osserva

(2) Cfr. P. BAGNOLI, *Democrazia e Stato nel pensiero politico di Giuseppe Montanelli* (1813-1862), con il testo integrale del trattato di G. MONTANELLI, *Dello ordinamento nazionale* (1862), presentazione di G. SPADOLINI, prefazione di A. AGNELLI, Firenze, Olschki 1989.

(3) Sul Gabinetto cfr. *Vieusseux e il «Vieusseux»*. *Storia e cronaca di un istituto di cultura e del suo fondatore*, Firenze, Arti Grafiche C. Mori 1979.

(4) 2 voll., Torino, Società Editrice Italiana 1855.

(5) G. MONTANELLI, *Memorie ...*, cit., I, p. 23.

(6) *Ib.*, p. 24. Cfr., al proposito, G. GENTILE, *Gino Capponi e la cultura toscana nel secolo decimonono*, Vallecchi, Firenze 1926², pp. 8-9.

(7) E.A. ALBERTONI, *La vita degli stati e l'incivilimento dei popoli nel pensiero politico di Gian Domenico Romagnosi*, op. cit., p. XLII.

(8) Cfr. G. FATINI, *G.D. Romagnosi e Giovanni Valeri*, in *Maremma. Bollettino della Società Storica Maremmana* (Grosseto), 1928-29, pp. 1-45.

(9) Cfr., in *I tempi e le opere di Gian Domenico Romagnosi*, op. cit., pp. 143-204.

Albertoni — «costituiscono un'autentica chiave interpretativa dell'intero pensiero romagnosiano» ⁽¹⁰⁾.

Le quattro lettere di G.P. Vieusseux che qui di seguito riportiamo — una a Giovanni Valeri e le altre tre a G.D. Romagnosi — sono tratte dal copialettere di Vieusseux conservato presso l'omonimo Gabinetto che ha sede a Firenze in Palazzo Strozzi. Esse sono una conferma del modo di operare del Vieusseux organizzatore di cultura. Non solo ma il direttore Vieusseux, come si evince dalle lettere in questione, è pienamente partecipe dell'elaborazione culturale del collaboratore al suo giornale tanto da sentire il dovere di indirizzarlo verso nuove attenzioni intellettuali.

Dalle lettere emerge così confermato lo spessore di una relazione intellettuale che ha contribuito, in maniera considerevole, alla nascita di una cultura consapevole dei problemi di complessità ed unitarietà che comportava la nascita di un Paese che avrebbe dovuto fare della *cultura* il primo dato per la propria ricomposizione.

I ⁽¹¹⁾

G.P. Vieusseux a Giovanni Valeri
Firenze, 20 giugno 1826

luogo di destin.: Siena

Bella, bellissima è l'offerta che mi avete fatta coll'ultima vostra!

Cinque lettere del Romagnosi nell'Antologia, è cosa da non disprezzarsi e tenuissimo vi sono per aver pensato di procurarmi un tanto favore; ed a malgrado delle mie angustie sono deciso di pagare la richiesta somma di L. 300, però alle seguenti condizioni.

1. Il Romagnosi non potrà ristampare le sue lettere prima dell'anno 1828.

2. Io non sarò tenuto di tirarne delle copie a parte: il mio scopo deve essere di fare nuovi associati all'Antologia, ed il dare copie a parte non mi giova.

3. All'autore manderei una copia dei fascicoli dove saranno inserite le suddette lettere.

4. Questi saranno i fascicoli di Luglio, Agosto, Settembre, Ottobre e Novembre.

5. Alla pubblicazione di ogni fascicolo, approvato dalla censura, rimetterò all'autore o a chi per esso, un mandato sopra Milano fi L. 50 italiane: in tutto L. 300 toscane, ossia L. 250 italiane.

⁽¹⁰⁾ E.A. ALBERTONI, *La vita degli stati e l'incivilimento dei popoli nel pensiero politico di Gian Domenico Romagnosi*, op. cit., p. 21.

⁽¹¹⁾ Copialettere Vieusseux, vol. III (1826-1829), p. 36.

6. Se la censura esigesse qualche cambiamento sarete autorizzato a farlo.

7. Se la censura impedisse la stampa, non sarei tenuto a nulla.

Io spero, mio carissimo amico, che troverete giuste le suddette condizioni, e che mi manderete il manoscritto. Vi prometto in questo caso che le cinque lettere verranno pubblicate di seguito senza interruzione e che il bravo, l'ottimo Romagnosi riceverà esattamente le somme stabilite.

II (12)

G.P. Vieusseux a G.D. Romagnosi
Firenze, 26 giugno 1827

Ricevei effettivamente nel giorno 7 del corrente quel discorso che le piacque inviarmi sulla *simbolica degli antichi* (13), e non mi erano passate di vista quelle poche righe colle quali mi fu da lei accompagnato; solo voleva risparmiarle un porto di lettere, ed attendeva che mi si presentasse una sicura occasione particolare. Per corrispondere però al desiderio che mi esterna con la pregiata sua de' 18 mi affretto ad assicurarla che al più presto possibile il detto suo discorso sarà inserito nell'Antologia, non meno che di tutta quella gratitudine che le devo per la sua gentilezza.

Vado poi ad occuparmi di quelle commissioni di cui Ella mi parla.

III (14)

G.P. Vieusseux a G.D. Romagnosi
Firenze, 6 agosto 1827

Con prima occasione dirigerà al Sig. G. Del Majno (15) di Piacenza copie 30 delle di lei Lettere; e queste le vengono addebitate al prezzo di

(12) Copialettere Vieusseux, vol. III (1826-1829), p. 271.

(13) Cfr. *Delle ricerche da intruirsi intorno la scienza simbolica degli antichi e dei sussidii necessari per intraprenderle, discorso di* GIANDOMENICO ROMAGNOSI, in *Antologia* (Firenze), n. LXXX, agosto 1827, pp. 137-150.

(14) Copialettere Vieusseux, vol. III (1826-1829), p. 300.

(15) Si tratta di Gaetano Del Majno (?-1854).

Nel copialettere, p. 300, immediatamente precedente alla lettera al Romagnosi sempre in data 6 agosto 1827 vi è una lettera di G.P. Vieusseux al Del Majno in cui si legge:

«Ora sono a pregarvi di tenere a disposizione del Sig. prof. Domenico Romagnosi di Milano, copie 30 delle di lui lettere sulla *scienza della cosa pubblica* che io vi spedisco in questi giorni. Piacciavi avvisarne l'egregio professore ed anche il Sig. Avvocato Grillenzoni suo degnissimo nipote».

paoli 60, ossia di L. 40 toscane. Questa sommarella, ed un'altra di franchi 20 che ha nelle sua mani il Sig. Avv. Grillenzoni ⁽¹⁶⁾, e della

Sull'attività della tipografia Del Majno cfr. S. FERMI-G. FORLINI, *La Bottega Del Majno*, Piacenza, Del Majno 1954.

⁽¹⁶⁾ Si tratta di Ferdinando Grillenzoni (?-1847), vice-bibliotecario a Piacenza. Fu costretto per motivi politici ad allontanarsi da Piacenza e riparò a Zurigo; nipote di Romagnosi in Svizzera pubblicò *Alcune notizie intorno alla vita e alle opere di Gian Domenico Romagnosi piacentino*, Lugano, Tip. Ruggia e comp. 1835

Nel copialettere, p. 300, sempre in data 6 agosto 1827 e immediatamente di seguito alla lettera al Romagnosi, Vieusseux così scrive al Grillenzoni a Piacenza:

«Il Sig. prof. Romagnosi avendomi manifestato il desiderio di ricevere alcune copie delle *lettere al Valeri*, gliene spedirò 30 alla direzione del Sig. Gaetano Del Majno, col quale egli se l'intenderà. La mia intenzione è che la valuta rimanga nelle mani dell'ottimo suo Sig. Zio, acconto di qualche lavoro Antologico, e glielo scrivo. Voglio sperare che da molto tempo a questa parte Ella ha ricevute le 20 copie di dette lettere che le furono spedite con debito di f. 20. Questa sommarella di venti franchi sono a pregare di passarla al suddetto Sig. Prof. Romagnosi, il che farà che il di Lei conticino si trovi bilanciato».

Nel copialettere ci sono altre tre missive di G.P. Vieusseux al Grillenzoni che qui di seguito riportiamo per completezza di documentazione.

A) – «D'ordine del Sig. Prof. Giovanni Valeri di Siena, e per certo del Prof. Giovanni Domenico Romagnosi di Milano, ho il piacere di rimetterle qui acclusa una mia trattarella di L. 100 Austriache sopra Mirabaud e C. di Milano nel di Lei ordine, affinché Ella si compiaccia di procurarne quanto occorre e riconoscere di tal somma il mentovato Sig. Prof. Romagnosi. Mi sarà grato un suo cenno». (Vol. III, p. 99 - 5 ottobre 1826).

B) – «La stimatissima de' 14 dello scorso mese lei accusò la ricevuta della mia rimessuola di L. 100 per conto del Degnissimo Sig. Prof. Romagnosi col quale sta bene ch'ella siasi compiaciuto d'intendersela. Oggi le mando il saldo delle L. 300 toscane convenute, e ciò mediante l'inserta cambialina di L. 193.13.n.a. sopra Carmagnola di Milano senza aspettare che sia compita la stampa delle note lettere, in diminuzione di reciproci incomodi. Le sarò grato s'Ella vorrà ugualmente disporre a favore del suo Sig. Zio, e darne a me un piccolo cenno di ricevuta. Mi lusinga infinitamente l'offerta ch'ella mi fa della cooperazione del Summentovato suo, ma per il momento non saprei decidermi a dirle qualcosa di positivo a questo riguardo, attese le tante difficoltà che si frappongono alle comunicazioni, e in conseguenza l'incertezza di poter far pervenire al Sig. Romagnosi quelle opere, sulle quali gradirei un suo lavoro. Un'opportunità potrebbe però presentarsi, e non dubiti che io la trascuri, tanto per avere dei scritti di un uomo così valente quanto per il piacere ch'io proverei nel giovargli. Questo potrà, in parte, applicarlo anche a se stesso per ciò che le piace di offrirmi in Lei un nuovo collaboratore, gentilezza per la quale me le protesto riconoscentissimo». (Vol. III, p. 115 - 9 novembre 1826).

C) – «In seguito alla domanda contenuta nella stimatissima sua de' 17 andante, io ho allestito un pacchetto con n° 20 copie delle note lettere del Romagnosi, che mi farò una premura di spedirLe con prima occasione. L'importo delle medesime le resta addebitato in franchi 1 la copia in franchi 20, ed Ella se l'intenderà con l'acquirente come meglio gli aggrada.

L'associazione di codesta *Sala di lettura* è stata posta in regola col prezzo del Sig. Direttore Dervié di Parma, cosicché non accade più parlarne. Solo mi resta a ringraziarla per la sua offerta di un articolo sulla nuova opera che pubblica adesso l'ottimo suo Zio, ed io l'accoglierò con piacere, non dubitando che sarà per riuscire adattato al mio giornale». (Vol. III, p. 221 - 31 marzo 1827).

quale gli do l'ordine di riconoscere Lei, la prego di ritenerle come compenso di lavori Antologici fatti o da farsi. Io vorrei, ottimo Sig. prof., che le circostanze del mio giornale fossero tali da non dover guardare di tanto in tanto a qualche centinaia di franchi; ma fintanto che la circolazione dei libri e dei giornali verrà inceppata come lo è ancora per la maggior parte delle provincie italiane, un Direttore di giornale non può fare ciò che gli detterebbe il cuore. In breve verrà stampato quel suo articolino sullo studio dell'antiche relazioni. Sarà cura mia di farlene avere alcune copie a parte.

IV (17)

G.P. Vieusseux a G.D. Romagnosi
Firenze, 2 ottobre 1827

Ho il piacere di annunziarle che ha avuto luogo, nel fascicolo di agosto ora pubblicato, l'inserzione del suo articolo sulla simbolica degli antichi, e che, a forma del desiderio espressomi, le ne ho spedite 25 copie a parte affidate in un pacchetto a questo Sig. Molini⁽¹⁸⁾, unitamente ad una copia della *necrologia di Alessandro Volta*, e questa da parte dell'autore Sig. Cav. Vincenzo Antinori⁽¹⁹⁾. Giacché la vedo ben disposta al maggior incremento dell'Antologia, ardisco suggerirle un'opera sulla quale gradirei moltissimo un suo lavoro. Intendo parlare dell'opera di Lucas⁽²⁰⁾ sulla pena di morte, stata premiata a Parigi. Uno dei miei collaboratori si occupa in questo momento dietro un articolo su questo libro, ma tale è l'importanza dell'argomento che un articolo di più non può nuocere: anzi sarà utilissimo, molto più poi quando sarà trattato da Lei.

Il Dervì cui fa riferimento Vieusseux è il direttore delle Poste del Ducato di Parma. Sull'«Antologia» non uscì nessun articolo del Grillenzoni.

(17) Copialettere Vieusseux, vol. III (1826-1829), p. 336.

(18) Si tratta di Giuseppe Molini (1772-1856) fiorentino editore e bibliotecario palatino, compilatore del catalogo della biblioteca magliabechiana.

(19) Cfr. V. ANTINORI, *Necrologia - Alessandro Volta*, in *Antologia* (Firenze), n. LXXV, marzo 1827, pp. 156-157 e n. LXXVI, aprile 1827, pp. 3-21.

(20) Cfr. [G. VALERI], *Del sistema penale, e del sistema reprimente in generale, e della pena di morte particolarmente - Opera dell'avvocato CARLO LUCAS coronata a Parigi e a Ginevra, Parigi 1827*, in *Antologia* (Firenze), n. LXXXII, ottobre 1827, pp. 3-28.

GIUSEPPE DUSO

ALTHUSIUS E L'IDEA FEDERALISTA

(A proposito di TH. HÜGLIN, *Sozietales Föderalismus. Die politische Theorie des Johannes Althusius*, De Gruyter, Berlin - New York 1991)

Nel panorama del rinnovato interesse per il pensiero di Althusius un posto particolare viene a prendere l'interpretazione di Th.O. Hüglin, per il fatto che essa è sorretta dalla proposta, espressa con arrischiata chiarezza, dell'importanza teorica — al di là dell'interesse meramente storiografico ed erudito — di una riflessione oggi sulla *Politica* althusiana. Tale importanza si fonda su due pilastri argomentativi. Il primo consiste nella convinzione che due siano le linee fondamentali di pensiero che si presentano nella teoria politica moderna: quella centralistico-gerarchica, che, basata sul senso unitario e monolitico della sovranità, si snoda da Bodin e Hobbes fino a Rousseau e Hegel, e quella cooperativa federale, che intende la *Herrschaft* in modo pluralistico e accomuna pensatori quali Althusius, Leibniz, Milton, Locke e Montesquieu. Il secondo pilastro argomentativo consiste nella constatazione della crisi odierna delle tradizionali categorie della teoria dello Stato, con il loro monolitismo e centralismo, di fronte alla complessità del panorama socio-politico e a quella pluralità di forze organizzate che non possono più essere ridotte, secondo una direzione teorica ben nota, nell'ambito di una società *pre*-statuale e depoliticizzata. Certo questo guardare ad Althusius non vuole avere per Hüglin il significato di un *ritorno*, o della semplice attualità del suo pensiero, quanto piuttosto quello dell'interesse per una soluzione del problema della pace sociale che esca dai canoni della linea, per secoli vincente, ma ora caduta in una irrimediabile afasia, del monopolio della forza e dell'unità della sovranità. E lo sguardo va proprio ad Althusius perché, pur senza voler abbracciare concezioni che intendono la storia come movimento ciclico, Hüglin sottolinea come non si possa, con sorpresa, non rimarcare il fatto che, all'interno della crisi strutturale dello Stato, nello sforzo di comprendere un sistema sociale segmentato, riemergano categorie quali quelle di « democrazia concordata », « corporatismo » e « federalismo », che allo stesso Althusius erano apparse adatte ad intendere il passaggio dall'universalismo feudale al mondo moderno.

Su questa linea, come viene indicato nella pagine introduttive del libro sul *Federalismo societario* di Althusius, Hüglin offre al lettore una interpretazione complessiva — già anticipata parzialmente in una serie di saggi in lingua inglese e tedesca — dell'autore della *Politica*. Da quanto è stato qui anticipato emergono gli elementi per suscitare l'interesse e la discussione non solo degli specialisti di Althusius, ma anche di coloro che si occupano del pensiero politico con una particolare attenzione all'assetto teoretico dei concetti come pure alle scansioni storico-concettuali.

Può costituire motivo di meraviglia rintracciare nelle determinazioni concettuali che sono premesse al lavoro — come motivo di chiarimento e di legittimazione dell'espressione *Sozietales Föderalismus*, che caratterizza il titolo stesso del volume — il rimando a Proudhon. È infatti in Proudhon che tale espressione ha per Hüglin un significato teorico forte e di massima opposizione alla gerarchia e alla centralizzazione dell'amministrazione e del governo, e non si limita alla semplice decentralizzazione e autonomizzazione delle strutture della decisione, ma affonda le sue radici in una « *land-wirtschaftlich-industriellen Föderation* », dando luogo ad una democrazia sociale (p. 13). Ciò stimola già momenti di discussione, in quanto è da chiedersi come la posizione critica di Proudhon, polemica nei confronti della storia della forma politica moderna, ma proprio perciò ad essa legata e debitrice, possa illuminare una posizione quale quella di Althusius, che sembra porsi al di qua di quella forma-Stato, che ha il suo presupposto più nella costruzione hobbesiana che nella concezione della sovranità di Bodin.

Ma, procedendo con ordine, mi pare si debba innanzitutto indicare il problema che Hüglin affronta fin dall'inizio e che appare centrale nell'itinerario della argomentazione e dell'interpretazione dei punti salienti della *Politica* di Althusius. Si tratta del problema della *rappresentanza*, la cui declinazione appare all'Autore decisiva per il modo in cui si struttura l'organizzazione politica. Un diverso modo di intendere la rappresentanza è legato ad un diverso modo di intendere i rapporti tra gli uomini nell'ambito politico. Dopo aver ricordato le opposte interpretazioni della tematica rappresentativa in relazione alla società cetuale, che si possono esemplificare nella proposta di Hintze sulla continuità tra la rappresentanza cetuale e quella parlamentare moderna, e quella di Brunner, che sottolinea la differenza tra la rappresentanza cetuale e la forma organizzativa dello Stato moderno, Hüglin si sofferma sulla corrispondenza che vi è tra il concetto di rappresentanza e quello di sovranità. Una volta emerso sulla scena il problema della sovranità come caratterizzante la forma politica, si presentano per l'organizzazione cetuale tre diverse possibilità: l'autogoverno locale di tipo inglese; la limitazione dei privilegi da parte del potere statale, mediante una separazione tra società non politica e Stato politico; e infine una divisione normativo-positivistica dei poteri, oppure uno

sviluppo dell'essenza cetuale sulla base dell'affermazione della sovranità del popolo, sviluppo che si determini nella direzione di un federalismo societario organizzato corporativamente. È nella direzione di quest'ultima soluzione che è ancora utile guardare al concetto proprio della *Politica* althusiana di una organizzazione cooperativa di coloro che partecipano al Politico (pp. 65-66). Naturalmente il problema che tale impostazione presenta alla discussione è quello relativo all'emergere o meno nel contesto althusiano del concetto di sovranità nella versione unitaria e formale che caratterizza il pensiero moderno. Il modo di risolvere questo problema può portare l'interpretazione a ravvisare in Althusius un modo di soluzione del politico moderno, oppure una impostazione teorica radicalmente diversa, che resiste alla possibilità di porre il problema politico nella moderna declinazione del potere e della sua legittimazione.

Per giungere a rispondere a tale questione giustamente Hüglin si sofferma sull'idea centrale di *consociazione* e sul modo in cui, ai diversi livelli di organizzazione (famiglia, corporazione, città, provincia, regno), in essa si determina la vita, l'azione, il movimento. In questo contesto egli problematizza il rapporto, per altri versi diretto ed evidente, con cui Althusius viene collegato al pensiero aristotelico. Se è vero che aristotelica è l'idea dell'uomo come animale politico, diverso sarebbe il modo di intendere il rapporto di ogni singolo uomo con la città, o, ancora più precisamente, la relazione che si pone tra la sfera della casa, dell'*oikos*, e quella della *polis*. Non solo infatti Aristotele distingue molto chiaramente il modo in cui si determina il governo e la guida nei due ambiti, ma, mentre per lui è la *polis* a costituire l'ambito concreto in cui ognuno e le singole parti possono realizzare il proprio bene, venendo così a costituire il vero punto di partenza, in Althusius è invece la famiglia, in quanto iniziale e piena realizzazione di vita simbiotica, a costituire la base della costruzione (p. 134). Ciò equivale a dire che in Aristotele noi abbiamo la priorità del tutto sulle parti, mentre in Althusius la priorità sarebbe delle parti, che non sono subordinate alla totalità, ma sono piuttosto il suo fondamento, in quanto l'intero altro non è che il risultato della loro volontà e del loro accordo.

Tale contrapposizione comporta già una perplessità, che sarà più avanti ripresa sotto altra forma. Ci si può infatti chiedere se tale rimando al rapporto tutto-parti, certo ben rintracciabile nella *Politica* aristotelica, non sia qui inteso alla luce del tema dell'unità politica e del potere, e dunque di una declinazione della *Herrschaft* di tipo formale e moderno, esprimentesi nel rapporto di comando-obbedienza. Se così non fosse probabilmente la differenza tra i due autori verrebbe ad attenuarsi, ed emergerebbero maggiormente su questo punto aspetti comuni. Ma ciò che soprattutto fa problema è il fatto che, una volta riscontrata la famiglia alla base della costruzione, Hüglin vada nella direzione della proposta di una struttura di uguaglianza tra gli individui

e di un esercizio del potere *dal basso*. Ciò non mi pare si possa riscontrare nel modo in cui Althusius intende la famiglia. Infatti è ben vero che alla base della vita della comunità familiare sta l'accordo e il consenso, ma è altrettanto vero che ciò non esclude un'attività di *governo* e di guida; al contrario per la vita della associazione familiare è necessaria una azione di direzione da parte di chi ha insieme una posizione di preminenza e una funzione di custode (*Politica*, II, 7). Insomma se la famiglia è strutturata mediante l'accordo e la comunicazione, tuttavia ciò non esclude le differenze di ruoli e con ciò anche la subordinazione e l'obbedienza della moglie nei confronti del marito, il quale esplica una funzione di direzione e governo (*director et gubernator*) (*Politica*, II, 40-45). Tale rapporto di guida e subordinazione viene a prendere poi maggior rilevanza se si pensa che nel capitolo althusiano non del moderno e individuale rapporto familiare si tratta, ma piuttosto della sfera dell'*oikos*, con tutto l'insieme di lavori e di produzione che la caratterizza, non escluse la caccia e la pesca.

È certo significativo che Althusius si opponga a coloro che relegano la famiglia nell'ambito solo economico e dunque anche alla netta distinzione aristotelica tra la sfera dell'*oikos* e quella politica, ma è da ricordare che quell'*oeconomica* a cui non si riduce l'ambito familiare o della consociazione privata, è quella tecnica di acquisizione, aumento e conservazione dei beni, che nell'ambito della terminologia aristotelica sembra essere la crematistica. La famiglia è oggetto della *Politica* in Althusius perché è questa che insegna cosa i membri si debbano apportare e comunicare reciprocamente per condurre in modo giusto la vita sociale. In questo contesto si ricorda che « oggetto della politica è la simbiosi pia e giusta » e suo fine è « il governo e la conservazione dell'associazione simbiotica » (*Politica*, III, 42). La politica riguarda allora la vita simbiotica e il suo governo: è dunque da essa che nasce la capacità di amministrare anche l'associazione privata oltre che quella pubblica.

Il posto che ha la consociazione privata, e innanzitutto quella primaria della famiglia, all'interno della *Politica* è rilevante in relazione all'oggetto stesso della politica, che non è allora il *potere*, ma piuttosto la *consociatio*; il problema della *Herrschaft* (dell'*imperium*, per essere fedeli al testo althusiano), può essere affrontato solo sulla base della natura della *consociatio*, e perciò essa è essenzialmente *administratio*, ed « *administratio nihil aliud est quam legis executio* » (*Politica*, XXI, 16; Hüglin, p. 138). Hüglin intende tale idea di amministrazione come centrale per l'intero ambito dell'agire politico, di cui esprime la natura. Inoltre, per la responsabilizzazione che coinvolge federalmente tutte le parti del regno, l'amministrazione si rivela in realtà *autoamministrazione* (p. 144).

Per mostrare la base sociale in cui si radica l'esercizio del potere Hüglin mette in risalto due concetti che in effetti risultano determinanti

per l'assetto logico della politica althusiana, quello di *communicatio* e quello di *consensus*. Il primo, che riveste un ruolo strategico nel testo della *Politica*, non ha tanto la funzione di indicare la necessaria mediazione tra cerchie di interessi in sé formate e consolidate, ma piuttosto esprime l'idea che l'essenza dei membri della consociazione e quella delle singole consociazioni, a tutti i livelli, consiste nel prendere parte ad una collettiva realtà comunitaria («*an einer kollektiven Gemeinschaftlichkeit*», p. 138). La natura comunicativa dell'uomo richiama la dimensione aristotelica della *koinonia*, anche se ancora una volta Althusius è visto differenziarsi da Aristotele, in quanto non si tratterebbe semplicemente di far convivere le classi dei ricchi e dei poveri, ma di superare la stessa differenza delle classi, almeno per quanto risulta necessario allo spirito comunitario (p. 140; naturalmente anche questo parlare di *Klassenunterschied* e del suo superamento appare pericoloso da un punto di vista storico-concettuale, se si tiene presente che il contesto del pensiero althusiano ha una dimensione *ständisch*, mentre il concetto di *Klasse*, evoca ben altre dimensioni concettuali e reali). È proprio lo spirito comunitario, con la struttura della comunicazione che lo caratterizza, a mostrare, secondo Hüglin, la differenza del pensiero di Althusius nei confronti delle due soluzioni opposte, ma complementari, che segnano prevalentemente le concezioni moderne del politico, cioè quella individualistica e quella centralistica. Qualora si intenda la comunicazione come strutturale per l'uomo, si supera sia la possibilità che il singolo si ponga nella sua individualità come fondamento dell'aggregazione politica, sia quella che il Politico si regga su un modo centralizzato e unitario di prendere le decisioni e dunque di esercitare il potere. Si può sottolineare e radicalizzare questa indicazione di Hüglin, ricordando che individualismo e statalismo trovano in effetti alla loro radice una logica comune, che è quella inaugurata dal pensiero hobbesiano, nel quale è proprio il fondamento individualistico a dar luogo alla assolutezza del potere del corpo politico e alla necessità che questo potere sia esercitato da qualcuno, cioè da chi prende le parti del corpo politico, il sovrano-rappresentante. La centralità della *koinonia* in Althusius — come bene intende Hüglin — è segno di un diverso orizzonte concettuale, nel quale né l'autonomia dell'individuo né l'assolutezza e la centralità della decisione politica sono concepibili.

È su questo piano che si conquista — nel significato originario espresso dal suo etimo — anche il concetto di *consenso*. Anche per intendere questo termine bisogna distaccarsi dall'uso odierno, frutto di un lungo cammino della scienza politica, che ne ha stravolto il senso originario. In questo uso si assiste ad uno scarto strutturale tra coloro che esprimono il consenso e l'ambito di decisioni a cui si esprime il consenso, che strutturalmente è fuori dalla portata dei primi. In altri termini il consenso si esprimerebbe da parte di coloro che non sono sulla scena dell'agire pubblico nei confronti di coloro che unici, per

delega comune, rivestono il ruolo di rappresentanti della volontà di tutti, e dunque prendono le decisioni politiche. Ma se alla espressione di questa volontà, la legge, non si può *dissentire*, ciò significa in senso proprio che non si può nemmeno *consentire*: l'uso del termine è allora improprio. Il consenso appare invece concetto appaesato nel contesto althusiano: esso riguarda il modo in cui si producono le decisioni e in cui si rapportano tra loro i vari membri della comunità politica. Proprio Althusius e non Marsilio o Cusano sarebbe, secondo Hüglin, il vero teorico del consenso. Infatti in Marsilio mancherebbe una legittimazione della *republikanische Herrschaft* e il consenso sarebbe solo presupposto, in un contesto come quello della città, in cui è in genere un uomo ad esercitare il dominio (p. 184). Anche in Cusano, solitamente inteso come il filosofo del consenso, questo concetto servirebbe solo a giustificare una realtà di dominio, venendo a prendere il significato di una « *libera subjectio* » (pp. 187 ss.). È solo in Althusius che il consenso non si riferirebbe più ad una realtà di dominio, ad una sia pur fondata sfera del potere legittimo, ma esprimerebbe l'uguale dignità dei soci politici e il modo della loro organizzazione.

In ogni caso, la logica espressa dai termini fondamentali di *consociatio*, *communicatio* e *consensus* ci permette di intendere tutta la diversità di Althusius da quell'insieme concettuale che si viene ad assestare nel giusnaturalismo moderno a partire da Hobbes e, ruotando attorno al nesso sovranità-rappresentanza, condiziona la successiva teoria dello Stato. Ma allora si tratta di riflettere ulteriormente sul modo in cui Hüglin intende l'organizzazione della *Herrschaft* in Althusius e il significato che essa viene a prendere per noi oggi. A questo scopo bisogna approfondire la dimensione della rappresentanza, perché è questa a strutturare l'organizzazione dei soci politici e a determinare lo stesso concetto di consenso.

Nell'accezione moderna, in quanto modalità di movimento e di manifestazione della sovranità, la rappresentanza ha la funzione di legittimazione del potere politico, in quanto essa mostra alla base del potere l'espressione della volontà di tutti, e ravvisa come suo fine, non tanto l'espressione di volontà personali o funzioni di direzione di uno o più uomini, quanto piuttosto l'espressione della volontà generale. Se in Althusius la rappresentanza ha anche il significato di legittimazione, tuttavia, nello stesso tempo, essa indica la struttura e la qualità del sistema politico (p. 173). Tale concezione della rappresentanza comporta non solo la maggior dignità del rappresentato nei confronti del rappresentante, ma anche l'efficacia dell'espressione di volontà del rappresentato in rapporto all'azione del rappresentante, e ciò vale a tutti i livelli, anche a quello più alto, nel quale il popolo, in quanto rappresentato dal re, è ad esso superiore. Tale funzione del popolo è naturalmente possibile solo in quanto il popolo non è la totalità di tutti

gli individui, ciò che come persona o soggetto politico non è presente se non attraverso la funzione di qualcuno che ne tenga le parti, che ne esprima la volontà — come avviene nella scienza politica moderna a partire da Hobbes —, ma è una realtà *costituita*, cioè l'insieme della differenti parti e organizzazioni, che esprimono volontà determinate. La rappresentanza è cioè qui legata al mandato, e deve rispettare contenuti di volontà espressi.

Bisogna ricordare che nella rappresentanza moderna, noi abbiamo bensì affermata la priorità degli individui rappresentati, i quali insieme devono esercitare il controllo sui governanti e designare i loro rappresentanti così come li possono sostituire; tuttavia, visto che la rappresentanza deve esprimere l'unica volontà di tutto il popolo (unica è infatti la legge), nella designazione, o nel voto, si sceglie la persona del rappresentante e non si esprime una volontà determinata che questi debba rispettare: proprio perciò emerge la problematica espressione di «mandato libero», che è segno del fatto paradossale che proprio nel moderno, in un contesto che si fonda sulla primarietà degli individui, dei loro diritti, e della loro autonomia, si determina una costruzione in cui la rappresentanza viene «dall'alto», a differenza di quanto comporta la rappresentanza di tipo feudale o cetuale, che è legata al mandato e dunque ad una volontà da rispecchiare.

Di contro all'artificialità di tale espressione di unità in Althusius si avrebbe, proprio attraverso la rappresentanza, che innerva tutti i livelli del sistema politico, l'espressione di diverse volontà, che nel regno devono cercare una loro unificazione. Il rappresentante ha sempre una volontà determinata nei suoi contenuti a cui riferirsi, ha cioè un mandato che lo vincola. Ciò vale sia per gli Efori che per il Sommo Magistrato, e perciò Hüglin sostiene la tesi che non si ha in Althusius una doppia rappresentanza, quella identitaria, degli Efori da una parte, e quella del Sommo Magistrato dall'altra. Anche nel caso degli Efori ci sarebbe mandato e dipendenza dalla volontà dei mandanti (p. 191), e perciò si avrebbe un sistema omogeneo in cui, a tutti i livelli di direzione e governo, si esprimerebbe dal basso una volontà che indirizza e vincola coloro che esercitano il potere. Ciò vale anche quando ci si riferisce al popolo preso nella sua unità, in quanto esso, come si è detto, è l'unificazione organizzata di parti, gruppi e associazioni ed è soggetto plurale già *prima* del contratto di mandato con il quale costituisce come suo rappresentante il Sommo Magistrato, e anche *dopo* che il patto è stato stipulato (p. 209 ss.).

La sovranità del popolo non è allora il semplice rovesciamento della sovranità affermata da Bodin, ma indica un soggetto plurale e complesso che agisce nei vari livelli in cui è organizzato. È tale capacità di volontà e azione che differenzia, secondo Hüglin, Althusius dai monarcomachi, presso i quali il popolo non avrebbe un vero e proprio diritto di azione, e la costruzione contrattuale servirebbe solo ad una

legittimazione giuridica del diritto di resistenza. Nei monarcomachi il popolo eserciterebbe solo un controllo della *Herrschaft* secondo una concezione dualistica del potere. In Althusius non ci sarebbe invece dualismo o bilanciamento dei poteri, e lo stesso diritto di resistenza risulterebbe basato su una relazione di mandato che innerva tutta la vita della società, in modo tale che dal basso si formi la volontà politica. Non solo allora non ci sarebbe in Althusius il dualismo di società e Stato e di privato e pubblico, ma nemmeno quello di principe e ceti. La sua sarebbe piuttosto una soluzione federalistica, in cui, al posto dell'unità astratta che si manifesta in modo monopolistico, si ha una unificazione di parti diverse, le quali sono organizzate sull'idea della formazione dal basso della volontà e del potere (pp. 194-195).

La posizione di Althusius si viene così, nella interpretazione di Hüglin, a configurare come un modello di organizzazione politica accanto e di contro a quello monistico della sovranità di Bodin, come a quello dualistico costituito da ceti e principe, che si rintraccia anche nei monarcomachi. Quella di Althusius sarebbe una concezione federalistica basata sul pluralismo e sulla formazione dal basso della volontà politica. È questa interpretazione che permette a Hüglin di ricordare Althusius non tanto al giusnaturalismo posteriore o a Rousseau — contro il cui monismo egli si opporrebbe, come pure al monismo proprio della successiva teoria dello Stato —, ma piuttosto a Proudhon e alla sua sintesi di ordine unitario e libertà plurale (p. 219).

A questo punto è possibile dare maggiore spessore alla preoccupazione critica già emersa all'inizio. Si tratta cioè di chiedersi se, pur dopo aver indicato la differenza dell'apparato concettuale di Althusius dalle moderne teorie dello Stato, Hüglin non corra il pericolo, in questa forma di attualizzazione, in cui tale apparato ha una funzione critica nei confronti della teoria dello Stato moderno, di reintrodurre nella interpretazione del pensiero di Althusius elementi concettuali ad esso estranei, e in ultima analisi desunti proprio da quell'apparato concettuale moderno a cui Althusius viene contrapposto; quasi che nel pensatore del Seicento si volesse trovare risposta teorica e vera soddisfazione a quelle promesse che le teorie moderne non hanno mantenuto.

Per chiarire ciò è esemplare il riferimento al problema della democrazia. Hüglin infatti si oppone a Hasso Hofmann per la critica « anacronistica » che questi muoverebbe alla democrazia delle città medievali dell'Italia settentrionale a partire dalle prospettive moderne postrivoluzionarie dell'uguaglianza degli individui (182). In realtà Hofmann (nel suo fondamentale volume, *Repräsentation. Studien der Wort. - und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*, Berlin 1974, ora 1990², pp. 205 ss.), sulla linea di un proficuo approccio storico-concettuale, non dà tanto una valutazione critica fondata sul *valore* della libertà moderna, ma piuttosto mostra lo scarto esistente tra la libertà corporativa del Medioevo e quella libertà moderna che si basa

sull'idea dell'uguaglianza degli individui. Se non si tiene presente questo scarto si rischia di fraintendere radicalmente il senso della libertà, o meglio delle *libertates* del contesto medievale, e nello stesso tempo non si ha coscienza della non universalità, della contingenza e magari anche delle aporie che sono proprie del concetto moderno di libertà, che viene spesso immediatamente universalizzato e usato come bandiera, come valore appunto. Contro questa universalizzazione è dunque l'indicazione storico-concettuale dello scarto a risultare — in maniera positiva — critica. Giustamente Hüglin afferma che non è possibile intendere la libertà medievale a partire dalle moderne rappresentazioni della democrazia. In realtà egli parla però di «grado di libertà», facendo così intendere che la libertà sia qualcosa di omogeneo e dal significato univoco, che può essere rintracciata più nelle città medievali che nello Stato moderno, purché non si assolutizzi la prospettiva moderna.

In questo modo si presenta un sottile problema, in quanto rischiano di essere ipostatizzati concetti quali quello di democrazia e di libertà: anche se — o proprio nel momento in cui — ad essi si mostrano più adeguate soluzioni medievali o premoderne, piuttosto che quelle individualistiche e statalistiche elaborate nel moderno, tuttavia essi rischiano di essere impregnati di una logica che può sembrare estranea alla costruzione di Althusius. Infatti Hüglin, per mostrare il senso «emancipatorio» della teoria della libertà in Marsilio e ancor più in Althusius, è costretto a porre tra parentesi elementi logicamente determinanti la loro costruzione politica. È il caso dell'elemento corporativo, quando si dice che il senso emancipatorio della libertà di Marsilio non riguarda tanto l'esserci o meno dell'organizzazione corporativa, quanto piuttosto la qualità di questa organizzazione (p. 183), oppure dell'elemento religioso, quando si afferma che per il «senso emancipatorio» (e ciò è significativo per l'orizzonte moderno) della teoria di Althusius non ha importanza il fatto che il potere derivi da Dio, quanto piuttosto che esso sia legittimato dalla natura delle cose (p. 209).

Tali elementi non sembrano facilmente eliminabili o trascurabili, in quanto senza di essi non si può intendere il senso determinato dei concetti di Althusius, o più in generale di posizioni il cui contesto non è quello dei concetti politici moderni, come è il caso di Marsilio. Il problema, che è quello di una comprensione storico-concettuale, non riguarda solo la necessità di tener presente il contesto storico in cui le teorie si producono, quanto piuttosto di tener presente la rilevanza teorica del contesto concettuale in cui i concetti sono inseriti, per comprendere il loro significato. Così è proprio l'appaesamento corporativo e *ständisch*, che ci può fare capire di che *libertas*, o meglio di quali *libertates* stiamo parlando, senza equivocare il discorso nella direzione di una indipendenza e autonomia dei singoli, che conferisce alla libertà un significato *radicalmente* diverso. Questa direzione, nonostante le

critiche di Hüglin all'individualismo, rischia di funzionare nel retroterra della sua interpretazione. Infatti quando si delinea un sistema omogeneo di potere, in cui la legittimazione, attraverso la rappresentanza — certo nella forma non moderna del mandato imperativo —, proviene dal fatto che in ogni istanza il potere è esercitato *dal basso*, si compie una operazione teorica che, anche al di là della esplicita volontà, determina uno spazio omogeneo, privo di elementi qualitativi e metafisici, in cui la *Herrschaft*, ha il carattere formale del rapporto comando-obbedienza, che in quanto tale deve venire legittimato. La legittimazione non può consistere logicamente che nell'idea dell'uguaglianza degli individui e nella espressione della loro volontà, perché per natura nessuno ha il diritto (e il dovere) di *governare* gli altri uomini. È in questo contesto teorico che la libertà può prendere il senso della indipendenza del singolo e della autoreferenzialità della sua volontà. Tale modo di intendere la *Herrschaft* e i suoi rapporti con la volontà degli individui è proprio ciò che è stato creato da quella scienza politica moderna all'interno della cui costruzione *geometrica* solo si può parlare di «potere esercitato dal basso». Non c'è infatti più nessun ordine naturale, né morale e religioso a cui riferirsi, e non vale più nemmeno richiamarsi al buon diritto antico, per cui bisogna che la costruzione sia tutta giustificata dalla sua razionalità interna, che richiede appunto uguaglianza degli individui e fundamentalità dell'espressione della loro volontà. Come si è sopra visto tuttavia tale fondazione del potere dal basso, nell'orizzonte della rappresentanza moderna, equivale paradossalmente all'esercizio «dall'alto», in quanto l'unità che deve essere rappresentata non è empiricamente presente, non può fare riferimento ad una volontà espressa *prima* e fuori dell'azione rappresentativa.

Che tale contesto rischi di condizionare l'interpretazione di Hüglin, almeno in alcuni punti, mi pare si possa ravvisare non solo nell'uso del termine «emancipazione» e nell'indicazione di un sistema di potere dal basso, ma anche nella sottolineatura data al concetto di *menschliche Selbstentwicklung*, che, per le ragioni sopra indicate, e cioè per la legittimazione rintracciata nell'esercizio del potere dal basso, rischia, al di là delle intenzioni, di convertirsi nel senso moderno di autonomia della volontà del singolo. E infatti Hüglin conferisce centralità e capacità fondativa all'affermazione, che si trova nella *Politica*, della uguaglianza degli uomini (*jure naturali omnes homines sunt equales*), della dipendenza dell'assoggettazione ad ogni forma di giurisdizione dal consenso e da un atto volontario e della non esistenza immediata dei regni e dei loro rettori fin dall'inizio della umanità, ma piuttosto della loro costituzione da parte del popolo (*Politica*, XVIII, 18). Tale affermazione non può comportare uno spazio neutro in cui è fondamento l'arbitrio del singolo, perché in questo modo non si comprenderebbe né la naturalità e non derivabilità della *consociatio*, né la necessaria differenza tra gli uomini, né la naturalità dell'*imperium*: tutti elementi che,

sin dal primo capitolo della *Politica*, programmaticamente caratterizzano l'idea althusiana di *consociatio* e di simbiosi.

Il capitolo XVIII della *Politica* ha di mira il senso rappresentativo proprio degli amministratori e dunque il fatto che coloro che amministrano, siano essi gli Efori o il Sommo Magistrato, sono istituiti dalla consociazione nella complessità della sua costituzione e ad essa devono rendere conto. Ma ciò non comporta che l'azione di governo dipenda dalla volontà dei singoli e su di essa si fondi, né tanto meno che in rapporto alla necessità dell'espressione dell'azione di governo i singoli siano uguali. Infatti, non solo poco dopo, nello stesso capitolo, si ricorda la naturalità dell'*imperium*, ma, come si è detto, fin dal primo capitolo si mostra come la società e l'accordo tra le parti si basi proprio sulla loro diversità e che niente vi sarebbe di più distruttivo e causa di discordia che l'uguaglianza degli uomini, che produrrebbe la pretesa di tutti a voler governare (*Politica*, I, 37). Bisogna allora riconoscere che, proprio in quanto l'associazione tra gli uomini è naturale, altrettanto naturale è che si dia una funzione in essa che consiste nell'*imperare* e nel *gubernare*: ciò è legato alla stessa natura della associazione, che non può stare senza guida come un corpo non può stare senza testa (I, 34). Allora è innato per coloro che sono potenti e hanno la virtù della prudenza governare i più deboli, e tale differenza tra gli uomini e il loro contributo alla vita dell'associazione si può riscontrare sin nel nucleo primario costituito dalla famiglia. Già qui, come si è sopra ricordato (cfr. *Politica*, I, 38 e II), emerge insieme l'accordo tra i membri e la comunicazione, come pure la funzione di governo.

A chiarimento di ciò è da ricordare che quando Althusius si riferisce all'*imperium*, non evoca una dimensione come quella della *Herrschaft* moderna, caratterizzata dal rapporto formale di comando-obbedienza. Non c'è cioè sottomissione alla volontà e all'arbitrio di chi comanda, ma ad un'azione di guida, che comporta una dimensione che trascende sia chi esercita il governo sia chi è governato. Lo spazio politico non è geometrico e passibile di determinazioni direzionali, ma implica dimensioni che trascendono la volontà, quali il diritto simbiotico, l'elemento religioso, il tema della virtù e della vita pia e giusta. La guida o il governo non si riducono dunque all'espressione di comando, anche se richiedono sottomissione, ma implicano una costellazione di riferimento, che non dipende né dalla volontà dei governanti, né da quella dei governati. Perciò anche l'elemento religioso viene, nonostante — o proprio attraverso — la razionalità della argomentazione, a rivestire importanza per il senso dei concetti politici espressi.

Tali riflessioni non tendono tanto ad imputare a Hüglin una assolutizzazione di concetti moderni, ché merito della sua analisi è di denunciare tale assolutizzazione e il tentativo di applicare al passato criteri di legittimazione del potere propri del moderno, come pure di intendere la concettualità moderna come storicamente condizionata e

già in crisi. Il problema riguarda piuttosto la difficoltà di tener sempre desta la coscienza critica nei confronti di quella concettualità che, in quanto siamo pur figli del nostro tempo, tende a condizionare costantemente il nostro discorso. Se da una parte è da condividere il senso teorico della riproposizione di attenzione per il pensiero di Althusius in un momento in cui le categorie politiche moderne mostrano ormai palesemente le loro aporie, tuttavia l'obiezione che si oppone alla sua *attualità* oggi sulla base della differenza della situazione storica del periodo della *Früheneuzeit*, da quella odierna — obiezione di cui Hüglin si libera conferendole una dimensione quantitativa e non qualitativa (pp. 219-220) —, può avere più peso, se liberata della sua banalità storicistica. Come si è visto infatti il contesto *ständisch* ha una portata non solo relativa alla cosiddetta realtà storica, ma anche all'orizzonte concettuale, nel quale solo i concetti prendono un significato. È proprio la «differenza» del pensiero althusiano che appare oggi importante comprendere, evitando sia i tentativi di attualizzazione che ne perdono la specificità concettuale, sia le tentazioni di proposta politica che cercano di risolvere mediante un modello — quale quello del «federalismo» di Althusius — con mossa troppo rapida le contraddizioni del presente.

MAURIZIO FIORAVANTI

QUALE FUTURO PER LA ' COSTITUZIONE ' ?

(A proposito di: E.W. BOCKENFORDE, *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991; e di D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991)

1. Ernst Wolfgang Böckenförde e Dieter Grimm sono *Staatsrechtslehrer*, appartengono cioè a quella cospicua tradizione dottrinale tedesca che occupa certamente nel quadro complessivo europeo degli studi di diritto pubblico un posto di sicuro ed indubbio rilievo. È noto infatti come la giuspubblicistica tedesca abbia svolto in diverse fasi tra Otto e Novecento un ruolo di primissimo piano: nella costruzione della stessa identità disciplinare di diritto pubblico da Carl Friedrich von Gerber in poi, nella sistemazione degli istituti dello Stato liberale di diritto sul piano del diritto pubblico generale soprattutto con Georg Jellinek, nella costruzione degli istituti e dei principi generali del diritto amministrativo soprattutto con Otto Mayer, nella definizione del campo complesso e tormentato della dottrina della costituzione al tempo della Repubblica di Weimar, ed infine nella riflessione sullo « Stato sociale di diritto » dopo la messa in vigore delle costituzioni democratiche dell'ultimo dopoguerra; ed è noto anche come e quanto la giuspubblicistica italiana sia lungamente dipesa, per alcune scelte fondamentali, da quella tedesca ⁽¹⁾.

Per altro, poiché ora il tempo delle « dipendenze », delle « scienze nazionali » dominanti, e delle loro « recezioni », sembra volgere al termine — basterà ricordare la recente fortunata e fervida stagione di studi costituzionali in Spagna, o il rinnovato interesse francese, dopo la lunghissima stagione di positivismo legislativo, per i problemi della « costituzione » ⁽²⁾, o un certo progressivo sgretolarsi della classica

(1) Sul punto si è ormai accumulata abbondante letteratura. Alcuni saggi di sintesi si trovano ora in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. SCHIAVONE, Bari, Laterza 1990.

(2) Si veda ora D. ROUSSEAU, *Une résurrection: la notion de constitution*, in « Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger » 1-1990, pp. 5-23,

opposizione dei modelli anglo-americano ed europeo-continentale: tutti fenomeni che complicano non poco l'assetto dei tradizionali schemi comparatistici —, si tratta oggi semplicemente di capire quanto gli ultimi prodotti teorici della *Staatsrechtslehre* tedesca ⁽³⁾ pongano problemi che possono e debbono interessare la giuspubblicistica europea, e dunque anche quella italiana.

Iniziamo dicendo questo: se un secolo fa la «recezione» della giuspubblicistica tedesca avvenne, anche in Italia, sotto il segno del «metodo giuridico», che qualcuno volle intendere allora come rigida ed assoluta distinzione tra campo della politica e campo del diritto, oggi la lettura dei volumi di Böckenförde e di Grimm provoca reazioni in un certo senso opposte. A fronte di una giuspubblicistica non di rado un pò troppo chiusa — sia in Italia che in Germania, come anche altrove: per altro con notevoli, ed anche crescenti, eccezioni — nella propria tradizione disciplinare i nostri due volumi propongono un tipo di riflessione sul diritto pubblico contemporaneo che torna ad affrontare i grandi problemi di fondo: i diritti fondamentali, la rappresentanza politica, il potere costituente, ed in genere la sorte che la stessa «costituzione» potrà avere nel futuro delle democrazie occidentali; ed appare subito chiaro come la risposta a problemi di questo genere non possa più essere quella positivista e statualista di un secolo fa, ma debba collocarsi sul terreno di una dottrina e di una cultura della costituzione che è destinata a sfidare i giuristi, nel senso che li sospinge a riaprire completamente il dialogo con la storia costituzionale, e con le scienze sociali e politiche.

2. Il rapporto tra diritto pubblico e storia costituzionale: questo sembra essere il primo problema da prendere più specificamente in considerazione. Ed in questo senso i volumi di Böckenförde e di Grimm ci offrono indubbiamente materia abbondante, sulla quale conviene riflettere più da vicino. Certo, nel caso della giuspubblicistica tedesca agisce a questo livello un noto fattore in più, che costringe al confronto con la storia, e che può dirsi sicuramente «nazionale»: si tratta di prendere posizione sulla tormentata «specificità» della storia costituzionale tedesca, sulla nota e così a lungo perdurante vigenza del principio monarchico, e sul nesso tra questa medesima «specificità» e

che analizza le decisioni del *Conseil constitutionnel*, che anche in Francia sembrano attribuire alla «costituzione» lo statuto di norma positiva direttamente fondante i diritti, e come tale superiore all'autorità del legislatore. Sulla precedente incorporazione, a partire dalla Rivoluzione, dei diritti medesimi nella legge quale massima fonte di diritto, si veda M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, I, *Le libertà: presupposti culturali e modelli storici*, Torino, Giappichelli, 1991, spec. pp. 50 e ss.

⁽³⁾ Da menzionare anche R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986, che dovrebbe essere discusso a parte.

la successiva tragedia della Repubblica di Weimar (4). Tuttavia, non è questo il tipo di confronto con la storia che qui più interessa. Ben più rilevante ai nostri fini appare il tentativo di Böckenförde e di Grimm — specialmente di quest'ultimo — di riflettere sui caratteri fondamentali dell'età liberale complessivamente intesa, a partite dalle grandi rivoluzioni di fine Settecento. La problematica in questo senso privilegiata è certamente quella dei *Grundrechte*, delle libertà fondamentali, sulla quale anche noi ci soffermeremo brevemente (5).

Come mostra Dieter Grimm in alcune pagine particolarmente limpide ed efficaci (6), l'età liberale ha costruito il suo ordine sociale complessivo soprattutto con lo strumento del diritto privato: è il codice, ben più della costituzione intesa come atto normativo formale, a fissare le linee della « costituzione » liberale, dettando i principi fondamentali

(4) Il giudizio sulla « specificità » della storia costituzionale tedesca si trova prevalentemente in altre opere dei nostri due giuristi, di cui terremo conto — qui e più avanti — accanto ai due volumi oggetto di recensione: si veda soprattutto E.W. BOECKENFÖRDE, *Der deutsche Typ der konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert* (1967), ora in *Id.*, *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, pp. 273-305, secondo il quale la monarchia costituzionale tedesca non rappresentò affatto un'autonoma forma politica, ma semplicemente un sistema regolato di compromessi destinato ad evolversi verso la sovranità popolare; D. GRIMM, *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866. Vom Beginn des modernen Verfassungsstaats bis zur Auflösung des Deutschen Bundes*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1988, spec. pp. 110 e ss., che risolve la questione della « specificità » della storia costituzionale tedesca in modo più complesso ed articolato rispetto a Böckenförde, avvicinando le costituzioni tedesche del diciannovesimo secolo al tipo « occidentale-liberale » con argomenti simili a quelli adoperati da Böckenförde — decisivo pare anche a me quello relativo alla sanzione costituzionale della non libera modificabilità della costituzione da parte del monarca —, ma mettendo anche in rilievo la specifica continuità in Germania del principio monarchico inteso come presunzione di competenza a favore del monarca stesso in assenza di esplicite previsioni di competenza a favore delle rappresentanze parlamentari, come conseguenza della mancanza in Germania di un « potere costituente » agente dal basso in modo fondante le istituzioni politiche, e tale quindi da non presupporre più la monarchia come istituzione storica per suo conto legittimamente esistente. Per il giudizio di Grimm sulla tradizione costituzionale tedesca, è rilevante anche, su un piano diverso, D. GRIMM, *Die Entwicklung der Grundrechtstheorie in der deutschen Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts* (1987), in *Id.*, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1987, pp. 308-346. Sulle differenze di valutazioni, e di prospettive, tra Böckenförde e Grimm torneremo alla fine di questo contributo.

(5) A questa problematica sono dedicati i saggi contenuti nella seconda parte del volume di Böckenförde oggetto di recensione (pp. 115 e ss.); si veda inoltre in modo particolare D. GRIMM, *Die Grundrechte im Entstehungszusammenhang der bürgerlichen Gesellschaft* (1988), ora in *Id.*, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, pp. 31-65.

(6) D. GRIMM, *Die Grundrechte*, cit., pp. 92 e ss.; *Id.*, *Grundrechte und Privatrecht in der bürgerlichen Sozialordnung* (1981), ora in *Id.*, *Recht und Staat*, cit., pp. 192-211; *Id.*, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., pp. 39 e ss.; *Id.*, *Bürgerlichkeit im Recht* (1987), in *Id.*, *Die Zukunft*, cit., pp. 27 e ss.

della intangibilità della proprietà privata individuale, della autonomia negoziale, della responsabilità contrattuale. Rispetto a tutto questo la costituzione in senso formale svolge solo una funzione aggiuntiva, equilibrando in vario modo i poteri pubblici, o anche sancendo qualche ulteriore principio in materia di diritti, ma sempre sul presupposto che la « società civile » degli individui agenti secondo le norme dello Stato, e soprattutto del codice, sia realtà preesistente, in sé definita, capace di autoregolarsi. Questo è il presupposto che è stato quasi subito, e sempre più, smentito dai fatti. Quella « società civile » del codice, protetta dal principio costituzionale di non ingerenza da parte dello Stato (7), ha in realtà generato conflitti e disordini, riproducendo al proprio interno vere e proprie « strutture di potere », finanziarie, economiche, nella sfera delicatissima dell'informazione, che hanno finito per escludere dai diritti di cittadinanza ampi strati di popolazione (8). Le costituzioni democratiche dell'ultimo dopoguerra, come il *Grundgesetz* tedesco, o anche la Costituzione italiana del 1948, nascono appunto dalla percezione di questa realtà, o meglio ancora dalla convinzione che non sia più possibile presupporre una « società civile » in sé ordinata: se l'ordine sociale è da costruire, allora la costituzione in senso formale, come norma giuridica, può e deve pretendere di assumere ad oggetto della propria regolazione la società stessa. Ne consegue una struttura di fondo, ed una concezione complessiva, del tutto diversa dei diritti medesimi. Questi rimangono vivi nella forma classica dei diritti individuali di libertà, della tutela della propria sfera individuale — e come poteva esser altrimenti dopo i regimi totalitari degli anni Trenta? —, ma il punto è che la somma di queste « sfere » non produce più una sintesi denominabile « società civile » in sé data e definita, cosicché i medesimi diritti fondamentali assumono anche la veste di pretese giuridicamente fondate ad un ordine sociale più conforme alle grandi scelte di principio contenute nella costituzione, dirigendosi ora non più solo verso lo Stato, ma anche verso le molteplici « strutture di potere » inserite nel contesto della società medesima (9).

(7) Quel principio era stato efficacemente espresso nell'articolo quarto della Dichiarazione dei diritti dell'89: « La libertà consiste nel poter fare tutto ciò che non nuoce agli altri; così l'esercizio di diritti naturali di ciascun uomo ha come limiti solo quelli che assicurano agli altri membri della società il godimento dei medesimi diritti. Tali limiti possono essere determinati solo dalla legge ».

(8) Böckenförde fa risalire la « scoperta » della insostenibilità di uno sviluppo sociale puramente auto-regolato a Lorenz von Stein: vedi E.W. BOCKENFORDE, *Lorenz von Stein als Theoretiker der Bewegung von Staat und Gesellschaft zum Sozialstaat* (1963), in *Id.*, *Recht, Staat, Freiheit*, cit., pp. 170-208; ed *Id.*, *Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart* (1972), in *Recht, Staat, Freiheit*, cit., pp. 209-243. Si veda sul medesimo punto D. GRIMM, *Die sozialgeschichtliche und verfassungsgeschichtliche Entwicklung zum Sozialstaat* (1988), in *Id.* *Recht und Staat*, cit., pp. 138-164.

(9) Si inserisce qui la problematica della c.d. « *Drittwirkung* » dei diritti fonda-

Torniamo ora al nostro problema di fondo del rapporto tra costruzioni giuspubblicistiche e storia costituzionale. È evidente che le soluzioni che si scelgono in materia di diritti fondamentali — in definitiva la *Grundrechtstheorie* che orienta l'interpretazione delle norme costituzionali in materia di libertà — dipendono in larga misura dalla visione che si ha del passaggio dallo Stato liberale di diritto del diciannovesimo secolo ai regimi democratici del presente. Se quel passaggio è letto nel senso sopra indicato, muovendo dalla riconosciuta impossibilità storica di una « società civile » in sé conchiusa, allora si dovrà accettare la difficile coesistenza all'interno dei diritti fondamentali della dimensione « classica » del limite all'arbitrio dei governanti e della dimensione nuova della pretesa orientata da scelte costituzionali di principio come una sorta di difficile destino obbligato dei nostri sistemi politici. È quanto ci suggeriscono Grimm e Böckenförde, che in questo modo ci invitano a non considerare praticabile un « ritorno » ad un concezione puramente liberale dei diritti di libertà ⁽¹⁰⁾.

Del tutto diversa sarebbe stata la conclusione di questa dottrina tedesca se essa fosse rimasta ferma alle note conclusioni di Ernst Forsthoff, ben conosciute anche in Italia ⁽¹¹⁾. In questo caso quella dottrina avrebbe dovuto fornire un giudizio addirittura liquidatorio della esperienza dello Stato sociale di diritto dell'ultimo dopoguerra, tornando alla convinzione — rappresentata appunto da Forsthoff, ed a sua volta fondata su precise acquisizioni di carattere storiografico, sulle quali non è possibile qui soffermarsi — che una sola « costituzione » sia in assoluto possibile: quella con i caratteri propri della « costituzione » dell'età liberale, che in Germania assunse la forma dello Stato di diritto monarchico; e che quanto su di essa si è in seguito sovrapposto abbia la natura « politica » del « programma », che può essere utile per orientare l'attività della pubblica amministrazione, ma che comunque non può assurgere alla dignità — come si è preteso con le costituzioni dell'ultimo dopoguerra — di principio costituzionale, con una connessa ambizione di normatività nei confronti dell'intero ordinamento.

3. Dunque, i diritti fondamentali non possono più essere solo *subjektive Freiheitsrechte*, diritti di libertà nel senso liberale « classico », e sono invece necessariamente anche *objektive Grundsatznormen*, norme oggettive di principio, che pretendono di valere — come ab-

mentali, così dibattuta nella dottrina tedesca: sul punto si veda E. W. BOCKENFORDE, *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, pp. 170 ess.; ed in particolare Id., *Freiheits-sicherung gegenüber gesellschaftlicher Macht* (1975), in Id., *Staat, Verfassung*, cit., pp. 264-276.

⁽¹⁰⁾ Si veda in particolare D. GRIMM, *Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?* (1988), in Id., *Die Zukunft*, cit., pp. 221 ess.

⁽¹¹⁾ E. FORSTHOFF, *Rechtsstaat im Wandel*, Stuttgart, 1964; trad. it. *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 1973.

biamo visto — anche nei confronti delle «strutture di potere» affermatesi nello spazio che una volta era semplicemente quello della «società civile» degli individui. A questa conclusione la dottrina tedesca è giunta dopo aver sconfitto l'opposta interpretazione di Forsthoff, che a partire dalla rigida opposizione tra «diritto» e «politica» così a lungo coltivata in età liberale negava ogni valore giuridico cogente alle norme di principio contenute nella costituzione⁽¹²⁾. Abbiamo sottolineato sopra — e lo ribadiamo — che una simile svolta si è resa possibile nella dottrina perché è mutato il giudizio sull'età liberale sul piano storico: quell'età non ha prodotto il «diritto» in assoluto — nella doppia veste della legge dello Stato espressione della sovranità politica e del negozio giuridico espressione della autonomia dei privati —, ma una particolare forma storica di esso, che anzi non è riuscita affatto a dominare il conflitto sociale, che quindi può e deve essere superata quando mutano le circostanze storiche, che non propongono più ora «Stato» da una parte, e «società civile» dall'altra, ma piuttosto un complesso di «strutture di potere», pubbliche e private, o più spesso al confine tra pubblico e privato, che possono essere ricondotte ad unità — o magari più modestamente ad un'efficace opera di reciproca cooperazione — solo a partire dalla costituzione, ed in particolare proprio dalle sue norme di principio.

Tuttavia, una volta acquisito tutto questo, le grandi problematiche di fondo si riaprono di nuovo, seppure ad un livello diverso; né si può certo dire che i nostri giuristi tedeschi, una volta difese le scelte costituzionali dell'ultimo dopoguerra, tendano poi di conseguenza a fornire un quadro pacificato e rassicurante del presente. Il primo problema, ed il più evidente, è quello del ruolo del legislatore. Infatti, se si parte dal presupposto che la costituzione sia essenzialmente *Grundordnung*, che attraverso le norme di principio contiene in sé in nuce l'intero ordinamento, ne consegue il fatto che lo stesso legislatore non può essere più considerato il soggetto che consente alla società civile di esistere politicamente attraverso la forma privilegiata della legge generale ed astratta: quel legislatore non determina più in via primaria l'ordinamento giuridico, ma concretizza invece con la legge ciò che la costituzione ha già indicato in modo prescrittivo. Ciò vale in particolare proprio per la questione dei diritti, che vengono ora fondati

(12) Per la critica a Forsthoff si veda soprattutto D. GRIMM, *Recht und Staat*, cit., pp. 157 e ss.; e Id., *Die Zukunft*, cit., pp. 321 e ss. e pp. 339 e ss. Al di là delle diversità di punti di vista all'interno della dottrina tedesca, sarebbe utile che questa fosse consapevole del fatto che la discussione sulla normatività piena delle disposizioni di principio contenute nella costituzione è stata — ed è ancora — una discussione europea. Per l'Italia, che a questa discussione ha dato un contributo notevole con personaggi di primo piano come Costantino Mortati e Vezio Crisafulli, si veda M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, cit., pp. 3 e ss., pp. 51 e ss. per l'argomento che qui interessa.

direttamente nella costituzione, nel senso che la legge li riconosce e li disciplina solo in quanto sia essa medesima strumento di concretizzazione dei precetti costituzionali.

Tuttavia, una volta che si sia portata fino in fondo questa tendenza — nella pratica, in verità, più per la evidente attitudine delle classi politiche democratiche ad eludere i grandi nodi di fondo, ed i confronti aperti su questi nodi nelle assemblee rappresentative, che non per convinzione acquisita di un effettivo primato della costituzione —, bisognerà pure domandarsi, sulla scia delle riflessioni di Böckenförde e di Grimm, se tutto ciò corrisponda ai caratteri fondamentali — ancora una volta storici — delle costituzioni dell'Europa continentale. Che la pretesa del legislatore d'interpretare in via primaria, ed anzi esclusiva, l'interesse generale sia stata ridimensionata, è cosa che può apparire del tutto ragionevole in modelli politici fortemente orientati in senso pluralistico; che la necessità di superare i vecchi modelli argomentativi legati al positivismo giuridico d'impronta statualistica sia sempre più diffusa, è cosa da salutare con favore; ma rimane comunque aperto un problema: se la costituzione che sempre più avremo non è altro che il risultato di un continuo lavoro d'interpretazione e di concretizzazione condotto a partire da alcune grandi, e necessariamente assai generali, norme di principio, non si giunge forse alla conclusione che l'indirizzo fondamentale, o costituzionale, e in definitiva la costituzione stessa come *Grundordnung*, è in realtà determinato dalla giurisprudenza, soprattutto da quella della Corti Supreme? Non segna questo forse il punto di approdo ad una sorta di « governo dei giudici », che come tale è del tutto fuori dalla tradizione storico-costituzionale dell'Europa continentale? Saremo davvero capaci, in assenza di una diversa tradizione, ed a partire dai casi concreti, di costruire una vera e propria *living constitution*? E che cosa rimarrà, una volta giunti a questo punto, del tradizionale processo democratico d'investitura dal basso dei rappresentanti, quando tutti saranno consapevoli del fatto che l'indirizzo fondamentale si costruisce quasi per intero di fronte ai giudici?

Ecco perché Böckenförde riporta in campo, accanto alla concezione della costituzione come *Grundordnung*, anche quella della costituzione come *Rahmenordnung*, che anzi finisce decisamente per privilegiare. Da questo secondo punto di vista, la costituzione non contiene affatto in sé in nuce l'intero ordinamento, ma si preoccupa invece principalmente di delimitare con sicurezza gli spazi entro cui il libero gioco democratico può dispiegarsi. In questo modo riprende vigore l'idea che il legislatore svolga un ruolo di primo piano, proprio perché la costituzione, interpretata dai giudici, non determina più in modo vincolante i precetti da concretizzare legislativamente, ma si limita a segnare i confini al di là dei quali si opera contro la costituzione: quest'ultima potrà stabilire, ad esempio, che certi beni particolarmente protetti sul piano costituzionale, come la salute, o l'istruzione, non

possono essere liberamente negoziati dalle forze politiche, ma non potrà imporre a queste medesime una vera e propria gerarchia di beni e di valori, in modo da vincolare fino a questo punto decisioni che sono e devono rimanere politiche, risultanti dal libero gioco democratico ⁽¹³⁾. Tuttavia, anche questa concezione della costituzione come mera *Rahmenordnung* ha i suoi problemi, e la sua possibile degenerazione, che consiste nel rendere possibili nella pratica tutte le operazioni politiche, anche in materia di diritti, purché attuate con le forme previste dalla costituzione, e nei confini da essa disegnati. Ecco perché alla fine lo stesso Böckenförde tende a non escludere del tutto una funzione d'indirizzo della costituzione, che si aggiunga in senso correttivo a quella tipicamente «negatoria», puramente creativa di vincoli negativi, piuttosto che di obblighi positivi, che abbiamo visto poco sopra. In ultima analisi, la soluzione scelta è dichiaratamente «intermedia» ⁽¹⁴⁾: si tratta di contrastare una possibile evoluzione del sistema verso un vero e proprio *Jurisdiktionsstaat*, senza per questo rinunciare alla funzione normativa dei diritti fondamentali come oggettive norme di principio, *objektive Grundsatznormen*. Contro lo «Stato di giurisdizione» si può e si deve riaffermare anche il ruolo del legislatore, non riducendolo a quello di un qualsiasi «soggetto» incaricato di concretizzare i precetti costituzionali, ma non fino al punto di ritornare alla vecchia incorporazione positivistica dei diritti nella legge dello Stato, che contrasterebbe evidentemente con la maggiore novità portata in campo dalle costituzioni dell'ultimo dopoguerra, ovvero con la pretesa di quelle costituzioni di determinare il quadro complessivo su cui basare direttamente le stesse libertà fondamentali. Come si vede, siamo di fronte ad una soluzione di compromesso, che più che altro sottolinea la necessità di mantenere in piedi un faticoso e difficile equilibrio: se poi questo equilibrio sia in sé artificioso, determinato in primo luogo dal timore di soluzioni peggiori, o se esso non corrisponda invece alle caratteristiche stesse dei nostri sistemi politici, lo potranno dire solo gli sviluppi successivi.

4. Nella prefazione al suo volume, Dieter Grimm scrive che oggi è in discussione la capacità normativa di quella mirabile costruzione intellettuale degli ultimi due secoli che siamo soliti chiamare «costituzione». Per l'analisi di questo progressivo indebolimento della capacità normativa della costituzione, e soprattutto al fine di ottenere preziose

⁽¹³⁾ Alla problematica della costituzione come *Grundordnung* o come *Rahmenordnung* è dedicato in un certo senso l'intero volume di Böckenförde oggetto di recensione, ad iniziare dalle pagine di prefazione. Per il timore di una possibile evoluzione verso lo *Jurisdiktionsstaat* cui ci riferiamo nel testo, si veda in particolare E.W. BOCKENFORDE, *Staat, Verfassung*, cit., pp. 187 e ss.

⁽¹⁴⁾ *Ibid.*, p. 191.

indicazioni per il futuro — ricordiamo che al « futuro della costituzione » è dedicato il volume di Grimm —, è ancora un volta decisiva la riflessione sul piano storico. Su tale piano, si deve essere consapevoli del fatto che il passaggio al « moderno » è in sintesi consistito nella transizione da un significato puramente empirico-fattuale della costituzione ad un significato normativo-prescrittivo, che è stato inaugurato dalle rivoluzioni di fine Settecento. Un tale passaggio fu esemplarmente sintetizzato nell'articolo sedicesimo della Dichiarazione dei diritti dell'89 — « Ogni società nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata, non ha costituzione » —, nel quale si volle esprimere la convinzione che fosse finalmente possibile distinguere tra società dotate, e società prive, di costituzione — evidentemente contro il significato « antico », empirico-fattuale, di costituzione, che vuole che ogni società, per il fatto stesso di esistere, possieda una « costituzione » —, creando così un parametro normativo-ideale di « costituzione » cui si sarebbero dovute uniformare le società future, e soprattutto i loro rispettivi sistemi politici. Ebbene, secondo Grimm il bilancio che oggi, a distanza di due secoli, si può stilare di questa pretesa di normatività è necessariamente complesso, e non privo di aspetti che possono e debbono giustamente preoccupare non solo il costituzionalista, ma anche tutti coloro che abbiano sinceramente a cuore le sorti dei sistemi politici contemporanei.

L'opinione di Grimm sul punto è grosso modo la seguente: più si è andato estendendo nel tempo l'intervento dello Stato sulla società, più è aumentato il condizionamento della seconda sul primo, con la conseguenza di un progressivo indebolimento della forza autonoma della *Staatsgewalt*, ridotta ora alla dimensione di uno dei soggetti politicamente agenti, anche se ancora tutto sommato ben contrassegnato dalla sua capacità esclusiva, per quanto condizionata, di valersi del sostegno coattivo del diritto. C'è insomma una sempre più ampia zona del « politico » che risulta da complicati processi di selezione e di mediazione tra interessi organizzati — portati in campo dai partiti e dalle *Verbände*: tutte realtà costituzionalmente rilevanti come tali sconosciute all'età liberale ⁽¹⁵⁾ —, e che si colloca in una fascia non più sicuramente ascrivibile al « pubblico » o al « privato », che torna a configurarsi come « costituzione » in senso empirico-fattuale, nella quale operano « strutture di potere » che la costituzione in senso moderno, in senso normativo-prescrittivo, ben difficilmente raggiunge, che essa può solo influenzare, ma non certo determinare.

Il fatto è che — e qui Grimm beneficia di analisi di tipo essenzialmente sociologico e politologico — la « società » contemporanea è in

⁽¹⁵⁾ Sulla analisi di queste realtà insiste in modo particolare D. GRIMM, *Die Zukunft*, cit., pp. 241 e ss., spec. pp. 269 e ss. Si veda anche, sugli stessi argomenti, E.W. BOCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung*, cit., pp. 406 e ss.

realtà composta di una serie più o meno coordinata di sotto-sistemi, come quello tecnologico, o quello economico-finanziario, o quello dell'informazione, o altro ancora, che costruiscono ciascuno per proprio conto le proprie « strutture di potere », ed anche il proprio diritto, immediatamente funzionale alla risoluzione dei problemi pratici interni a ciascun sotto-sistema, e tendono quindi a respingere, o a mettere ai margini, un'ipotesi di regolazione complessiva come quella contenuta nella costituzione in senso moderno. Esempio è in questo senso la vicenda dei diritti fondamentali: più i *Grundrechte* tendono ad emanciparsi dalla tradizionale figura liberale dei diritti di libertà — e d'altra parte non si può tornare indietro, anche secondo Grimm, da questa tendenza, se non si vuol dare ragione a chi come Forsthoff pensa che solo la civiltà liberale sia stata capace di creare « diritti » —, più quei diritti pretendono di valere come norme oggettive di principio che indicano prescrittivamente la direzione di marcia dell'intero sistema politico e sociale, e più di fatto essi vengono ridotti a variabili più o meno rigide di politiche sociali contrattate in senso neo-corporativo da una quantità crescente di soggetti politicamente agenti: i diritti fondamentali pagano la pretesa di estendersi al di là della tradizione liberale con un'indubbia perdita di peso e di forza normativa; in una parola, essi avrebbero voluto normativizzare il politico, e vengono da esso impietosamente relativizzati ⁽¹⁶⁾.

Come reagire a tutto questo? La domanda è di rigore per chi come Grimm, al di là delle fredde considerazioni di carattere scientifico, certo non guarda con favore alla progressiva eclissi del progetto normativo della costituzione in senso moderno. Il lavoro di Grimm è dichiaratamente analitico, e non si prospettano dunque per il momento soluzioni. Qualche accenno in senso propositivo è percepibile in modo solo sfumato, come quando Grimm, giurista europeo-continentale, ma da sempre attento al mondo della *common law*, ed in genere alla comparazione, invita in modo più o meno esplicito a riconsiderare il concetto stesso di « Stato » come punto estremo di imputazione di ogni azione politicamente rilevante, in rapporto alla diversa tradizione anglo-americana. Anche se certo non si può affermare che questa sia la via indicata da Grimm, per altro verso ben consapevole delle peculiarità delle costituzioni europeo-continentali, del ruolo che in esse ha tradizionalmente svolto il legislatore ⁽¹⁷⁾, dei pericoli che in esse produrrebbe un

⁽¹⁶⁾ In questo senso esplicitamente D. GRIMM, *Die Zukunft*, cit., pp. 24-25. Le tesi in generale di Grimm sul « futuro della costituzione » sono esposte con particolare chiarezza in D. GRIMM, *Die Zukunft*, cit., pp. 17 e ss., pp. 61 e ss., pp. 151 e ss., e pp. 397 e ss.

⁽¹⁷⁾ Per l'aspetto comparatistico dell'opera di Grimm cui ci riferiamo nel testo, si veda D. GRIMM, *Der Staat in der kontinentaleuropäischen Tradition* (1986), in *Id.*, *Recht und Staat*, cit., pp. 53-83. Si vuole anche ricordare come Grimm abbia sempre usato nei suoi saggi più specificamente storici un metodo ampiamente comparatistico, occupan-

tropo accentuato «governo dei giudici»: tutti problemi che già abbiamo avuto modo di richiamare. Sembra allora che si sia di fronte ad una sorta di vicolo cieco: da una parte si percepiscono tutti i rischi connessi alla progressiva perdita di rilevanza della costituzione come norma giuridica prescrittiva, dall'altra non si è capaci d'indicare rimedi e vie di uscita da una simile situazione, che siano veramente diversi dalla semplice rassegnazione — certo da Grimm non condivisa —, dalla mera accettazione di un presente sempre meno costituzionalmente normativizzabile.

5. Giungiamo così alle conclusioni, che sono in parte dedicate a mostrare anche le differenze tra i due autori considerati. Sarebbe errato infatti parlare in modo indifferenziato di «recenti tendenze» della dottrina tedesca, ed è quindi opportuno mostrare come Böckenförde e Grimm finiscano in realtà per percorrere vie in parte anche diverse.

La differenza principale che intendiamo mettere in rilievo è relativa al ruolo del «politico» nelle società contemporanee. Abbiamo detto sopra che Grimm non fornisce in modo esplicito soluzioni alla crisi di normatività della costituzione. Ebbene, ciò che ora possiamo aggiungere è che per Grimm queste soluzioni non possono essere comunque reperite all'interno di un progetto di «restaurazione» di un ruolo centrale e decisivo del «politico». Ciò accade perché Grimm tiene ben fermo un punto: che la forza normativa del «politico» *opposta* al diritto positivo che di fatto abbiamo, per quanto sia esso disperso nelle pieghe di una sempre più ampia contrattazione in senso neo-corporativo, sia in ogni caso foriera di pericolose ed artificiose unificazioni dall'alto, come tali senz'altro da respingere. Da questo punto di vista, la frammentazione che abbiamo di fronte a noi, per quanto possa essere assunta come dato negativo, corrosivo — come abbiamo visto — della sostanza stessa del progetto moderno della costituzione in senso normativo-prescrittivo, è comunque figlia, secondo Grimm, di un processo positivo di relativizzazione di quel «politico», che in passato, soprattutto in Germania, aveva assunto le vesti autoritarie e minacciose del primato dello «Stato» sulla «costituzione», o della opposizione secca e radicale, alla fine della Repubblica di Weimar, di una «vera» costituzione fondata sulla unità del popolo tedesco — il «politico» per eccellenza — ad una costituzione «falsa», che era poi quella formale positiva weimariana ⁽¹⁸⁾.

dosi a più riprese anche del modello anglo-americano, ed in particolare delle origini del costituzionalismo negli Stati Uniti: si veda D. GRIMM, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., pp. 10 e ss.; ed ID., *Die Zukunft*, cit., pp. 31 e ss. Sul legicentrismo europeo-continentale, e sulla diversa tradizione statunitense di supremazia della costituzione, si veda anche M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni*, cit., pp. 47 e ss.

⁽¹⁸⁾ Si veda in particolare D. GRIMM, *Die Zukunft*, cit., pp. 143 e ss. Esempiare

Qui è la radice della differenza tra Grimm e Böckenförde. Quest'ultimo pensa infatti, a differenza di Grimm, che la grande tradizione specificamente tedesca di stampo decisamente statualistico possa ancora oggi essere attuale. In un saggio piuttosto noto su Carl Schmitt, Böckenförde è attento a non offrire valutazioni di merito, ma in sostanza pone il problema della attualità — ciò che per Grimm sarebbe in sé inammissibile — di una dottrina costituzionalistica, che ha sempre predicato la priorità dello « Stato » come rappresentazione della unità politica del popolo sulla costituzione come norma giuridica, che ha sempre sostenuto la priorità dell'elemento « politico » della costituzione su quello « giuridico », che ha sempre tradotto il moderno pluralismo politico e sociale in « occupazione » del « politico » da parte degli interessi organizzati (19).

Certo, niente di tutto questo è riproponibile oggi come tale, tanto che in un saggio sul potere costituente (20) lo stesso Böckenförde, dopo aver riaffermato la natura essenzialmente « politica » del potere costituente quale decisione precedente e fondante i poteri costituiti, in realtà pone il problema — che per Schmitt sarebbe stato inammissibile — dei vincoli giuridici allo stesso potere costituente, essendo quest'ultimo, non solo volontà politica fondante, ma anche volontà che tende a disciplinarsi, ad ordinarsi in un complesso stabile di competenze e di funzioni. Rimane però il fatto, piuttosto significativo, che Böckenförde abbia iniziato il suo volume con un saggio sui compiti e sul ruolo della *Staatsrechtswissenschaft*, della quale egli — a nostro avviso ben più di Grimm — si sente evidentemente erede e parte integrante (21). È

nella direzione indicata nel testo è D. GRIMM, *Der Akteur als Historiker. Zum Abschluss von Hubers Deutscher Verfassungsgeschichte*, in « Rechtshistorisches Journal », 5 (1986), pp. 83-90. Naturalmente, tutto questo non vuol dire che Grimm pensi ad una sorta d'integrale normativizzazione e giuridicizzazione del « politico », che egli stesso reputa impossibile; pensa piuttosto che la *Verfassungswirklichkeit* possa e debba stare in un rapporto dialettico d'integrazione con la costituzione in senso positivo-formale, senza però che in essa si possa reperire un vero e proprio « principio » sul quale far leva in funzione di dichiarata opposizione al diritto positivo vigente. Sul punto si veda anche D. GRIMM, *Die Zukunft*, cit., p. 331.

(19) E.W. BOCKENFORDE, *Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts* (1988), in ID., *Recht, Staat, Freiheit*, cit., pp. 344-366, spec. pp. 351 e ss.

(20) E.W. BOCKENFORDE, *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes. Ein Grenz-begriff des Verfassungsrechts* (1986), in ID., *Staat, Verfassung*, cit., pp. 90-114. Il saggio apparirà in traduzione italiana in un volume sul « potere costituente » d'imminente pubblicazione presso la casa editrice « Il Mulino ». Il volume è stato curato da Paolo Pombeni, ed oltre al saggio di Böckenförde vi appariranno contributi dello stesso curatore, di John Burrow, di Lucien Jaume, e di Maurizio Fioravanti.

(21) E.W. BOCKENFORDE, *Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft* (1983), in ID., *Staat, Verfassung*, cit., pp. 11-28. Da segnalare l'insistente presenza, fino dalla prima nota del saggio in questione, della dottrina dello stato di Heller, cui

possibile cioè per Böckenförde affrontare i problemi del presente riutilizzando gli strumenti di questa grande tradizione dottrinale, che sono quelli del « metodo giuridico », ovviamente rivisto e corretto, di Gerber, di Laband, e di Jellinek, o quelli della più tarda dottrina della costituzione, ad iniziare da Hermann Heller, qui in verità visto come ideale, ed anche comodo, « punto medio » tra impostazioni troppo spiccatamente formalistiche ed altre troppo spiccatamente sostanzialistiche, tra le quali ultime, anche se in modo inesperto, è da annoverare anche lo stesso Schmitt. Vi è quindi evidentemente la convinzione che ripartendo dallo « Stato » e dalla sua capacità di racchiudere l'orizzonte del « politico », ed anche dalla capacità in senso specifico dei giuristi di lavorare sulle norme di diritto pubblico positivo entro quell'orizzonte, sia possibile ricucire molti dei fili dispersi, o quanto meno contrastare efficacemente la tendenza, che qui più volte abbiamo richiamato, ad un incremento continuo della frammentazione.

Naturalmente, la differenziazione sopra tratteggiata tra la prospettiva di Grimm e quella di Böckenförde non deve essere assunta in modo schematico e meccanico. È evidente infatti che anche Böckenförde teme, come Grimm, le pretese troppo unilaterali di dominio del « politico », tanto da opporvi — più dello stesso Grimm, per un certo verso — una certa permanenza del principio liberale, ovviamente rivisto e corretto, della necessaria distinzione tra « Stato » e « società »; e per converso è evidente che anche Grimm teme, come Böckenförde, la frammentazione che abbiamo di fronte a noi, la analizza sicuramente in modo freddo e distaccato, ma nel momento in cui invita i giuristi — e non solo loro — a discutere del « futuro della costituzione » ciò che lo muove è secondo noi proprio la preoccupazione per un futuro non troppo lontano in cui ogni forma di « politico », anche quella necessariamente insita in una costituzione democratica orientata in senso pluralistico, sia posta ai margini di una società che pretenda di funzionare ormai solo come insieme coordinato di sotto-sistemi, volutamente non più dotato di alcuna prospettiva, o di alcun significato, che possa ancora dirsi « costituzionale ».

Per quanto ci riguarda, riteniamo che la riflessione costituzionalistica del futuro debba svolgersi in uno « spazio intermedio » tra i due poli opposti sopra indicati, evitando di farsi catturare dalla nostalgia per un ruolo forte e totalizzante del « politico » da restaurare nel presente, ma anche, in modo non meno deciso e convinto, di adagiarsi placidamente su uno stato di fatto sempre più privo di ogni vocazione a costruire una « costituzione ». Se così è, ne consegue la necessità, prima di tutto, di ripensare la nozione stessa della « costituzione ». Essa non potrà più con ogni probabilità esprimere l'ambizione a contenere in sé,

Böckenförde ricorre assai spesso. Sul significato di questa operazione dottrinale si dovrebbe discutere a parte in modo più approfondito.

ed in pochi principi, il destino normativizzato di tutta la collettività, ma non potrà neppure limitarsi a rappresentare passivamente l'equilibrio delle forze in campo. Quella « costituzione » dovrà essere sufficientemente « aperta » alle evoluzioni che il libero gioco democratico saprà suggerire, ma anche sufficientemente prescrittiva di fronte al pericolo di una lenta ma inesorabile dissoluzione di ogni tipo di ordine politicamente e costituzionalmente significativo.

Ma i saggi di Böckenförde e di Grimm ci suggeriscono altro ancora: una riconsiderazione di questo tipo della nozione stessa della « costituzione » non può prodursi nello spazio tradizionale delle discipline giuridiche, del diritto costituzionale e del diritto amministrativo. È necessario piuttosto che i giuristi riaprano una discussione ad ampio raggio sulle grandi concettualizzazioni del diritto pubblico moderno, sulla sovranità e sulle libertà, sulla rappresentanza e sulle forme di Stato e di governo, sullo Stato di diritto e sullo Stato sociale, sulla legislazione e sulla giurisprudenza come attività produttive di diritto, sulla democrazia stessa, in uno spazio disciplinare che deve rimanere giuridico, ma nel quale i giuristi stessi dovranno sempre più utilizzare gli strumenti della storia costituzionale, delle discipline politologiche, della stessa filosofia politica intesa quale costante rilettura della grande tradizione politico-intellettuale europea. Uno spazio di questo genere, entro il quale riflessioni come quelle di Böckenförde e di Grimm potranno liberamente prodursi e confrontarsi, manca dovunque in Europa, forse con la sola eccezione proprio della Germania, che però lo contrassegna ancora, come nel caso di Böckenförde, con l'etichetta di « *Staatswissenschaft* », in modo a nostro giudizio del tutto non corrispondente alle problematiche odierne. Non si tratta infatti, nella nostra proposta, di « restaurare » un qualche antico primato perduto, come potrebbero suggerire anche le denominazioni disciplinari disponibili in italiano, come « Dottrina dello Stato », o anche « Diritto pubblico generale », ma di indicare la necessità di uno spazio nuovo, nei termini sopra indicati. Ed anzi, per sottolineare il carattere di novità di tutto questo, non parleremo a questo proposito di « Dottrina della costituzione » — che sembrerebbe la soluzione più ovvia, ma che dal nostro punto di vista ha il difetto di richiamare troppo un orizzonte tradizionale, tutto sommato non troppo distante dallo *Staatsrecht* tedesco —, ma di « *Teoria e Storia della costituzione* ».

Se la « storia » occupa un posto di primo piano nella denominazione proposta, non è certo per ragioni di appartenenza disciplinare del recensore — in questo caso di professione storico delle costituzioni —, ma per l'oggettivo e continuo prodursi nel nostro presente di problemi che — come abbiamo visto anche in queste note ⁽²²⁾ — possono essere

⁽²²⁾ Del resto, come si diceva all'inizio di questo contributo, la storia occupa un posto di primo piano anche nei due volumi oggetto di recensione. Si vuole qui ricordare

affrontati solo a partire da consapevolezze di tipo storico, qualche volta attinenti alle trasformazioni intervenute dalle rivoluzioni di fine Settecento ad oggi, e che qualche altra volta implicano addirittura un giudizio su quella dimensione intera del « moderno », che evidentemente dobbiamo ancora integralmente conoscere ed interpretare.

Del resto, che tutto questo non si risolva in un futile gioco accademico, ma sia motivato invece dalla necessità di attrezzare meglio le scienze giuridiche di fronte alle sfide del presente, è cosa che spero risulti da tutte le precedenti considerazioni: la posta in gioco è infatti molto alta, tutt'altro che accademica, e tremendamente pratica, finendo per coincidere con la sorte stessa, oggi del tutto aperta e problematica, di quella ipotesi complessiva di normazione che fino ad oggi abbiamo chiamato « costituzione ». Speriamo che la consapevolezza di tutto ciò cresca sempre più, e che qualcuno, anche in Italia, voglia raccogliere la proposta di discussione che abbiamo ritenuto di dover formulare concludendo queste note. Che la « costituzione » sia ormai solo una « sopravvivenza » ⁽²³⁾ di un passato più o meno remoto è infatti tutt'altro che un'ovvietà: è questione al contrario ancora pienamente aperta, che sicuramente incontreremo molte volte sulla nostra via nel prossimo futuro.

in particolare come la storia dei concetti costituzionali svolga nella dottrina tedesca una esplicita funzione di tipo costruttivo: si veda E.W. BOCKENFORDE, *Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung* (1984), in *Staat, Verfassung*, cit., pp. 29-52; e D. GRIMM, *Der Verfassungsbegriff in historischer Entwicklung* (1990), in *Id.*, *Die Zukunft*, cit., pp. 101-155.

⁽²³⁾ L'accento alla « sopravvivenza » avrà certamente richiamato alla memoria il celebre saggio di G. BURDEAU, *Une survivance: la notion de constitution*, Parigi, Sirey, 1956 (originariamente scritto per gli studi in onore di Achille Mestre; del saggio esiste anche una versione tedesca: G. BURDEAU, *Zur Auflösung des Verfassungsbegriffs*, in « *Der Staat* », 1-1962, pp. 389-404).

MARIO MONTORZI

SU DI UN RECENTE LIBRO IN TEMA DI *COLLEGIA IUDICUM*.
NOTE DI LETTURA E SPIGOLATURE

1. È ricorrente nella storiografia contemporanea l'opinione che la storia dei gruppi sociali sia da studiarsi in stretta connessione con quella delle organizzazioni professionali.

In Italia, già Carlo Mario Cipolla, all'inizio degli anni '70, in un articolo sul ceto dei «*professionisti*» (1), indicava in esso l'ambito di riflessione più appropriato per indagare origini e modi di sviluppo di quell'aggregato sociale che è comunemente individuato con il termine alquanto impreciso ed onnicomprensivo di «*borghesia*» (2).

Dopo Mousnier (3), lo studio delle società di ceti e di ordini ha daltronde una tradizione ormai consolidata anche nella storiografia giuridica nostrale, che ha sovente trovato un suo naturale equilibrio di ricerca e di sviluppo scientifico in un campo disciplinare attento soprattutto al diritto inteso come prodotto scientifico e strumento professionale del «*Berufsstand*» dei giuristi.

E ben si comprende come i contributi profondi e documentati che la storiografia giuridica ha prodotto anche in séguito, perseverando in tale linea di studio, siano stati ricchi non solo di apporti e novità concrete, di conoscenze storiche specifiche (4), ma abbiano avuto agio

(1) Carlo M. CIPOLLA, *The Professions. The Long View*, in *The Journal of European Economic History*, 2 (1973), 37-52.

(2) S. Kelberg ha di recente sottolineato come una simile esigenza di ricerca — attenta più agli aggregati sociali, che alla *società* presa come se fosse un *tutto* integrale — sia da legarsi alla tradizione dell'insegnamento weberiano [S. KELBERG, *Max Webers historischvergleichende Untersuchungen und das «Webersche Bild der Neuzeit»: eine Gegenüberstellung*, in «*Max Weber heute. Erträge und Probleme der Forschung. Herausgegeben von Johannes Weiß*», Frankfurt/M. 1989, 428 («*Suhrkamp-Taschenbuch Wissenschaft*», 711)].

(3) Penso alla sua ormai classica opera *Les hiérarchies sociales de 1450 à nos jours*, Paris 1969, èdita in Italia a cura di Ettore Rotelli, con il titolo *Le gerarchie sociali dal 1450 ai nostri giorni*, Milano 1971.

(4) Si trattava di contributi indirizzati di solito all'indagine di ambiti sociali territorialmente delimitati. Come quello della Toscana del Rinascimento cui, poco prima dell'uscita del saggio di Cipolla, Lauro Martines aveva dedicato un'approfondita ricerca

di gettare lo sguardo anche su temi di portata più ampia che non l'indagine meramente antiquaria o di diritto positivo, eleggendo come oggetto di ricerca vuoi il « ruolo » complessivo del giurista di Diritto Comune ⁽⁵⁾, vuoi soprattutto le caratteristiche specifiche — di formazione sociale, di cultura e tecnica professionale — che un *ceto* medievale come quello dei giuristi andava assumendo nel concreto sviluppo dei fatti storici ⁽⁶⁾.

(MARTINES, *Lawyers and Statecraft in Renaissance Florence*, Princeton 1968); mentre di poco successivo sarebbe stato l'acuto sondaggio cui Mario Sbriccoli avrebbe sottoposto le tecniche interpretative degli statuti dei Giuristi di Diritto Comune per ritrarne il ritratto del giurisperito, « visto come 'uomo di parte', sia che lo fosse in modo clamoroso e noto, sia che non apparisse come tale; perché... il suo inserimento nella vita cittadina... già di per sé implica un impegno 'parziale' (di parte), da intellettuale delegato dalla comunità ad una precisa funzione di tipo, in ogni caso, politico » (M. SBRICCOLI, *L'interpretazione dello Statuto. Contributo allo studio della funzione dei Giuristi nell'età comunale*, Milano 1969, 47; « Università di Macerata. Pubbl. Fac. Giurispr. », 1).

Più tardi si sarebbe poi inaugurata in Germania, per opera di Filippo RANIERI (*Vom Stand zum Beruf. Die Professionalisierung des Juristenstandes als Forschungsaufgabe der europäischen Rechtsgeschichte der Neuzeit*, in *Ius Commune*, XIII, 1985, 83 ss.), una linea di ricerca espressamente dedicata al ceto dei giuristi tedeschi ed alla loro attività e carriera in ambito professionale. Motivava allora Ranieri ad investigare un simile campo la convinzione, « daß die zunehmende Präsenz und die immer umfassender werdende Tätigkeit von juristisch geschultem Personal in Gerichten, Stadt- und Landesverwaltungen, Kanzleien und Ämtern die europäische Gesellschaft spätestens seit dem Spätmittelalter entscheidend verändert und geprägt haben » (Ranieri, 84).

⁽⁵⁾ Una chiosa critica agli studi di Sbriccoli tracciava intanto Adriano Cavanna, sottolineando in particolare come « è possibile parlare di un ceto giuridico *tout court* (cioè di un ceto giuridico quale unitario soggetto di storia) solo in ordine ad affermazioni generalissime, tra le quali... pare non cada del tutto l'equazione giurista = strumento del potere » (Adriano CAVANNA, *Il ruolo del giurista nell'età del Diritto Comune. Un'occasione di riflessione sull'identità del giurista di oggi*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, XLIV, 1978, 119 in partic.); mentre Antonio Padoa Schioppa si sarebbe di lì a poco posto più circostanziati quesiti di storia sociale e di individuazione di precise informazioni in ordine alle « stratificazioni sociali delle professioni forensi, agli eventuali monopoli familiari presenti all'interno del campo della professione giuridica, ovvero ad una funzione di promozione sociale svolta effettivamente dai collegi professionali nei confronti dei *virii novi* che fossero stati accolti al loro interno » (Antonio PADOA SCHIOPPA, *Sul ruolo dei giuristi nell'età del Diritto Comune: un problema aperto*, in *Il Diritto Comune e la tradizione giuridica europea. Atti del Convegno di studi in onore di Giuseppe Ermini*, Perugia, 30-31 ottobre 1976, Perugia 1980, 159-60).

⁽⁶⁾ Per gli studi soprattutto di Ennio Cortese che, in un serrato dialogo con le fonti, riscopre per i giuristi il senso di una *dignitas* astratta di ceto che, al di là degli specifici riconoscimenti formali, finisce alla lunga per identificarsi in una immagine « in gran parte... costruita più o meno arbitrariamente dal gruppo stesso e da questo... ostinatamente proposta al riconoscimento della collettività » (E. CORTESE, *Intorno agli antichi iudices toscani e ai caratteri di un ceto medievale*, in « Scritti in memoria di Domenico Barillaro », Milano 1982, 20).

2. E proprio questo, forse, è uno dei punti di maggior difficoltà per chi voglia individuare una chiave appropriata per affrontare anche in settori nuovi una simile linea di ricerca.

L'ambito professionale, se eletto come specifico tema di ricerca, non cessa infatti di porre in imbarazzo lo storico, che si trova costretto ad imbrigliare un oggetto di analisi che risulta pericolosamente sospeso a mezza via tra l'istituzione cetuale in senso lato — con i suoi rituali e protocolli, e le sue questioni di etichetta e di prestigio economico e sociale — e l'istituzione giuridica in senso proprio: vale a dire il collegio o la corporazione, visti con i loro formalismi normativi e le loro strutture istituzionali consolidate in norme statutarie e consuetudinarie.

Tale indagine è stata recentemente intrapresa da Ulrich Meyer-Holz, uno studioso tedesco che, in un documentato volume dedicato espressamente ai *Collegia Iudicum* (7), ha inteso offrire un'analisi — come testualmente ne recita il sottotitolo — della 'forma sociale dell'aggregazione corporativa dei giuristi professionali dell'alta Italia nell'età del Basso Medioevo'.

Si tratta di un lavoro scrupoloso ed attento che, operando su un campione considerevole di statuti corporativi, ne analizza con attenzione meticolosa il dettato normativo ed il sistema istituzionale.

L'Autore (pp. 16 ss.) individua fin dall'inizio l'oggetto della propria ricerca nell'analisi delle *forme organizzative* dei pratici del diritto attivi nei tribunali profani come avvocati, giudici e notai.

Uno studio sull'origine e sullo sviluppo di simili organi corporativi — visti ed analizzati in un paragone formale con la analoga normativa dei *Collegia doctorum* (vicini invece al mondo della speculazione scientifica ed alla vita universitaria) (8) — viene insomma abilitato a chiarire se i giuristi professionisti avessero o no maturato una propria consapevolezza di cetto e se al contempo essi avessero sviluppato un'autonoma etica professionale («*Standenethos*»), formalizzata in una normativa positiva di cetto («*Standesrecht*», p. 20).

L'opera quindi si proietta sin dall'inizio a soddisfare un duplice oggetto di ricerca: si elegge un fine di storia della mentalità, rivolgendosi appunto a sondare e indagare eventuali miti e convinzioni («*Überzeugungen*») collettive diffuse nelle corporazioni professionali, e si indirizza successivamente ad analizzare simmetrie normative e ricor-

(7) Ulrich MEYER-HOLZ, *Collegia Iudicum. Über die Form sozialer Gruppenbildung durch die gelehrten Berufsjuristen im Oberitalien des späten Mittelalters, mit einem Vergleich zu Collegia Doctorum Iuris*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1989, «*Fundamenta Juridica. Hannoversche Beiträge zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, 6».

(8) MEYER-HOLZ, 253 ss.; sulla base di un paragone tra elementi formali desunti in parallelo dalle due normative statutarie, si tira la conclusione (a p. 276) che ambedue le forme di collegio — sia quello dei *iudices*, sia quello dei *doctores* — corrispondevano al «*tipo*» della *gilda*.

renze tipologiche nel dettato dei singoli statuti corporativi in ordine alla figura professionale ed alla dimensione sociale del *Berufsjurist*.

Per far questo, si intraprende preliminarmente da Meyer-Holz un'analisi in succinto della storia costituzionale dei comuni dell'Italia centrosettentrionale nell'epoca interessata (pp. 20 ss.).

La lettura degli avvenimenti è in linea con i giudizi normalmente correnti nella storiografia consolidata in materia. L'evoluzione della costituzione comunale in senso podestarile sarebbe il segno di una profonda crisi interna delle strutture comunali, che avrebbe trovato il suo culmine nella transizione alla forma signorile, da intendersi in primo luogo come il frutto del tentativo di consolidare e fissare in forma più o meno definitiva i rapporti e le gerarchie attive in seno alla popolazione cittadina.

Sicché l'esigenza di stabilità sociale pare affidarsi quasi integralmente, per la propria soddisfazione, ad una sempre più stretta integrazione tra i modi e le strutture dell'istruzione universitaria da una parte — ormai definitivamente istituzionalizzata per specifiche normative di pubblico privilegio (pp. 28 ss.) — e, dall'altra parte, le formazioni sociali professionali operanti all'interno delle strutture cittadine, che nel personale formatosi nell'Università trovano una sempre rinnovata riserva di forze intellettuali, capaci di garantire un'adeguata tutela politica ed istituzionale della vita civile (pp. 33 ss.).

3. L'autore analizza quindi in dettaglio una serie di statuti di collegi professionali dell'Italia centrosettentrionale che spaziano, per il loro periodo di emanazione, dal secolo tredicesimo fino alla metà del quindicesimo (pp. 34-58, descrizione formale dei vari statuti; pp. 59 ss., analisi del dettaglio delle norme).

Meyer-Holz confessa la difficoltà incontrata nel procedere ad un'analisi comparata dell'ingente massa documentaria da lui così accumulata. Il metodo seguito è insieme sistematico e diacronico: si prendono in esame in progresso di tempo le fonti statutarie suddividendole per gruppi omogenei, individuati sulla base di criteri formali: norme sul funzionamento degli organi interni alle corporazioni professionali, norme sull'accoglimento nel collegio di nuovi membri e norme sui doveri dei consociati.

Al lettore si rende in tal modo disponibile (pp. 61-85) una dettagliata disamina delle disposizioni che menzionano espressamente le figure del *prior*, del *consul*, dei *consiliarii*, dei *sindici* e degli *statutarii*.

L'esposizione è molto puntuale e dettagliata, ma si ha l'impressione che una simile sistemazione sia tutto sommato un po' artificiosa, perché fondata sul presupposto indimostrato di una sorta — se ci si passa il termine — di «pandettismo statutario».

Ci si muove, in altri termini, come se necessariamente ci si trovasse in presenza di forme giuridiche ed istituzionali unitarie, ove l'identità

onomastica dei vari istituti e magistrati statutari dovrebbe rimandare invincibilmente ad una sorta di *tipo ideale* degli istituti stessi, che si presenta nella prassi differenziato nelle sue diverse epifanie statutarie, ma conserva al tempo stesso una propria — per l'appunto, « tipica » — identità sostanziale.

Sicché le osservazioni di Meyer-Holz sembrano talvolta comporsi più agevolmente nella statistica comparativa delle molteplici manifestazioni storiche di un medesimo *idealtipo* istituzionale, che non in un'indagine di legislazione statutaria che sia nel concreto attenta allo svilupparsi delle singole funzioni interne alle corporazioni.

Una statistica che, ad esempio, in qualche modo si lascia paralizzare dal fatto che la denominazione degli uffici così esaminati talvolta identifichi con uno stesso nome organi ed enti tra loro in realtà differenti, tal'altra, invece, tratti come equivalenti e reciprocamente fungibili dei lemmi (*consules, capitanei, priores*) che in realtà non sono formalmente sinonimi (cfr. a p. 73).

E, continuando ad applicare un simile metodo d'indagine, Meyer-Holz imbastisce un'analisi formale e comparata dei vari statuti, che mira a cogliere all'interno di essi costanze ed analogie, per individuarne un astratto *standard* normativo.

Si ravvisa in tal modo il fondamento del vincolo associativo dei collegi professionali in un patto costituzionale a carattere promissorio, contratto tra consociati originari, e poi rinnovato via via nel tempo dai singoli giuramenti prestati dai nuovi membri al momento della loro ammissione (p. 200).

Un'ottica di ricerca concentrata quasi esclusivamente sull'analisi degli elementi formali degli statuti pare conseguentemente disinteressarsi dell'esigenza di analizzare l'insediamento sociale dei *collegia iudicum* e la genesi della effettiva validità del loro vincolo costitutivo.

Lo studio di un fenomeno che fu soprattutto politico e sociale, e si identificò con la crescita professionale e l'istituzionalizzazione sociale di un ceto di tecnici del diritto, pare così risolversi nei più tranquilli binari di un'indagine ristretta esclusivamente al diritto positivo statutario, contenta dell'individuazione per la *iusdictio* di quei collegi di un endofondamento formale di validità, indicato nella originaria natura volontaria degli statuti che li organizzano.

4. Secondo tale analisi comparativa, i collegi di giudici e notai erano dunque degli ordinamenti giuridici di natura pattizia, la cui tipologia organizzativa mostrava significative costanze e ricorrenze di regolamentazione.

Gli organi dell'autoamministrazione, dall'assemblea generale alle giunte interne (pp. 204 ss.), organizzavano una serie di competenze sia normative in senso lato, sia giurisdizionali in senso proprio, che vinco-

lavano i membri della corporazione e le loro stesse famiglie ⁽⁹⁾ ad una soggezione assai estesa in materia di giurisdizione civile oltre che, naturalmente, di sorveglianza disciplinare ⁽¹⁰⁾.

« Soggezione » che per tali individui non doveva intendersi soltanto in senso meramente passivo, cioè come loro esclusiva condizione di destinatari di comandi e precetti, sia di normativa statutaria, sia anche di giurisdizione contenziosa e punitiva, ma soprattutto valeva nel senso più vasto di una sottoposizione alla complessiva *tutela* della corporazione in sé e per sé considerata.

Sicché l'appartenenza alla medesima rivestiva il consociato di una sorta di *aspettativa di protezione*, che si estendeva in misura assai cospicua, partendo dal generico vincolo di solidarietà sociale (*fraterna dilectio*) — per cui i consociati erano tenuti perfino a consigliare con *fides bona* il collega in difficoltà ⁽¹¹⁾ — per arrivare fino ad una vera e propria obbligazione specificamente alimentare e genericamente assistenziale che gravava sui singoli membri e sul collegio nel suo complesso a favore dei consociati indigenti ⁽¹²⁾.

E che l'appartenenza al collegio comportasse l'acquisizione di un vero e proprio *status*, fornito non solo di potestà, pretese ed aspettative a contenuto positivo, ma anche di obblighi e condizioni specifiche di soggezione, emerge poi da una serie di disposizioni recensite da Meyer-Holz, per cui il *Mitglied* del collegio era vincolato alla partecipazione attiva alla vita religiosa, caritativa e sociale della corporazione ⁽¹³⁾.

Si trattava invero di una attività che — stando almeno alle disposizioni statutarie — era estesa in maniera organica al complesso degli affari pubblici: si prevedeva infatti talvolta la partecipazione dei rappresentanti del collegio al consiglio cittadino ed un'attiva tutela degli interessi del collegio stesso nei confronti delle magistrature pubbliche ⁽¹⁴⁾.

5. Il quadro delineato dall'indagine di Meyer-Holz è senz'altro ben documentato sotto il profilo formale, e la disamina dei testi statuari è accurata e meticolosa. Ma certo si desidererebbe ogni tanto capire chi effettivamente fossero — nella loro dimensione umana e sociale — quei *iurisperiti* che operavano all'ombra di quelle corporazioni.

Come è stato di recente autorevolmente suggerito ⁽¹⁵⁾, alle origini

⁽⁹⁾ MEYER-HOLZ, 211-3.

⁽¹⁰⁾ MEYER-HOLZ, 232.

⁽¹¹⁾ MEYER-HOLZ, 218.

⁽¹²⁾ MEYER-HOLZ, 209.

⁽¹³⁾ MEYER-HOLZ, 225s.

⁽¹⁴⁾ MEYER-HOLZ, 234.

⁽¹⁵⁾ E. CORTESI, *Scienza di giudici e scienza di professori tra XII e XIII secolo*, in *Legge, giudici e giuristi. Atti del conv. Cagliari 18-21 maggio 1981*, Milano 1982, 124, 133, 147 in partic.

della crescita professionale e culturale del giurista medievale si collocano infatti figure che legano con la loro biografia il mondo dell'accademia a quello della pratica professionale.

Un Pillio che è giudice e pratico del diritto ⁽¹⁶⁾ e che, in forza di questa sua attività, trova lo stimolo ad iniziare lo studio scientifico del diritto feudale ⁽¹⁷⁾, ed appresta contemporaneamente per la pratica professionale strumenti teorici di insospettabile complessità e raffinatezza come il *libellus disputatorius* ⁽¹⁸⁾; un Roffredo Epifanio da Benevento che, parimenti sospeso tra scuola e pratica forense, diffonde i suoi *libelli* nel pubblico degli avvocati e dei *iurisperiti* ⁽¹⁹⁾; e, in età ancora più tarda, figure come Pietro de' Cerniti, pratico di diritto feudale, destinato ad influenzare in maniera sostanziale con i suoi *casus* professionali l'opera scientifica di Baldo commentatore dei *Libri feudorum* ⁽²⁰⁾; e come Floriano da S. Pietro, di cui gli stessi testi statuari

⁽¹⁶⁾ Come è noto da tempo [SAVIGNY, K.F., *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, Darmstadt 1956 (rist. an. dell'ed. 1834-51), IV, 315; tr. it. di E. Bollati, Torino 1854-7 (rist. an. Roma 1972), II, 165-70], durante la sua vita Pillio ebbe anche pratica di foro e di consulte giudiziarie [P. WEIMAR, *Die Handschriften des 'Libri feudorum' und seiner Glossen*, in *Rivista internazionale di Diritto Comune*, I (1990), 73; un probabile documento dell'attività di Pillio nelle curie feudali anche in L. ROCKINGER, *Briefsteller und Formelbücher des 11. bis 14. Jahrhunderts*, München 1863-64, 118, nt. 1]. Una breve silloge biografica su Pillio anche in MONTORZI, *Diritto feudale nel Basso Medioevo*, Torino 1991, 24, nt. 67, ed anche 30, nt. 86, 41, nt. 125, cui mi permetto qui di rinviare anche per un complessivo giudizio sui rapporti tra mondo della scienza ed ambienti di pratici del diritto (vedi in particolare pp. 4 ss.).

⁽¹⁷⁾ CORTESE, *Scienza*, 136.

⁽¹⁸⁾ Su cui, cfr. CORTESE, *Scienza*, 99; G. DOLEZALEK, *Repertorium manuscriptorum veterum Codicis Iustiniani*, Frankfurt am Main, 1985 (« Ius commune » Sonderhefte, 23), I, 496; WEIMAR, *Die Handschriften*, 238 s.

⁽¹⁹⁾ *Libelli* che erano poi il frutto dell'attività forense di Roffredo, consumata in un laborioso spostamento tra sedi soprattutto del centro Italia (Bologna, Pistoia, Roma), oltre alla patria beneventana (G. FERRETTI, *Roffredo Epifanio da Benevento* in *Studi Medievali*, III, 1908-11, 238, 240, 248, 252 e 259).

E tali scritti si collegavano in una continuità naturale di citazioni e di rinvii ai prodotti di scuola dell'attività scientifica di Roffredo: agli apparati di glosse, sulla cui paternità roffrediana soltanto di recente si è gettato qualche pur problematico raggio di luce (M. BELLOMO, *Intorno a Roffredo Beneventano: Professore a Roma?*, in *Scuole diritto e società nel Mezzogiorno medievale d'Italia*, I, Catania s. a., 147 ss. in part.); alle *Quaestiones sabbatinae*, scritte probabilmente sull'onda di una moda appunto accademica, che aveva portato Roffredo, mentre egli operava in uno Studio provinciale come quello di Arezzo — ove erano presumibilmente ben forti le spinte a distaccare il *doctor* dal « modello bolognese », per rivolgere invece il proprio occhio alle esigenze della pratica — a ripetere nell'impostazione e nel titolo il metodo accademico della disputa delle *Quaestiones de facto* (cfr. E. CORTESE, *Legisti, canonisti e feudisti. La formazione di un ceto medievale*, in *Università e società nei secoli XII-XVI. Atti del nono conv. internaz. di studio, Pistoia 20-25 sett. 1979*, Pistoia 1983, 217).

⁽²⁰⁾ Il bolognese *Petrus de Cernitis*, pratico di diritto feudale, allievo di Martino Sillimani ed attivo nei primi decenni del Trecento (T. DIPLOVATACCIO, *Liber de claris iurisconsultis. Pars posterior*, cur. F. SCHULZ - H. KANTOROWICZ - G. RABOTTI, in *Studia*

citati da Meyer-Holz recano traccia come membro dei *collegia iudicum* bolognesi ⁽²¹⁾, che fu in Bologna al tempo stesso giurista di cattedra ed avvocato ed esercitò la professione in colleganza con Angelo degli Ubaldi ⁽²²⁾: sono i frammenti isolati di una moltitudine di volti e di personaggi su cui soltanto di recente si è cercato di far luce in maniera organica per i rapporti che essi ebbero con il mondo dell'attività professionale, e sul cui insediamento sociale, sul retroterra culturale che li esprime, sullo scenario corporativo in cui essi si inseriscono certamente metterebbe conto indagare e riflettere.

6. Un'indagine come quella di Meyer-Holz, condotta con metodo meramente lessicale e formale su un campione pur vasto di statuti e collegi professionali, elegge inevitabilmente una linea di studio che — nonostante ogni apparenza — è irta di insidie.

Sono ben noti gli incagli lessicali ed interpretativi cui si destina lo studioso di diritto statutario allorché egli si scontra con quella massa eterogenea e frammentaria di norme e di istituti: il filo dell'unità e del coordinamento interpretativo non può infatti rinvenirsi allora in un esame esclusivamente lessicale delle norme studiate. Giacché il problema non è solo linguistico e terminologico, ma di quadro normativo e di sistema giuridico: si tratta, in altri termini, di un problema di *ius commune*, prima ancora che di tecnica normativa degli *statutarii*.

Quelle magistrature e quegli istituti corporativi trovavano una loro sistemazione unitaria ed una loro comune fonte di *validità* — per usare una prospettiva di analisi a suo tempo inaugurata da Pietro Costa ⁽²³⁾ — all'interno del complessivo Diritto Comune, laddove essi potevano raccordarsi organicamente alle *sedes materiae* del *textus* civilistico, ed estendere in tal modo al nudo dettato statutario la efficacia dei principi complessivi del sistema giuridico.

In questo senso, forse, un'indagine non ristretta alle sole fonti

Gratiana, X, 1968, 240-1; E. M. MEIJERS, *Études d'histoire du droit*, III, Leyde 1959, 181, nt. 102), i cui *casus* vengono citati ripetutamente e metodicamente nei commentari di Baldo sui *Libri feudorum*, quasi ne costituissero un'ossatura di riflessione pratica; ho tentato una silloge di tali citazioni, raccogliendole dall'edizione veneziana del 1580 (in tale edizione la citazione '*Pet. de Cer.*', nei rari casi in cui essa viene sciolta e resa per esteso, compare come « Petrus de Cervotis »): ai fo. 2 va, 10 ra, 10 va, 12 va, 14 ra, 15 vb, 19 va, 22 ra, 22 va, 25 vb, 26 va, 27 rb, 28 ra, 28 vb, 29 vb, 30 ra, 30 vb, 31 ra, 31 va, 37 ra, 37 va, 38 ra, 40 rb, 40 va, 41 ra, 41 va, 41 vb, 42 rb, 42 rab, 43 rb, 43 va, 44 vb, 48 rb, 48 va, 49 vb, 50 ra, 50 vab, 51 ra, 52 va, 53 ra, 53 vb, 54 rab, 55 vb, 58 ra, 58 vb, 59 ra, 64 vab, 67 rab, 68 rab, 68 va, 69 ra, 70 ra, 70 vb, 71 vb, 72 ra, 72 rb, 73 va, 74 ra, 76 vab, 85 rb.

⁽²¹⁾ MEYER-HOLZ, 297.

⁽²²⁾ Cfr. le schede di DIPLOVATACCIO, *Liber de claris iurisconsultis. Pars posterior*, cit., p. 329, linn. 5-6 e nt. 11.

⁽²³⁾ P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano 1969 (« Univ. di Firenze. Pubbl. Fac. Giurisprudenza », 1) 85-6.

statutarie, ma estesa anche ai testi dottrinali avrebbe consentito alla laboriosa e meritevole indagine di Meyer-Holz di acquisire in sovrappiù, rispetto al pur interessante dato comparatistico, anche qualche importante prospettiva di quadro.

7. Dalla ricerca di Meyer-Holz (pp. 268 ss.) emergono poi i profili di un'etica di ceto, organizzati per formule programmatiche stereotipe e idiomatiche: motti parenetici e precetti di deontologia espressi per via di esortazione apodittica ⁽²⁴⁾ che, sparsi nei vari statuti, si propongono ai singoli *Mitglieder* dei *collegia* come sintesi di un complessivo tono e

⁽²⁴⁾ Son formule retoriche, stilemi e clausole, che in tale circostanza entrano in gioco: sono frammenti verbali che già in età duecentesca erano stati tipici del lessico delle istituzioni statali e pubbliche, e ne avevano allora espresso — in maniera più allusiva che diretta — il carattere di generalità ed astrattezza.

Ad esempio, la formula « honor ac status » — che è stata studiata da Tenenti nell'uso fattone dalle cancellerie soprattutto pontificie — era stata fino ad allora normalmente addetta ad esprimere « una condizione generale, che tocca<va> i responsabili del potere, come i loro sudditi, nonché la zona in cui si trova<va>no » (A. TENENTI, *Archeologia medievale della parola « Stato »* in: ID., *Stato: un'idea, una logica. Dal Comune italiano all'Assolutismo francese*, Bologna 1987, 18 in partic.).

« Ad tuum ac regni tui honorem et statum ferventi desiderio aspiramus », scrive ad esempio Onorio III a Luigi VIII di Francia nel 1225 (MGH, *Epistolae saeculi XIII*, I, Berlin 1883, n. 267, 192; cit. da Tenenti, 18), quasi ad esprimere l'identità che passa tra *dignitas* regia, territorio di sua validità (*regnum*), e soggetti ad essa sottoposti (*subditi*).

Con tale espressione ed altre consimili (recensite da Tenenti, *ivi*, 19 ss.) si mirava ad esprimere in pratica il fatto che una *dignitas* istituzionale (un *regnum* ad es.) aveva acquisito durevolmente e manteneva inalterata nel corso del tempo una condizione di esistenza al tempo stesso materiale e metatemporale, quasi che lo *status* di una dignità nella storia altro non fosse che la proiezione pratica della massima ben nota per cui « dignitas nunquam moritur » (Ernst H. KANTOROWICZ, *The King's two bodies. A study in medieval political Theology*, Princeton 1957, 383; tr. it., Torino 1989, 329 ss.).

E forse potrebbe a prima vista stupire che, proprio nella recensione testuale di Meyer-Holz, la formula documenti di circolare ripetutamente nelle cancellerie comunali e corporative, riferita non più, come per l'avanti, a *dignitates* di carattere pubblico, ma anche a identità apparentemente associative e formalmente private come i collegi appartenenti dei *irisperiti* (MEYER-HOLZ, 234-37).

In definitiva, l'intera appartenenza al collegio finiva in tal modo per essere sentita dai consociati come la pertinenza ad una *dignitas* collettiva.

Al punto che, per alcuni casi, è documentata l'ammissione al collegio con un rituale che, per formule e modalità d'effettuazione, ricorda più facilmente l'investitura feudale, che non un mero adempimento burocratico di immatricolazione e registrazione di appartenenza (CORTESE, *Intorno*, 21 e nt. 50; vedi anche il privilegio di *investitura* notarile di ser Iacopo di Francesco da Scannello, ricordato, *infra*, alla nt. 26).

Sicché hanno un senso specifico i luoghi registrati da Meyer-Holz, laddove gli statuti fanno leva sul concetto e sul vocabolo di « honor », per esprimere appunto la natura collegiale della corporazione: una « dignitas » collettiva, che vive nelle persone dei *confratres* e si alimenta della loro condotta (p. 72 « honor universitatis »; p. 89 « honor et augmentum universitatis »).

stile comportamentale che essi sono chiamati a mantenere nella loro vita professionale e sociale.

Si tratta in realtà di un episodio inserito nel quadro della più complessiva e vasta vicenda della cultura professionale dei pratici del diritto in età di basso Medioevo. Sicché non guasterà qualche ulteriore messa a punto rispetto alle pagine del libro.

Il prologo agli Statuti del Collegio dei giudici di Treviso del 1308, ad esempio, cui Meyer-Holz giustamente dedica tanto rilievo e spazio di analisi (p. 283), trattandolo come se fosse un documento diretto del peculiare *ethos* professionale e di ceto di quei *iurisperiti*, è debitore invece del proprio contenuto alla specifica cultura retorica del notaio o del *dictator* che quel proemio concretamente stilò.

Quel testo pare infatti imparentato quanto meno per tecniche di fattura con numerosi altri analoghi prodotti letterari dell'epoca: si trascuri pure il più antico proemio che Boncompagno da Signa scrisse su commissione per la *Summa Codicis* di Azzone⁽²⁵⁾, ma certo è innegabile un'analogia, per lo meno di intonazione e di contenuto, con altri testi pressoché coevi al campione studiato da Meyer-Holz, reperibili in privilegi notarili⁽²⁶⁾, ovvero in scritti celebrativi e parenetici, nati nell'ambiente delle magistrature ed istituzioni cittadine⁽²⁷⁾.

Fin dagli inizi del secolo tredicesimo, il solito Boncompagno da Signa aveva del resto dettato nel suo *Cedrus* modelli retorici e formule di stile adatte a guidare la mano degli *statutarii* che erano chiamati a compilare i proemi di statuti sia cittadini, sia anche di confraternite e collegi⁽²⁸⁾.

La stesura di quei proemi pareva insomma piuttosto un'operazione di tipo retorico, che non un problema di specifica e consapevole tecnica normativa.

⁽²⁵⁾ Cfr. BONCOMPAGNO DA SIGNA, *Rhetorica Novissima*, ed. GAUDENZI, «*Bibliotheca Iuridica Medi Aevi*», II, Bononiae 1892, 292; SECKEL, *Über neuere Editionen juristischer Schriften aus dem Mittelalter*, I, in *ZSS RA*, XXI (900), 330-1; Hermann KANTOROWICZ - William WARWICK BUCKLAND, *Studies in the Glossators of the Roman Law*, reprint of the ed. Cambridge 1938, with addenda et corrigenda by Weimar, Aalen 1969, 227 e nt. 3a.

⁽²⁶⁾ Cfr., ad esempio, un privilegio di «*investitura*» notarile del notaio Ser Iacopo di Francesco da Scannello, del 1341, in cui i fiori retorici del preambolo ribadiscono «*quod dignitas auctoritas et officium notarie emanavit ab imperatoria celsitudine velut a fonte pietatis et gratie*» [Biblioteca Nazionale Centrale di Firenze, *Magl. XXIX*, 182, fo. 11r; cfr. MONTORZI, *Il notaio di Tribunale come pubblico funzionario: un primo quadro di problemi e qualche spunto analitico*, in *Il Notariato nella civiltà toscana. Atti di un convegno* (Maggio 1981), Roma 1985, 22, nt. 27 (già in *Rivista del Notariato*, XXXVII, 1983, 1090 ss.)].

⁽²⁷⁾ Per esempi e documenti sull'uso ad opera di funzionari delle magistrature comunali e cittadine dello strumento retorico per compilare testi che esprimono valori di etica civile, mi si consenta ancora di rinviare a MONTORZI, *Fides*, 465-82.

⁽²⁸⁾ Se ne veda il testo èdito in ROCKINGER, *Briefsteller*, 121-7.

Sicché il documento di quel preambolo statutario sembra in sostanza legarsi, prima ancora che ad un peculiare *ethos* di ceto, alla più complessiva filosofia civile dell'epoca: a quel sapere pratico tributario della teologia politica comunale ⁽²⁹⁾, che fu tipico non di un ceto in modo specifico, ma di un intero mondo civile e cittadino preso nel suo complesso, e si versò per centoni di normale sapienza politica ed amministrativa nella cultura professionale di retori e funzionari comunali.

Nonostante il proclamato intendimento di Meyer-Holz di fare « storia della mentalità » — argomento di ricerca per cui forse varrebbe la pena di tenere presenti anche le riserve avanzate di recente da Geoffrey E.R. Lloyd ⁽³⁰⁾ —, resta il fatto che i valori che vengono affermati nei testi citati dall'Autore paiono troppo datati, perché essi possano riferirsi ad un'organica sistemazione del codice di valori etici di un determinato ceto professionale.

8. L'Autore, in effetti, pur occupandosi di un campione di statuti esteso ad un periodo di circa due secoli, non pare rendere il dovuto conto dell'evoluzione che, in quel lasso di tempo, la figura del giurista ha subito nell'ambito dello stato cittadino.

Il contenuto morale di quei sentenziosi precetti infatti rimanda ad una teologia sociale del *bonum commune* e ad un'etica del bene cittadino.

Le stesse norme che si riferiscono al buon nome e al prestigio sociale dei membri della corporazione sono in linea non tanto con i contenuti precettivi di un *ethos* di ceto codificato in norme di diritto positivo, ma con la dottrina della *Fides* e del *Decorum* correnti in Diritto Comune allorché si tratta la materia dell'esercizio della professione liberale ⁽³¹⁾. Il professionista — ed i principi normativi relativi a questi punti si sono in particolare formati a margine della figura del notaio — deve necessariamente godere presso il pubblico di una buona fama e di

⁽²⁹⁾ « Teologia comunale » che in definitiva fu il frutto del primo tentativo culturalmente consapevole di ridurre a norma ed unità la politica all'origine meramente consortile dei Comuni e di mediare conseguentemente, all'ombra del reggimento comunale già incamminato sulla via della semplificazione signorile, la somma talvolta tumultuosa di interessi sociali differenziati e contrastanti, che aveva cominciato per tempo ad agitare la vita cittadina [M. C. DE MATTEIS, « La teologia politica comunale » di Remigio de' Girolami, Bologna 1977 (« Il mondo medievale. Scritti di storia e storiografia », 3), XVI-XLV; MONTORZI, *Fides*, 374-6].

⁽³⁰⁾ Cfr. ora Geoffrey E.R. LLOYD, *Smascherare la mentalità*, tr. it., Bari 1991 (« Quadrante », 42).

⁽³¹⁾ Per una più particolareggiata analisi dei rapporti complessi ed intricati che il Diritto Comune traccia tra *fides privata* e *fides pubblica* — che solo in un secondo tempo diventa « *publica fides* » in senso tecnico giuridico — mi vedo qui costretto a rinviare agli imprecisi e certamente non definitivi risultati di ricerca da me proposti in MONTORZI, *Fides*, 67 ss., 307 ss.

un buon nome, pena la inefficacia giuridica o quanto meno la impugnabilità dei suoi prodotti professionali ⁽³²⁾.

In quei proemi e componimenti retorici si distilla in definitiva il succo di un'etica sociale abbastanza convenzionale e di maniera: sono frammenti verbali di un sistema di valori politici ormai fissato nella *vulgata* dei buoni sentimenti di retori e letterati: l'espressione compunta e sentenziosa di un mondo e di una cultura che diventano sempre più estranei alla evoluzione istituzionale in corso sul teatro della vita cittadina.

Tutto questo non risulta e non potrebbe mai risultare dal dato testuale analizzato da Meyer-Holz, perché appartiene ad un territorio di ricerca che non è testuale e normativo, ma storico ed istituzionale, ed accenna più facilmente ai risultati possibili di una ricerca ancora da scrivere, che non al dato formale di un sistema di norme statutarie più o meno coerenti, più o meno omogenee.

Il testo di quegli statuti pare comunque chiuso e sordamente conservatore rispetto a quella evoluzione sociale che si sa per altro verso essere stata attiva e vivace nella società cittadina di quei tempi. Si tratta di un processo di cui anche i testi dei giuristi hanno avuto consapevolezza, trasmettendoci non di rado l'esplicito documento di una domanda politica di tipo autoritario e filo-signorile ⁽³³⁾.

È come se, tracciati in quelle parole, emergessero i frammenti della sinopia ormai sbiadita e deteriorata di un antico disegno ideale, secondo il quale il panorama sociale urbano s'organizzava per *autonomie* corporative, concordemente cospiranti al perseguimento del *bonum commune*, e poste sotto la tutela del patrono locale ⁽³⁴⁾.

Son temi ed argomenti che il dibattito politico e giuridico affronta sin da età trecentesca: dalla tutela del Santo protettore cittadino, la

⁽³²⁾ Cfr., ancora, MONTORZI, *Il notaio*, 30 ss. (§ 10).

⁽³³⁾ Così, influenze canonistiche (c. 41, *In apibus*, C. 7. q. 1) e suggestioni aristoteliche (*xii. Metafis.*, 1071b) confluivano ad animare la polemica di un Oldrado da Ponte contro la tradizione degli organismi consolari ed assembleari, che avevano determinato la sclerosi delle costituzioni cittadine.

La moltitudine discorde era soltanto un peso che doveva essere ridotto ad unità per conservare integra l'istituzione politica, giacché « ... multis... existentibus in universitate, seu multitudine paribus rectoribus, et unoquoque id quod sibi foret delectabile providente, multitudo ipsa de facili dispergetur, et universitas subsistere non posset ».

Sicché — al modo del corpo umano, dove c'è un solo capo che dirige — nel corpo politico deve raggiungersi l'unità sotto la guida di un solo Principe; per questo, infatti, il diritto canonico proibisce « ne una eademque civitas sive dioecesis diversos habere pontifices, tanquam unum corpus diversa capita, quasi monstrum... » (OLDRADO DA PONTE, cons. 94, *Eleganter circa negotium*, nr. 8 in fi. - 9, fo. 33 rb-va, ed. Lugduni 1550).

⁽³⁴⁾ Sulle matrici aristoteliche e tomistiche di un simile modo di sentire si è soffermato D. QUAGLIONI, *Politica e diritto nel Trecento italiano. Il «De tyranno» di Bartolo da Sassoferrato (1314-57)*, 17 ss., Firenze 1983, « Il Pensiero Politico. Biblioteca », 11.

società civile si appresta a passare a quella più rigorosa e dispotica del Signore territoriale.

9. Certo, non è possibile trovare nel nudo dettato delle normative statutarie un accenno esplicito a quel complesso fenomeno di trasformazione sociale allora in corso di attuazione, ma se ne intravedono nondimeno tracce e indizi certi.

Le norme che condizionano la validità degli statuti e l'efficacia degli ordinamenti corporativi all'approvazione del Signore sono senza dubbio testimonianza indiscutibile del fenomeno di un'evoluzione istituzionale allora in atto ⁽³⁵⁾.

Il tema culturalmente nuovo dell'identificazione nella subordinazione al Principe di un diverso tipo di obbligazione politica, per cui il *princeps* è in primo luogo il « dominus personarum » ⁽³⁶⁾ ed il « fons dignitatum » ⁽³⁷⁾, e quello connesso della necessità naturale dell'esistenza delle gerarchie sociali ⁽³⁸⁾ trovano spazio sempre più rilevante nei

⁽³⁵⁾ MEYER-HOLZ, 240.

⁽³⁶⁾ Secondo una formula verbale che apparteneva già al lessico del *Liber augustalis* di Federico II (Lib. Aug., const. *Quia frequenter*, Lib. III, *De hominibus non tenendis ratione terrae vel feudi*, Rub. IX: « Nos... qui sumus domini personarum »), e passò poi nei dotti commentari ai *Tres libri* di LUCA DA PENNE (in l. *Praedia*, C. *De locatione praediorum civilium vel fiscalium*, nr. 4, fo. 617, ed. Lugduni 1582; C. 11. 71. 5).

⁽³⁷⁾ È senza dubbio giusto rileggere con Chittolini l'intero fenomeno della costruzione dello stato territoriale, soprattutto nell'Italia settentrionale, come il frutto della « tendenza a fare del contratto feudale la forma naturale e tipica del rapporto fra il principe e coloro che esercitano entro il territorio del dominio diritti signorili e giurisdizionali », in modo che esso diventi lo « strumento di una nuova *superioritas* » (G. CHITTOLINI, *La formazione dello stato regionale e le istituzioni del contado. Secoli XIV e XV*, Torino 1979, 51 ss.).

E certamente una simile interpretazione della rinnovata utilizzazione politica del diritto feudale permette di comprendere meglio perché gli autori di quel periodo concentrino così sovente e così intensamente la loro attenzione sulla gerarchia delle *dignitates* interne ad un ordinamento sovrano, e sulla definizione della figura del *Princeps* visto al modo dell'Imperatore come *fons* e *culmen dignitatum*.

Risulta allora chiaro perché un Baldo degli Ubaldi, nei suoi commentari feudali, affermi decisamente « omnes dignitates a principe profluere tanquam a fonte » (BALDO DEGLI UBALDI, in c. *Qui a Principe, Quis dicatur Dux*, L. F., 2. 10. pr., nr. 2, fo. 69 rb, ed. Lugduni 1522) e come mai, insieme a lui, il fratello Angelo degli Ubaldi ribadisca ancora che « in Principe... representantur omnes gradus, cum ab ipso velut a mari omnes fontes omnium iurisdictionum descendunt » (ANGELO DEGLI UBALDI, *rub. f. De iurisdictione omnium iudicum*, nr. 2, fo. 22 vb, ed. Venetiis 1579-80).

Il vincolo feudale sottende in realtà un rapporto di soggezione istituzionale, e il diritto feudale cela il meccanismo di aggregazione e il fondamento di sovranità dello Stato del Principe territoriale.

⁽³⁸⁾ Secondo un antropomorfismo tipico del moralismo teologico, presente già in TOMMASO D'AQUINO (*Summa th.*, I^a q. 108. a. 2), delle cui tracce e influenze nella riflessione teologico-giuridica offre ampia recensione COSTA, *Iurisdictionis*, 375-98.

Per una sua più moderna e plastica sistemazione si veda poi ancora Baldo degli

testi dei giuristi a partire dall'età trecentesca.

Si tende in effetti a superare il sistema delle autonomie giurisdizionali dell'età comunale, per collocare la vita sociale all'interno di un quadro secolarizzato di principi dell'etica civile: alla teologia comunale si sostituiscono ora un frasario ed una scala di valori che sono legati al linguaggio tecnico del diritto giustiniano per il lessico ⁽³⁹⁾, ed alla tradizione dell'antichità classica e romana, per l'elaborazione di modelli e schemi di comportamento sociale ⁽⁴⁰⁾.

È forse all'interno di un simile movimento di idee sempre più favorevole alla instaurazione del potere signorile, che il coordinarsi degli ordini sociali alla signoria del Principe territoriale rimuove l'antico modello del sistema di *iurisdictiones* e di autonomie organizzative interno alle città, su cui la precedente dottrina giuridica aveva ripetutamente fondato la potestà statutaria dei *collegia licita* ⁽⁴¹⁾.

La figura del *iurisperitus* si avvia conseguentemente ad evolvere, dalla dimensione corporativa della professione giuridica inserita autonomamente nel quadro delle magistrature cittadine, all'attività di un pubblico funzionario collocato all'interno dello stato signorile come *servitore* dell'istituzione pubblica ⁽⁴²⁾.

Le *societates iudicum*, dal canto loro, se mantengono sostanzialmente inalterata la loro identità storica ed istituzionale, ora paiono però destinate ad assolvere un ruolo essenzialmente amministrativo di tenuta e controllo della matricola e di sorveglianza e filtro qualitativo sugli accessi all'esercizio della professione ⁽⁴³⁾. E certo esse scoloriscono

Ubaldi: « ... sicut anima hominis est una, et habet multa officia, et multa mysteria, nam anima videt, audit et intelligit, disputat et recordatur, et tamen non sunt plures animae in uno homine, sed una anima tot habens officia et unus est Princeps, licet iurisdictiones habeat infinitas, et in eodem prato bos quaerit herbam, canis leporem, et ciconia lacertam » (BALDO DEGLI UBALDI, in l. *Ex hoc iure*, ff. *De iustitia et iure*, nr. 44, D. 1. 1. 5, fo. 11va, ed. Venetiis 1572).

⁽³⁹⁾ Per un simile uso del lessico giustiniano in un'orazione di Francesco Filelfo « pro sacratissimo iureconsultorum ordine in dando iureiurando pretori bononiensi », mi si consenta ancora un rinvio a MONTORZI, *Fides*, 494 ss.

⁽⁴⁰⁾ Si può senz'altro condividere l'opinione di Ruggiero Romano e Alberto Tenenti che nell'ambito delle segreterie delle signorie tre-quattrocentesche nasce una cultura laica, differenziata da quella ecclesiastica, che adatta alla vita italiana del XV secolo il frasario erudito della tradizione classica e romana.

I contemporanei di Petrarca e di Cola di Rienzo fecero dei ricordi dell'antichità e dello stile romano un elemento animatore della loro vita quotidiana ed una risorsa concreta della loro azione politica: in tal modo, la cultura e l'erudizione diventarono uno strumento di intervento diretto nella vita collettiva (Ruggiero ROMANO - Alberto TENENTI, *L'intellectuel dans la société italienne des XV^e et XVI^e siècles*, in « *Niveaux de culture et groupes sociaux, actes du colloque réuni à l'École Norm. Sup.* », Paris-La Haye 1971, 54-55).

⁽⁴¹⁾ Una recensione di fonti sul punto in SBRICCOLI, *L'interpretazione*, 35 ss.

⁽⁴²⁾ CORTESE, *Legisti*, 272; MONTORZI, *Fides*, 217 ss., 223 nt. 12 in partic.

⁽⁴³⁾ Nota a ragione MEYER-HOLZ (p. 272) che i *Collegia iudicum* erano in primo

progressivamente la loro importanza politica, e vedono allontanarsi quella centralità che aveva caratterizzato la loro presenza in seno alle istituzioni delle autonomie cittadine.

10. I fondamenti di validità di simili poteri risiedono ora piuttosto nel fatto della soggezione gerarchica al *Princeps*, considerato come *culmen* di ogni dignità e potere all'interno dell'ordinamento istituzionale ⁽⁴⁴⁾ e come garante *per legem* dei vari *Standesrechte* ⁽⁴⁵⁾ che si formano nell'ambito del suo Stato.

Ed in particolare il sistema delle autonomie organizzative, un tempo identificato dalle diverse e non sempre univoche accezioni del termine *iurisdiction* ⁽⁴⁶⁾, transita ora — in piena età tardo-comunale — nel campo della logica istituzionale della *probabilitas*: ove le autonomie e le loro emanazioni normative sono efficaci solo se *adprobatae*, sul modello inaugurato nel *Regnum* da Federico II, forse sulla suggestione di idee e concetti derivati dalla riflessione canonistica e teologica sul punto della *consuetudo probabilis* ⁽⁴⁷⁾.

Sicché, porsi il problema con Meyer-Holz se i *Collegia iudicum* siano formalmente assimilabili alle *Gilden* ovvero alle *Zünfte*, cioè alle organizzazioni professionali degli artigiani ovvero a quelle dei commercianti, non pare un quesito destinato a portare l'interprete molto lontano ⁽⁴⁸⁾.

Ed è senz'altro un merito personale di Meyer-Holz l'aver indicato in tal sede in modo deciso quali siano le aporie in cui si imbatte chi pratici una simile formalistica via d'indagine, mentre invece il concetto di corporazione medievale sarebbe di necessità più ampio di quello normalmente fissato dalla schematizzazione scolastica formatasi a margine della storiografia tradizionale.

Su questo punto in particolare la posizione di Meyer-Holz è molto

luogo dei *Prüfungsgremia*, incaricati del reclutamento dei nuovi *confratres* per l'accesso alla carriera e della sorveglianza sul mantenimento da parte loro di un adeguato *standard* di prestazioni professionali.

⁽⁴⁴⁾ Giustamente osserva Pietro COSTA (*Iurisdiction*, 204, nt. 37) che la distinzione del *Princeps* dall'ordine dei gradi diventa poco a poco una relazione di vera e propria incompatibilità, e porta alla definitiva enucleazione del concetto di sovranità.

⁽⁴⁵⁾ Traggo il concetto di *Standesrecht* dalla *vulgata* d'esso diffusa dal fortunato prontuario del CREIFELDS, *Rechtswörterbuch*, München 1983, 7^a ed., 1024.

⁽⁴⁶⁾ La cui analisi è ora approdata alla ricca documentazione testuale delle affascinanti e pur problematiche pagine di Pietro COSTA, *Iurisdiction*, cit.

⁽⁴⁷⁾ Ove, per luoghi agostiniani recensiti in Graziano (Dist. 11, cc. 6-7 in partic. cfr. PL 33, 136), erano maturati per tempo i presupposti della convinzione — poi formalizzata in organici precetti teologici — che la forza coattiva della *consuetudo* risiedesse in una sua intrinseca *probabilitas*, che doveva necessariamente coordinarsi alla *vis legem condendi* del *populus* stesso o, comunque, alla *tolerantia* tacita o espressa del *princeps* che lo governava (TOMMASO D'AQUINO, *Summa th.*, I^a II^{ac}, 97 a. 3).

⁽⁴⁸⁾ MEYER-HOLZ, 197.

decisa, anche se i problemi che lo assillano sono quanto meno lontani dalla normale sensibilità di un disincantato lettore italiano, ammalato forse del tradizionale scetticismo patrio, ma certo disabituato a praticare *querelles* imbastite esclusivamente su definizioni e categorie astratte, siano esse di ascendenze idealtipiche o comunque di obbedienza ideologica.

Pagato questo tributo alla nostra mentalità nazionale — che non sempre sarà da riconoscersi necessariamente come un peso o come un limite — si dirà quindi come Meyer-Holz, posto a paragone con simile genere di problemi (p. 197), finisca per rifuggire espressamente da ogni soluzione meramente classificatoria, e muova piuttosto ad elaborare strumenti d'analisi più agili di quelli che gli sono messi a disposizione dalla dominante tradizione storiografica.

Qui — dice Meyer-Holz — non può e non deve venir delineata alcuna nuova tipologia dei gruppi sociali nel Medio Evo. Non c'è, insomma, bisogno di indulgere a nuove classificazioni e categorizzazioni.

11. E questo è veramente il punto centrale.

Se anche è verisimile che il frasario e gli schemi di riferimento tipici del mondo corporativo-artigianale abbiano giocato un proprio ruolo nell'ispirare e strutturare il rapporto di *societas* che legava i *discipuli* al *doctor*, quasi in una società d'opera analoga a quella che legava l'apprendista al maestro artigiano, certo il problema non si risolve con le astratte categorizzazioni cui pensa Meyer-Holz.

Sicché ha un senso concreto il suo imbarazzo, quando egli sente il bisogno di postulare l'esistenza nel Medio evo di un *tipo di gruppo sociale* che non fosse necessariamente legato ad una specifica distinzione di categoria professionale dei componenti del gruppo, cioè, come egli dice espressamente, di un *tipo lato* di *Berufsstand* ⁽⁴⁹⁾.

Il fatto è che, come anche di recente si è sostenuto, sarebbe ormai l'ora di smetterla di pensare alla attività dei pratici del diritto in età medievale come ad una vicenda da pensarsi e ricostruirsi in termini esclusivamente corporativi, « in termini di 'categorie' e di relativi 'uffici' » ⁽⁵⁰⁾.

Simili esigenze d'indagine, infatti, non si soddisfano esclusivamente con strumenti meramente formali, come possono essere astratte categorie sociali e vuoti istituti del diritto, ma si risolvono più efficacemente

⁽⁴⁹⁾ « Legt man die engen Begriffsdefinitionen von Gilde und Zunft zugrunde, waren die mittelalterlichen Juristenvereinigungen weder Zünfte noch Gilden. Indessen eignen sich die *collegia iudicum* als Testobjekt für den oben erläuterten, *weiten* Gildebegriff » (MEYER-HOLZ, 197).

⁽⁵⁰⁾ Giovanna NICOLAJ, *Cultura e prassi di notai preirneriani. Alle origini del rinascimento giuridico*, Milano 1991 (« Ius nostrum », 19), 32, nt. 75.

individuando moti concreti della specifica cultura di un'epoca e del sistema di valori che la governano.

12. Si spera allora non guasteranno in questa sede alcune considerazioni a margine, svolte sul filo di suggestioni e divagazioni occasionate dall'incontro con i problemi ed i testi analizzati da Meyer-Holz.

Quando parla di *ceti*, l'interprete ha in effetti molto spesso l'impressione di avere a che fare con una realtà multiforme, con un principio di aggregazione sociale che non è mai risolvibile in un'unica e comoda formula interpretativa.

Certo, si incontrano soluzioni complessive che, a partire almeno da Max Weber, hanno tranquillizzato storici e sociologi con lo schema un po' sommario e scolastico della stratificazione sociale organizzata secondo il prestigio di volta in volta riscosso dai singoli individui o gruppi⁽⁵¹⁾. E si incontrano pure rigide e formali normative statutarie che, nel quadro in particolare della Città a reggimento signorile, vengono addette a recensire in un codice minuzioso identità, fini e composizione dei singoli ceti e ordini.

Ma tutto questo talvolta non basta e, a contatto con il dato empirico, gli schemi saltano, non funzionano, e si intuisce che la scolastica formale delle astratte strutture classificatorie non vale più.

Ciò che è *latente* negli schemi si scopre allora *evidente* nei fatti.

E veramente l'aggregazione per ceti s'atteggia talvolta, in età di Diritto Comune, al modo di un impalpabile fatto pre-istituzionale che, nell'attribuire potestà, divieti e obblighi ai singoli soggetti e gruppi, prescinde dalla formalizzazione d'essi in regole di diritto positivo e si fonda, prima che su di un'espressa normativa statutaria, sulla *concreta ricognizione* nella persona del soggetto interessato dei *segni* di uno *status* sociale distinto e preciso.

Ed in questo senso le norme recensite da Meyer-Holz offrono già utili elementi di riflessione.

Si pensi alla massa di precetti attinenti al comportamento pubblico⁽⁵²⁾, alla stima sociale⁽⁵³⁾, al modo di vestire⁽⁵⁴⁾, alla partecipazione della corporazione nella generalità dei suoi componenti ai rituali sociali relativi agli eventi centrali nell'esistenza dei *Mitglieder*, dalla loro accoglienza nell'ordine professionale, alla loro morte, che vede la corporazione impegnata al completo nella celebrazione delle esequie⁽⁵⁵⁾.

Sono norme che pongono in relazione tutti i *iurisperiti* — consi-

⁽⁵¹⁾ MAX WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen 1985, 179 (tr. it. Milano 1974, I, 303).

⁽⁵²⁾ MEYER-HOLZ, 283.

⁽⁵³⁾ MEYER-HOLZ, 186, 190, 283.

⁽⁵⁴⁾ MEYER-HOLZ, 188.

⁽⁵⁵⁾ MEYER-HOLZ, 219.

derati sia come individui, sia anche come corpo collettivo — con una sfera di comportamenti e precetti sociali che sono in definitiva preistituzionali, perché si raccordano a quei principi di gerarchia sociale che sono effettivi e riscontrabili nel concreto dell'esperienza storica, ma non appaiono ancora essere inseriti in una specifica normativa di ordini e di *Stände* formalmente codificata.

Certo, il rapido avvento dello stato signorile si candida a far giustizia in tempi brevi di un simile scenario sociale, per chiuderlo nella griglia compatta degli ordini subordinati gerarchicamente al Principe, quasi l'organizzazione della società fosse l'oggetto di un rigido cerimoniale di Corte ⁽⁵⁶⁾.

Ma pure restano tracce specifiche di una simile esistenza preistituzionale del ceti, già percepibile come ente collettivo, ma non ancora come ente rigidamente istituzionalizzato.

Si tratta di accenni e spunti rinvenibili in una miriade non solo di previsioni statutarie, ma anche di *tòpoi* dottrinali, che lasciano largo spazio operativo alla semplice considerazione sociale (all'« opinione del pubblico » come per lungo tempo si è detto in lingua volgare), per individuare e conferire rilevanza alla dotazione di potestà e di soggezioni giuridiche — in una parola allo specifico *status* normativo — di volta in volta attribuito in concreto ai singoli individui.

Che l'efficacia giuridica degli atti formali prodotti in occasione dell'esercizio professionale sia di fatto condizionata dal prestigio sociale, cioè dalla buona fama e dal buon nome del loro autore (giudice, avvocato o, in particolare, notaio che sia), ad esempio, è stato già detto e riferito poco sopra.

E che la maniera di vestire dei membri del collegio sia particolarmente tutelata dalla normativa statutaria è in definitiva una conseguenza ulteriore dell'importanza che, nella società per ceti, è riconosciuta alla veste indossata dai singoli individui, che viene riconosciuta fin dai tempi della Glossa come un vero e proprio *signum congruens*, indicatore nei soggetti interessati dello *status* di loro appartenenza e, conseguentemente, del sistema di norme ad essi pertinente ⁽⁵⁷⁾.

E lo stesso istituto della « tratta » ⁽⁵⁸⁾ — che viene fin troppo frettolosamente liquidato da Meyer-Holz come semplicemente « non democratico » ⁽⁵⁹⁾ — pare in definitiva inserirsi nel vivo di una logica sociale affatto peculiare, quella dei ceti appunto: si vuole che l'accesso

⁽⁵⁶⁾ Secondo le acute analisi di L. MARTINES, *Potere e fantasia. La città stato nel Rinascimento*, Bari 1981, 297.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. ancora MONTORZI, *Fides*, 163 ss.

⁽⁵⁸⁾ Per una succinta esposizione della natura dell'istituto dello *squittinio* e della conseguente *tratta* dei titolari di magistratura nel diritto statutario dell'Italia centrale, si vedano le trattazioni di REZASCO, *Dizionario del linguaggio storico ed amministrativo*, Firenze 1881 (rist. an. Bologna 1966), 1122 ss., v. « Squittino ».

⁽⁵⁹⁾ MEYER-HOLZ, 209.

alle magistrature pubbliche sia regolato secondo metodi di giustizia distributiva, che concilino al tempo stesso il fatto che tutti i legittimati all'accesso ad una magistratura appartengono ad un medesimo gruppo sociale, con il rispetto — nell'attribuzione di tali cariche — della considerazione e del prestigio rispettivamente riscossi dai singoli consociati ⁽⁶⁰⁾.

13. Come si vede, numerosi indizi reperibili già nelle norme statutarie recensite da Meyer-Holz rimandano ad una realtà sociale — quella appunto del ceto inteso « im weiteren Sinn », come dice l'Autore stesso ⁽⁶¹⁾ —, in cui la « forma » sociale prevale sul « tipo » giuridico-istituzionale ⁽⁶²⁾: detto in termini meno complicati, rimandano ad un ente collettivo non ancora istituzionalizzato, che viene individuato, prima che da norme giuridiche intese in senso stretto e formale, dai *mores civitatis* e dalle convenzioni sociali che ne scaturiscono ⁽⁶³⁾.

Sebbene non immediatamente vincolanti sotto il profilo normativo, perché non identificabili né con norme consuetudinarie, né con norme statutarie, tali precetti e principi paiono tuttavia destinati ad essere sanzionati in sede giurisdizionale, ove i giudicati formali vengono elaborati sul fondamento di indizi e segni raccolti nel « pubblico », e sul filo della considerazione sociale riscossa dai singoli giudicabili in quanto appartenenti ad un certo ceto e conseguentemente forniti di un corrispondente grado di prestigio sociale.

14. Di come la logica della stratificazione sociale trovi il modo di determinare i contenuti dei giudicati valga ora qualche frammentario esempio.

Già i duecenteschi formulari per epistole di Guido Fabà prevedono esempi di lettere di raccomandazione che mirano a squilibrare il risultato di una lite giudiziaria a favore di una delle parti perché amica dello scrivente: in tali commendatizie non si mira a far prevalere un litigante sull'altro sulla base di una « preferibilità » tecnica — nel senso dell'interpretazione tecnica del *ius* — delle sue ragioni; ma si avanza espressamente per esso un titolo di preferenza legato alla tessitura di amicizie, alleanze e dignità tipiche della società civile dell'epoca ⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶⁰⁾ Per i complessi e raffinati meccanismi di controllo e organizzazione del potere politico attraverso comitati e consigli sempre più ristretti ed elitari, che sono stati descritti in L. MARTINES, *Potere e fantasia*, 133, 196 ss., 202 ss.

⁽⁶¹⁾ MEYER-HOLZ, 197.

⁽⁶²⁾ « Die Form mittelalterlicher Vereinigungen entscheidet über deren Typus » (MEYER-HOLZ, 197).

⁽⁶³⁾ Per un brano bartoliano, in cui è singolare la considerazione attribuita alla rilevanza normativa dei *mores* intesi non come consuetudini, ma come *abitudini sociali* dominanti, si permetta ancora un rinvio a MONTORZI, *Fides*, 319 ss.

⁽⁶⁴⁾ Lo si legge in Guido FABÀ, *Dictamina Rhetorica epistole*, Bologna 1892-94

I giudici penali, poi, in numerosi casi adeguano i loro verdetti alle indicazioni negative loro provenienti dal « pubblico », e qualificano il soggetto *diffamato* da tali voci come il maggiore indiziato di colpevolezza a paragone di altri individui coinvolti nello stesso giudizio penale ⁽⁶⁵⁾.

(rist. an., Bologna 1971; « Medium Aevum. Coll. diretta da G. Vecchi. Artes Triviales » VII. 3, 22, nr. 55).

⁽⁶⁵⁾ Sull'argomento della *fama* hanno di recente richiamato l'attenzione gli studi di Franco MIGLIORINO (*Fama e Infamia. Problemi della società medievale nel pensiero giuridico nei secoli XII e XIII*, Catania 1985). Attraverso una cospicua documentazione testuale si indica da Migliorino come simile concetto si inserisse all'origine all'interno di un sistema antropologico dalle forti intonazioni agostiniane (MIGLIORINO, 74 ss.), che equiparava la *fama* dell'uomo ad una « dignitas a natura tributa ». Ed invero, dalla *Summa trecensis* (ed. H. FITTING, *Summa Codicis des Irenierus*, Berlin 1894, Nachdruck Frankfurt/M 1971, p. 31, linn. 4-7), fino alla glossa accursiana [gl. *Vincula*, in I. *Infamia, C. Ex quibus causis infamia irrogatur*, C. 2. 11 (12). 1], passando per AZZONE (*Summa Codicis*, lib. 2, *Ex quibus causis alicui infamia irrogatur*, § *Fama autem*, fo. 30, ed. Papie 1506; rist. an. « Corpus glossatorum », 2, Torino 1966) e PIACENTINO (*Summa Codicis, de causis ex quibus infamia irrogatur*, tit. xii, Moguntiae 1536, rist. an. Torino 1962, pp. 54-5), il dibattito delle fonti parve all'origine incentrarsi su una definizione di *fama* caratterizzata da qualche originaria suggestione metafisica, che poi — a partire almeno dal testo di alcune decretali di Innocenzo III (ad es. il c. *Licet Heli*, X. *De simonia*, X. 5. 3. 31) — avrebbe finito per diluirsi nella più concreta problematica processualistica della valutazione degli indizi raccolti nella *publica fama* e nelle voci correnti nel pubblico sugli *status* e sui comportamenti delle persone.

Certamente non è questa la sede per raccogliere le molte suggestioni suscitate dalla interessante ricerca di Migliorino: mutate le *sedes materiae* e trasformata anche la logica di applicazione tecnica della definizione, l'argomento compie infatti un insospettabile tragitto attraverso i testi, e infine, attraverso alcune glosse accursiane [cfr. ad es. la gl. *Confirmat*, in I. *Infamia, C. Ex quibus causis infamia irrogatur*, C. 2. 11(12). 1] e le formule di Guglielmo DURANTE (*Spec. iur.*, lib. 3, partic. I, *De notoriis criminibus*, § *Fama est*, nrr. 1-3, fo. 17rv, ed. Lugduni 1547), approda con quel *Tractatus de tormentis* che il Bolognini erroneamente attribuì a Guido da Suzzara [poi edito sotto tale attribuzione nei « *Tractatus Universi Iuris* », Venetiis 1580 ss., XI/1; cfr. al fo. 242 va, nr. 32: « qualis enim fuerit fama et opinio cuiuscunque in civitate, tale(m) eum esse praesumimus » (cfr. P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel Diritto Comune*, I, pp. 142 ss., Milano 1953, « *Ius nostrum* », 1; D. MAFFEI, *Giuristi medievali e falsificazioni editoriali del primo Cinquecento*, Frankfurt am Main 1979, pp. 51 ss. « *Ius Commune. Sonderhefte* », 10)] alle pagine della trattatistica tecnica addetta ad analizzare l'efficacia probatoria delle *probationes de publica fama* [TOMMASO DA PIPERATA, *Tract. de fama*, in « *Tractatus quampures criminales* », Venetiis, ap. Lucam Antonium Iuntam, 1567, nr. 1, fo. 3rv - 4r ed in *Tractatus Universi Iuris*, cit., XI/1, fo. 8 va, nr. 1; cfr. anche Innocenzo IV (Sinibaldo de' Fieschi), in c. *Veniens*, X. *De verborum significatione*, nrr. 3-4, ed. Venetiis 1570, p. 682; X. 5. 12. 1].

Un brano di Baldo entra in particolare sintonia con i profili analitici che si sono qui sommariamente delineati, per cui il concetto giuridico di *fama* si sarebbe progressivamente trasformato da paradigma astratto in *segno concreto* della specifica considerazione sociale riscossa dal singolo individuo.

L'argomentazione del giurista perugino prende le mosse da una distinzione tra *fama de homine* (cioè *status* astratto personale) e *fama inter homines* (cioè voce e diceria

La donna comunemente ritenuta come disonesta od attestata dalla *publica fama* come meretrice subisce nelle previsioni statutarie rigorose menomazioni di *status* e di capacità giuridica ⁽⁶⁶⁾.

L'idea di « Stand im weiteren Sinn » cui ricorre Meyer-Holz è forse da collocare all'interno di un sistema di riferimento normativo e concettuale di questo tipo.

15. È un contesto di valori e di comportamenti per cui si può anche ipotizzare che una particolare immagine simbolica del *iurisperitus*, proiettata con metodica insistenza sul mondo circostante dai *iurisperiti* medesimi ⁽⁶⁷⁾, abbia all'inizio reso disponibile al consumo sociale il segno di una *dignitas* collettiva, che era il prodotto non tanto di un'aggregazione corporativo-istituzionale, quanto di una *funzione professionale* concretamente e specificamente esercitata ⁽⁶⁸⁾.

Ove quella funzione fosse concretamente assolta da un soggetto e lo *status* professionale del medesimo — per fama e per comune,

corrente in concreto sul conto di individui storicamente determinati) che — a détte almeno di una gl. sullo *Speculum* di GUILLAUME DURAND dovuta forse alla mano di Giovanni d'Andrea [gl. *reprobatus*, in *Spec. iur.*, lib. 3, partic. I, *De notoriis criminibus*, § *Fama est*, nrr. 1-3, gl. adespota nell'ed. Lugduni 1547, fo. 17va] — era già stata tracciata da Iacopo d'Arena (cfr. anche BARTOLO DA SASSOFERRATO, in l. *De minore*, § *Tormenta*, ff. *De quaestionibus*, nrr. 4-6; D. 48. 18. 10. 3).

Sulla base di un simile presupposto, Baldo articola poi ulteriormente la trattazione dell'argomento, e perviene a conferire rilievo e adeguata sistemazione teorica allo spazio occupato da quel « *pubblico* » cittadino che, nell'ambito soprattutto dello Stato signorile, pare candidato a diventare una delle principali controparti del potere del Principe, che alla piazza ed al pubblico guarderà sovente come al destinatario privilegiato della complessa e raffinata simbologia che egli viene elaborando a sostegno del proprio potere.

« Et est sciendum — sostiene infatti Baldo — quod duplex est fama. Una est in homine, alia inter homines, prima in homine dicitur fama inhaerens, quae sic diffinitur ' fama est status illesae maiestatis ac dignitatis legibus et moribus comprobatus... '. Cuius famae contrarium est infamia, quae sic diffinitur ' infamia est privatio famae contingentis ex accidenti praeter naturam '. Vel sic: ' infamia est deficientia status, et laesio maiestatis et dignitatis... '. Secundo dixi quod fama dicitur illa quae est inter homines: et haec potest dici fama loquens, quae de aliquo loquitur, quae sic diffinitur ' Fama est dictum gentium seu vulgi ex imaginaria opinione vel credulitate gentium seu vulgi procedens... '. Haec est illa fama quae est inquisitionis praeparatoria, non autem fama primo modo sumpta: quia de illa nil ad propositum » (Baldo degli Ubaldi, in l. *Ea quidem*, C. *De accusationibus et inscriptionibus*, nrr. 1-3, C. 9. 2. 7; ed. Venetiis, fo. 460vab).

⁽⁶⁶⁾ Alberto ALBERTI, *Appunti per una storia del diritto privato statutario piemontese*, Torino 1934, 38.

⁽⁶⁷⁾ CORTESI, *Intorno*, 20.

⁽⁶⁸⁾ È forse significativo l'uso linguistico che Meyer-Holz registra in ordine al termine « *professio* », che le fonti statutarie tramandano talvolta come sinonimo di « *collegium* » (MEYER-HOLZ, 38-9).

Sugli originari significati « liberali », di *vocazione* individuale e non corporativa all'impegno nella vita sociale, insiti nel termine e nel concetto di « *professio* », mi si consenta un rinvio a MONTORZI, *Fides*, 189, nt. 2.

incontrastata opinione — fosse accettato socialmente dal pubblico circostante, la *dignitas* che il soggetto in tal modo riscuoteva faceva ricadere sul medesimo una serie di conseguenze che, più tardi, gli sarebbero derivate dal semplice atto formale dell'immatricolazione nel collegio professionale: i suoi atti professionali — rogiti o pareri che fossero — acquistavano credibilità pubblica, la sua persona riscuoteva considerazione e trattamento adeguati al titolo di cui egli si fregiava.

In questo senso, il diffondersi già per tempo in atti e documenti dell'utilizzazione della qualifica di *iudex* ⁽⁶⁹⁾, e l'adozione in titoli anche ufficiali ⁽⁷⁰⁾ di qualifiche e dignità talvolta decisamente fantasiose e soprattutto idonee a colpire piuttosto l'immaginazione del pubblico, che a individuare una specifica funzione, svelano il meccanismo di un gioco che nel tempo si fa sempre più smalzato e complesso.

L'accettazione sociale degli *status* professionali pare modularsi all'origine sul ritmo di quello che, almeno a prima vista, parrebbe l'embrione di un processo di persuasione collettiva. Laddove il *iurisperitus*, il *notarius*, il *iudex* mirano per il momento ad esibire, a suffragio della loro credibilità professionale, non tanto il documento di una loro appartenenza corporativa, quanto in concreto la loro immagine socialmente accettata, fornita di debiti segni di riconoscimento, quali la *fama*, la veste adeguata, la credibile capacità professionale.

L'omologazione istituzionale e corporativa dello *status* professionale arriverà più tardi, all'ombra delle istituzioni comunali e signorili.

16. E si può forse azzardare un'ipotesi interpretativa di massima, che certamente attende nuove conferme dopo le intuizioni di Meyer-Holz, ed il tentativo di interpretazione qui grossolanamente delineato.

Nella sua larga accezione di ente collettivo pre-istituzionale — cioè non ancora costituito in « ordine » in senso stretto —, il ceto potrebbe atteggiarsi come un ordinamento giuridico che comprende un insieme di soggetti forniti di omogenee qualificazioni di *status* ad opera di una serie di fonti normative, le quali includono — oltre a quelle normali di diritto positivo e consuetudinario — anche le tipizzazioni soggettive provenienti dalla sfera dei *mores* e delle convenienze sociali ⁽⁷¹⁾.

Precetti di etichetta e moti collettivi di riprovazione o, al contrario, di positiva considerazione sociale trovano in tal modo spazio ed efficacia giuridica, ed entrano contemporaneamente a determinare in maniera decisiva non solo le decisioni giudiziali fondate sulla teoria indiziaria, e la formulazione delle pubbliche accuse e l'individuazione

⁽⁶⁹⁾ Descritto per il caso bolognese da Johannes FRIED, *Die Entstehung des Juristenstandes im 12. Jahrhundert*, Köln-Wien 1974, 24 ss.

⁽⁷⁰⁾ Come nel caso di Roffredo Epifanio da Benevento, documentato in FERRETTI, *Roffredo*, 251.

⁽⁷¹⁾ Si consenta sul punto ancora un rinvio a MONTORZI, *Fides*, 166 ss.

delle varie *notitiae criminis* ⁽⁷²⁾, ma anche l'immagine complessiva di un ceto di persone che, nella comune accettazione sociale, si individuano collettivamente come titolari di particolari privilegi e di un peculiare prestigio di gruppo.

* * *

Son quindi molte le suggestioni di lettura che si possono trarre dal libro di Meyer-Holz. Un libro certamente utile e meticoloso, che forse reca traccia di qualche incertezza ed ingenuità di stampo scolastico ⁽⁷³⁾, ma ha anche l'indubbio merito di aver individuato un oggetto di indagine — quello dei collegi professionali — di sicuro interesse e di aver conseguentemente richiamato l'attenzione degli storici su un territorio che attende in futuro un rinnovato impegno di ricerca ed un accurato e puntuale contributo di riflessione concettuale.

⁽⁷²⁾ Anche uno statuario di valore come Paolo di Castro, che riformò gli statuti fiorentini nel 1416, arriva ad affermare espressamente che, nell'espletamento dell'attività inquirente a lui affidata, il *Syndicus maleficiorum* (che vigila a raccogliere le *notitiae criminis* per i reati commessi nel distretto cittadino) « non debet stare suae credulitati, sed ei quod communiter dicitur ». (PAOLO DI CASTRO, in I. *Cum quidam*, § *quod dicitur*, ff. *de acquirenda haereditate*, nr. 7-8; D. 29. 2. 30. 1. ed. Venetiis 1593-6, fo. 117v); analoghi temi s'erano già trattati in un *consilium* di Bartolo da Sassoferrato (BARTOLO DA SASSOFERRATO, cons. 191, *Domini Paci*, Lib. I, nr. 1; fo. 45ra ed. Basileae 1562).

⁽⁷³⁾ Come quando (ad es., a pag. 294) imbastisce inopinati paragoni tra la normativa professionale statutaria e specifiche norme di diritto positivo vigente al giorno d'oggi in Germania in materia appunto di ordinamenti professionali.

LAURA MOSCATI

UN'INEDITA LETTERA DI SAVIGNY A POERIO

È generalmente noto un giudizio espresso da Savigny sullo stato dell'insegnamento del diritto nelle Università italiane ⁽¹⁾, da lui stesso visitate tra il 1825 e il 1827 ⁽²⁾: giudizio che colpì molto alcuni giuristi della penisola e in particolare Pietro Capei e Giuseppe Poerio ⁽³⁾, anche se essi non disconobbero integralmente la validità delle argomentazioni critiche sull'eccesso dell'attività forense a discapito di quella scientifica. Non è noto, peraltro, il fatto che il giudizio di Savigny fu appreso in Toscana attraverso la sintesi che di esso apparve nel giornale francese *L'Universel* del 1829 ⁽⁴⁾: sintesi che estrapolava, congiungeva e soprattutto forzava singoli giudizi da un molto più elaborato contesto.

(1) F.C. SAVIGNY, *Ueber den juristischen Unterricht in Italien*, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 1-2 (1828), pp. 201-28. L'articolo di Savigny venne tradotto quasi interamente da A. TURCHIARULO, *Ragionamenti storici di dritto del Prof. F.C. Savigny, tradotti dall'originale tedesco*, Napoli 1852, pp. 67-84, dalla seconda edizione, nelle *Vermischte Schriften*, IV, Berlin 1850, pp. 309-42.

(2) Savigny, come egli stesso ricorda in apertura al suo saggio, si recò due volte in Italia: brevemente nel 1825 e per un anno tra il 1826 e il 1827, visitando nel primo viaggio la Lombardia e la Toscana e nel secondo soprattutto Firenze, Roma e Napoli (*ibid.*, p. 310). Savigny era in compagnia della famiglia: nel *Nachlass Savigny* a Marburg si trovano anche alcune lettere di studiosi italiani indirizzate a Gunda Brentano Savigny, che ricordano il soggiorno nella penisola.

(3) Ciò si desume in particolare da una lettera di Capei a Savigny del 30 maggio 1829, a cui sono aggiunte alcune righe di Poerio: Universitätsbibliothek Marburg (UBM), *Nachlass Savigny*, Ms. 925/399. Savigny ebbe durevoli contatti con alcuni studiosi del Granducato di Toscana, su cui cfr. F. RANIERI, *Savignys Einfluss auf die zeitgenössische italienische Rechtswissenschaft*, in *Ius Commune*, 8 (1979), pp. 200-205; D. MAFFEI-K.W. NORR, *Lettere di Savigny a Capei e Conticini*, in *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, R.A.*, 97 (1980), pp. 181-212; D. MAFFEI, *Quattro lettere del Capei al Savigny e l'insegnamento del diritto romano a Siena nel 1834*, in *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart (Festschrift für H. Coing)*, I, München 1982, pp. 203-24. Per un panorama biobibliografico della personalità di Capei cfr. P. TREVES, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, XVIII, Roma 1975, s.v.; in mancanza di una trattazione specifica per Poerio si veda l'ampia annotazione di Fausto NICOLINI, *Niccola Nicolini e gli studi giuridici nella prima metà del secolo XIX. Scritti e lettere raccolti e illustrati*, Napoli 1907, p. 270, nota 2.

(4) *L'Universel. Journal quotidien de la littérature, des sciences et des arts*, n. 126, p. 432: 6 mai 1829.

Ignota e inedita, comunque, è rimasta finora una lettera che Savigny inviò a Capei e per lui a Poerio ⁽⁵⁾, nella quale veniva sostanzialmente modificato il giudizio quale poteva derivare dalla lettura dell'*Universel* e, pur rimanendo legittime riserve, veniva espressa una valutazione assai più attenta e riguardosa. Per approfondire la complessa questione bisogna ricordare che l'apparizione dell'*Unterricht* savigniano aveva suscitato nella Penisola vivaci discussioni e qualche malumore, soprattutto negli Stati preunitari che erano maggiormente colpiti, la Toscana e Napoli. Ma proprio in quegli Stati la conoscenza dell'articolo era avvenuta attraverso la mediazione francese: quella già ricordata dell'*Universel* nel Granducato e quella dell'*Introduction* di Lerminier nel Regno meridionale ⁽⁶⁾. In realtà, ambedue i mediatori non davano, come vedremo, sostanza di attendibilità nei confronti del discorso di Savigny.

Pretenziosamente legato alla fioritura delle « gazettes littéraires de l'Allemagne » ⁽⁷⁾, *L'Universel*, che apparve soltanto per un anno e mezzo ⁽⁸⁾, presenta un carattere eclettico, con il dichiarato indirizzo di consacrarsi armonicamente alla letteratura nella più nobile accezione del termine, « c'est-à-dire à l'ensemble des connaissances humaines » ⁽⁹⁾, ma con nessun approfondimento di carattere giuridico. La sintesi dell'articolo di Savigny riflette, evidentemente, un interesse strettamente legato alla struttura universitaria del tempo e non all'insegnamento del diritto. Nel *Prospectus*, la direzione afferma tra l'altro di perseguire il fine dell'imparzialità del giudizio ⁽¹⁰⁾; ma le notizie assai sommarie sul saggio di Savigny risultano a volte estrapolate dal contesto del discorso e a volte poste in modo di dare volutamente un'immagine negativa delle nostre Università.

Del resto, sia Capei sia Poerio, già attraverso la lettura dell'*Universel* ⁽¹¹⁾, avevano ridimensionato l'impressione iniziale ricevuta dall'ar-

⁽⁵⁾ Universitätsbibliothek, Bonn (UBB), Autographensammlung, che ho potuto consultare grazie alla cortesia della Dr. C. Weindlich.

⁽⁶⁾ J.-L.-E., LERMINIER, *Introduction général à l'histoire du droit*, Paris 1829.

⁽⁷⁾ Cfr. *L'Universel, Prospectus*, p. 3.

⁽⁸⁾ Il giornale, che a Parigi è reperibile soltanto alla Bibliothèque Nationale e alla Bibliothèque de l'Arsenal, apparve dal 1 gennaio 1829 al 27 luglio 1830.

⁽⁹⁾ *Ibid.*, p. 2.

⁽¹⁰⁾ *Ibid.*

⁽¹¹⁾ La notizia era filtrata attraverso *L'Universel* perché la rivista savigniana in cui era contenuto l'articolo, che giungeva a Firenze soltanto a Poerio, era sensibilmente in ritardo: cfr. la lettera di Capei a Savigny del 30 maggio 1829 (UBM, *Nachlass Savigny*, Ms. 925/399), già citata da RANIERI, *Savignys Einfluss*, cit., pp. 200-201. Poerio, allora in esilio a Firenze dove restò fino all'autunno del 1830, da tempo era interessato alla produzione savigniana: al figlio Alessandro, in viaggio di studio in Germania, aveva raccomandato nel 1826 l'acquisto delle opere di Savigny. Cfr. A. POERIO, *Il viaggio in Germania, il carteggio letterario ed altre prose*, a cura di B. Croce, Firenze 1917, pp. 108, 112. Inoltre allo stesso Savigny Giuseppe Poerio aveva inviato un elenco di opere

ticolo savigniano, il cui tenore era stato in un primo momento trasmesso loro a voce con esagerazione. Ambedue consideravano il giudizio severo, ma non lontano dalla realtà e soprattutto tale da costituire un auspicato sprone per lo sviluppo degli studi legali ⁽¹²⁾. Lo stesso Capei confessò a Savigny che in un proprio scritto appena apparso nella rivista di Mittermaier ⁽¹³⁾, pur nella fattualità dell'esposizione, l'intento e il tenore di fondo erano analoghi a quelli del giurista tedesco. Capei, infatti, nel presentare lo stato della legislazione e della dottrina nel Granducato di Toscana dal XVIII secolo ai primi decenni del XIX, aveva avuto occasione di porre in luce l'importanza delle Facoltà di Pisa e di Siena nel secolo precedente, rispetto alla condizione contemporanea, senza esprimere giudizi ma offrendo dati di fatto che assai chiaramente mostravano al lettore la situazione contingente ⁽¹⁴⁾.

Il ritrovamento dell'inedita risposta di Savigny ⁽¹⁵⁾, indirizzata a Capei e schedata al 30 giugno 1819 ⁽¹⁶⁾, ma in realtà destinata a Poerio e databile dieci anni più tardi ⁽¹⁷⁾, permette ora non soltanto di completare il quadro della vicenda, ma anche di verificare, attraverso le stesse parole di Savigny, la reale natura del suo pensiero. Savigny rileva ancor più di Poerio l'inaffidabilità del foglio francese, tanto che si sente in dovere di dare ragione al giurista calabrese per il suo malconten-

giuridiche tedesche sia da lui possedute sia eventualmente da acquistare per sottoporle al suo giudizio; ciò risulta dalla risposta di Savigny nel 1827, di cui purtroppo manca l'allegato: V. IMBRIANI, *Tre lettere di Federigo-Carlo di Savigny*, in *Rendiconti della R. Accademia di Scienze morali e politiche di Napoli*, Napoli 1885, p. 14.

⁽¹²⁾ Scrive Capei: « Il Poerio era adirato perché *non aveva letto*: io corsi a prendere l'Universel e lo trovai conforme all'apologia da me fatta precedentemente, ed in quanto a me sono certo che un buono e non un cattivo animo Lei mosse a scrivere secondo la verità de' nostri studj Legali. E le aggiungo che i beni affetti alla patria le vanno gratissimi di questa zampata che gratta e non iscortica la pelle e che può destare una volta il buon giudizio »: UBM, *Nachlass Savigny*, MS. 925/399. Per ulteriori particolari sulla lettera in questione cfr. L. MOSCATI, *Savigny in Italia. Sulla fase iniziale della recezione*, in *Panorami*, 2(1990), p. 58. È interessante sottolineare le parole scritte da Poerio in calce alla lettera: « Non le dissimulo che era stata esagerata la sua censura delle Università d'Italia e ne sono dolentissimo, sapendo in quale giusto pregio viene generalmente tenuto il suo giudizio. Debbo però con eguale ingenuità confessarle che avendo letto ieri l'articolo de l'Universel relativo al suo viaggio trovo la sua opinione intorno a nostri studi legali, alquanto severa, ma non ingiusta e molto meno offensiva ».

⁽¹³⁾ P. CAPEI, *Ueber den gegenwärtigen Zustand der Gesetzgebung und Rechtswissenschaft im Grossherzogthume Toscana*, in *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*, 1 (1829), pp. 73-86.

⁽¹⁴⁾ *Ibid.*, pp. 75-76, 81-83.

⁽¹⁵⁾ UBB, cit.

⁽¹⁶⁾ Così la lettera risulta catalogata e in tal modo viene menzionata da O. MOTTE (*Savigny et la France*, Berne 1983, p. 25, nota 22), senza peraltro averla esaminata direttamente, in un più generale discorso sulla dispersione di alcune lettere di Savigny.

⁽¹⁷⁾ La lettera, scritta da Berlino, è datata dallo stesso Savigny e la data è confermata inequivocabilmente dal contesto.

to (18). In realtà, Savigny aveva subito compreso dalla lettura dell'estratto dell'*Universel*, che non conosceva prima dell'indicazione toscana (19), l'inadeguata sintesi del suo pensiero, mutilato del contesto di un giudizio rispettoso dell'antica fama della scienza giuridica italiana e auspicante su tale premessa una rapida ripresa (20), con parole che ricordano quanto già da lui espresso qualche anno prima allo stesso Poerio (21).

Inoltre Savigny, specificando che la lettura diretta del proprio articolo avrebbe chiarito meglio il suo pensiero rispetto al contenuto dell'*Universel*, dichiara di confidare in un rapido e sicuro miglioramento delle istituzioni universitarie italiane attraverso l'impegno di persone qualificate (22). In realtà, l'intento di Savigny era di tracciare non una disamina dello stato degli studi giuridici, ma un panorama dell'insegnamento del diritto. Né poteva essere diversamente, dato che il giurista tedesco, sulla scia di quanto professava in Germania (23), considerava l'Università come il veicolo delle nuove dottrine e dei nuovi sviluppi dogmatici.

Del resto, fin dai primi anni d'insegnamento, Savigny si era espressamente interessato all'organizzazione universitaria tedesca con articoli e memorie finalizzati a tale scopo (24). Le idee espresse in questi lavori furono riprese nel noto saggio *Wesen und Werth* (25), iniziato nel 1827 all'epoca del suo soggiorno in Italia, ma pubblicato alcuni anni più tar-

(18) « Vous avez été mécontent de moi, et vous avez eu raison, en supposant que j'eus mal parlé de votre patrie, dont l'honneur et l'interêt a des droits imprescriptibles sur tout coeur bien né ». Qui e in seguito il testo francese viene citato nella grafia originale.

(19) « Depuis j'ai lu l'extrait inséré dans l'Universel qui auparavant m'était resté inconnu ». Nella lettera inviata da Capei (cit. *supra*, nota 11) Savigny aveva annotato gli estremi del giornale francese per la consultazione.

(20) « L'auteur de cet extrait n'a rendu compte que de quelques faits matériels, et non des expressions d'attachement sincère et de profond estime dont votre nation m'a pénétré et que je me ferai toujours un devoir de professer ».

(21) Lettera del 19 maggio 1827 edita da IMBRIANI, *Tre lettere*, cit., p. 15.

(22) « Je suis sur que quand vous aurez vu l'original vous serez content de moi. Il est vrai que je n'ai pas révélé les vices des institutions: aussi vous même, je crois, n'êtes pas édifié de tout ce qui se fait ... chez vous, et je crois qu'on fait bien de ... jour ce qui pourrait facilement être amélioré par le bon sens et la bonne volonté de ceux auxquels la providence a confié le sort des nations. Voilà la manière dont j'envisage les intérêts et la réputation de ma propre patrie et je crois devoir supposer les mêmes sentimens aux membres éclairés d'autres nations ». I punti di sospensione indicano una parte deteriorata del manoscritto.

(23) Interessanti rilievi sul nuovo modello humboldtiano dell'Università di Berlino sono in P. SCHIERA, *Il laboratorio borghese. Scienza e politica nella Germania dell'Ottocento*, Bologna 1987, pp. 23-43.

(24) Su questa produzione, sconosciuta fino a qualche decennio fa, cfr. MOTTE, *Savigny et la France*, cit., pp. 65-66.

(25) *Wesen und Werth der deutschen Universitäten* (1832), in *Vermischte Schriften*, IV, cit., pp. 270-308.

di ⁽²⁶⁾, in cui Savigny delinea la funzione di guida e di promozione degli studi propria delle Università germaniche, che dovevano da sole assorbire ogni attività scientifica ⁽²⁷⁾. Ma la concomitanza temporale tra l'*Unterricht* e il *Wesen und Werth* non è casuale: il rinnovamento della scienza del diritto attraverso una rivitalizzazione dell'insegnamento auspicata per l'Italia, espressa a sprazzi nel testo e più ampiamente nella conclusione, è il motivo conduttore dell'intera trattazione del *Wesen und Werth*, basata sulla funzione primaria attribuita alle Università tedesche per una palingenesi del sapere giuridico.

Inoltre lo stesso Savigny, ancor prima di redigere l'*Unterricht*, scrivendo a Capei da Roma aveva sottolineato il metodo d'insegnamento della scienza giuridica impartito alla Sapienza « bien au dessus » della sua aspettativa al confronto con quello dell'Università di Pisa ⁽²⁸⁾, anticipando il giudizio particolarmente severo sul Granducato, terra di secolare regime di diritto comune. Ciò è tanto vero che, ripubblicando nel 1850 il suo saggio, il giurista tedesco riconosce, nei confronti delle Università che aveva più sottoposto a critiche, la trasformazione della scuola giuridica toscana ⁽²⁹⁾, aperta alla penetrazione del pensiero tedesco nell'insegnamento e direttamente partecipe di quest'ultimo, nominando espressamente Capei e Conticini ⁽³⁰⁾. Bisogna, però, rilevare che anche alcuni tra i professori menzionati da Savigny nell'*Unterricht* — Del Rosso a Pisa, Villani a Roma, Avellino a Napoli — diedero sostanza di realtà al presagio di Savigny sia con le opere sia con

⁽²⁶⁾ La notizia si desume dalle stesse parole di Savigny: *ibid.*, p. 270, nota 1.

⁽²⁷⁾ Proprio nel suo magistero Savigny aveva maturato questa nuova visione della didattica, che riconosceva all'organizzazione universitaria un compito decisivo nel rinnovamento e nello sviluppo degli studi: cfr. A. MAZZACANE, *Prospettive savignyane vecchie e nuove: i corsi inediti di metodologia*, in *Quaderni Fiorentini*, 9 (1980), pp. 230-34; Id., *I corsi inediti di «Metodologia giuridica» di Friedrich Carl von Savigny*, in *Index*, 19 (1991), pp. 113-14.

⁽²⁸⁾ Si tratta della lettera del 22 aprile 1827 edita in MAFFEI-NORR, *Lettere di Savigny e Capei e Conticini*, cit., p. 199.

⁽²⁹⁾ Cfr. *Vermischte Schriften*, IV, cit., p. 309.

⁽³⁰⁾ Mi riferisco in particolare all'insegnamento di diritto romano impartito da Capei nell'Università di Siena nel 1834 seguendo gli intendimenti di Savigny, come si rileva dalle lettere dello stesso Capei a Savigny, che risultano per certi aspetti un'applicazione pratica delle sollecitazioni contenute nell'*Unterricht*; quanto a Conticini, durante un soggiorno di studio in Germania, era stato allievo di Savigny a Berlino nel 1835: cfr. MAFFEI, *Quattro lettere del Capei al Savigny*, cit.; MAFFEI-NORR, *Lettere di Savigny a Capei e Conticini*, cit., pp. 185-86; A. MAZZACANE, *Pietro Conticini*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, XXVIII, Roma 1983, p. 491. Inoltre Capei, tracciando un profilo biografico di Savigny in occasione della sua scomparsa, si era soffermato sull'insegnamento universitario del giurista tedesco, sulle materie impartite e sulla distribuzione degli argomenti trattati, secondo quanto aveva avuto modo di apprendere, come egli espressamente dichiara, da Conticini a seguito della sua esperienza berlinese: P. CAPEI, *Federigo Carlo dei Savigny*, in *Archivio Storico Italiano*, n.s. 16 (1862), pp. 3-4 e in particolare p. 18, nota 1.

l'insegnamento, anche se si trattava di premesse « per la fondazione della nuova scienza, non ancora un compiuto rinnovamento » (31).

Diverso è il discorso per quanto attiene a Napoli: sempre conosciuto attraverso la mediazione francese, l'*Unterricht* savigniano era soltanto servito a Lerminier nella sua *Introduction* per sottolineare il decadimento degli studi giuridici italiani con un'analisi che resta in superficie e in cui non vengono discusse né le linee conduttrici né i particolari della trattazione. Lerminier lapidariamente così dichiara citando Savigny: « Jusqu'à présent l'Italie n'a rien fait pour la jurisprudence; elle a vu des Allemands venir provoquer dans son sein de précieuses découvertes pour l'histoire et la philologie, mais elle-même se tait, ses écoles languissent » (32).

Ancor prima che l'opera di Lerminier sia tradotta a Napoli (33), Giuseppe Ferrigni si occupa del discorso di Savigny; ma ormai, attraverso passaggi indiretti, il pensiero del giurista tedesco è falsato e non si può considerare l'autore napoletano un veicolo per la conoscenza dell'*Unterricht*. Scopo precipuo risulta quello di dare una risposta a Lerminier, portandola sul terreno degli studi giuridici in Italia e non sullo stato dell'insegnamento del diritto. Anche se vi sono alcuni spunti interessanti nelle pagine di Ferrigni, che pur con qualche accento nazionalistico dà risalto al nascente sviluppo degli studi sulle fonti giuridiche nella penisola sottraendoli a un esclusivo patrimonio tedesco (34), non si può certo ritenere che egli abbia contribuito a un'attenta trasmissione dei contenuti dell'articolo savigniano.

Si aggiunga che il confronto della lettera inedita, in cui Savigny rende ragione del suo pensiero, con l'articolo originale mostra la sostanziale rispondenza della lettera stessa e quindi conferma la defor-

(31) Cfr. F. CASAVOLA, *I diritti antichi*, in G. Di Costanzo (ed.), *La cultura storica italiana tra Otto e Novecento*, Napoli 1990, p. 54. Su Federigo Del Rosso cfr. in particolare P. GROSSI, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana 1859-1950*, Milano 1986, *passim*; e ora Id., *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano 1992, pp. 452-53.

(32) LERMINIER, *Introduction*, cit., p. 221. Bisogna tener presente che, rispetto alla tradizionale impostazione storiografica che vedeva in Lerminier lo « héraut de la science germanique du droit », recentemente si è sottolineato che la leggerezza con cui Lerminier considerava le tesi principali del pensiero della Scuola storica tedesca contribuì piuttosto a rinsaldare le prevenzioni nei confronti delle opere da lui analizzate: cfr. O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle conservées dans les archives et bibliothèques allemandes*, II, Bonn 1990, pp. 1166-67.

(33) L'opera venne, infatti, tradotta nel 1833.

(34) Ferrigni menziona « quello che in questa età si va tuttavia praticando » con le scoperte di Mai e di Troja: *Dello studio del dritto in Italia nel XIX secolo*, in *Il Progresso*, 2 (1832), pp. 97-98. Su Ferrigni cfr. M.T. NAPOLI (*La cultura giuridica europea in Italia. Repertorio delle opere tradotte nel secolo XIX*, I, Napoli 1987, p. 22, nota 30), che non sottolinea le sostanziali divergenze tra i discorsi di Savigny, di Lerminier e dello stesso Ferrigni.

mazione operata dai primi trasmettitori delle sue idee. S'intende che, sulla base della sollecitazione ricevuta, le componenti positive del giudizio sono in qualche modo accentuate; ma questo avviene senza modifiche o forzature, perché a ciò il giudizio stesso indubbiamente si presta. L'interesse del nuovo documento consiste dunque anche nella riprova che, almeno per questo saggio di Savigny, la trasmissione francese fu alterata in senso negativo, verosimilmente per una certa ostilità nei confronti del nostro paese.

Si può a questo punto ricordare che agli inizi del nostro secolo Alfredo Rocco, soffermandosi sull'*Unterricht* savigniano in apertura di un noto saggio sulla scienza privatistica italiana degli ultimi cinquant'anni ⁽³⁵⁾, intendeva appieno il discorso del giurista tedesco, cogliendo la connessione tra la realtà osservata da Savigny e ciò che questi auspicava per il futuro, affinché il nostro paese potesse riacquistare la funzione primaria che gli competeva. Leggendo le parole di Rocco, si resta sorpresi nel constatare come la storiografia giuridica più recente abbia forzato lo scritto di Savigny nella stretta gabbia di un giudizio negativo, rispetto ad altre opinioni allora espresse sulla scienza giuridica preunitaria ⁽³⁶⁾.

⁽³⁵⁾ A. ROCCO, *La scienza del diritto privato in Italia negli ultimi cinquant'anni*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 9 (1911), pp. 285-304.

⁽³⁶⁾ Mi riferisco a quanto già da me citato in *Savigny in Italia*, cit., p. 59. Si può ora aggiungere in particolare F. TREGGIARI, *Der Einfluss des deutschen Unterrichtsmodells auf die italienische Rechtskultur: Die Fallrechtsmethode*, in R. Schulze (hrsg.), *Deutsche Rechtswissenschaft und Staatslehre im Spiegel der italienischen Rechtskultur während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, Berlin 1990, p. 134; H.-P. MANSSEL, *Mancini, Mittermaier und die nationalsozialistische Rechtslehre. Zwei Skizzen*, in Pasquale Stanislao Mancini, *L'uomo lo studioso il politico. Atti del Convegno*, Ariano Irpino 11-13 novembre 1988, Napoli 1991, p. 444.

CARLOS PETIT

SEX, LIES, AND VIDEOTAPES

(A propósito de Francisco TOMAS y VALIENTE y otros, *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, Alianza [Alianza Universidad, 662], 1990, 213 pp.)

Lo que fueran conferencias en un ciclo académico de verano ahora se presenta como libro. Obra casi siempre fácil y desde luego fructífera, *Sexo barroco* es un digno producto intelectual de nuestra especialidad académica al estar elaborado íntegramente por historiadores del derecho, pero ocasión originaria y sede editorial nos sitúan ante el caso, no demasiado frecuente, de una historia del derecho al uso de historiadores no juristas. Cómo el círculo de consumidores condicione la producción ya exige unas primeras reflexiones.

Considérese una inicial afirmación banal: este libro no hubiera sido posible hace bien poco tiempo. Y no quiere decirse que faltase la asunción, como cosa propia, del derecho penal del Antiguo Régimen por parte de nuestro gremio: Francisco Tomás y Valiente, sobre todo hábil por sus opciones temáticas, había ya dignificado la del *derecho penal de la Monarquía Absoluta*, añadiendo a la propia obra la dirección de investigaciones de terceros. Pero nos encontrábamos ante elaboraciones intelectuales costreñidas en los limitados ámbitos de nuestra especialidad; faltaba por alguna razón la convocatoria de un público más extenso.

La vocación de nuestra época permite, en cambio, cursos, luego libros, de historia del derecho, por ejemplo penal, para historiadores. No sé si determinada línea de producción de historia jurídica, a la que principalísimamente contribuirían algunas de las firmas recogidas en *Sexo barroco*, ha generado esta demanda o si, por el contrario, se trata de una oferta que responde a un cambio en las apetencias del mercado intelectual. Probablemente ambas cosas o, más probablemente aún, ninguna: hay quien siempre ha estado discutiendo a su manera de *sexos barrocos* y ahora asiste sin más a una discusión con mayor número de interlocutores. Por eso, en lugar de imaginar aporías, interesa afinar los métodos y tener claro los objetivos, saber de dónde procedemos y a dónde queremos llegar.

En efecto. Procedemos del estudio del Derecho y nuestra identidad

como juristas es lo que mejor puede orientar a los historiadores. De nuevo, se me dirá, banalidades: pero la insistencia no estará de más, pues no hacer mucho se razonaba sobre la naturaleza histórica de nuestros quehaceres. Cuando nuestra peculiar vía de acercamiento al Derecho es la historia institucional; cuando somos juristas, por más que ejerzamos *more gallico*.

Se trata de una identidad que reclaman los propios historiadores: « Il ne faut absolument pas qu'il y ait entre nous un rapprochement, une collaboration telle que nous ne saurions plus qui nous sommes, historiens du droit et historiens liés à la sociologie et à l'anthropologie », decía no hace mucho Jacques Le Goff ⁽¹⁾, advirtiéndonos en especial: « Soyez vous-mêmes ». Y es que los historiadores necesitan a los colegas juristas, aunque en su presencia confiesen un sentimiento de pavor: « C'est qui est tout à fait vrai ... c'est que les historiens ont peur des historiens du droit, et si j'analysais la peur que j'ai eue et que j'ai encore aujourd'hui ici, je crois que se serait intéressant pour nos propos, d'un point de vue scientifique, mais je ne suis pas ici pour confesser mes états d'âme » ⁽²⁾.

Confesado queda el miedo, aún en defecto de análisis, pero no parece aventurado pensar que su causa es el Derecho y no propiamente sus sacerdotes. Miedo al Derecho como saber que resulta inaprensible por el historiador social desde la habitual división de competencias científicas y que, puesta la división misma en cuestión por fines historiadores como desde luego Le Goff, se revela de dominio imprescindible en el conocimiento de la sociedad pretérita.

De manera que ser nosotros mismos supone disponer de los conocimientos de Derecho que el historiador valora como necesarios pero que teme no poder llegar a atesorar. Posiblemente no siente pavor ante el archivo, habitual palenque de sus batallas profesionales, pero — más posiblemente aún — recela de la biblioteca, de los anaqueles repletos de polvo secular *de iustitia et iure*: el suyo es un temor ante el saber jurídico necesariamente librario, para cuyo aprovechamiento parecen faltarle hasta las más elementales técnicas. La demanda del historiador al que lo sea del Derecho supone, en resumen, el acceso con su concurso a la vía doctrinal o jurisprudencial que conformó las sociedades europeas del llamado Antiguo Régimen. La dimensión jurídica de la historia social premoderna, si quiere así expresarse.

Estas generalidades encuentran un óptimo ejemplo en el ámbito de la historia de las desviaciones o los crímenes. Camino transitado por historiadores sociales con frecuencia llamativa, el estudio de delitos y

⁽¹⁾ Paolo GROSSI (a cura di), *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro*. Atti dell'Incontro di Studio (Firenze, 26-27 aprile 1985), Milano, Giuffrè (« Per la storia del pensiero giuridico moderno », 22), 1986, p. 450.

⁽²⁾ Jacques LE GOFF, *ibid.*, p. 449.

penas, de delincuentes y castigados, no parece progresar en relación directa a los esfuerzos invertidos: basta el repaso de la bibliografía que presenta en *Sexo barroco* Clara Alvarez para atestiguarlo. Pues la estadística generalmente aplicada, suponiendo la uniformización artificial — cuando no extemporánea — de datos de difícil clasificación, relega al pantano de las cantidades la necesaria y previa cualificación de las desviaciones cuya ocurrencia interesa ⁽³⁾. Simplificaciones como el hipotético recorrido *from violence to theft* ⁽⁴⁾ no permiten avances si previamente no nos preguntamos, superando el éxtasis cuantitativo, por el alcance mismo de la *violencia* en una cultura que no es la nuestra.

Porque en materia penal procede, como en pocas, dar a cada uno lo suyo, no es legítimo afirmar que el panorama de la historiografía jurídica más convencional presentase mejores resultados. No han faltado tampoco las hipótesis sagaces ⁽⁵⁾, pero lamentablemente sin despertar grandes entusiasmos ⁽⁶⁾, careciéndose de la conveniente comprobación. Los productos elaborados por el gremio, ni muchos ni muy conocidos, insistían en el terreno altomedieval, y así sin ir más lejos las páginas del *Anuario de Historia del Derecho Español*, con preferente atención por fuentes legislativas y documentales sobre las doctrinales. Es explicable que los historiadores hiciesen caso omiso de este material: el miedo ante la biblioteca parecía alejar de los libros incluso a los historiadores juristas.

La sencilla operación de cambiar de fuentes que emprendería entre nosotros el referido Tomás y Valiente comenzó a despertar interés; el escepticismo del historiador social ante los totalitarismos económicos ha hecho el resto. Se comprenden por fin obras como *Sexo barroco* concebidas para enseñanza de historiadores y canalizadas editorialmente a ellos como público. Sobre todo merced a Clavero, Gacto y Hespanha se disipa aquí el miedo que sentía Le Goff ante el Derecho, pues estos tres autores *son ellos mismos*, es decir, son juristas: operan con una doctrina de mensaje normativo — sin olvidar tampoco, los dos últimos, los documentos — que no solamente es jurídica y formulan las categorías que simplemente suelen escaparse buceando en otras fuentes. Aunque se anuncie que nos encontramos ante « un libro de historia

⁽³⁾ Cfr. Philippe ROBERT/René LEVY, *Histoire et question pénale*, en *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 32 (1985), 481-516.

⁽⁴⁾ Cfr. ahora para su capítulo escandinavo Johansen-Henrik STEVNSBORG, *Hasard ou myopie. Réflexions autour de deux théories de l'histoire du droit*, en *Annales. Économies. Sociétés. Civilisations*, 41 (1986), 601-624.

⁽⁵⁾ Pienso en Gustav RADBRUCH, *Der Ursprung des Strafrechts aus dem Stande der Unfreien*, en *Elegantiae iuris criminalis. Vierzehn Studien zur Geschichte des Strafrechts*, Basel, Ver. f. Recht und Gesellschaft, 2ª ed. 1950.

⁽⁶⁾ Pero cfr. P.W.A. IMMINK, *La liberté et la peine. Étude sur la transformation de la liberté et sur le développement du droit pénal public en occident avant le XIIe siècle*, Assen, Van Gorcund & Co., 1973, pp. 14 y ss.

escrito y antes hablado por historiadores del Derecho » (p. 10), *Sexo barroco* es, afortunada y principalmente, un libro de Derecho.

Resulta inevitable, tras estas líneas quizá superfluas y desde luego largas, opinar sobre el libro que motiva el comentario. Y con la misma inevitabilidad el crítico honesto debe comenzar en tono severo: el plan editorial ha traicionado la ocasión originaria — un curso veraniego en Santander — que engendró el *Sexo*, rodeándolo además de errores.

Y es que, como en el filme inolvidable, tras *sex* aparecen *lies*. Ya desde el mismo título: *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas* se llama un libro que pretende ser trasunto fiel del curso titulado « Delito y pecado en la España del Barroco » (cfr. p. 9), pero al final el lector que no fue oyente piensa que la belleza de lo primero debería ceder, en razón al contenido efectivo de la obra, a la exactitud de lo segunedo. Razones de escándalo y ambigüedad, « aunque sólo un poco », se esgrimen para justificar la alteración, confiando que « el subtítulo pone las cosas en su punto », mas se trata de una confianza gratuita, pues por indecisión editorial las *transgresiones* en cuestión son tan *premodernas* en portada como *modernas* en contraportada, cuando en verdad, a la vista sobre todo del brillante capítulo (noveno) debido a António Hespanha (7), resultan en cualquier caso *postmodernas*. Si es que aceptamos que sean *transgresiones*: no lo son, me parece, ninguna de las descripciones tan eruditas que firma José Luis Bermejo (8).

Erratas aparte, el excelente título se descalifica por el contenido; por idéntica razón parece abusiva la espléndida portada. El mensaje fraudulento del título se reproduce iconográficamente: ¿es que nuestro discreto Sebastián ha sido asaeteado en duelo? ¿Tal vez desafiado, por bigamo, por algún familiar ultrajado?

La honestidad del editor para con sus lectores queda con todo ello puesta en entredicho, pero de su profesionalidad tampoco dicen muy bien las faltas, tan frecuentes que entorpecen la lectura. Tratándose, además, de un libro dirigido a no iniciados — esos historiadores empavorecidos — uno teme lo peor de la reiterada aparición en el índice de Hespancha por Hespanha, colega portugués a quien la contraportada por cierto otorga carta de naturaleza. Por las mismas razones la repetida referencia que Hespanha hace a Pierre Bourquier en pp. 182-183 puede despistar definitivamente a cuantos no resulte familiar el apellido Bourdieu, y si se opina que el caso es demasiado extremo todos hemos de admitir que bien (mal) puede producirse en el de Buenaventura (*sic* por Boaventura) Soler (*sic* por Sousa) Santos (cfr. p. 181). Tanto desparpajo veraniego con la onomástica romance exo-

(7) « Una historia de textos », pp. 187-196.

(8) Capítulos cuarto, « Justicia penal y teatro barroco », pp. 91-108, y quinto, « Duelos y desafíos en el Derecho y en la Literatura », pp. 109-126.

nera de traer a colación los crímenes de que han sido objeto la latina misma o la germánica. Y la referencia a las obras correspondientes.

De las erratas no tienen culpa, probablemente, los autores, al menos los más atentos en la corrección de las pruebas, pero su complicidad con el editor queda en pie por lo que hace a las manipulaciones de título: ya que no pecado, el fraude es constitutivo de delito. Y lo peor es que se ha delinquido también al componer el índice del libro, con lo que penetramos en el terreno de la reincidencia o, quién sabe, del concurso entre tipos diferentes: la manipulación del soporte material del *Sexo, videotapes* como pudiera por extensión decirse, inexorablemente sigue a *lies*. De nuevo el crítico señala a los autores como responsables, en régimen de coautoría o de complicidad: procede proceder contra ellos.

En defecto del programa del curso veraniego de referencia, que no se ofrece al lector, es legítimo suponer que los materiales ahora impresos se encontraban mejor combinados en la serie de intervenciones orales del tibio verano de 1987 (p. 9). En el frío invierno de 1991, que es cuando el libro ha sido comercializado, y usando de la libertad que los editores se han tomado jugando con títulos, estampas y contenidos, me permito recomendar una lectura que siga el orden siguiente. En primer lugar el trabajo de Bartolomé Clavero, «Delito y pecado. Noción y escala de transgresiones» (pp. 57-89), que propiamente es el pórtico para comprender el libro todo. Este suministra, en ocasiones, claves para atribuir a Clavero la preferencia: es Clavero, y no Tomás y Valiente, quien aparece «diciendo ayer» en las páginas (38 y 39) del segundo, sin embargo impresas antes que las del primero.

Cuando *lo que se dijo* quiere convertirse en *lo que se lee* (cfr. de nuevo p. 9) tales saltos parecen perturbadores, pero existen además razones de fondo. Que fuera Clavero quien dijese *primero* le resulta lógico a un lector que ha de servirse de su capítulo para el mejor aprovechamiento del resto. Ante todo porque a Clavero le ha sido encomendado el planteamiento más general: trazar el marco de una indistinción — delito y pecado, derecho y religión, jurisprudencia y teología — considerada paradigma de la cultura (penal) premoderna y presentar los valores principales — la majestad, divina y humana; la naturaleza como orden de procreación; el honor, majestad de los no majestuosos; el tiempo que negocia el usurero — de esa cultura, sin olvidar, por contraste, y aquí funciona la didáctica de quien va siendo ya viejo profesor, el no-valor premoderno de la vida (humana, terrenal).

En coordenadas tales, que no me atrevería a llamar cartesianas, encuentran posición las otras aportaciones, a cuya lectura uno puede a continuación sosegadamente aplicarse. Se propone, como segunda, la del «Crimen y pecado contra natura» de Tomás y Valiente (pp. 33-55), pues ilustra con datos parte fundamental de la exposición de Clavero.

En tercer lugar interesarán los casos de bigamia de Enrique Gacto ⁽⁹⁾, de tan clara implicación entre derecho y religión y con Inquisición de por medio por si así se ponía en duda la sacramentalidad del matrimonio. O los casos de censura, cuando resulta, como sabe mostrar Gacto en sus hermosas páginas al respecto (pp. 153-174), que la inquisitorial operaba sobre todo como onanismo perpetrado por el autor en solitario: esta *autocensura* o *censura inmanente* (cfr. p. 157) recuerda de inmediato el nivel doméstico de represión de pecados y delitos que, disertando de los contrarios a natura, ha destacado Clavero (cfr. p. 77); léanse, por tanto, en cuarta posición.

Porque interesaba la honra como valor especial a la cultura premoderna y porque a su defensa contribuía en particular aquel orden doméstico, a título de quinto capítulo encuentran los duelos y desafíos de Bermejo (pp. 109-126) su mejor acomodo. Como sexto, si es que la libertad no permite el libertinaje de refundirlo directamente en la exposición de Clavero, corresponde consultar el extremés que Tomás y Valiente dedica a Don Rodrigo en la horca (cfr. pp. 17-22): «del escarmiento a la simpatía», claro, porque la ceremonia de ejecución barroca era el momento festivo de liberación del alma de la contingencia del cuerpo, de salvación de la primera por la expiación de los pecados cometidos con el segundo; aceptándolo el reo — ese saber morir, que dice Tomás y Valiente (p. 21) — al público sólo quedaba celebrarlo y dar gracias a Dios. Era cuestión de fe antes que de prevenciones o retribuciones.

El marco general de Clavero encuentra en el discurso «De la *Iustitia* a la disciplina» de António Hespanha máxima comprobación. Por eso la propuesta actual consiste en cerrar con Hespanha la lectura, convirtiendo el suyo en capítulo séptimo. Resumen del trabajo publicado en 1987 ⁽¹⁰⁾ es una investigación de campo en buena medida paralela a la de Clavero, aunque, por cuanto tiene de empírica, puede preverse que llegará mejor al público de los historiadores: con su bagaje de archivos asusta sencillamente menos que las bibliotecas de Clavero. Ahora bien: se trata de archivos que se frecuentan sólo tras la consulta de la biblioteca, con lo que las distancias entre los trazos paralelos tienden, y no por el contenido o el común ángulo de inclinación, a acortarse. Es punto que tiene y deja muy claro Hespanha, aquí autor de «Una historia de textos» (pp. 187-196) que en mi opinión, como ya pudo quedar arriba insinuado, carece en *Sexo barroco* de contexto. No lo da, adviértase, José Luis Bermejo, por mucho que su capítulo de

⁽⁹⁾ Anteriormente publicados, y en el libro no se advierte, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 57 (1987), 465-492.

⁽¹⁰⁾ Pero ahora se advierte en nota de p. 175, deduciéndose además de la misma que la versión se publica en otro romance: cfr. *Anuario de Historia del Derecho Español* 57 (1987), 493-578.

«Justicia penal y teatro barroco» (pp. 91-108) discuta tesis, como la de la *justicia poética*, que interesan a los historiadores de la literatura. Algo más lo ofrecería el trabajo de Gacto sobre la censura si de sus informaciones se deduce, como hace el crítico, que los textos ya nacidos disfrutaban de una vida absolutamente independiente: sus autores podían ser censurados, los textos parece que menos. O viceversa.

Pero la impresión de extravagancia domina sobre la de coherencia, revelándose en este punto la economía textual de *Sexo barroco*, como libro, absolutamente *premoderna*. Es el caso además de la valiosa aportación bibliográfica de Clara Alvarez en la exposición de unas «Tendencias en la investigación del derecho penal histórico» (pp. 197-213) que ella acredita conocer muy bien pero que no encuentran en nuestro libro, no en último lugar porque faltaron como lección en el curso santanderino de referencia (cfr. p. 10), su mejor encaje. Los supuestos de Gran Bretaña, Francia e Italia pueden, y no hay reparos, servir como excusa, pero se trata de precisar de qué. ¿Acaso del menos nutrido panorama de la historiografía penal española, que por lo demás encontró no hace mucho en Enrique Gacto ⁽¹¹⁾ su más pulcro expositor? El de Alvarez es un capítulo que tuviera más sentido como prólogo o presentación: si se lee en relación a los que propiamente constituyen el libro *Sexo barroco*, y nuevamente si cabe obrar con libertinaje, se propone su colocación al principio con refundición de las pp. 9-10, anónimas pero que por tono y referencias resultan de Tomás y Valiente, y con aquellos elementos del tríptico dramático de este mismo autor sobre «Delinquentes y pecadores» (pp. 10-31) que no hayan sido refundidos previamente en el capítulo de Clavero.

Reflexionar sobre el índice ha dado, como vemos, cierto juego: si el contenido del libro nos hacía escépticos ante su título, el mismo contenido obliga a otra suerte de distribución, incluso a operar con exclusiones. Y si se acepta que el marco sustancial lo ofrece Clavero, este autor se convierte necesariamente en el objetivo fundamental del crítico de *Sexo barroco*.

Vaya por delante una constatación elemental: el propio libro aporta materiales empíricos que robustecen, con la inapelabilidad de la instancia archivística, las primeras decisiones dictadas en la biblioteca ⁽¹²⁾. El problema está en precisar de qué biblioteca se trata: si de la

(11) Enrique GACTO, *Aproximación a la historia del derecho penal español*, en Bartolomé Clavero y otros, *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, Milano, Giuffrè («Per la storia del pensiero giuridico moderno», 34/35), 1990, I, 501-530.

(12) Pero cfr. p. 163, de Gacto: «una de las proposiciones más usuales y perseguidas por la Inquisición en España fue, como es sabido, la de afirmar que la relación sexual entre solteros, o pagando por ella, no era pecado». Lo que para el lector de *Sexo barroco* «es sabido», cfr. p. 76 de Clavero, es que «la masturbación masculina entraba en el capítulo (*de condena de actos contra natura*) mientras que la fornicación

sección de impresos o la de manuscritos. No hay dudas respecto a Clavero. Lector habitual de la primera, él se siente a sus anchas entre libros de molde; lo premoderno del sexo y las transgresiones sería, desde esta perspectiva de análisis, una galaxia Gutenberg que fija en el siglo XVI su punto o término efectivo inicial. Se habla de antiguos textos y de tradiciones, se llegan a indicar también siglos medievales (cfr. p. 60, p. 66). Pero en la exposición el paradigma de indistinción entre pecado y delito, religión y derecho, aparece documentado tan premoderno como corresponde a la cultura, por demás suficientemente exótica, de la sala de impresos.

Pero ¿qué cultura custodia la de manuscritos? Ni Clavero ni su crítico han gestionado aún el permiso de lectura: la sala permanece inexplorada y cuanto se diga a continuación cae dentro del peligroso terreno de las especulaciones. Mas acéptense en defecto de cosa mejor, siempre y cuando no resulten demasiado gratuitas. Una primera toma cuerpo en torno a Graciano. Si nuestra historia es una historia de textos, se admitirá que pocos resultan tan textuales como el del venerable monje camaldulense de Bolonia. Su conocida *Concordia* o *Decretum* ¿no pretendía concordar las discordancias de textos de teología y de textos de derecho? ¿No se documenta con Graciano un principio de distinción? Clavero objetará que tal planteamiento simplemente no cabía, pero a vueltas con los textos, de nuevo especulando y ya que ha interesado la literatura, el crítico recuerda aquellos endecasílabos dantescos que atribuían el *fiammeggiar* glorioso del rostro de Graciano a su ímproba tarea de separación entre *l'uno e l'altro foro* ⁽¹³⁾, entre derecho y teología. Dentro de la indistinción ámbitos separados, al menos para Dante, cabían.

La cultura impresa de Clavero ha podido servirse de la *History* de Lea; la de su crítico recuerda la *kanonistische Schuldlehre* de Stephan Kuttner ⁽¹⁴⁾. Hay obras, pese a su título, bien poco aprovechables ⁽¹⁵⁾; no es el caso de ésta ciertamente. Y no se condena a Clavero a leer como penitencia al también venerable profesor de California: se trata simple-

simple, entre solteros sin votos religiosos, no lo hacía. Era máximo delito y pecado lo primero y no lo segundo». Claro está que, aunque no como máximo, en cuanto que delito y pecado podía la simple fornicación condenarse; pero cfr. de nuevo p. 76 de Clavero: la fornicación « con prostituta llegó no sólo a tolerarse sino incluso a fomentarse por política contraria a la homosexualidad masculina ».

⁽¹³⁾ *Paradiso*, X, 103-105.

⁽¹⁴⁾ Stephan KUTTNER, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX. Systematisch auf Grund der handschriftlichen Quellen dargestellt*, Città del Vaticano, Biblioteca Apostolica Vaticana, 1935 (reimp. facs. 1961).

⁽¹⁵⁾ Cyrille VOGEL, *Le pecheur et la pénitence au Moyen Age*, Paris, Éditions du Cerf, 1969; José María GONZALEZ DEL VALLE, *El sacramento de la penitencia. Fundamentos históricos de su regulación actual*, Pamplona, EUNSA, 1972. Aún peor por sus pretensiones Roger MERLE, *Le pénitence et la peine. Théologie, droit canonique, droit pénal*, Paris, Éditions du Cerf-Éditions Cujas, 1985.

mente de perfilar, como juristas que profesionalmente no temen el Derecho, la tesis de la indistinción. No es asunto tan atroz como para que nos contentemos a estas alturas con indicios.

Y caben aún más especulaciones. Si las fuentes manuscritas de Kuttner sitúan desde Graciano un ámbito propio para (la ciencia de) el delito frente a (la ciencia de) el pecado, y todo ello en el terreno canónico donde más evidente e inmediata resultaría la comunicación entre teología y jurisprudencia, puede pensarse que el renacimiento medieval de ésta, el establecimiento como saber autónomo de lo jurídico, hubo de contribuir delimitando campos de conocimiento, por más que el *ius commune* tuviese su alma y ésta fuera canónica o de base religiosa; dentro de la indistinción, unos doctores disertarían *de crimine* y otros *de peccato*. Lo advierte desde luego Clavero: «Escuelas cabían. Teoría en efecto habrá. No sólo porque los teólogos se formaran primariamente en sus nociones sobre unos textos y los juristas sobre otros; también por la propia riqueza interna, compartida, de tradiciones e interpretaciones, con diversos padres antiguos y posteriores doctores de la iglesia, como variados jurisconsultos romanos y posteriores profesores, doctores todos, de la universidad» (p. 64). Relevante la división de los saberes ¿no convendrá perseguir su pista medieval hasta los tiempos premodernos? Una historia académica de la teología en relación al derecho canónico aportaría sin duda claridades: admitiéndose la indistinción sustancial, no hay que olvidar que Bolonia nos separó del Cairo. Seguramente por considerarlo obvio un tal pronunciamiento no se encuentra en Clavero, mas, precisamente por la sede, poco molestará recordar en *Sexo barroco* que la senda recorrida hasta Thomasius no discurría cercana al camino de Damasco. Con toda la historia de indistinción, el cambio de paradigma se produjo: que venga Dios y lo vea. Es resultado que puede calificar acciones anteriores.

Y por no poner a Dios gratuitamente por testigo de lo que decimos o prometemos, acúdase al indicado Thomasius, no sólo de nombre cristiano. Su reacción intelectual contra las creencias demoníacas y las brujerías tan difundidas contemporáneamente pasaba por recordar una tradición canónica en que el demonio nunca comparecía: el Decreto y las Decretales, modernos en su jurisprudencia, eran las autoridades que permitían descalificar toda una teología premoderna ⁽¹⁶⁾. Al menos en esta significativa cuestión, Thomasius se entendía hijo de Graciano.

Esta última referencia permite formular la cuarta y final especula-

(16) Christian THOMASIIUS, *De Crimine Magiae. Processus contra Sagas* (1701, 1712), hrg. von Rolf LIEBERWIRTH, *Vom Laster der Zauberei. Ueber die Hexenprozesse*, München, Deutscher Taschenbuch Verlag, 1986. Cfr. pp. 121 y ss.; de la brujería nada dice el Decreto (« non in Decreto ... nec in Decretalibus ... quod et iam suo tempore Erasmus notavit »); es referencia que agradezco a Antonio Serrano. Véase aún, con noticias de la obra de Thomasius en el marco general que prometía su título, Bruno GLOGER-Walter ZOLLNER, *Teufelglaube und Hexenwahn*, Wien etc., H. Böhlau Nachf., 1984.

ción, que es ucrónica y se reduce a imaginar el terceto que hubiese dedicado Dante a Graciano de vivir en tiempos premodernos, por ejemplo en la segunda mitad del siglo XVI. ¿Hubiera sido posible tan fácilmente distinguir, Contrarreforma mediante, *l'uno e l'altro foro*?

Ante esta suerte de preguntas y en el brete de formular especulaciones el crítico, por más que jurista, comparte el temor de los historiadores. Pues resulta que *ser uno mismo* antes de la revolución burguesa nos lleva a descubrir con la mayor naturalidad órdenes normativos otros que el jurídico y entonces el sentimiento de cohibición nos toca experimentarlo en presencia del teólogo. No se me oculta que el tibio verano de 1987 no sería la ocasión más propicia para enfrentarse a decretistas y trazar, en su caso, una línea divisoria con la teología moral postridentina, pero el deseo angustioso de seguir leyendo en el frío invierno de 1991 permanece una vez acabado el *Sexo*: éste, aunque *barroco*, simplemente no sacia.

De la laboriosidad de los autores y del sentido de oportunidad de Tomás y Valiente podemos esperar ese libro que quiere leerse, seguramente ahora con más teología que literatura. Tal vez su ocasión no sea veraniega, y no estaría mal, pues del tono veraniego originario se resiente a veces un escrito que no es fiel siempre a lo que se dijo. Y tal vez, por el bien de todos, los autores escojan otro editor: entonces el crítico se limitará a aplaudir el resultado.

BERNARDO SORDI

IL RITORNO DI UN 'VECCHIO AMICO'

(A proposito di Federico CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Collana *I classici del diritto in edizione Cedam*, a cura di Alberto Trabucchi, Padova, Cedam, 1992).

La ristampa del *Corso* di Federico Cammeo ci ha restituito — così, con la consueta finezza, Massimo Severo Giannini ha interpretato questa riedizione — un «vecchio amico»: un amico, a dire il vero, mai però completamente scomparso o peggio dimenticato. La figura che si è nuovamente materializzata, tornando a pieno titolo sui nostri tavoli di lavoro, è dunque un'immagine consueta, forse sfuocata ma pur sempre familiare.

Del resto, più di trenta anni fa, un altro grande maestro, Giovanni Miele, aveva contribuito a rinverdire la presenza di Cammeo, offrendo per la prima volta a stampa un volume pensato e voluto, anche tipograficamente, per un esclusivo utilizzo didattico ed una circolazione ristretta alle aule universitarie ⁽¹⁾. E lo stesso Miele aveva accompagnato le pagine del *Corso* di Cammeo con un complesso apparato di annotazioni di aggiornamento, con puntuali riferimenti di legislazione, di giurisprudenza, di dottrina che, da un lato, ben segnalavano il riconoscimento di una sostanziale attualità del testo, dall'altro offrivano i margini di operatività ormai imprescindibili a mezzo secolo di distanza dalla prima apparizione del manuale.

Oggi l'operazione è di altro segno: il tempo ha cancellato gli obiettivi di operatività; l'utilizzo didattico è divenuto un ricordo sbiadito. È cresciuto invece, parallelamente, lo spazio per un recupero 'filologico', per un confronto storiografico, per una lettura di impronta chiaramente culturale.

Ci troviamo così fra le mani un'edizione litografata ormai rara, di difficile rinvenimento, salvata dal destino di tanti corsi e dispense,

⁽¹⁾ Il *Corso*, con le note di aggiornamento di Giovanni Miele, appare infatti a Padova, sempre per i tipi della Cedam, nel 1960.

spesso di pregio, non catturati però dalle maglie della conservazione bibliotecaria e da poco efficienti 'diritti di stampa'.

Ritorna dunque l'edizione di una volta, di un «mondo di ieri» nel frattempo allontanatosi senza rimedio, senza pietà. La veste tipografica desueta sembra un invito per lo storico e per lui soltanto, sollecitato a riprendere e a ripercorrere gli interrogativi che un progetto complesso e sentito come quello di Cammeo solleva ogniqualvolta si torni a scorrere le sue pagine, a solcare la sua avventura intellettuale.

Si tratta di interrogativi che non è il caso qui di affrontare in dettaglio, ma che coinvolgono innanzi tutto il posto che il *Corso* occupa in un itinerario che si avvia con la monografia di fine secolo per il *Trattato* di Orlando, sosta per quasi un decennio nella difficile e tormentata redazione del *Commentario*, prosegue poi, senza soluzioni di continuità, con l'incessante lavoro analitico delle note per la *Giurisprudenza italiana* (2).

Di questo itinerario il *Corso* rappresenta una tessera importante, la proposta di una sintesi in grado di acquietare, smussando certe asperità del progetto, le contraddizioni del *Commentario* e in grado di offrire, perciò, una descrizione finalmente completa del fenomeno amministrativo.

La ristampa dell'edizione litografata del *Corso* non è però solo un contributo ad una conoscenza più corretta e completa di quell'itinerario: è invece e prima di tutto la riproposizione di un «classico».

Il *Corso* entra così a pieno titolo nella collana di «Classici del diritto» che Alberto Trabucchi dirige per i tipi della Cedam e come 'classico' è trattato nelle fitte pagine dell'introduzione dovute alla penna sapiente di Giannini: una penna che ci guida, istituto per istituto, a riscoprire l'attualità, ora evidente, ora nascosta del disegno teorico di Cammeo.

E quel disegno, appena sollecitato, conferma in pieno le aspettative; immediatamente riporta il lettore a «spessori più profondi rispetto al vigente» (3). Le vecchie pagine litografate invitano ad un colloquio che risulta pienamente coinvolgente per il giurista.

In che modo? Certo, le pagine celebri sulla negozialità dell'azione amministrativa — una negozialità che ampiamente trascende il semplice schema classificatorio —; quelle sull'interesse legittimo, ascritto alla

(2) Abbiamo ricostruito quest'itinerario in una nostra ricerca *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985, pp. 379 e ss. Sull'opera giuridica di Federico Cammeo è comunque in preparazione un lavoro monografico a più voci, coordinato da Giuseppe Morbidelli che costituirà il volume ventiduesimo dei *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*.

(3) P. GROSSI, *Sui 'classici' del diritto*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 19 (1990), pp. 699 e ss., che già ha segnalato l'importanza di un ormai diffuso «riandare ai classici» da parte degli studiosi di diritto positivo.

categoria unitaria del diritto soggettivo; quelle sul procedimento — solo per citare le più significative ⁽⁴⁾ — paiono addirittura rivendicare una loro intrinseca attualità, entrando di prepotenza nelle problematiche del presente.

Ma se Cammeo degnamente appartiene alla ristretta pattuglia dei classici non è per la capacità di anticipare qua e là, tra i meandri della dogmatica amministrativa, le aspettative o i risultati del presente.

Il segreto della sua opera è probabilmente più profondo, ben celato nella sua dimensione ottocentesca: paradossalmente la sua attualità è tutta racchiusa nella sua storicità.

Con una certa frequenza si è parlato, per il giurista milanese, di tendenza «pandettistica» ⁽⁵⁾. Niente di più antiquario, sembrerebbe, in un presente che ha visto consumarsi da tempo la frammentazione del diritto comune civilistico e la crisi del formalismo, in un'età di decodificazione che si dovrebbe affidare alle ancore, non si sa quanto solide, della neo-esegesi.

Eppure, il fascino di Cammeo ed insieme il suo interesse, la sua capacità di mantenere un colloquio vivo con il giurista di oggi devono essere individuati ancora in questa lontana scelta di campo.

L'etichetta — occorre precisarlo — non possiede grandi capacità definitorie. Più che la specificità di un progetto individuale sembra evocare un'intera temperie, una stagione corale della scienza giuridica.

Del resto, almeno dalla prolusione orlandiana, la costruzione del sistema pubblicistico non pesca forse nel contrapposto mondo dei privati i modelli dei propri «criteri tecnici»? Non stupisce, così, che Cammeo s'impegni personalmente insieme al civilista Ascoli nella paziente fatica di annotare due interi volumi di Karl Crome ⁽⁶⁾, o che Ranelletti — ma è solo un esempio — conosca direttamente, grazie ai *Corsi* del proprio maestro, Vittorio Scialoja, la dogmatica del negozio e quella della proprietà, affinando strumentarii messi poi a frutto negli studi sulle concessioni e sul demanio ⁽⁷⁾. Ed è noto, del resto, che gli stessi importanti approdi dogmatici che in questo periodo si fissano in tema di situazioni giuridiche soggettive o di persone giuridiche pubbliche difficilmente sarebbero ricostruibili o addirittura pensabili senza le

⁽⁴⁾ CAMMEO, *Corso*, cit., risp. pp. 1149 e ss.; pp. 663 e ss.; pp. 726 e ss.; pp. 1083 e ss.

⁽⁵⁾ La definizione compare già in GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, ora in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 11 (1973), p. 247.

⁽⁶⁾ Si tratta della *Parte generale del diritto privato francese moderno*, Milano, 1906 e delle *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, Milano, 1908.

⁽⁷⁾ Lo ha recentemente ricordato G. CIANFEROTTI, *Pandettistica, formalismo e principio di legalità. Ranelletti e la costruzione dell'atto amministrativo*, in *Scritti di storia del diritto offerti dagli allievi a Domenico Maffei*, a cura di Mario Ascheri, Padova, 1991, pp. 509 e ss.

Note di Fadda e Bensa alle *Pandette* di Windscheid o accantonando la *Teoria delle persone giuridiche* di Francesco Ferrara (8).

Sul piano della costruzione dogmatica si moltiplicano dunque le declinazioni in senso amministrativo di istituti privatistici: l'atto, il negozio, la volontà, i vizi, la responsabilità. Sono proprio gli schemi del diritto privato che rendono possibile la creazione di una contrattualità e di una patrimonialità pubbliche, opportunamente realizzate secondo un processo di «trasformazione» che salva però il fondamento 'costituzionale' del potere amministrativo, il *Mebrwert* connaturato ed ineliminabile della sovranità.

Talvolta le invenzioni dogmatiche circolano in modo quasi curioso tra l'uno e l'altro campo disciplinare: si pensi al concetto di *Abschwächung*, la cui matrice pandettistica è indubbia, ma che acquista senso e dignità nel nostro ordinamento solo all'interno di concretissimi problemi di riparto tra giudice ordinario e amministrativo, inaugurando quella categoria dei «diritti affievoliti» che segnerà in modo indelebile gli equilibri del sistema italiano di giustizia amministrativa (9).

Gli intrecci disciplinari si dislocano dunque in modo estremamente complesso, coinvolgendo una notevole pluralità di piani. Lo stesso processo di frammentazione e di elaborazione di autonomi statuti epistemologici pur prevede un livello più alto di riunificazione delle discipline in cui l'universo del diritto si ricompone grazie all'utilizzo di immagini comuni di descrizione del giuridico (10). Mentre, ai livelli intermedi, quegli intrecci addirittura si intensificano, passando dagli schemi classificatori ed ordinatorii sino alla soluzione delle minute questioni esegetiche.

Il fenomeno si dimostra particolarmente accentuato sul crinale pubblico-privato. Il pubblico sembra pensabile, giuridicamente, soltanto attraverso le categorie concettuali, i «criteri tecnici» del diritto privato; eppure, appena delineato, quel discorso giuridico possiede una propria teoria generale, specificamente pubblicistica, che esaspera i caratteri della propria specialità.

L'*Umbildung* (11) si rivela perciò solo strumentalmente appoggiata agli istituti privatistici; risulta, in realtà, tanto profonda che mai come in questo tornante della scienza giuridica il sistema pubblicistico si pre-

(8) B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, con Note di Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa, Torino, 1902; F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli-Torino, 1915.

(9) E. CANNADA BARTOLI, *Intorno alla genesi del diritto affievolito nel pensiero di Oreste Ranalletti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, IX (1959), pp. 267 e ss.; SORDI, *Giustizia e amministrazione*, cit., pp. 268 e ss.

(10) P. COSTA, *Rileggendo alcune relazioni: una glossa sul problema delle discipline*, in *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico*, Quaderni di San Martino, Bologna, 1990, pp.175 e ss.

(11) La miglior teorizzazione di questo processo in F. FLEINER, *Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht*, Tübingen, 1906.

senta tanto distante dal diritto comune; il suo modello costituzionale di riferimento — pur non onnicomprensivo al punto da negare l'altro polo della dicotomia — tanto alternativo a quello dei soggetti individuali.

Le impalcature concettuali si spostano da un settore all'altro — anche se in questo momento la direzione va prevalentemente nel senso dal privato al pubblico —, ma senza dimostrare alcuna capacità uniformante: i due poli dello Stato e della società, una volta costruiti giuridicamente, rafforzano e non limano la reciproca dicotomia.

Il momento della massima circolazione dei costrutti dogmatici diventa così anche il momento delle ideologizzazioni più accentuate: il momento in cui il pubblico si blocca nelle ossature rigide della specialità, nelle maglie strettissime dello Stato amministrativo.

Certo, il complessivo panorama disciplinare è, per molti aspetti, sfuggente: troppi ancora i percorsi da indagare all'interno delle singole 'scienze'; ignote, in gran parte, al di là delle nominalistiche regolazioni di confine, le strategie reciproche delle discipline.

Se questo panorama complessivo attende dunque una sua più definitiva raffigurazione, è però possibile, sin d'ora, chiedersi quale sia in questo contesto il posto occupato da Federico Cammeo. Ed è possibile ipotizzare anche una prima risposta: la posizione del giurista milanese presenta chiare, evidentissime peculiarità.

Sorprende intanto l'estrema consapevolezza che Cammeo rivela di queste tematiche. La tendenza pandettistica nelle sue pagine non è un'infatuazione passeggera né l'approssimativo utilizzo di schemi teorici elaborati in altri contesti giuridici. C'è invece, profondamente sentita — ed in particolare nel *Commentario* anche sofferta — una riflessione non episodica, ma addirittura strategica per gli equilibri del proprio disegno, sulle affinità e le specificità dei due mondi del pubblico e del privato, compiuta all'insegna del riconoscimento di una sostanziale unità del giuridico ⁽¹²⁾.

Cammeo non è soltanto, tra i fondatori della scienza italiana di diritto amministrativo, il maestro che con maggiore continuità si pone il problema dei rapporti tra diritto pubblico e privato e che con estrema delicatezza ne prospetta una propria declinazione teorica. È anche il giurista — e qui va individuata la sua assoluta modernità — che quel problema si pone, che quell'equilibrio ricerca, al di fuori delle esalta-

⁽¹²⁾ Siamo di fronte al Cammeo «giurista completo» — E. FINZI, *Parole pronunciate dal Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Firenze*, in *Federico Cammeo* [commemorazione] a cura del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Firenze, Firenze, 1961, p. 5 — il cui progetto si snoda tutto all'insegna della «rottura delle confinazioni» — P. GROSSI, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana. 1859-1950*, Milano, 1986, pp. 129 e ss. Un riferimento all'idea, nel giurista milanese, di unità del giuridico anche in GIANNINI, *Prefazione a CAMMEO, Corso*, cit., p. IX.

zioni dell'uno o dell'altro universo giuridico, nel rifiuto consapevole delle rispettive sovradeterminazioni.

Nelle sbiadite pagine litografate del *Corso* non troveremo perciò le vestigia dello Stato amministrativo, quei modelli costituzionali e amministrativi che sotto l'incalzare delle trasformazioni sono stati relegati ad ingombranti anticaglie. Vi troveremo, invece, un equilibrato disegno, continuamente intrecciato tra il mondo dell'autorità e quello della parità: un disegno fatto di relazioni, problematiche certo, ma continue, tra due universi che senza rotture si parlano e colloquiano tra di loro.

Non stupisce allora se il giurista di diritto positivo, nel momento in cui oggi s'interroga sulle «difficoltà del procedimento amministrativo»⁽¹³⁾, le cui linee sono state finalmente fissate anche per il nostro ordinamento dalla Legge 241 del 1990, ritorni, quasi in cerca di aiuto o di conforto, alle pagine di quel Karl Kormann il cui *System* è non solo contemporaneo, ma anche molto vicino e molto utilizzato dal *Corso* di Cammeo⁽¹⁴⁾.

È un po' come se gli «accordi sostitutivi di provvedimenti», i rinvii alle norme del codice civile su obbligazioni e contratti⁽¹⁵⁾ non dimostrassero soltanto l'ulteriore appassimento delle bardature dello Stato a diritto amministrativo, ma quasi azzerassero i rapporti tra diritto pubblico e privato, in qualche modo risospinti verso gli originari punti di partenza, alla vigilia delle sovrastrutture dogmatiche del secolo scorso⁽¹⁶⁾.

Cammeo è una voce del passato, non può servire per dare delle risposte, tanto meno delle risposte esegetiche, ai problemi del presente. Troppo enfatica apparirebbe la sua immagine del diritto privato; troppo semplicistica la sua raffigurazione delle fonti e delle norme stesse, generate da modi tutti ottocenteschi di produzione; troppo netta

⁽¹³⁾ G. BERTI, *Le difficoltà del procedimento amministrativo*, in *Amministrare*, XXI (1991), spec. pp. 210-11.

⁽¹⁴⁾ K. KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Verwaltungs- und prozessrechtliche Untersuchungen zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts*, Berlin, 1910 (Neudruck, Aalen, 1962), le cui pagine risultano spesso determinanti per orientare alcuni punti strategici del *Corso*, dalla definizione di rapporto giuridico amministrativo (1050 e ss.) a quella dei negozi giuridici di diritto pubblico (1149 e ss.), dalla teoria alla classificazione degli atti amministrativi (1211 e ss.). Per la posizione di Kormann all'interno dei dibattiti della scienza giuridica tedesca sulla costruzione dogmatica della volontà amministrativa sia consentito rinviare a SORDI, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, 1987, pp. 141 e ss.

⁽¹⁵⁾ Citiamo dall'articolo 11 n. 3 e n. 2 della L. 7 agosto 1990, n. 241, *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*.

⁽¹⁶⁾ Per una valutazione problematica della persistente attualità di quella relazione, cfr. U. BRECCIA, *L'immagine che i privatisti hanno del diritto pubblico*, in *La necessaria discontinuità*, cit., pp. 75 e ss.

la sua demarcazione tra pubblico e commerciale, sia o meno quella linea di confine sulla strada oggi di un 'nuovo' e più 'puro' tracciato.

Tuttavia, quel suo insistere sulla circolarità, tutta problematica, spesso contraddittoria, tra autorità, imparzialità, parità; quel suo rifiuto d'imboccare la strada — allora dominante — del primato dell'amministrazione, dell'enfatizzazione del *Mehrwert*; quel suo incessante ricondurre agli ostici ed ostili terreni della supremazia le 'idee' della propria teoria generale — la negoziabilità, il diritto soggettivo, la piena giurisdizionalità della tutela —; ne fanno ancora un interlocutore del presente, un 'classico' appunto, che come un «vecchio amico» ci possa accompagnare per un tratto delle nostre, contingenti, riflessioni.

Strumenti

YOSHIKAZU MURAKAMI

LA SCIENZA GIURIDICA
E LA STORIOGRAFIA GIURIDICA
IN GIAPPONE

Oggetto di questa ricerca è quello di presentare i problemi della moderna storiografia giuridica giapponese. Orbene, la maggior parte dei frutti delle ricerche che questo saggio indaga sono quelli prodotti dopo la seconda guerra mondiale, poiché in Giappone la storiografia giuridica come scienza ha fatto progressi all'incirca dopo quel tempo ⁽¹⁾.

Certamente in Giappone la scienza giuridica moderna è iniziata con l'era Meiji (1868-1921), però, come si preciserà in seguito, a causa dei caratteri del processo di modernizzazione giapponese, il suo è stato uno sviluppo sul piano esclusivamente pragmatico. In conseguenza di questa tradizione, la scienza giuridica giapponese, consolidatasi durante l'era Meiji, ha sottovalutato storia e filosofia del diritto. Un esempio può essere offerto dal ruolo della storia del diritto nell'istruzione giuridica universitaria.

La storia universitaria giapponese è più breve di quella occidentale, e quasi tutte le Università furono fondate dal 1870 in poi, cioè durante il processo di formazione dello Stato moderno: nel 1868 il Keioghijuku (il Rangakujuku del 1858, l'attuale Università di Keioghijuku, privata), nel 1873 la Tokyo-Kaiseigakko (l'attuale Università di Tokyo, statale), nel 1880 la Senshugakko (l'attuale Università Senshu, privata); la Tokyo-Hogakusha (l'attuale Università Hosei, privata), nel 1881 la Meiji-Horitsugakko (l'attuale Università Meiji, privata), nel 1882 la Tokyo-Senmongakko (l'attuale Università Waseda, privata), nel 1885 la Ighirisu-Horitsugakko (l'attuale Università privata), nel 1885 la Ighiri-

⁽¹⁾ Nel cominciare questo saggio, preavviso che i lavori citati in esso sono essenzialmente quelli raccolti in libri e che non sono presentati i numerosi saggi pubblicati sulle 'riviste' che hanno avuto una grande influenza nel mondo accademico; quindi questo articolo, mancando del loro contributo scientifico, accusa determinati limiti nel presentare lo stato attuale della ricerca. Sulla storia moderna del diritto giapponese, hanno scritto anche illustri studiosi stranieri, per esempio ISHII RYOSUKE (trad. William J. Chambliss), *Japanese culture in the Meiji era X legislation*, Tokyo 1958, e, più recentemente, MARIO G. LOSANO, *Tre consiglieri giuridici europei e la nascita del Giappone moderno*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1973, n. 1, ma neanche questi ho potuto prendere in considerazione.

su-Horitsugakko (l'attuale Università Chuo, privata), nel 1886 la Kansai-Horitsugakko (l'attuale Università Kansai, privata), nel 1889 la Nihon-Horitsugakko (l'attuale Università Nihon, privata), nel 1900 la Kyoto-Hoseigakko (l'attuale Università Ritsumeikan, privata); in particolare l'Università di Tokyo, dotata di una scuola giuridica nel 1872 dal Ministero della Giustizia, adempiva alla propria funzione di studio e didattica del diritto nell'era Meiji e contribuiva a definire il carattere della scienza giuridica giapponese, poiché, specialmente nei primi anni di tale era, questa scuola fu l'unico organo volto all'istruzione giuridica e alla formazione dei funzionari pubblici.

Nell'Università di Tokyo si tennero lezioni di storia del diritto giapponese tre volte la settimana fino al 1885. Il governo nuovo, nato nel 1868 in seguito ai mutamenti verificatisi alla fine del vecchio regime, ereditò all'inizio una grande parte delle vecchie istituzioni giuridiche. Dall'abolizione dei feudi (*han*)⁽²⁾ nel 1871 il governo iniziò a costruire istituzioni giuridiche e politiche, che meglio si adattavano allo sviluppo del capitalismo. Fino ad allora il governo non poté far altro che attenersi alle preesistenti «buone istituzioni e consuetudini giuridiche», che erano molto diverse in ogni *han*; inoltre sussisteva la tradizione della dottrina giuridica (Rituryo) importata dalla Cina, alla base dei provvedimenti emanati dal governo nei casi di necessità.

A questo punto, la ricerca sulle vecchie istituzioni si rese necessaria per la pratica giuridica, e agli inizi degli anni '80 fu inserita la storia del diritto nel piano di studio dell'Università di Tokyo; quando infatti questa Università fu fondata, «le leggi vigenti giapponesi» e le leggi antiche «le leggi antiche giapponesi» erano le materie ufficiali d'insegnamento.

(2) Il feudalismo giapponese, consolidatosi verso il XVII secolo, viene chiamato *Bakuban-taisei*. Durante il *Bakuban-taisei*, lo shogunato dei Tokugawa sottomise i signori feudali (*daimyo*); questo sistema era composto da una gerarchia di status e traeva sostentamento economico dai pesanti tributi imposti ai contadini. Lo *Shogun*, il grande feudatario, gestiva direttamente la amministrazione dei territori importanti (*Tenryo*) tramite l'istituto del *bakufu*, ma distribuiva la maggior parte dei propri territori fra i vari *daimyo*. Il feudo (divisione territoriale e governo signorile di un *daimyo*) veniva definito *han*. Per il *daimyo*, sottoposto al rigoroso controllo dello *Shogun*, era obbligatorio risiedere ad Edo almeno ogni 3 anni, ottenere il permesso del *bakufu* per riparare il castello, o anche per contrarre matrimonio fra *daimyo*; era ancora obbligatorio stilare un rapporto sugli accordi segreti con gli *han* vicini, e vietato costruire un castello nuovo. Ma all'interno di ogni *han* il *daimyo* poteva governare dispoticamente sul popolo, impartire ordine, celebrare processi e, insomma, amministrare tutto. La struttura interna del potere era basata sul principio della ereditarietà dei titoli e del rapporto feudale fra signore e vassallo. L'amministrazione pubblica non si separò mai completamente dall'amministrazione della famiglia (*shogunato* e *daimyo*), perciò il diritto pubblico non si separò mai da quello privato. Il regolamento (*muragbime*) che disciplinava la vita sociale nel villaggio era stabilito dall'assemblea del villaggio (*mura-yoriai*), composta dagli agricoltori (proprietari terrieri *hyakusbo*), che avevano potere di decisione sulle questioni riguardanti i loro interessi.

La situazione cambiò col Decreto imperiale del 1886 con cui il governo stabilì, da una parte, il trasferimento dell'Università di Tokyo all'autorità imperiale e, al tempo stesso, le basi del suo controllo. Mentre da allora fu intensificato l'insegnamento del diritto romano, il corso di storia del diritto fu abolito (ma ripristinato nel 1891). A causa delle pressioni dei paesi occidentali più avanzati e della necessità di costruire il nuovo sistema politico ed economico, la produzione di nuove istituzioni giuridiche era un problema urgente per il governo; perciò, dal 1870 cominciò l'opera di codificazione, che assumeva i diritti francese e tedesco come modelli; con il progresso della codificazione l'Università imperiale trascurò sempre più l'antico ordinamento giapponese.

In pratica, l'oggetto della scienza giuridica successiva non fu più di ricercare le norme proprie giapponesi, bensì le leggi e gli istituti eteronomi che il Giappone riceveva ⁽³⁾ in grande quantità dai paesi allora più sviluppati per « arricchire il paese e rafforzare l'esercito » (*fukoku-kyohei*), a fini di « modernizzazione » (*Bunmei-kaiika*). Poiché un forte potere burocratico andava stabilendo un gran numero di leggi ed istituti diversi da quelli che fino ad allora si erano adattati alla società giapponese, ne conseguiva una « frattura giuridica » e si perdeva quella relazione organica fra legislazione e società, che necessariamente deve esistere in una società moderna.

Nell'Università di Kyoto (1897, statale), accanto ai corsi di 'diritto romano', furono istituiti corsi di 'storia del diritto giapponese' e di 'storia comparata del diritto' con decreto del 1899; tali corsi non furono però mai aperti e vennero aboliti con decreto del 1903 (restituiti nel 1907). La situazione dell'università privata non era diversa da quella statale, poiché, in applicazione del regolamento di controllo speciale sulle Facoltà giuridiche private (1886), subiva il controllo diretto del governo tramite il Rettore dell'università imperiale, non potendo — fra l'altro — neanche decidere liberamente dei programmi di studio.

Vennero insegnati il diritto francese, tedesco e inglese, ma non la storia del diritto ed il diritto romano; inoltre, le istituzioni e le dottrine occidentali, seppure accolte e divulgate in Giappone, venivano qui separate dai concetti di liberalismo e democrazia, ad esse intimamente connessi, in funzione di un loro uso come mero espediente tecnico per il controllo del governo.

In altri termini, quando il Giappone accolse le legislazioni e le dottrine occidentali, dall'era Meiji in poi, le imitò soltanto in apparenza,

(3) Anche in Giappone è diffusa la conoscenza della storiografia sulla *Rezeption*, (Verschmelzung, imitazione, adozione, influenza), perciò alcuni non adottano il termine 'ricevere', ma 'assimilare', riferendosi all'introduzione del diritto straniero in Giappone. In questo saggio preferirò il termine 'ricevere' (*keiju*). Cfr. T. SAWAKI, *La ricezione del diritto*, in M. ITO (a cura di), *Il diritto contemporaneo. Il diritto straniero e il diritto giapponese*, Tokyo 1966, vol. 14, pp. 115-158; Y. NODA, *L'introduzione del diritto straniero nel Giappone*. Prefazione, *ivi*, pp. 161-183.

avendole separate dalla sottostante politica economica e sociale e dalle concezioni sociali generali con cui quelle si motivano; quindi, nonostante che la scienza giuridica francese e tedesca si sviluppassero, salvo rare eccezioni, tale sviluppo avvenne su basi di burocratismo e pragmatismo.

Ciò che il governo esigeva dai giuristi era che facessero comprendere le leggi occidentali, avulse dalla tradizione giuridica giapponese, a giudici e funzionari, e che insegnassero loro le tecniche di razionalizzazione del diritto interno nell'esercizio del potere burocratico. Come risultato, la scienza giuridica giapponese acquisì tendenza a sottovalutare la storia e la filosofia del diritto; si vedrà, poi, più avanti, come, dopo l'approvazione della costituzione Meiji (1889) sul modello Prussiano, la *Begriffsjurisprudenz* divenne dominante, a danno della scienza giuridica di tipo anglo-americano, che dà importanza al precedente e alle consuetudini giuridiche: Sull'insegnamento giuridico e lo Stato della scienza giuridica era Meiji, K. KUMAGAI, *L'insegnamento giuridico e la storiografia giuridica nell'era Meiji*, in *Hoseishi-Kenkyu* (studio della storia del diritto), supplemento n. 22, pp. 165-181, Tokyo 1973; *La scienza giuridica giapponese*, NIHON HYORONSHA (a cura di) Tokyo 1950; UGAI, FUKUSHIMA, KAWASHIMA, TSUJI (a cura di), *Lo sviluppo storico del diritto moderno giapponese I*, appendice, pp. 323-339, Tokyo, 1958; M. FUKUSHIMA, *La recezione del diritto occidentale nei primi anni dell'era Meiji e il diritto giapponese e la giurisprudenza*, in *Il diritto giapponese e l'Asia* (Raccolta di saggi per commemorare il prof. N. Niida), pp. 161-188, Tokyo 1970; Ū. TEZUKA, *Lo studio dell'insegnamento giuridico nell'era Meiji*, Tokyo 1988.

Come ho già scritto, con il Decreto del 1886 lo Stato pretese di controllare l'università statale; in seguito, con il Decreto per l'università del 1918, il controllo fu esteso anche all'università privata come ente al servizio della politica nazionale, operando un'ulteriore compressione della libertà all'interno degli atenei.

Cosicché l'università esaurì la sua funzione di tempio della scienza e diventò soltanto una componente dell'organismo statale; quindi fu difficile fare ricerca storica rigorosamente scientifica su diritto e politica nel periodo successivo l'era Meiji.

Dopo la seconda guerra hanno assunto una veste autenticamente scientifica le ricerche sulla storia del diritto: sulla storia del sistema scolastico e sull'autonomia dell'università, S. IENAGA, *La storia della libertà dell'Università*, Tokyo 1962; E. YAMANAKA, *Il sistema scolastico*, in M. FUKUSHIMA (a cura di), *La formazione del sistema giuridico moderno in Giappone*, pp. 351-408, Tokyo 1981.

L'amministrazione centrale e locale dello Stato imperiale e suoi caratteri.

La sconfitta nella guerra ci ha invitato a riflettere sulla *Begriffsjurisprudenz* del burocratismo, mentre anche la storiografia giuridica

spinge a riflettere sulla sua natura pseudo-scientifica e pseudo-storica; infatti, le opere di Y. HIRANO, *La lotta di classe nel diritto*, (1925) e *La critica della giurisprudenza idealistica*, (1933), che avevano già criticato la natura della storiografia giuridica (intesa come sopra) dal punto di vista del marxismo, sono state ristampate nel 1948 e 1949. Però la consapevolezza dei problemi propria di Y. Hirano non è stata accolta dalla storiografia giuridica del suo tempo e, anche metodologicamente, non è giunta a produrre molti frutti.

Tuttavia la trasformazione della struttura giuridica nell'ordine della società civile moderna ha assegnato anche alla storia del diritto un compito vitale: « Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte », come scrive Heinrich Mitteis (4).

Dopo la caduta del governo Tokugawa (il governo shogunale) nel 1868 e fino alla sconfitta nella seconda guerra mondiale, lo Stato giapponese, nonostante avesse adottato una forma di governo costituzionale ed avesse temperato i poteri imperiali, era uno Stato assoluto, al punto che il sistema negava quasi ogni diritto civile, era tanto aggressivo da entrare nelle guerre cino-giapponese (1894), russo-giapponese (1904), nella prima (1914) e nella seconda guerra mondiale (1941), iniziando ad invadere la Cina dalla seconda metà del 1920. Questo Stato imperiale dispotico e aggressivo, con la conservazione di tanti elementi semi-feudali, realizzò rapidamente la formazione e la stabilizzazione di un sistema capitalistico. Negli Stati occidentali non c'era nulla di simile allo Stato imperiale giapponese (lo Stato dell'imperatore come principe assoluto) come Stato nazionale moderno, cosicché intorno alle problematiche del processo formativo di tale sistema (Meiji-Ishin) (5) e delle relazioni fra struttura statale ed essenza dello Stato, il dibattito fra gli storiografi negli anni Venti fu molto acceso e su questi temi anche la storiografia moderna del dopoguerra fece notevoli passi avanti.

(4) Heinrich MITTEIS, *Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte*, Weimar 1947. T. SERA, *La storiografia giuridica*, in J. AOMI (a cura di), *Il diritto contemporaneo. Il metodo della scienza giuridica*, Tokyo 1966, vol. 15, pp. 115-148, opera una indagine metodologica in base agli argomenti di Max Weber.

(5) Il *Meiji-Ishin* fu un processo storico molto complesso, perciò, in conseguenza dei differenti punti di vista, i giudizi sulla sua natura sono molto variegati; così come si danno tre traduzioni diverse del termine *Meiji-Ishin*: Restaurazione Meiji, Riforma Meiji, e Rivoluzione Meiji. In quanto alla nascita del *Meiji-Ishin*, solitamente vengono ricordati due avvenimenti: il periodo delle riforme nel regime *Tokugawa* (1830-40) e il periodo che va dall'arrivo della nave di Matthew Calbraith Perry al largo di Uruga all'apertura del Giappone (1853-59); in quanto alla sua fine: l'Abolizione degli *han* (1871), la Guerra del *Seinan* (la grande ribellione degli *ex-samurai* di *Satsuma*) (1877) e la formazione del sistema costituzionale Meiji (1890).

Processo di formazione della base economico-amministrativa dello Stato imperiale e suoi caratteri.

Nessuno Stato moderno può continuare ad esistere senza assicurarsi una solida finanza pubblica; nel Giappone, realtà arretrata ed integrata a forza nel sistema capitalistico mondiale, la finanza pubblica doveva dipendere, a differenza dei paesi europei, per forza di cose, dall'imposta fondiaria. Era quindi inevitabile, al fine di stabilire uno Stato moderno, che il governo Meiji abolisse i rapporti di proprietà fondiaria feudale per fondare un moderno sistema d'imposta fondiaria. In questo senso, con la rinuncia ai feudi del 1869, l'abolizione degli *han* del 1871 e la commutazione delle pensioni del '73 (6), cominciò a avviarsi l'opera per la riforma dell'imposta fondiaria (7) che, istituita nello stesso '73, fu la base indispensabile per i mutamenti radicali nel *Meiji-Ishin*.

Poiché i problemi più urgenti per il nuovo governo erano: l'abolizione dei diritti dei signori sul latifondo, il riconoscimento della proprietà fondiaria ai contadini e, in base a questa politica, abolendo i tributi in natura, l'introduzione di una imposta fondiaria in denaro, uniforme su tutto il territorio, la riforma dell'imposta fondiaria non significò solo un mutamento della forma di pagamento dell'imposta stessa, ma anche una riforma fondiaria, il cui contenuto principale era l'abolizione dei diritti feudali di latifondo. Perciò, anche prima della seconda guerra, una parte degli studiosi riconosceva che quell'opera fu una componente indispensabile per la storia del diritto giapponese moderno: E. NORO, *La storia dello sviluppo del capitalismo giapponese*, Tokyo 1930; Y. HIRANO, *Il meccanismo della società capitalistica giapponese*, Tokyo 1934; M. YAMADA, *L'analisi del capitalismo giapponese*,

(6) La riforma dell'imposta fondiaria cominciò col decreto del 1873 e si compì più o meno nel 1881. I contenuti principali della riforma furono i seguenti: a) abolendo i vecchi tributi si determinò un nuovo valore dei terreni e venne rilasciato un certificato ai proprietari; b) l'imposta fondiaria fissa era riscossa dal proprietario terriero ed era calcolata al 3% del valore del terreno. In Giappone i capitali statali svolsero un ruolo determinante nella fase iniziale del processo d'industrializzazione, ma, dagli anni 1860 agli anni '80, i capitali statali dovevano per forza di cose dipendere dall'imposta fondiaria.

(7) Furono la riforma dell'imposta fondiaria suddetta e la commutazione delle pensioni ereditarie le più importanti fra le riforme per la imposizione di un sistema delle finanze statali; le pensioni distribuite allora alla nobiltà ed agli *ex-samurai*, ammontando ad oltre un quarto della finanza statale, costituivano infatti per il governo un problema da risolvere urgentemente. Con il rapido sviluppo della riforma dell'imposta fondiaria, venne minata alle fondamenta la classe della nobiltà e degli *ex-samurai*; infine il governo, dopo svariati tentativi, abolì le pensioni ereditarie con un Regolamento per l'emissione del buono pensionabile, promulgato nell'agosto 1876, per il quale il pensionato diventò un semplice detentore del buono. Cfr. H. FUKAYA, *Lo studio della commutazione delle pensioni della nobiltà e degli ex-samurai*, Tokyo 1941; K. NIWA, *Il processo di formazione della proprietà terriera*, in *Rekishigakukenyukai* (a cura di), *Il Meiji-Ishin e il proprietario terriero*, Tokyo 1956.

Tokyo 1934; T. TSUCHIYA/M. ONO, *La storia premoderna dell'economia del villaggio agricolo nel Giappone*, Tokyo 1933; Y. HATTORI, *La metodologia della storia dei Meiji-Ishin* in Y. HATTORI, *Opera Omnia*, Tokyo 1955. In quell'epoca, costituendo l'imposta fondiaria l'80 per cento del bilancio statale e nell'impossibilità di reperire risorse alternative, l'obiettivo principale del decreto di riforma di essa fu di mantenere il livello delle entrate del regime feudale, cosa che si ottenne mediante pesanti imposizioni. Questa riforma fu valutata sotto diversi aspetti: il primo considerava la nuova imposta come un affitto di tipo feudale, dato che tollerava la diffusa esistenza delle coercizioni non economiche; il secondo reputava moderna la nuova imposta perché, insieme ad essa, furono introdotte la proprietà privata e le libertà di uso, godimento e disposizione del terreno, ma aveva anche natura feudale perché, uguale a quello dell'epoca feudale, fu mantenuto l'alto livello dei tributi; il terzo approccio afferma ancora la modernità dell'imposta sulla base dell'osservazione che l'alto livello di tributo era necessario ai fini dell'accumulazione primitiva del capitale; insomma, furono soddisfatte le istanze borghesi.

Sulla base di questi contrasti di opinione scaturiti dalla riforma conseguirono svariate forme proprietarie: 'la proprietà fondiaria semi-feudale', 'la proprietà fondiaria parassitaria', 'la proprietà fondiaria liberale', 'la proprietà fondiaria di contadini', 'la proprietà fondiaria moderna', ecc: cfr. S. NAGAOKA, *La natura storica della riforma dell'imposta fondiaria*, in *Rekishigaku-Kenkyukai* (a cura di), *La storiografia del Meiji-Ishin* Tokyo 1958 vol. 4, pp. 215-243; S. TAMURA, *La riforma dell'imposta fondiaria e le polemiche sul capitalismo giapponese*, Tokyo 1981.

Però, l'accuratezza scientifica degli studi era ancora approssimativa e si aspettavano con ansia ricerche più concrete. Dopo la seconda guerra, unitamente alla scoperta e alla pubblicazione dei documenti fondamentali sulla riforma dell'imposta fondiaria, il livello scientifico è salito contemporaneamente al procedere dell'analisi sulle varie posizioni all'interno del governo al tempo della redazione e dell'esecuzione del decreto sulla riforma, sulla congiuntura internazionale, sui processi d'attuazione della riforma stessa, sulla lotta di classe e sulla relazione fra la riforma e l'istituto della proprietà terriera, ecc: T. ONO, *La storia del sistema terriero nel primo periodo dell'era Meiji*, Tokyo 1948 e *La storia della riforma dell'imposta fondiaria*, Tokyo 1948; MEIJI SHIRYO KENKYU RENRAKUKAI (a cura di), *La riforma dell'imposta fondiaria e l'istituzione dell'autonomia locale*, Tokyo 1956; K. UNO (a cura di), *Lo studio della riforma dell'imposta fondiaria*, Tokyo 1957-58, 2 voll.; M. FUKUSHIMA, *I diritti reali*, in *Sviluppo storico del diritto moderno giapponese*, op. cit., vol. 1, pp. 1-101, *Lo studio della riforma dell'imposta fondiaria*, Tokyo 1962, e *La riforma dell'imposta fondiaria*, Tokyo 1968; K. NIWA, *La riforma terriera nel Meiji-Ishin*, Tokyo 1962; *La riforma dell'imposta*

fondiarìa e la commutazione delle pensioni, in S. IENAGA e altri (a cura di), *Lezioni Iwanami: La storia giapponese*, Tokyo 1962, vol. 15, pp. 141-180; *La sistemazione della proprietà terriera nel Meiji-Ishin*, Tokyo 1964; M. ARIMOTO, *La riforma dell'imposta fondiaria e la lotta dei contadini*, Tokyo 1967; T. KONDO, *Lo studio della imposta fondiaria*, Tokyo 1967; J. SEKI, *Il Meiji-Ishin e la riforma dell'imposta fondiaria*, Tokyo 1967.

Tra le opere sulla storiografia giuridica va soprattutto menzionata una serie di studi dettagliati e concreti in cui M. Fukushima ha analizzato i processi di approvazione e attuazione del decreto di riforma dell'imposta fondiaria. Egli dice: «facciamo della riforma dell'imposta fondiaria l'oggetto da studiare complessivamente definendola come segue: Questa riforma del sistema terriero fu uno dei punti di origine dei mutamenti dalla società feudale a quella giapponese moderna. Era, al tempo stesso, condizione indispensabile per la costruzione di tale società, una serie di operazioni che definivano i caratteri della società stessa. Esse erano programmate dal nuovo potere assoluto ed unitario, funzionavano con la mobilitazione di tutte le organizzazioni governative. Negli otto anni del processo, il programma fu spesso modificato riguardo alle relazioni con i contadini e il tiro della riforma fu lievemente corretto, ma in linea generale il governo compì i suoi propositi ed, essendo riuscita la riorganizzazione del sistema terriero, raggiunse l'ambizioso obiettivo di cui gli altri paesi asiatici non avrebbero avuto esperienza prima della seconda guerra mondiale».

In questo modo Fukushima, studiando la riforma dell'imposta fondiaria sotto l'aspetto della serie di grandi operazioni statali, ha provato a comprendere tutto il processo come un movimento nella interrelazione di fattori interni ed internazionali⁽⁸⁾. Inoltre il suo saggio *La riforma dell'imposta fondiaria e la proprietà terriera-studi comparati in Lo sviluppo nuovo della scienza del diritto privato* (Raccolta di saggi per la commemorazione del prof. S. Wagatsuma), Tokyo 1975, pp. 227-248, ha tentato di portare un chiarimento fondamentale comparando la riforma a quella terriera di Prussia e di Francia. Secondo lui, mentre la rivoluzione agricola francese dal basso ha liberato i contadini e i terreni ed ha mutato la proprietà delle vecchie classi privilegiate in proprietà contadina, diventando la base proprio della rivoluzione democratica borghese, il sistema di proprietà terriera realizzato dalla riforma dell'imposta fondiaria non si può paragonare alla proprietà moderna che elimina il sistema feudale, perché essa fu guidata da tre principi: 1) abolì le restrizioni di proprietà dovute a *status* sociale; 2) si basò sul sistema: 'una terra un proprietario'; 3) favorendo la libertà di compravendita dei terreni, tentò la riorganizzazione in direzione di un rafforzamento della natura della proprietà privata contro il vecchio sistema.

(8) M. FUKUSHIMA, *Lo studio della riforma fondiaria*, op. cit., p. 2.

La proprietà contadina, però, (il coltivatore è proprietario del terreno), non fu mai realizzata ⁽⁹⁾.

La comparazione con i paesi occidentali — cfr. sul piano della storia economica, K. TAKAHASHI (a cura di), *Lo studio di modernizzazione giapponese*, Tokyo 1972, voll. 1 —, chiarisce, nella dimensione della storia universale, le relazioni reciproche fra rivoluzione borghese, modernizzazione e capitalismo.

Infine, in conseguenza delle ricerche fatte finora, sono stati chiariti due aspetti della riforma dell'imposta fondiaria: essa rappresentava principalmente una politica di centralizzazione-unificazione dei vecchi tributi, cioè lo stabilimento-consolidamento della base finanziaria funzionale alla centralizzazione del potere (la costruzione dell'organizzazione imperiale) dopo l'abolizione degli *han*, ma, anche per le pressioni dei paesi capitalistici più avanzati che imposero al Giappone di adottare un modello di produzione capitalistico, le fu dato il carattere di una politica di accumulazione originaria di capitale.

In altri termini, la Riforma non solo era la politica per la strutturazione dell'Impero, ma doveva anche realizzare la capitalizzazione dall'alto attraverso la commutazione delle pensioni, la promozione delle industrie e lo sviluppo dei commerci; inoltre, essa 'creava' e assicurava la classe dei proprietari terrieri attraverso 'l'abolizione' dei diritti dei signori e dei *samurai* sulla proprietà terriera e riconoscendo il diritto di proprietà privata ai contadini.

Le relazioni fra diritti reali istituite con la Riforma e stabilite nel codice civile Meiji, come si vedrà più avanti, cambiate in forza dei conflitti degli affittuari e dei mutamenti delle istituzioni dopo l'era Taisho (1912-26), progredirono con la Riforma agraria dopo la seconda guerra mondiale. Per la Riforma dell'imposta fondiaria furono condizioni indispensabili il riordino dell'amministrazione locale e la riorganizzazione dell'ordine sociale, e spesso si indica lo Stato imperiale giapponese come ambivalente: burocratico accentratore e, al tempo stesso, di dominio comunitario nelle provincie, in un insolito connubio dell'elemento borghese con quello feudale. In seguito illustrerò i traguardi della ricerca storiografica giuridica sul sistema amministrativo centrale e locale.

È mia intenzione presentare ora un quadro delle ricerche sulla struttura e sull'organizzazione dello Stato. La teoria generalmente accettata data la fondazione dell'assolutismo imperiale agli anni 1870 e

⁽⁹⁾ Il governo non rilasciava il certificato di titolo del terreno al produttore diretto che possedeva e usava realmente il terreno, ma a chi ne era formalmente proprietario e ne godeva i frutti. I diritti dei signori sul terreno, una volta ottenute le pensioni, vennero eliminati.

il suo consolidamento nel 1889-90 ⁽¹⁰⁾, in seguito alla emanazione della Costituzione Meiji (la convocazione della Dieta) ed alla stabilizzazione dell'autogoverno locale, dell'introduzione degli istituti che disciplinavano i beni della Famiglia imperiale e della proprietà terriera.

L'articolo 1 della costituzione Meiji riconosceva la sovranità imperiale come quella di 'un imperatore, la cui dinastia è vecchia di un millennio ed ancora governa' e definiva l'imperatore 'sacro e inviolabile' per diritto divino; inoltre l'articolo 55 prescriveva che ogni ministro adempisse la sua funzione di 'assistenza' all'imperatore; i ministri e gli amministratori non si assumevano perciò alcuna responsabilità verso la Dieta e il popolo, ma solo verso l'imperatore.

Inoltre l'imperatore aveva il potere assoluto di decidere sulle questioni importanti, nelle situazioni decisive, senza assumersi responsabilità giuridica verso altri che lui stesso e senza che si potesse indagare sulle sue responsabilità. È da notare che, come prescriveva la Costituzione: «l'imperatore dichiara la guerra, la pace e conclude i trattati internazionali»; il potere militare e il potere diplomatico erano attribuiti all'imperatore.

È il lato più caratteristico del potere imperiale del periodo anteguerra il fatto che il potere militare e diplomatico, che hanno nelle proprie mani il destino dello Stato, non soltanto erano indipendenti dalla Dieta, ma anche, secondo i casi, relativamente indipendenti dal governo (secondo la Costituzione Meiji, il Comando Supremo spettava direttamente all'imperatore indipendentemente dal governo). In realtà l'imperatore non decideva sempre direttamente di tutti gli affari statali, poiché nell'eseguirli il consiglio degli anziani (*Genroin*) e il Consiglio Privato (*Sumitsuin*), (riguardo a cui l'articolo 56 della Costituzione disponeva che fornisse pareri su richiesta dell'imperatore in merito agli affari statali) adempivano un ruolo importante nella formazione della volontà statale. Per questa ragione, la politica suprema sotto il regime della Costituzione Meiji era nelle mani dell'imperatore, dei suoi consiglieri e del governo, mentre il ruolo della Dieta era molto limitato. Secondo la Costituzione Meiji, come si è visto, non veniva attribuito alla Dieta il potere di dichiarare la guerra, di fare la pace e di ratificare trattati con i paesi stranieri: i suoi poteri si limitavano alla formazione delle leggi e all'approvazione dei bilanci. Tuttavia, il governo assolutistico imperiale del Giappone non era rigoroso, ma assai relativamente temperato dalla Costituzione e dalla Dieta.

Presenterò ora una teoria secondo cui il processo politico, dopo la fine degli anni 1870, volgeva verso modifiche strutturali dell'assolutismo originario giapponese: K. HARAGUCHI, *La formazione dello stato moderno giapponese*, Tokyo 1968. Secondo questa teoria, il processo delle

⁽¹⁰⁾ La promulgazione della Costituzione Meiji e l'istituzione del parlamento nel 1889 e la prima elezione dei deputati nel 1890.

trasformazioni si basava sulla liquidazione dei feudatari e sullo sviluppo della proprietà terriera e del capitalismo, in risposta alle pressioni del movimento per la libertà e per i diritti popolari (*Jiyuminken-undo*) e della situazione internazionale. I contenuti principali delle modificazioni erano il trasferimento del sostegno dell'imperatore verso i proprietari terrieri parassitari ed i borghesi privilegiati e l'introduzione di un sistema statale a struttura costituzionale.

Ma possiamo comprendere gli orientamenti dello Stato imperiale degli anni 1880 soltanto sotto l'aspetto delle trasformazioni? Come si vedrà più avanti, nell'ordinare l'organizzazione burocratica o l'assetto imperiale, i cambiamenti negli anni '80 furono notevoli e le 'modificazioni' andarono svolgendosi parallelamente al rafforzamento e alla occupazione del potere ⁽¹¹⁾. Le nuove tendenze degli studi riconoscono che lo Stato imperiale si consolidò solo formalmente intorno al 1890, ma sostanzialmente nel periodo della guerra cino-giapponese a cavallo del XX secolo. Questa teoria si fonda sul fatto che, nonostante la struttura dello Stato fosse formalmente organizzata, questo non funzionava ancora a pieno ritmo; nonostante le linee fondamentali dell'ideologia imperiale fossero espresse nella costituzione e nel decreto imperiale sull'educazione (*Kyoiku-chokugo*), esse non diventarono istantaneamente operanti; perciò, anche dal punto di vista delle relazioni internazionali, lo Stato imperiale si consolidò solo dopo la guerra cino-giapponese.

Secondo questa teoria, l'avvento dell'impero moderno (il perfezionamento di struttura politica, ideologica e relazioni internazionali) era stato raggiunto fra le guerre cino-giapponese del 1894 e russo-giapponese del 1904; quindi il momento della formazione del sistema costituzionale fu un momento storico transitorio in vista di questo compimento. Questa tesi solleva il problema che è necessario non solo fare luce sulla formazione degli organi di governo fondamentali e delle ideologie, ma anche sul loro funzionamento e sul clima internazionale, perché, particolarmente in un paese come il Giappone che importò i suoi organi ed istituti dell'occidente, non possiamo fare della introduzione di questi il criterio unico per stabilire la data di formazione dello Stato imperiale.

È quindi necessario tenere presente il rapporto fra l'imitazione di modelli occidentali e la stessa costituzione con la reale situazione sociale e politica.

Dal punto di vista della storiografia giuridica, espone una chiara trattazione di questo problema N. TOSHITANI, *L'economia capitalistica giapponese e i diritti nell'anteguerra*, in Y. WATANABE (a cura di), *Il*

⁽¹¹⁾ Cfr. H. NAGAI, *La formazione dello stato imperiale in Rekishigaku-kenkyukai / Nibonshi-kenkyukai* (a cura di), *La storia giapponese e il Meiji-Ishin*, Tokyo 1970, pp. 315-343.

diritto contemporaneo, Il diritto contemporaneo e l'economia, Tokyo 1966, vol. 7, pp. 127-160. La sua investigazione sulla struttura giuridica fondamentale dell'anteguerra porta a questa conclusione: se la riproduzione sistematica detta le linee, nel periodo dell'accumulazione del capitale industriale, dello sviluppo del capitalismo giapponese, un'indagine sulla struttura giuridica fondamentale sottostante al processo di riproduzione, diventa un parametro per comprendere il processo di preparazione-formazione dell'ordinamento giuridico nella fase di consolidamento del capitale industriale ed il processo di riorganizzazione e crollo del sistema preesistente; offre cioè una chiave di lettura della struttura fondamentale di tutto il sistema giuridico dell'anteguerra. Ma la soluzione di questo problema è resa più difficile dalle ragioni seguenti: 1) il capitalismo giapponese dell'anteguerra conobbe uno sviluppo condizionato dalle pressioni delle potenze imperialiste occidentali e seguì un peculiare processo di sviluppo nella forma dello Stato capitalistico arretrato. È soprattutto un problema del sistema giuridico che la codificazione, sostanziatasi con l'introduzione delle tecniche giuridiche dei paesi allora più sviluppati, come si vedrà più avanti, rimanesse vincolata all'ordinamento giuridico vecchio richiamato in vita dai mutamenti posteriori al Meiji Ishin; 2) a causa delle forme di sviluppo particolari dello Stato capitalistico, è difficile definire le fasi dello sviluppo del capitalismo giapponese ed avendo il sistema giuridico corrispondente a tali fasi dello sviluppo un aspetto complicato, presenta un divario considerevole ⁽¹²⁾ rispetto alla relazione che fra questi due aspetti esisteva nei paesi più avanzati.

Da questo punto di vista, TOSHITANI, giudicando che nel processo dello sviluppo giuridico il centro del periodo cosiddetto « dello stabilimento del sistema giuridico » si situa fra il 1899 e il 1913, denomina il sistema giuridico di questo periodo il « sistema dell'anno 32 » ⁽¹³⁾.

Inoltre, essendo la periodizzazione di TOSHITANI differente da quella convenzionale, il cui metro è il processo di formazione — stabilimento del sistema di diritto pubblico, che culmina con la costituzione assolutistico-imperiale, il « sistema dell'anno 32 » corrisponde

⁽¹²⁾ « Per uno stato arretrato, che a dispetto dei compiti fondamentali della rivoluzione borghese e col sostegno degli elementi semi-feudali, si preparava al capitalismo (ed è il caso del Giappone), fu inevitabile mantenere e rafforzare l'organizzazione assolutistica. L'organizzazione statale, formata e ordinata dai primi anni dell'era Meiji in poi, traeva garanzia giuridica dalla formazione del sistema costituzionale Meiji, e poi, nel periodo degli sviluppi in senso imperialistico, assunse i caratteri di un assolutismo. È il carattere di Stato imperiale assunto nel periodo del suo stabilimento, a certificare che l'organizzazione fosse assolutistica, nonostante il regime consistesse in uno stato imperialistico imposto ad una struttura particolarmente arretrata » (M. NAKAMURA, *La teoria dello stato imperiale moderno*, in HARA e altri (a cura di), *La storia dello stato giapponese. L'età moderna I*, Tokyo 1975, vol. 4, p. 50).

⁽¹³⁾ N. TOSHITANI, *L'economia capitalistica giapponese e il diritto nell'anteguerra*, *op. cit.*, pp. 129-130.

alla logica del mutamento dell'organizzazione interna del capitalismo giapponese dalla fondazione del capitale industriale alla fase monopolistica. Farò riferimento al suo quadro teorico anche in seguito.

Anche FUKUSHIMA nel suo articolo *La formazione del sistema giuridico moderno in Giappone*, *op. cit.*, vol. 1, pp. 351-408, si esprime così: « Possiamo giudicare che la modernizzazione dell'ordinamento giuridico in Giappone innanzitutto si proponesse di introdurre i codici come condizione dello stato di diritto per dotarsi di un sistema pari a quelli degli stati occidentali, e nello stesso tempo si proponesse di fare dei codici lo strumento per l'esecuzione delle politiche nazionali. Da tale punto di vista il termine ultimo della formazione del sistema giuridico è distinto dal momento del completamento della codificazione della Costituzione e delle leggi di attuazione, del decreto sulla prefettura, del codice civile e di quello commerciale. Ma l'attuazione del diritto civile e di quello commerciale fu rinviata a causa della controversia su quei codici, che, inoltre, furono modificati interamente. Il nuovo codice civile e quello commerciale furono promulgati solo nel 1898-99 e subito entrarono in vigore. A questo periodo, oltre l'attuazione del codice civile e di quello commerciale, risale anche la firma del nuovo protocollo con le potenze occidentali che correggeva i trattati ineguali. Possiamo quindi affermare che la costruzione del sistema giuridico moderno riconosce la data del 1899 come momento ultimo del suo perfezionamento » (14).

La Costituzione Meiji è certamente il testo fondamentale che sintetizza i caratteri del regime imperiale moderno, perciò il 1889, anno in cui essa fu promulgata, segnò la fine di un'epoca e determinò la struttura statale successiva.

La ricerca sul processo di formazione della Costituzione è il settore che ha avuto i maggiori risultati fin dall'inizio, fra tutti i settori della storiografia moderna giapponese. Possiamo fondamentalmente fare riferimento a M. INADA, *La storia della formazione della Costituzione Meiji*, Tokyo 1960, 62, 2 voll., *Lo studio sulla formazione della Costituzione Meiji*, Tokyo 1979. Ma secondo J. BANNO, *Lo stabilimento del sistema della Costituzione Meiji*, Tokyo 1971, fu durante il periodo del secondo Governo YAMAGATA (novembre 1898 - settembre 1900), dopo la guerra russo-giapponese, che attecchì definitivamente il sistema della Costituzione Meiji. Banno, attraverso l'analisi del funzionamento reale del sistema Costituzionale, del processo d'opposizione e del compromesso fra il governo *hanbatsu* (15) e i partiti politici sulla politica

(14) M. FUKUSHIMA, *Il sommario*, *op. cit.*, pp. 6-7.

(15) In particolare, quelli che erano originari degli *han* di *Satsuma*, *Choshu* e *Tosa* formavano un 'clan' che, infiltratosi nel mondo politico e burocratico, esercitava una enorme autorità, tanto da giustificare la nascita di un movimento popolare per l'abbat-

dell'« arricchire il paese e rafforzare l'esercito » e « fare riposare la forza del popolo », del cambiamento delle richieste dei sostenitori del « partito civile di opposizione » sulla riduzione-aumento dell'imposta fondiaria e sul cambiamento delle opposizioni politiche sulla politica di « arricchire il paese e rafforzare l'esercito », conclude come segue: « Lo Stato MEIJI poté includere perfettamente nel suo ambito i mutamenti delle istituzioni come la promulgazione della Costituzione e la convocazione della Dieta ... in questo senso possiamo dire che il sistema costituzionale cominciò a funzionare fra l'anno 312 dell'era MEIJI (1898) e l'anno 33 (1900) »⁽¹⁶⁾.

Questo giudizio è confermato dal punto di vista dell'affermazione dell'ideologia costituzionale.

Negli anni 10 dell'era MEIJI ci fu un intendimento comune (fino a un certo punto) fra il mondo burocratico e quello civile, quindi sembrò che ci fosse la possibilità di realizzare, almeno in parte, una forma di governo costituzionale, il cui nucleo fosse il Parlamento, ma tale idea tramontò con la promulgazione della Costituzione Meiji.

Sulle bozze di costituzione precedente all'emanazione di quella Meiji si veda M. INADA, *op. cit.*; Y. SUZUKI, *La libertà e i diritti civili*, Tokyo 1948; S. IENAGA ed altri, *I programmi della costituzione nella prima metà dell'era Meiji*, Tokyo 1967.

Da allora quasi tutti i tentativi di stilare una costituzione più democratica divennero impossibili per le pressioni del potere. S. IENAGA in *Lo studio della storia del pensiero costituzionale moderno nel Giappone*, Tokyo 1967, conclude quanto detto attraverso l'analisi della tendenza generale dei commenti sulla costituzione, pubblicati subito dopo l'emanazione della Costituzione stessa e l'analisi della formazione della dottrina costituzionale accademica e delle teorie costituzionali sottese a tale dottrina.

T. MINOBE, che era imbevuto dei valori del costituzionalismo, nella polemica (1912-13) sui problemi fondamentali della dottrina costituzionale, in controposizione a S. UESUGI della scuola per il riconoscimento della sovranità imperiale, che aveva tendenza assolutistica, sosteneva che la sovranità risiede nello Stato, di cui l'imperatore è un organo.

Ma la dottrina di MINOBE, nella fase iniziale di attuazione della Costituzione, non sembrò particolarmente eterodossa, tanto che il capo del governo sembrava adottarla quale dottrina sua propria, ed infatti il governo riconobbe a quegli studiosi una posizione di rilievo.

La dottrina di MINOBE, attraverso la polemica che divise in due la

timento dei « clan ». *Hanbatsu-seifu* significa il governo che era composto dagli esponenti dell'*Hanbatsu* (clan di *han*).

⁽¹⁶⁾ J. BANNO, *Lo stabilimento del sistema costituzionale Meiji*, *op. cit.*, p. 241.

scienza del diritto pubblico, diventò sempre più influente nel mondo accademico nell'era TAISHO.

Questa dottrina è così riassumibile:

- a) lo Stato è un corpo sociale ed ha una personalità giuridica;
- b) la sovranità appartiene a tale persona come organismo;
- c) lo Stato, come persona giuridica, agisce attraverso i suoi organi;
- d) tra gli organi statali, organo supremo è l'imperatore;
- e) l'articolo 55 della Costituzione dispone che ogni ministro « assista » l'imperatore; e per « assista » si intende l'assunzione di ogni responsabilità per gli affari statali in luogo dell'imperatore;
- f) il gabinetto come organo consultivo collegiale è titolare della responsabilità e il Primo Ministro, quale Presidente del Consiglio, assume l'autorità di direzione;
- g) avendo la Camera il potere di interpellanza ed il potere di dichiarare la sfiducia nei confronti di tutti i ministri, il governo deve assumersi la responsabilità politica non solo verso l'imperatore, ma anche verso quest'ultima.

Nel 1935, MINOBE fu denunciato per il delitto di lesa maestà e al posto della sua dottrina si impose, come teoria dominante, quella di S. UESUGI, la quale sosteneva che l'imperatore si identifica con lo Stato medesimo.

Sulla storia del pensiero costituzionale moderno fin dai primi anni dell'era MEIJI, sul pensiero e i lavori di T. MINOBE, un'opera notevole è costituita da M. HASEGAWA, *La storia delle dottrine costituzionali I, II*, in *Lo sviluppo storico del diritto moderno giapponese, op. cit.*, vol. 6, 7, 9, pp. 257-298, 153-207, 195-234, Tokyo 1959-1960; e da S. IENAGA, *Lo studio storico del pensiero di Tatsukichi Minobe* Tokyo 1964.

L'ordinamento dell'organizzazione governativa centrale in Giappone fu, nella riforma delle istituzioni amministrative, accompagnato dall'Abolizione degli *han* del 1871; il periodo che va dalla 'Restaurazione dell'imperatore' (avvenuta il 3 gennaio 1868, dopo che il governo Tokyogawa aveva restituito il potere politico alla Corte imperiale il 9 novembre 1867) alla formazione del nuovo governo centrale, con l'Abolizione degli *han* e l'insediamento delle prefetture, imposto attraverso la guerra contro il governo (la guerra *Boshin* fra il gennaio 1868 e il maggio 1869), la rinuncia ai feudi (da parte dei *daimyo* a favore dell'imperatore) del 1869⁽¹⁷⁾ e lo scioglimento del sistema degli *han* (con la 'riforma della politica dei veri feudi'), fu tempo di grandi

(17) L'*Hansekihokan* era un meccanismo per il quale un signore restituisce la proprietà del terreno e il popolo del suo *han* all'Imperatore. Il governo, in cambio, lo dota di un titolo nobiliare (*kazoku*) e inoltre lo nomina governatore locale dell'*han* (*chibanji*); grazie alla sua introduzione, il sistema degli *han* cominciava a fare i primi passi verso lo scioglimento.

mutamenti, politici e sociali, e segnò il punto di partenza del Giappone moderno.

Fukushima denomina la sostanza del regime politico in questo periodo come il regime della corte imperiale — *han* (cho-han) sorto in sostituzione del regime dei *Bakufu* e degli *han*: «la base politica e sostanziale, particolarmente nella prima fase, fu la forza alleata fra gli *han* di Satsuma, Choshu e Tosa, nel Giappone occidentale, ed i restanti dieci e più *han* che seguivano l'iniziativa dei primi (il cosiddetto *Kangun*). La base finanziaria fu fornita principalmente da beni e domini del vecchio governo amministrati direttamente (*Tenryo*) e dagli *han* d'anti-*Kangun* sequestrati. Il regime *cho-han* rappresenta la sistemazione territoriale dei *fu han hen* ⁽¹⁸⁾. Il governo imperiale nuovo dislocò funzionari locali negli *han* sequestrati e nei vecchi *tenryo* a partire da Kyoto e da Edo (Tokyo), e negli altri *han* conservò il dominio del feudatario (*hanshu*) nella veste di prefetto sottoposto agli indirizzi del governo e rafforzato gradualmente nei suoi poteri di controllo. All'inizio il sistema degli *han* non era differente da quello vecchio ma con la riforma dell'autonomia gradualmente vennero introdotte differenze anche all'interno degli *han* » ⁽¹⁹⁾; l'organizzazione statale subito dopo la 'restituzione del potere all'imperatore', si compose di tre organi divisi per mansioni (*Sosai*, *Gijo*, *Sanyo*) sottoposti all'imperatore. I membri della famiglia imperiale (*Kozoku*) furono affidati alle cure del *Sosai*; i *Kozoku*, i nobili della corte imperiale (*Kughe*) e gli *hanshu* al *Gijo*; i *Kughe* e i funzionari degli *han* (*hanshi*) al *Sanyo*.

Questa struttura dimostra come, nel periodo di transizione, è garantita la partecipazione delle classi feudali dominanti, mantenendo un qualche equilibrio interno al potere statale centralizzato.

Il 14 marzo 1868, l'imperatore, i nobili e i signori prestarono un Giuramento sui Cinque Principii (cinque principii della politica nazionale) davanti all'altare scintoista, il cui obiettivo era di far collaborare i signori, poiché la loro fedeltà politica verso il nuovo governo non era sicura.

Il 21 aprile quel Giuramento fu effettivamente formalizzato in un 'Documento per l'affermazione del regime' (*Seitaisho*). Il documento stabilì che il Consiglio di Stato (*Daijokan*) si occupasse di sette funzioni del governo centrale: *Ghijo*, *Gyosei*, *Shinghi*, *Kaikei*, *Gunmu*, *Gaikoku*, *Keiho*, affermando che gli «appartiene il potere nel paese intero»; introdusse una apparente tripartizione dei poteri dello Stato, demandando il potere legislativo al *Ghiujo*, quello esecutivo al *Gyosei*, allo *Shinghi*, al *Kaikei*, al *Gunnu* ed al *Gaikoku* e quello giudiziario al *Keikp*, ed adottò parzialmente un sistema elettivo dei funzionari pubblici. In

⁽¹⁸⁾ Il *Fu* è la prefettura metropolitana (i punti nevralgici: Kyoto, Osaka, Edo). Il *Ken* è una prefettura (altri *tenryo* e *han* confiscati).

⁽¹⁹⁾ M. FUKUSHIMA, *La riforma dell'imposta fondiaria*, op. cit., pp. 57-58.

questo Documento (*Seitaisho*) è ben riconoscibile il carattere di transito da uno Stato puramente feudale ad uno assolutistico e, solo nella forma, l'influenza dell'istituzione democratica statunitense operò una mediazione nel mutamento giapponese ⁽²⁰⁾. Ma le mire del *Seitaisho* furono: limitare i poteri dei signori, mettere gli *han* sotto il controllo del governo centrale come le prefetture; infatti il *Gijokan* fu abolito ed assorbito in breve tempo dal *Gyoseikan*.

Dunque non si può negare che, in questo periodo, vi fu una oscillazione nei programmi del potere statale: attuandosi quindi la rinuncia ai feudi, con l'avanzare delle riforme politiche negli *han* e della centralizzazione ed assolutizzazione del potere, il modello statunitense (come nel *Seitaisho*) non mostrò più molta influenza mentre l'antico regime giapponese cominciò a riproporsi.

Il decreto (*Shokuin-rei*) dell'8 luglio 1869 istituì l'organizzazione del *Daijokan*, prendendo il vecchio decreto come modello, che era fautore del principio teocratico ed auspicava un rafforzamento del governo dell'imperatore stesso.

Dopo l'abolizione degli *han*, il 29 luglio 1871 si insediò, con la riforma, un Consiglio di Stato (*Daijokan*) composto da tre organi (*Sei-in*, *Sa-in*, *U-in*) e questo regime si protrasse fino alla creazione del gabinetto nel 1885. Il *Sei-in* fu l'organo attraverso cui l'imperatore stesso si occupò della politica, il *Sa-in* fu l'organo di consulenza legislativa (composto da membri scelti dal governo), l'*U-in* fu l'organo di collegamento fra i titolari di ogni ministero; quindi il *Sei-in* era il più importante fra i tre organi del *Daijokan*. All'inizio le posizioni importanti furono tutte occupate dai clan *han* di Satsuma, Choshu e Tosa (*Hanbatsu*) ⁽²¹⁾.

Dopo il 1872, quando il governo dell'*Hanbatsu* fu consolidato, il conflitto di potere nel governo venne alla luce e, d'altra parte, l'opposizione al suo dominio assoluto crebbe ed acquistò influenza nel dibattito per la riforma dell'organizzazione amministrativa. Dopo l'editto imperiale del '75, in cui si dichiarò il trasferimento graduale dalla monarchia assolutistica alla monarchia costituzionale, furono introdotte

⁽²⁰⁾ Tuttavia secondo K. KUMAGAI è errata l'interpretazione corrente secondo cui il *Seitaisho* fu alla base delle istituzioni moderne (*La formazione del diritto moderno giapponese*, Kyoto 1955).

⁽²¹⁾ Cfr. nota 15. Secondo Y. YAMANAKA, nella burocrazia, nella prima fase dell'era Meiji, mentre da un lato permaneva il carattere di *Hanbatsu*, come è dimostrato dal fatto che gli alti burocrati erano tutti originari degli *han* occidentali di *Satsuma* e *Choshu*, dall'altro si assunsero i principii della capacità e del merito come criteri di reclutamento e di avanzamento nella carriera amministrativa. Questi principii producevano nei funzionari pubblici una forte coscienza di élite e, allo stesso tempo, ogni direttiva veniva seguita con coscienza burocratesca, pensando che fosse inevitabile il sacrificio del popolo stesso, causando così forti diffidenze popolari contro la politica (*La formazione dello stato moderno giapponese e la burocrazia*, Tokyo 1974).

le importanti riforme del 1877, '80 e '81 per correggere la dittatura dell'élite dominante e il potere esecutivo. Il 1881 fu un anno importante per le decisioni sull'indirizzo fondamentale dello Stato Meiji che stava brancolando nel buio; in altri termini, S. OKUMA, ministro del Tesoro, poiché auspicava un rapido insediamento del Parlamento e di un gabinetto di parlamentari come in Inghilterra, fu espulso dal suo posto ed il governo dell'*Hanbatsu* di *Satsuma* e *Choshu*, grazie all'iniziativa di H. ITO, consolidò la sua posizione (la «svolta politica del 1881»), mentre il governo, facendo una concessione al movimento per la libertà ed i diritti popolari (*Jiyu-minken-undo*), promise d'insediare la Dieta entro dieci anni.

Nel 1885, soppresso il *Daijokan*, si arrivò all'istituzione del gabinetto. Il potere esecutivo fu formato dal Presidente del Consiglio e dai Ministri di Stato (Affari Esteri, Interno, Finanze Tesoro, Esercito, Marina, Giustizia, Pubblica Istruzione, Agricoltura e Commercio, Poste e Telecomunicazioni).

Il Presidente del Consiglio era il 'capo dei Ministri', con una forte autorità; con la promulgazione della Costituzione Meiji, però, e con lo stabilimento del sistema imperiale assolutistico e l'emanazione del decreto del dicembre per il nuovo Gabinetto, il posto del Presidente fu limitato al 'posto primo tra pari (ministri)', quindi l'unificazione dei membri del Consiglio non si basò sul controllo del Presidente sui ministri, ma sull'autorità dell'imperatore. La Dieta fu limitata attraverso la costruzione e il rafforzamento di una solida struttura burocratica.

Tale struttura statale, nata negli anni 1880-90, si riorganizzò, relativamente a non pochi aspetti, negli anni 1910-20, in concomitanza con lo sviluppo del capitalismo giapponese. Riguardo al processo di formazione del potere centrale dello Stato, come si è scritto più sopra, pur segnalando un contributo eccellente anche nell'anteguerra come quello di Y. SUZUKI: *Il Daijokan e il Gabinetto*, Tokyo 1944, possiamo presentare quelli del dopoguerra, come: R. ISHII, *L'imperatore. Ricerca storica sul governo imperiale*, Tokyo 1950; S. TOYAMA, *Meiji Ishin*, Tokyo 1951; S. TSUJI, *Lo studio della burocrazia giapponese*, Tokyo 1952 (nuova edizione 1969); Y. SUZUKI, *La storia del diritto*, Tokyo 1960; M. INADA, *La Storia della Costituzione Meiji*, op. cit.; K. HARAGUCHI, *La formazione dello stato moderno giapponese*, op. cit.; E. YAMANAKA, *La formazione dello Stato moderno giapponese e la burocrazia*, op. cit.; S. SHIMOYAMA, *Introduzione agli studi sull'imperatore moderno*, Tokyo 1976; T. YOSHII, *La formazione della struttura del potere centrale*, in *La formazione del sistema giuridico moderno nel Giappone*, op. cit., vol. 1, pp. 61-37; H. YASUDA, *La teoria dello Stato imperiale moderno*, in I. FUJITA (a cura di), *L'ordine autoritario e lo Stato*, Tokyo 1967, pp. 119-149.

Sul Ministero dell'Interno, il quale prese in mano i poteri di polizia e fu l'organo centrale della struttura burocratica imperiale dalla sua

istituzione nel 1873 fino allo scioglimento, per mano dell'autorità d'occupazione, subito dopo la guerra, vedi, A. SATO, *Il sistema amministrativo, L'istituzione del Ministero dell'Interno*, in *Lo sviluppo storico del diritto moderno giapponese*, op. cit., vol. 9, pp. 62-125, Tokyo 1960.

Sul sistema dell'ordine pubblico e l'organizzazione di polizia, K. YOKOYAMA, *Il sistema penale e l'organizzazione dell'ordine pubblico*, in *La formazione del sistema giuridico moderno nel Giappone*, op. cit., vol. 1, pp. 289-350. Sulle forze imperiali, le cui basi moderne furono fondate dal decreto sulla leva (10 gennaio 1873): K. INQUE, *Il Militarismo in Giappone*, Tokyo 1953, 2 voll.; Y MATSUSHITA, *La storia dell'istituzione militare nell'era Meiji*, Tokyo 1956, 2 voll.; *Nihon-kindai-shiryō-kenkyūkai* (a cura di), *L'istituzione, l'organizzazione e l'amministrazione dell'Esercito e della Marina giapponese*, Tokyo 1970, M. YUI, *L'autorità militare nel periodo della formazione dell'Imperialismo giapponese*, in HARA e altri (a cura di), *La Storia dello Stato giapponese*, op. cit., vol. 5, pp. 89-152; A. FUJIWARA, *L'imperatore e l'arma*, Tokyo 1978; M. FUKUSHIMA, *L'istituzione della struttura militare*, in *La formazione del sistema giuridico moderno nel Giappone*, op. cit., vol. 1, pp. 243-287.

L'istituzione giudiziaria in Giappone fu realizzata con rapidità, come indica il fatto che la predisposizione dei tribunali in tutto il Giappone fu pronta fin dal 1881. L'organizzazione giudiziaria, come disciplinata dalla Costituzione Meiji, era costituita da due magistrature: dai tribunali ordinari, incaricati delle cause civili e penali, dai tribunali amministrativi, incaricati delle cause amministrative e di altre materie speciali. Un pronto ordinamento dell'organizzazione giudiziaria fu stimato indispensabile, e non solo per soddisfare la richiesta interna di espansione dei moderni rapporti di diritto, alimentata dallo sviluppo della economia mercantile, ma anche dal miglioramento dei trattati e dall'abolizione della giurisdizione del console.

Quindi, formalmente, l'organizzazione giuridica moderna dovette essere introdotta, ma sostanzialmente si impose una serie di limiti dettati dalle esigenze politiche dello Stato assolutistico. Per esempio, quando nel maggio 1891 avvenne l'incidente del ferimento del principe ereditario russo, il governo, temendo la rappresaglia russa, esercitò pressione sulla Corte Suprema (*Daishin-in*) per fare condannare a morte l'attentatore, senza tenere conto del diritto penale; in questo caso venne espressamente indicato l'orientamento del governo sul processo (tuttavia, il presidente del *Daishin-in*, K. KOJIMA, respinse le richieste del governo e istruì un processo imparziale).

Sul processo di stabilimento del sistema giudiziario moderno e sui suoi caratteri ricordo: Y. SOMENO, *Il sistema giudiziario*, in *Lo sviluppo storico del diritto moderno giapponese*, op. cit., vol. 2 e 6, pp. 99-176 e 1-86; S. IENAGA, *La ricerca storica sull'indipendenza del potere giudiziario*, Tokyo 1962; A. MIKAZUKI, *L'istituzione giudiziaria*, in S. ISHII (a cura di), *Lezioni di storia del diritto giapponese moderno*, Tokyo 1972, pp.

137-166; per una comparazione delle procedure amministrative tedesca e giapponese; H. WADA, *Il processo amministrativo*, in *Lo sviluppo storico del diritto moderno giapponese*, op. cit., vol. 3, pp. 85-170; N. TOSHITANI, *Il sistema giuridico imperiale e l'istituto della giuria*, nel *Niho-kindai-hosdeishi-kenkyukai* (a cura di), *La struttura giuridica dello Stato moderno giapponese*, Tokyo 1983, pp. 515-570, ricerca sull'evoluzione della giuria nel processo di formazione dello Stato imperiale. Nonostante l'emanazione della legge sulla giuria nel 1923, la sua applicazione venne interrotta nel 1943, a causa della guerra, prima che ottenesse risultati tangibili. Inoltre, malgrado che il diritto di corte prescrivesse la possibilità della giuria nel processo penale, questo non era ancora giunto ad attuazione. Le ricerche del dopoguerra relative all'amministrazione locale offrono i contributi più rilevanti nel campo dello studio comparato con le strutture dell'amministrazione statale; questo fermento è dovuto allo svolgimento delle ricerche sul disfaccimento del processo feudale, alla formazione e sviluppo della proprietà terriera e del movimento per la libertà e i diritti popolari, e contemporaneamente all'esperienza politica delle autonomie locali nel dopoguerra.

Le autonomie locali giapponesi sono un prodotto della cosiddetta democratizzazione del dopoguerra, nata dal principio di democrazia moderna, almeno giuridicamente, come prescritta dalla nuova costituzione (tuttora vigente), ma l'autonomia locale non mette ancor'oggi radici nella vita civile ed in un certo senso si sta riproducendo la centralizzazione burocratica sia amministrativa che finanziaria.

In tale situazione è inevitabile la ricerca dell'equilibrio tra centralizzazione e decentramento nello Stato moderno; particolarmente nel nostro paese, in cui tradizionalmente l'autonomia locale moderna era soffocata dai forti vincoli del burocratismo centralizzatore premoderno, è inevitabile che gli studiosi siano stati interessati al processo di formazione e di stabilimento dell'autogoverno locale. Comincio col descrivere le linee generali del processo di fondazione del sistema delle autonomie locali.

Come ho già scritto, il nuovo governo cominciò l'abolizione degli *han* dal 1868, trasferì i domini sotto il diretto controllo del governo e i feudi (*han*), requisiti per la guerra contro il nuovo governo, alle prefetture (*fu* o *ken*) e nominò i nuovi prefetti (*fu-chiji* o *ken-chiji*), mentre gli *han* che non avevano partecipato alla guerra contro il governo furono lasciati così com'erano. Il nome di *han* rimase ancora dopo la rinuncia ai feudi del 1869 e i vecchi signori furono nominati prefetti (*han-chiji*); quindi i rapporti fra signore e popolo negli *han* non subirono alcun cambiamento.

Inoltre, le finanze dello *han* erano indipendenti da quelle centrali, lo *han-chiji* deteneva il potere militare, amministrativo e giudiziario e la carica era ereditaria. Il governo Meiji però, con l'attuazione dello

scioglimento degli *han*, separò il bilancio familiare del signore stesso dalle finanze dello *han*, stabilì che i funzionari non fossero designati dai prefetti, ma dall'organizzazione degli *han*. Tali riforme furono introdotte per abolire la relazione « dominante-subordinato » intercorrente tra i signori e i loro funzionari e per trasformare il signore in dirigente locale; sulla sistemazione territoriale (degli *han*) in questo periodo vedi; K. HARAGUCHI, *Lo scioglimento del regime degli han*, in *Lezioni di Iwanami, la storia giapponese, op. cit.*, vol. 15, pp. 1-51, Tokyo 1962; A. TANAKA, *La riforma degli han e la pubblica amministrazione nell'era Meiji*, in M. INADA (a cura di), *Lo studio del processo della formazione dello Stato Meiji*, Tokyo 1966, pp. 111-165.

L'abolizione degli *han* del 1871 rese decisivo questo mutamento; da allora ai signori (*han-chiji*) destituiti dall'incarico fu ordinato di trasferire il proprio domicilio legale a Tokyo e fu interrotta completamente ogni relazione con il popolo dei loro *han*. La sistemazione locale promossa dai decreti dell'ottobre e del novembre di quell'anno, si proponeva di trasformare lo *han* da un ente autonomo in un organo locale del governo centrale; di conseguenza, le riforme del sistema locale non ebbero mai una tendenza all'autonomia locale, bensì alla centralizzazione.

Questa tendenza si manifestò nell'orientamento per la scelta dei funzionari locali nel primo periodo Meiji.

Il governo, cioè, destinò i funzionari originari degli *han* occidentali a quelle prefetture (*han*) che si erano opposte all'imperatore favorendo una tendenza antigovernativa.

L'intenzione era di formare un ordinamento gerarchico nuovo che dipendesse dal potere centrale attraverso l'invio di funzionari in una sede di incarico completamente diversa dalla regione di origine al fine di rompere con il vecchio regime. Nei comuni (*machi* o *mura*) che furono le basi delle prefetture (*han, fu* o *ken*), all'inizio il nuovo governo conservò l'organizzazione amministrativa del *machi* o *mura* così com'era sotto il vecchio regime. Nel comune dell'età antica, l'organo esecutivo era composto dalle tre funzioni di *nanushi*, *kumigashira*, e *hyakushodai*. La legge per la registrazione anagrafica del 1871 rappresentò un momento di svolta; questa legge creò il distretto (*ku*) quale unità amministrativa per il censimento dello stato di famiglia e mise un *kocho* come addetto all'anagrafe in ogni *ku*. Come risultato, poiché generalmente il *kocho* invadeva le competenze originarie dell'addetto all'anagrafe, sorse un attrito fra *kocho* e vecchi funzionari del comune. Quindi, nel 1872, aboliti *nanushi* e altri, i nomi dei funzionari furono unificati nel *kocho* e nel *fuku-kocho* (vice *kocho*) ed il *ku* divenne una divisione amministrativa locale. Cioè il *fu* o *ken* fu composto da alcuni *dai-ku*, il *dai-ku* da alcuni *sho-ku* e lo *sho-ku* da alcuni comuni (*mura*), e fu preposto un funzionario: *ku-cho* al *dai-ku*, *ko-cho* allo *sho-ku*, *fuku-kocho* al *mura*.

Per questa ragione lo *sho-ku* diventò l'unità minima dell'ammini-

strazione locale e il *machi* (o *mura*) perse i suoi caratteri originari. Insomma lo scopo del governo, nel risistemare l'amministrazione locale all'inizio dell'era Meiji, fu di negare la posizione del *mura* nell'amministrazione, attraverso la formazione del sistema dei *dai-ku* e *sho-ku*, e di diffonder le idee nuove fra il popolo attraverso il *ku-cho* e il *ko-cho*.

Tuttavia in questo periodo, in realtà, non si può dire che lo scopo sia stato totalmente raggiunto; infatti i funzionari locali dovevano approvare tacitamente il carattere di 'Genossenschaft' del *mura* ai fini della riscossione delle imposte. Nel 1878, per la prima volta si emanarono tre leggi nuove per l'unificazione del sistema locale. La legge di organizzazione amministrativa delle autonomie locali — le circoscrizioni (*gun*), le città (*cho*) ed i villaggi (*son*) — che abolì i *dai-ku* e gli *sho-ku*, istituì i *gun* come divisioni amministrative locali dipendenti dalle prefetture (*fu-ken*) e risuscitò anche i comuni (*cho* e *son*) come enti, riconoscendone la natura di corporazione municipale. Ciò significa che il sistema: *fu* o *ken-cho gun-cho ko-cho* (*cho* o *son*), sostituì quello: *fu* o *ken kocho* (*dai-ku*) *ko-cho* (*sho-ku*). Mentre fu adottata l'elezione pubblica del *ko-cho*, l'autorità di *gun-cho* fu rafforzata e fu loro affidata la competenza della direzione del *ko-cho* del *cho* o *son*. Inoltre si lasciò l'elezione del *ko-cho* ad ogni regione e non ci fu controllo uniforme per l'assemblea comunale. Il regolamento per il consiglio di prefettura stabilì l'esistenza di un consiglio dell'elezione pubblica, su base censitaria fondiaria. La capacità elettorale fu condizionata al pagare oltre 5 yen di imposta fondiaria nel *gun*, la capacità elettorale passiva al pagare oltre 10 yen di imposta fondiaria provinciale. Le competenze del consiglio di prefettura erano limitate solo al bilancio delle spese sorrette dall'imposta locale e al ricevimento del rapporto sul bilancio consuntivo.

Il prefetto monopolizzò il diritto di presentare proposte al Ministro degli Interni e si riservò il diritto di comporre le controversie fra la prefettura ed il consiglio.

Il Regolamento delle imposte locali unificò le imposte di prefettura, e le spese del *ku cho-son* vennero distribuite e controllate. La legge per il consiglio distrettuale (*ku, cho-son*) del 1880 prescrisse per la prima volta le funzioni dell'assemblea locale. Questa legge, nonostante non avesse l'obiettivo di stabilire l'autonomia locale e prevedesse la sanzione dell'ufficiale locale del governo (*chiho-kan*), affidò agli usi locali la disciplina del consiglio comunale, per esempio sull'elezione dell'assemblea. Naturalmente ogni regolamento prescrisse la proprietà fondiaria come preconditione del diritto di elettorato attivo e passivo. Nel 1884 la legge fu modificata; il procedimento di nomina del *ko-cho* passò dall'elezione alla nomina governativa e fu rafforzata l'autorità di controllo sull'assemblea comunale da parte di prefetto (*fu-chiji* e *ken-rei*) e *ko-cho*. A causa del rafforzamento dell'autorità del *ko-cho*, e dell'estensione della giurisdizione del municipio, il *cho-son* perse quasi la sostanza

dell'unità di amministrazione locale. Nel 1888, prima di insediare la Dieta, fu promulgata la legge di organizzazione del comune (*sbi, cho-son*), che definiva il comune (*sbi, cho-son*) come corporazione autonoma avente personalità giuridica e disciplinava altresì l'emana- zione di decreti comunali e l'elezione pubblica dei consiglieri comunali; con l'adozione però dell'elezione su base corporativa, i comuni funzio- navano a favore dei proprietari.

Il sistema elettorale divise gli elettori in due categorie. Nella prima erano incluse le persone che pagavano un'alta imposta comunale e nella seconda le altre; la prima categoria eleggeva la metà dei consiglieri. L'intenzione della norma, che affidava «il potere alle persone che sostengono gli oneri dell'autonomia», era di «difendere dagli effetti perversi della gestione del potere la parte della maggioranza povera».

L'organo di amministrazione fu il sindaco (il *sanji-kai* nello *Sbi* ed il *cho-son* nel *cho-son*); il *cho-son cho* era una carica onorifica senza retribuzione, la cui assunzione era un obbligo per il cittadino (*komin*).

Con l'attuazione della legge, un vecchio comune (*machi-mura*) divenne un villaggio all'interno di un comune nuovo e la storia del *machi-mura* come corporazione municipale finì. Nella Costituzione Meiji non ci fu un titolo sull'autonomia locale. Nel 1890 fu promulgata la legge di organizzazione dei *fu-ken gun*. Secondo questa legge, il *fu-ken* ed il *gun*, essendo differenti dallo *sbi*, non rappresentavano solo una divisione amministrativa che il prefetto (*fu* o *ken-chiji* e *gun-cho*), come funzionario statale, controllava, ma anche un ente locale. Il prefetto, che era un ufficiale di governo, era anche l'organo d'ammini- strazione della prefettura come ente locale; e fu costituito un consiglio di prefettura come organo decisionale dell'ente stesso, eletto a suffragio popolare, ma su base censitaria più ristretta; le persone eleggibili come consiglieri erano i contribuenti per un'imposta diretta superiore ai 10 yen ed in particolare per il *gun* fu introdotto un sistema latifondista: venivano eletti due terzi dei consiglieri fra i consiglieri comunali e un terzo fra i proprietari fondiari il prezzo del cui terreno fosse valutato più di 10,000 yen.

L'amministrazione locale 'moderna' nel Giappone fu fondata dalle due leggi suddette, e fu stabilita a cominciare dalla totale modifica del sistema delle prefetture del 1899, fino all'abolizione della legge sul governo dell'organizzazione dei *gun* del 1921 .

Esse prevedevano assieme il doppio carattere di divisione ammini- strativa statale e di ente locale.

Quanto detto spiega il processo che portò alla nascita del nostro sistema locale; ci sono alcuni argomenti relativi ai problemi del sistema locale, come si vedrà di seguito, tutti riassunti in M. OSHIMA, in: *La formazione del sistema dell'autonomia locale*, in *La storiografia del Meiji-Ishin*, op. cit., vol. 4, pp. 142-158, Tokyo 1958.

Sulla natura giuridica del comune (Gemeinde: *cho* o *son*), all'in-

terno del quale popolo e potere statale hanno contatti quotidiani, si occupò nell'anteguerra solo il prof. K. NAKADA con *Iriai-ken nei primi anni dell'era Meiji* (22), *La personalità giuridica del mura nei primi anni dell'era Tokugawa*, e *La personalità giuridica del mura nei primi anni dell'era Meiji*, in *Raccolta di storia del diritto*, Tokyo 1938; da allora in poi la sua teoria andò sempre più diffondendosi. Secondo Nakada, il *mura* nella società feudale, essendo dotato di personalità propria, fu la 'reale Gesamtperson' che somiglia molto alla 'Genossenschaft' del diritto germanico, la quale è la 'Gesamtheit' degli abitanti (contadini). Cioè il *mura* stesso non aveva solo facoltà di intentare causa, sostenere le imposte e concludere i contratti, ma ottenne anche il possesso dei beni come 'Gesamteigentum'. Anche le riforme nei primi anni dell'era Meiji non cambiarono la natura del *mura*, ma la legge del 1888 lo trasformò nella persona astratta e artificiale del diritto romano. L'attuazione di questa legge separò la connessione organica fra il *mura* e i suoi abitanti, trasformò i beni, che erano 'Gesamteigentum' del *mura* e degli abitanti, in beni posseduti esclusivamente dal *mura*. Una critica alla teoria di NAKADA fu avanzata da M. KAINO in: *Uno studio sullo iriai*, Tokyo 1948, secondo cui nella società feudale può e deve distinguersi teoricamente il *mura* come divisione amministrativa dal *mura* come comunità; mentre il primo ebbe tendenza ad acquisire gradualmente la personalità giuridica pubblica, il secondo ebbe tendenza ad esplicitare le sue funzioni come 'reale Gesamtperson' nascondendo il momento in cui il *mura* si sarebbe diviso in due, ma questa scissione era ancora germinale e latente. Alla base della comunità si ponevano essenzialmente l'acqua (l'acqua di irrigazione per le risaie) e l'*iriai* (l'uso di boschi e pianure come fonte di approvvigionamento per concimi, mangimi, combustibili e legname da costruzione). La scissione in 'mura come divisione amministrativa' e 'mura come comunità', già latente nell'epoca vecchia, si mostrò sempre più con le riforme del sistema locale nell'era Meiji. La legge del 1880, rafforzando sempre più la natura di divisione amministrativa, significò il momento della perdita giuridica della natura di comunità, e poi la legge del 1888 completò istituzionalmente la scissione delle due nature del *mura*.

M. FUKUSHIMA / R. TOKUDA, *L'assemblea del comune (cho-son) nei primi anni dell'era Meiji* (1939), in *La riforma dell'imposta fondiaria e*

(22) *Iriai-ken, Allmende, Right of Common (the)*. L'*Iriai* è la consuetudine per cui gli abitanti di una regione usufruiscono dei boschi e dei campi demaniali. L'*Iriai-ken* è il diritto consuetudinario di *Iriai*. Nell'*Iriai* la proprietà o il diritto di disposizione del campo appartiene alla regione (comunità): oggetto di questo diritto, è l'uso del bene ed il godimento dei profitti da parte dei membri della comunità. L'*Iriai-ken* in Giappone è simile al *Gesamteigentum*, ma è distinto dall'*Eigentum zur gesamten Hand*, o *Miteigentum nach Bruchteilen*. L'*Iriai-ken* si costituiva con la formazione delle comunità nell'era Edo e la struttura tipica del diritto consisteva in una perfetta parità fra gli *hon-byakusho* (agricoltori del fondo).

l'istituzione dell'autonomia locale, op. cit., Tokyo 1956, pp. 121-286; R. TOKUDA, *L'origine dell'assemblea del cho-son nel nostro paese*, (1940) e *Lo sviluppo dell'assemblea del cho-son nei primi anni dell'era Meiji*, (1942), in *Meiji-shiryokenkyurenrakukai* (a cura di), *La struttura giuridica del potere nell'era Meiji*, Tokyo 1959, pp. 24-42, pp. 43-117, attraverso l'analisi dei vari documenti storici provano quella differenza fra l'assemblea del *cho-son* ed il *yoriai* a cui M. KAINO fa riferimento per la conoscenza del ' *mura* come divisione amministrativa ' e ' *mura* come comunità '.

FUKUSHIMA e TOKUDA provano che ci sono differenze nell'organizzazione, nella competenza, nelle funzioni, ecc... fra l'assemblea del *cho-son* ed lo *yoriai*. L'assemblea del *cho-son*, cioè, non fu realizzata attraverso la riorganizzazione del vecchio *yoriai*, ma fu introdotta dall'esterno e divise le sue funzioni con il secondo. I problemi sull'amministrazione spettarono al potere decisionale del primo, i problemi sugli interessi diretti della vita popolare al potere del secondo. In altri termini, il *mura* con lo *yoriai* come organo decisivo e l'assemblea generale (*sodai-kai*) come organo esecutivo fu differente da quello con l'assemblea di *cho-son* quale organo decisivo ed il *ko-cho* quale organo esecutivo. Il *mura* risultato dalla legge del 1888 apparteneva al secondo tipo, con la creazione del sistema rappresentativo moderno nel *cho-son*. Il carattere dello *yoriai* era la partecipazione di tutti gli abitanti e l'approvazione all'unanimità, mentre l'assemblea del *cho-son* era composta da consiglieri eletti, così che l'elettore non vincolasse il mandato di ogni consigliere, mentre la decisione del consiglio vincolasse tutti gli elettori. Per quanto riguarda l'influenza del diritto straniero, questa fu ampia in ordine all'introduzione delle autonomie locali ' moderne '. H. KIKEGAWA, le cui opere sulla formazione dell'autonomia locale nell'era Meiji sono famose, giudica che la matrice della disciplina delle amministrazioni locali nell'era Meiji fosse da ricercare nel cosiddetto sistema nuovo prussiano a partire dalla ' Städteordnung für die sechs östlichen Provinze ' del 1853.

Nel momento della svolta politica del 1881 i governanti decisero di prendere la Prussia come modello per la costituzionalizzazione e nel 1882, per decreto reale, fu inviato H. ITO in Prussia per studiare la costituzione.

I temi di indagine affidati a H. ITO, erano trentuno, e comprendevano « quanto riguarda il sistema locale ».

H. ITO ascoltò le elezioni di Rudolf von Gneist, Albert Mosse e Lorenz von Stein a Berlino e Vienna.

Attraverso quelle lezioni H. ITO si convinse che era necessario rafforzare il poter monarchico ed indebolire l'autorità del parlamento, e contemporaneamente che il sistema locale fosse alla base di ogni monarchia costituzionale. È H. KIKEGAWA, in *La storia della formazione del sistema locale nell'era Meiji*, Tokyo 1967, che dimostra, attraverso

prove dettagliate, i disegni di Karl Rudolff e Albert Mosse, le opinioni di Hermann Roesler e Rudolf von Gneist e le differenze fra Prussia e Giappone.

Il « programma della codificazione del sistema locale » deciso in base al principio di A. Mosse, basato su di un sistema di alleanze fra i possidenti locali e la burocrazia, è il fondamento dell'idea di istituzioni quali lo *shi*, il *cho-son*, il *gun* ed il *fu-ken*, citate precedentemente. L'amministrazione reale dello *shi* e del *cho-son* si formò, però, in base alla modificazione del progetto di Albert Mosse, il cui indirizzo, rafforzando il controllo burocratico da parte della autorità imperiale, fu di consolidare l'ordine costituito sotto l'iniziativa dei proprietari fondiari in ogni *cho-son* nuovo. Per questa ragione, si può dire che il governo istituzionale giapponese era più arretrato di quello prussiano; T. OSHIMA, *La storia dell'amministrazione e la finanza locale in Giappone*, Tokyo 1968, pp. 186-193; M. OSHIMA, *La politica locale*, in *La formazione del sistema giuridico moderno nel Giappone*, op. cit., vol. 1, pp. 197-205.

Inoltre la configurazione del grande proprietario fondiario nel *gun* prendeva come modello il 'Gutsherr Junker' prussiano, che godeva storicamente di privilegi e prestigio nella sua regione e dirigeva i proprietari piccoli e medi, ma c'era una differenza qualitativa fra il grande proprietario giapponese e quello prussiano, ed il sistema giapponese aveva in sé fin dall'inizio una contraddizione sociale.

T. OSHIMA indica che le suddette tre leggi nuove del 1878 subivano l'influenza del sistema del decentramento francese nella sua globalità. Y. SAKAI, *Il sistema locale nell'era Meiji e la Francia*, nella *Nihon-seijigakkai* (a cura di), *Il centro e le regioni nella politica moderna giapponese*, Tokyo 1985, sottolinea che il sistema locale francese fu introdotto in Giappone grazie a K. INQUE, il direttore dell'ufficio legislativo di allora. Ultimamente si fa strada la teoria secondo cui proprio la legge del 1890 subì l'influsso delle istituzioni francesi e, in particolare, delle leggi '28 Pluviôse / 8 — 17 Février 1800 — Loi concernant la division du territoire de la république et l'administration' e '10 Aout 1871 — Loi relative aux conseils généraux'; quindi è ancora libero il terreno per ricerche di respiro scientifico più ampio su questo tema. Sul carattere del sistema locale è T. FUJITA, *La formazione dell'istituzione finanziaria locale nel Giappone*, Tokyo 1941, ad indicare che il sistema locale giapponese ha un « carattere controllato dall'alto » e un « carattere imitativo e importatore ». Cioè, secondo T. FUJITA, il carattere della finanza-amministrazione locale e dell'autogoverno locale non è di trarre indicazioni dei bisogni del comune stesso (domanda dal basso), ma soddisfa la urgente necessità di stabilizzare l'intero sistema politico interno (domanda dall'alto), ed è l'importazione e l'imitazione del sistema prussiano; come ho già detto. T. TSUJI, in *Lo studio della burocrazia giapponese*, Tokyo 1969, individua il modello dell'autonomia

locale moderna in Inghilterra e confronta questa con quella giapponese. Secondo TSUJI, in *Lo studio della burocrazia giapponese*, Tokyo 1969, individua il modello dell'autonomia locale moderna in Inghilterra e confronta questa con quella giapponese. Secondo TSUJI, in Inghilterra, il metodo di controllo del centro sugli enti locali non è di tipo autoritario, ma 'advice' e 'information', come J.S. Mill scrive, e c'è una specie di relazione organica fra la centralizzazione politica ed il decentramento. Il 'Parliamentary system' ed il 'Justices peace' sono i due momenti che fanno da mediazione per l'aggiustamento organico fra entrambi. Ma in Giappone, senza le condizioni sociali per rendere possibile l'aggiustamento fra « la centralizzazione di conoscenza », e « il decentramento di poteri » (J.S. Mill scrive che « power may be localised but knowledge must be centralised »), sono caratteristiche dell' 'autonomia locale - burocratica' il controllo burocratico e la privazione di autonomia degli enti locali basati sulla centralizzazione forte. K. OISHI, *La storia della finanza e l'amministrazione locale nel Giappone*, Tokyo 1961, insiste che non dobbiamo investigare il processo della formazione dell'autonomia locale solo sotto l'aspetto del « controllo dall'alto, imitazione ed importazione », che cioè la domanda della politica governativa si faceva strada direttamente e si realizzava unilateralmente, e che l'autonomia locale era solo quella premoderna e burocratica decisa dall'alto come rinforzo dell'organizzazione governativa centralizzatrice. Secondo OISHI, anche se il momento della formazione della nostra autonomia locale fosse imitativo, importatore e burocratico come gli studiosi affermano, il problema è di studiare le condizioni sociali, politiche ed economiche di quel momento.

Tuttavia le ricerche fino ad ora non hanno indagato sempre la dinamica dei rapporti reciproci fra il governo e le forze di opposizione. È necessario comprendere come la formazione e lo sviluppo dell'autonomia locale siano il risultato anche in qualche misura dell'opposizione politica di varie classi, pure se la proposizione spontanea dal basso non aveva il potere di regolare direttamente lo sviluppo strutturale. I momenti della formazione dell'autonomia locale giapponese, cioè, costituirono principalmente una risposta al movimento borghese primitivo, il Movimento per la libertà ed i diritti popolari, al fine di svuotare sostanzialmente le domande del movimento, ricevendole formalmente, e per costituire rapidamente un sistema finanziario e amministrativo locale corrispondente alle condizioni internazionali. Da questo punto di vista, OISHI divide il processo di stabilimento del sistema locale in tre periodi e chiarisce scientificamente come relazioni opposte ci furono in ogni periodo e attraverso quale processo sorsero gli istituti e le istituzioni. Poi OISHI, *Lo stabilimento dell'autonomia locale*, in S. TOYAMA (a cura di), *La formazione dell'impero moderno, Lo studio dell'impero moderno*, Tokyo 1987, pp. 407-444, sviluppa i propri argomenti come di seguito: L'istituzione del comune nel 1888, con l'intento di dominare

e unificare le popolazioni locali attraverso l'unione del governo burocratico con gli 'Honoratioren' non funzionò a dovere nei primi tempi dell'attuazione. Dopo la politica di rafforzamento dell'amministrazione locale, portata avanti al momento della guerra russo-giapponese, particolarmente con l'opera di ristrutturazione delle regioni, svolta dal ministero dell'Interno, dal 1903 in poi, e l'emendamento della legge di organizzazione di *shi, cho-son* nel 1911, l'amministrazione locale del governo poté concretamente strutturarsi anche nel *cho-son* ed il dominio degli «*Honoratioren*», strettamente legato al governo burocratico, poté stabilirsi nella più elementare unità dell'organizzazione amministrativa.

Egli inoltre indica come il municipio estendesse l'organizzazione delle sue funzioni; il comune (villaggio) come comunità continuava ad esistere e ad applicare le norme scritte proprie del «comune come comunità».

Come si è detto prima, è KAINO che afferma lo schema della differenza fra il comune come divisione amministrativa ed il comune come comunità, e la persistenza di entrambi.

La sua teoria va tenuta in gran conto per la sua influenza sul mondo accademico. Uno studioso di scienza della politica, T. ISHIDA, (*Lo studio della storia del pensiero politico nell'era Meiji*, Tokyo 1954 e *Lo studio della struttura politica nel Giappone moderno*, Tokyo 1956) critica KAINO affermando che la comunità rivestì una importante funzione politica come base dell'organizzazione amministrativa. Secondo ISHIDA, la prima non poté continuare a esistere indipendentemente dalla seconda, poiché la radice su cui si fonda l'autonomia locale per stabilizzare lo Stato imperiale risiedeva proprio nelle funzioni della comunità. Con lo stabilimento del sistema dei proprietari terrieri parassitari, questi, ottenuta una posizione dominante nel *mura*, non negarono le relazioni della comunità, ma anzi imposero su di esse il loro potere.

Lo 'Honoratiorenschaft', al cui culmine si situa il proprietario parassitario, si costruì sulla base della comunità informale. In altri termini, il complesso processo della fondazione del sistema delle autonomie locali, mentre confinò ai margini della comunità gli agricoltori, che non ebbero accesso alla borghesia, e impedì la politicizzazione dal basso, affidò il monopolio della politica ai proprietari parassitari. Su queste basi si edificò la struttura burocratica dell'impero assoluto e del governo costituzionale esteriore; K. KUMAGAI e altri (a cura di), *Il diritto moderno giapponese e la demolizione del «mura»*, Kyoto 1965, dimostrando che la demolizione del «*mura*» procede parallelamente con lo sviluppo del sistema locale, critica l'opinione secondo cui la comunità fu indispensabile per la proprietà fondiaria e afferma che la sua formazione si accompagnò fundamentalmente al disfacimento della comunità. E. YAMANAKA, *La formazione dello stato moderno giapponese*

e i regolamenti del comune (*mura-kiyaku*)⁽²³⁾, Tokyo 1975, analizza i *mura-kiyaku*, che furono le norme prime e fondamentali per disciplinare la Comunità e la vita dei contadini, e chiarisce i termini del mutamento delle regole: dall'autonomia dell'abitante del *mura* contro il potere statale all'influenza del diritto statale con conseguente perdita d'autonomia. Secondo YAMANAKA, poiché dopo la formazione della proprietà terriera, nel comune vecchio (*buraku*), si verificò l'opposizione fra le classi (proprietari ed affittuari terrieri), il *buraku* fu organizzato mediante la decisione amministrativa in *son* o *ku*; inoltre il sistema assicurò istituzionalmente che i proprietari mantenessero la supremazia sugli altri. Il *buraku* stesso non era indipendente dai *son*, anche se, all'apparenza, sembrava adempiere il ruolo che era stato della comunità, ed il *mura-kiyaku* servì, in sostanza, a facilitare l'esercizio della politica amministrativa e finanziaria nel comune nuovo, pur dietro l'aspetto di 'norme proprie autonome'. Anche M. NAKAMURA indica, come si vedrà di seguito, che il nucleo del sistema locale nell'era Meiji fu l'istituzione del *cho-son*, il quale era creato dalla riorganizzazione del comune vecchio e aveva la doppia struttura di comunità naturale e comune amministrativo. In ciò risiede l'essenza del *cho-son*: che, lasciando la comunità tradizionale alla base, organizzò artificialmente il *son* amministrativo con l'unione di più comunità, impostò il sistema di relazioni reciproche fra il *son* naturale e quello amministrativo, e unì politicamente gli abitanti; cfr.: *Lo stato imperiale ed il governo locale*, in *La storia giapponese*, op. cit., vol. 8, pp. 35-84.

H. ISHIKAWA, analizzando il principio degli 'Honoratioren', introdotto nel 1888, critica l'opinione dominante secondo cui l'autonomia locale giapponese procedette da questo, il cui nucleo era la proprietà parassitaria⁽²⁴⁾, difese interessi di classe ed estese il controllo burocratico all'interno del *cho-son* attraverso il proprietario parassitario. Secondo ISHIKAWA, c'era una grande differenza fra l'ideale ed il reale; la sua opera indica che lo stabilimento definitivo del sistema degli 'Honoratioren' ci fu nel periodo di stagnazione e retrocessione della proprietà parassitaria (dalla seconda metà del Meiji alla prima del Taisho). A quel tempo molti 'Honoratioren' opposero resistenza al governo burocratico e tante comunità li sostennero; quindi questo istituto fu caratterizzato da una molteplicità di aspetti, che non possono comprendersi soltanto come veicolo per la penetrazione del controllo burocratico nel *cho-son*; *Gli 'Honoratioren' moderno giapponese e l'autonomia*, Tokyo 1987. La nostra sto-

(23) Cfr. nota 2.

(24) Ma M. NAKAMURA indica che il numero dei grandi proprietari parassitari ammontava a 5.403 persone (solo lo 0,081% di tutti i proprietari terrieri); gli *Honoratioren*, che sostenevano l'autonomia locale, erano composti dai proprietari terrieri medi o piccoli, i cui terreni erano valutati intorno ai 400-10.000 yen dai proprietari che coltivavano con le proprie mani e dai grossi coltivatori diretti (*Lo stato imperiale e il governo locale*, op. cit., p. 59).

riografia sulle autonomie locali ha messo in luce il processo delle situazioni legislative e della struttura giuridica, ma è ancora insufficiente al chiarimento scientifico della realtà storica.

Sul processo della codificazione moderna.

Subito dopo la caduta del regime Tokugawa, il governo nuovo scelse di seguire gli antichi statuti penali, ma contemporaneamente progettò la codificazione del diritto penale, e, infatti, per esempio promulgò il « *Shinritsu-koryo* » nel 1870 e il « *Kaitei-Ritsuryo* » nel 1873. Questi, basati sul « *Ritsuryo* », che il Giappone aveva introdotto dalla Cina antica, contemplavano le discriminazioni sociali, pene crudeli e degradanti, ma non il principio ' nulla poena sine lege ': Y. HIRANO, *La storia dello sviluppo del diritto penale*, in *La struttura giuridica del potere nell'era Meiji*, op. cit., pp. 118-199. K. NAKAMURA, *Il diritto penale*, in *Lo sviluppo storico del diritto moderno giapponese*, op. cit., vol. 9, pp. 1-61; Y. TEZUKA, *Lo studio della storia del diritto penale nell'era Meiji*, Tokyo 1984-86, 3 voll. I nostri studi della storia del diritto penale sono comunque ancora in ritardo. Dunque l'« apertura » del Giappone significò che esso fu inserito nel mercato internazionale sotto minaccia della forza militare ed in questo contesto internazionale si sviluppò la legislazione interna. Dopo essere stato costretto ad abbandonare la tradizione politica dell'isolamento (*sakoku*), il governo Tokugawa accettò i trattati commerciali, prima con gli Stati Uniti nel 1858, poi con l'Olanda, la Russia, l'Inghilterra, la Francia e, subito dopo la formazione del governo Meiji (1869), con la Svezia-Norvegia, la Spagna e l'Impero austro-ungarico. I caratteri comuni dei trattati detti ' ineguali ' furono i principii della giurisdizione personale, la perdita dell'autonomia doganale e la clausola della nazione più favorita. Il primo principio significa generalmente garantire la giurisdizione del consolato sul caso civile e penale quando l'accusato è uno straniero, ma le potenze occidentali intervennero anche nell'applicazione del diritto giapponese o quando l'accusato era un giapponese; poi, interpretando estensivamente la giurisdizione del consolato, insisterono che, in linea generale, lo straniero non dovesse necessariamente osservare le leggi e le ordinanze giapponesi e che fosse necessario consultarsi anticipatamente con il ministro straniero quando le leggi fossero applicate allo straniero in Giappone. Il secondo e il terzo stabilirono la tariffa di appena il 5% su quasi tutte le merci esportate ed importate, privando il Giappone del diritto di modificare tale percentuale ed il gettito fiscale; questa situazione influenzò lo sviluppo del capitalismo giapponese, ed in questa situazione il miglioramento dei ' trattati ineguali ' finì per diventare una rivendicazione generale per tutto il popolo giapponese. Stante la situazione sopra menzionata, lo studio sul problema del ' miglioramento dei trattati ' è un campo considerato dagli studiosi come la parte più

importante della storiografia del *Meiji-Isbin*: T. ISHII, *L'ambiente internazionale del Meiji-Isbin*, Tokyo 1957 e *Le relazioni internazionali nei primi anni dell'era Meiji*, Tokyo 1977; H. OUAMA, *Il miglioramento dei trattati* in *Lo sviluppo storico del diritto moderno giapponese*, op. cit., vol. 2, pp. 177-231; F. SHIMOMURA, *Lo studio sulla storia del miglioramento dei trattati*, Tokyo 1962; M. HASEGAWA / N. TOSHITANI, *La storia del diritto moderno giapponese in Il diritto contemporaneo*, op. cit., vol. 14, Tokyo 1966, pp. 1-112; N. TOSHITANI, *La formazione del sistema giuridico moderno*, in T. ASAO e altri (a cura di), *Lezioni di Iwanami, La storia giapponese*, Tokyo 1976, vol. 16, pp. 95-136; K. HIROSE, *Il mutamento della società internazionale e la generalizzazione del diritto internazionale*, in H. TERASAWA e altri (a cura di), *La ristrutturazione dello studio di diritto internazionale*, Tokyo 1978, vol. 2, pp. 107-160; Y. MATSUI, *Il miglioramento del trattato* in *La formazione del sistema giuridico moderno in Giappone*, op. cit., vol. 2, pp. 193-261. Per il governo, che mirava al miglioramento dei trattati ineguali, tanto la riconquista del pari trattamento nelle relazioni con le potenze occidentali, quanto la organizzazione giuridica del potere statale per mantenere l'autonomia del potere, furono i problemi più urgenti; mentre per i paesi occidentali più avanzati, l'ordine e la stabilità necessarie per la circolazione di capitale e merci, la possibilità di provvisione e la garanzia giuridica di integrità della vita, del corpo e dei beni furono le condizioni minime necessarie. Infatti, per esempio, il tedesco von Eisendecker disse francamente che dovesse essere un giudice straniero, in qualità di funzionario giapponese, a celebrare i processi per gli stranieri, o che il giudice giapponese sostenesse l'esame da giudice all'estero poiché in Giappone mancavano le leggi civili, commerciale e fallimentare, la pubblicità del processo, la giuria e la competenza prestabilita del giudice. Coerentemente ai motivi di cui sopra il governo negoziò il miglioramento dei trattati e tali negoziati comportarono inevitabilmente l'uso delle codificazioni moderne.

Il negoziato preliminare del 1887 finì con adottare la 'Jurisdictional Convention'. K. INOUE, capo del Ministero degli esteri, promise di istituire un tribunale misto integrato da molti giudici stranieri⁽²⁵⁾, di emanare le leggi penale, processuale penale, civile, commerciale e processuale civile basate sui 'Principi occidentali' e di comunicare i testi ufficiali in inglese a ciascun governo, ma tutti i negoziati di K. INOUE e del suo successore S. OKUMA andarono a monte per opposizioni interne ed esterne al governo. I trattati equi furono conclusi prima con l'Inghilterra, poi con i rimanenti quindici stati, dal 1894 al 1897 (attuati poi nel 1899). Come già detto, le potenze occidentali esigevano l'ema-

(25) *L'Institut de droit international*, considerava fondamentale il problema della 'possibilità di applicare il diritto internazionale europeo ai paesi asiatici', ed alcuni rapporti nell'*Institut* sostennero l'istituzione della corte mista.

nazione delle leggi come condizione per il miglioramento dei trattati, ma il Giappone di allora non era in grado di preparare e sistemare una legislazione capitalistica senza consiglieri stranieri e senza l'assimilazione degli ordinamenti stranieri, poiché mancava la tecnica giuridica per la codificazione basata sui 'Principii occidentali'. Particolarmente importante fu il ruolo di Gustave-Emil Boissonade, Georges Gousquet, Georges Appert, Karl Rudorff, Albert Mosse, Karl Hermann Roesler e Hermann Techow; sulla nostra formazione giuridica moderna: O. OKUBO, *Boissonade*, Tokyo 1977; N. UMETANI, *I consiglieri stranieri: un profilo*, Tokyo 1968 e *I consiglieri stranieri: politica e legge*, Tokyo 1971; J. SIEMES (trad. H. HONMA), *La modernizzazione del Giappone e Roesler*, Tokyo 1970. La codificazione penale era cominciata prima sotto l'iniziativa dei commissari giapponesi, poi passò nelle mani di G.E. Boissonade a causa dell'inadeguatezza del lavoro dei giapponesi. Nel luglio 1880 il codice penale (il cosiddetto codice vecchio) venne promulgato dopo il dibattito e gli emendamenti sul progetto Boissonade del 1877, influenzato dal codice francese. Il codice penale vecchio, differente dalle ordinanze legislative precedenti, *shinritsu-koryo* e *kaitei-ritsuryo*, introdusse i principi democratici e borghesi del diritto penale, il 'nulla poena sine lege', la 'règle de la non-rétroactivité de la loi pénale', il 'nulla poena sine culpa' ed il sistema della pena detentiva. Ecco la proposta di legge nell'originale francese: « Art. 2. Nulle action ou omission ne peut être punie, si ce n'est en vertu d'une disposition expresse de la loi. Art. 3. La loi pénale n'a pas d'effet rétroactif sur les infractions commises avant sa promulgation, toutefois, les dispositions plus douces d'une loi nouvelle sont immédiatement applicables ».

Dai penalisti giapponesi è comunemente ammesso che l'art. 2 del codice penale vecchio introdusse il 'principe de la légalité des délits et des peines' per la prima volta in Giappone, ma T. YOSHIKAWA, *La storia del 'principe de la légalité des peines' in Giappone*, in Tokyo-daigaku-shakaikagabu-kenkyujo (a cura di), *I diritti fondamentali dell'uomo*, Tokyo 1968, vol. 4, pp. 5-35, con Y. HIRANO, (*Lo sviluppo storico del diritto penale nell'era Meiji*, op. cit.), fa sorgere un dubbio su quel giudizio. Secondo YOSHIKAWA, il valore sostanziale del principio è di imporre restrizioni alle punizioni arbitrarie da parte del potere amministrativo e giudiziario, secondo le prescrizioni delle leggi emanate dall'organo legislativo che rappresenta gli orientamenti del popolo; ma in Giappone non esisteva ancora un parlamento eletto a suffragio universale ed il codice vecchio stesso non era una 'legge' che rifletteva in senso stretto la volontà popolare; quindi, l'art. 2 rappresentò soltanto una dichiarazione del principio che nessuno può essere punito se non in forza di una legge promulgata prima della commissione del fatto, ma valse soltanto come imitazione formale del 'principe de la légalité des peines'.

Naturalmente non si può negare l'importanza che quell'articolo

rivestì per il progresso verso la garanzia dei diritti dell'uomo nella storia giapponese. E. Ito, capo del Ministero della Giustizia, iniziò la codificazione con l'intenzione di compilare il codice giapponese tramite una mera traduzione di quello francese; G.E. Boissonade non pretese di tradurre alla lettera il codice napoleonico, ma stese la bozza del codice giapponese « conformandosi alla situazione interna »; poi, a partire dal codice francese, stabilì le norme tenendo anche presenti i codici tedesco, belga, portoghese e italiano. Questo è un problema che andrebbe soggetto ad una ricerca comparativa più accurata: secondo C. SAEKI / Y. KOBAYASHI, *La storia teorica del diritto penale in Lo sviluppo storico del diritto moderno giapponese, op. cit.*, vol. 11, pp. 207-289, la teoria di Boissonade era uno sviluppo della 'école eclectique' o 'école néoclassique'; il codice vecchio prevedeva ancora le norme che garantivano i valori giuridici semi-feudali, per esempio: il parricidio, l'adulterio (con disparità di trattamento fra marito e moglie) e le pene pesanti per i delitti di 'rivolta intestina' e 'crimine contro la Famiglia Imperiale' (queste pene furono applicate al Movimento per la libertà e i diritti popolari). Il progetto di codice di procedura penale, alla cui redazione Boissonade partecipò, fu approntato, sulla base del codice francese, alla fine del 1878: dopo esami e modificazioni questo fu promulgato nel 1880 ed entrò in vigore nel 1882. Il codice stabiliva i tre gradi del giudizio (i tribunali di primo grado, le Corti d'appello e la Corte Suprema), il principio della pubblicità del giudizio, la proibizione di estorcere confessioni mediante la tortura e l'inganno, definiva la figura dell'avvocato, mentre negava l'istituto della giuria, annettendo grande rilevanza alla confessione; in realtà, nel segreto delle 'camere chiuse' della polizia, la tortura si continuò a praticare.

Il codice penale ed il codice di procedura penale furono i primi basati sul 'modello occidentale', che si affermò come irrinunciabile nei negoziati per il miglioramento dei « trattati ineguali ». Lo sviluppo del capitalismo giapponese e della politica di colonizzazione nel continente asiatico, il cui momento cruciale fu vissuto durante la guerra cino-giapponese, causò varie contraddizioni interne: da una parte, il rapido sviluppo dei movimenti operai e socialisti, dall'altra, l'aumento rapido dei delitti, particolarmente quelli recidivi. In risposta a questa situazione, dopo l'emanazione delle leggi penali speciali, nel 1907, il codice penale emendato fu votato dalla Dieta, ed entrò in vigore nell'aprile dell'anno seguente. Si dice che questo codice venne influenzato dalla teoria penalistica del soggettivismo di Franz von Liszt e altri, anche se ad essa risultarono aggiunti i miglioramenti adeguati alla situazione giapponese. In confronto al codice vecchio il numero degli articoli nel codice nuovo diminuì, le definizioni divennero semplici ed una vasta discrezionalità fu affidata ai giudici. Cioè, nel codice vecchio, come indicano la dettagliata classificazione delle fattispecie di delitto e la disciplina delle pene legali secondo la tradizione francese, i giudici

erano strettamente vincolati dalle norme, ma il codice nuovo riordinò e unificò le varie categorie di delitti, estese la discrezionalità del giudice e gli affidò la funzione di organo di repressione del colpevole. Quindi la norma che traduceva il principio *nulla poena sine lege* fu eliminata, in quanto, si disse, non era più necessaria la attuazione di quel principio, già chiarito dall'interpretazione della legge e dalla costituzione, il cui art. 23 recitava; «il suddito giapponese non può essere arrestato, imprigionato, inquisito o punito se non in forza di una norma di legge». Ma la vera ragione di questa eliminazione fu l'esigenza di adattare alla politica giuridica il concetto di 'difesa sociale'; T. YOSHIKAWA, *op. cit.*; S. ISHII (a cura di), *La lezione della storia moderna del diritto giapponese*, Tokyo 1972, pp. 113-136.

Nel 1922 vennero emanati il codice di procedura penale ed il codice penale, basati su quello tedesco del 1877. Dopo la prima guerra mondiale, il governo giapponese fece figurare all'ordine del giorno una politica mirata alla garanzia giuridica dell'imperatore e del capitalismo stesso, emanò al tempo stesso una quantità di leggi di pubblica sicurezza, coartò la libertà di espressione del pensiero, così come inviò all'esilio un penalista dell'Università di Kyoto, il prof. K. TAKAGAWA, che aveva criticato la disparità del trattamento fra uomini e donne nella legge sull'adulterio ⁽²⁶⁾, e le teorie nazionalsocialiste finirono con l'aver una grande influenza nel mondo accademico giapponese.

La codificazione del diritto civile fu tentata dagli organi di governo dopo l'inizio del lavoro di S. ETO: alcuni progetti vennero presentati, ma senza esito, e nel 1880 il governo affidò la redazione di un progetto di codice civile al Boissonade. Dopo esami e revisioni, nel 1890 il codice civile (il codice civile vecchio) fu promulgato (con previsione di esecuzione entro il 1893). Ma una campagna, iniziata nel 1889 per chiedere il rinvio dell'entrata in vigore del codice, raggiunse il culmine nel 1892, e alla fine l'entrata in vigore fu rinviata al 31 Dicembre 1896. Essendo proceduta la stesura del nuovo codice ad opera di una nuova commissione governativa formata da tre redattori giapponesi, (N. HOTSUMI, M. TOMII, K. UME), nell'aprile 1896 vennero promulgati i libri aventi ad oggetto: le norme generali, i diritti reali ed il credito, e nel maggio 1898 quelli sulla famiglia e sulle successioni; nel luglio 1898 tutto il codice civile nuovo entrò in vigore.

Le opere scientifiche sul processo di codificazione del diritto civile, scritte naturalmente partendo dai punti di vista più svariati, sono: T. HOSHINO, *Lo studio della storia della codificazione del diritto civile*,

⁽²⁶⁾ A causa delle dimissioni dei professori più insigni per protesta contro il governo, la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Kyoto cadde, per un periodo, in una situazione di sfacelo. Si verificano: la censura per il prof. G. SUEHIRO (diritto civile) nel 1934, il caso della dottrina dell'Imperatore come organo statale del prof. T. MINOBE nel 1935; infine vennero negate le libertà di studio ed insegnamento nell'Università.

Tokyo 1943 e *La storia della controversia sul codice civile*, Tokyo 1949; Y. HIRANO, *La struttura del capitalismo giapponese e i diritti*, Tokyo 1946 e *La società capitalistica giapponese e i diritti*, Tokyo 1955; R. ISHII (a cura di), *La storia culturale. La legislazione*, Tokyo 1954, vol. 23 e *La raccolta della storia del diritto. La codificazione del diritto civile*, Tokyo 1981, vol. 4; M. FUKUSHIMA, (a cura di), *La formazione del codice civile Meiji e i documenti di Hotsumi*, Tokyo 1956 e *Dott. Hotsumi Shigebunobu e le legislazioni in Meiji-Taisho*, Tokyo 1967; S. TOYAMA, *L'osservazione dal punto di vista della storia politica sulla controversia del codice civile*, in *Meiji-shiryokenkyu-renrakukai* (a cura di), *Dalla teoria per i diritti popolari (minken-ron) al nazionalismo*, Tokyo 1957, pp. 247-290; K. NAKAMURA, *La formazione giuridica del Giappone moderno* (edizione riveduta e ampliata), Tokyo 1958; T. KAWASHIMA / N. TOSHITANI, *Il diritto civile (I)*, in *Lo sviluppo storico del diritto moderno giapponese*, op. cit., vol. 5, pp. 1-48; N. MIYAKAWA, *I fondamenti socio-economici della controversia sul codice civile*, in *La struttura giuridica del potere nell'era Meiji*, op. cit., pp. 200-300 e *Il codice civile vecchio ed il codice civile nuovo*, Tokyo 1965; S. ISHII (a cura di), *Lezioni di storia moderna del diritto giapponese*, op. cit., pp. 95-111; K. MUKAI, *La codificazione del diritto civile*, in *La formazione del sistema giuridico moderno nel Giappone*, op. cit., vol. 2, pp. 313-396. M. FUKUSHIMA, *Lo sviluppo del capitalismo giapponese e il diritto privato*, Tokyo 1988⁽²⁷⁾; Y. TEZUKA, *Lo studio della storia del codice civile Meiji*, Tokyo 1990, vol. 1. Boissonade redasse il progetto di codice civile sull'esempio francese, ma attinse anche dalle legislazioni di altri paesi, per quanto fu possibile, particolarmente dal codice civile italiano del 1865 e tenne conto delle modifiche introdotte dalla legislazione, dalla dottrina e dalla giurisprudenza nei settanta anni di vita del codice francese stesso. Insomma, le norme sui beni contenute nel codice civile vecchio risentivano di un'impostazione prettamente capitalistica; 1) chiarivano i principi del *drot civil*, l'inviolabilità del diritto di proprietà, sancivano la libertà di rinnovo del contratto e la responsabilità per negligenza, 2) proteggevano attività quali il trasferimento di diritto reale o la cessione di credito, ecc.; 3) consolidavano il diritto dell'affittuario di pretendere l'adempimento del contratto d'affitto; 4) limitavano la durata massima della dipendenza dell'affittuario dal padrone. Tuttavia, fra gli istituti

(27) Questa ricerca studia il processo di formazione dei codici di diritto privato nei tre periodi convenzionali: *a) Il primo periodo (1870-80)*. La redazione dei progetti del codice civile e della legge sulle società viene affidata a funzionari giapponesi; *b) Il secondo periodo (1880-86)*. I giuristi stranieri, incaricati dal governo, procedettero alla redazione dei progetti di codice, delle motivazioni e dei Commentari ed istruirono i loro collaboratori giapponesi. È un periodo sostanzialmente molto importante per la codificazione in Giappone; *c) Il terzo periodo (dopo il 1886)*. Durante il quale si attua il miglioramento dei trattati, e la promulgazione-esecuzione dei codici viene finalmente iscritta all'ordine del giorno.

tradizionali, il codice vecchio riconobbe la *eikosaku-ken* (enfiteusi), ma non l'*iriai-ken* (Allmende); il progetto di Boissonade applicava il termine *baux emphytéotiques* all'affitto per un periodo di oltre trent'anni⁽²⁸⁾. I due libri della famiglia e delle successioni furono stessi da mano giapponese in quanto dovevano essere prediposti in base agli usi e costumi dei giapponesi, ma il progetto preparato sotto l'influenza del Boissonade era di impronta occidentale ed anti-tradizionale.

Per esempio, il progetto riconosceva: 1) la capacità di ogni membro della famiglia, maggiorenne o minorenni che fosse, ad essere titolare di diritti reali sia su beni mobili che immobili; 2) l'abolizione del maggiorasco tranne i privilegi del capofamiglia cui il figlio maggiore continuava a subentrare, 3) la parità dei diritti successori fra figlio legittimo, naturale ed adottivo; 4) la comunione dei beni fra i coniugi; 5) l'iniziativa di divorzio da parte della moglie. Sul presupposto di queste norme, il progetto prevedeva la titolarità del diritto di proprietà dei beni in capo ad ogni persona, mentre il rapporto parentale aveva concrete possibilità di svilupparsi come relazione autenticamente giuridica producendo diritti e obblighi. Ma il progetto fu modificato notevolmente dal comitato d'inchiesta e dal consiglio degli anziani (*Genroin*). Riguardo alla controversia sul codice civile, sorse uno scontro fra un gruppo che affermava l'opportunità di una pronta attuazione del codice e un gruppo che era per il rinvio, sulla scorta di quanto esposto nella 'opinione sulla codificazione' (maggio 1889) della Società dei dottori in giurisprudenza dell'Università di Tokyo. L'iniziativa del primo gruppo si rese operativa tramite la cosiddetta scuola del diritto francese della *Wafutsu-horitsu-gakko* (l'attuale Università di Hosei) e della *Meiji-horitsu-gakko* (l'attuale Università Meiji), mentre al secondo gruppo facevano capo principalmente le scuole di diritto inglese e tedesco dell'*Ighirisu-horitsu-gakko* (l'attuale Università di Chuo) e l'Università di Tokyo. N. HOTSUMI, *Hoso-yowa*, Tokyo 1916 (nuova edizione 1980) indica che nell'anteguerra la controversia rivestì il carattere di una disputa dottrinale fra la scuola della giurisprudenza storica e quella della giurisprudenza naturale e questa controversia si può paragonare alla disputa fra Friedrich Karl Savigny e Anton Friedrich Thibaut in Germania. Ma HIRANO critica questo paragone con la disputa giurisprudenziale sulla codificazione fra *Romanisten* e *Germanisten*, in Germania, come semplicistico. Secondo HIRANO, lo scopo principale della richiesta di rinvio di attuazione del codice civile vecchio steso dal Boissonade, fu quello di orientarlo verso la ricostruzione dell'istituto della famiglia feudale contro il liberalismo borghese. Il regime dell'impero assoluto, traendo origine dal peculiarissimo capitalismo giapponese, preferì le 'consuetudini semi-feudali ed i ceti di

⁽²⁸⁾ G.E. BOISSONADE, *Projet de Code Civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un Commentaire*, T.1^{er}, 2^e édition, Tokyo 1882.

ex-signori e *samurai* delle grandi famiglie patriarcali' ai 'diritti dell'uomo, libertà uguaglianza, individualismo e democrazia applicabili ad una società che si riforma come borghese contenuti nel codice vecchio; esso, sulla base di questa istituzione giuridica e utilizzando i rapporti semi-feudali, tentò di dare maggiore impulso al capitalismo giapponese.

HIRANO, supponendo una doppia opposizione, fondamentale e relativa, definisce in tal modo la natura della controversia. Anche HOSHINO, da un punto di vista differente da quello di HIRANO, concluse che la natura della controversia risiedeva nella disputa delle teorie giuridiche e nella lotta ideologica che si nascondeva dietro le teorie giuridiche sulla natura del moderno diritto di famiglia nel codice vecchio. Cioè, nonostante il codice continuasse a conservare il carattere feudale nel suo processo di formazione, le norme sullo stato contenute nel codice vecchio non erano finalizzate ad attuare l'idea del diritto di famiglia patriarcale, ma a dare contenuto e forma civile moderna ai principali rapporti della famiglia; perciò il gruppo per il rinvio, che giudicava il codice vecchio come troppo liberale, esercitò una forte opposizione contro di esso. Secondo MIYAKAWA, la controversia si svolse nella forma di una polemica fra la scuola del diritto francese e quelle del diritto inglese e tedesco. La scuola francese del diritto naturale si orientò verso il liberalismo borghese, mentre quella del diritto inglese improntata a un liberalismo semi-feudale e quella del diritto tedesco ai dettami della giurisprudenza storica si orientarono verso l'assolutismo. Questa opposizione-lotta fra i due gruppi si tradusse in una *querelle* politica fra liberalismo borghese semi-feudale e burocratismo assolutistico nel processo di sviluppo del capitalismo giapponese, ed è stata portata in causa per fare riflettere sullo stridente antagonismo di fondo fra le classi in ordine ai problemi relativi al codice civile. Quindi, nel 1892, quando la controversia fu definitivamente composta, il borghese industriale preferì il codice tedesco — come modello per assicurare le relazioni produttive di un capitalismo industriale già stabilito, poiché esprimeva le relazioni produttive del capitalismo più progredito — al codice francese, che esprimeva le relazioni produttive di un capitalismo più arretrato. All'istituzione giuridica assolutistica si adattava il sistema tedesco più che quello francese e fu così che il codice nuovo (Meiji), basato sul codice tedesco, sostituì il codice vecchio basato su quello francese.

TOYAMA, pur riconoscendo il significato delle opere di HIRANO e HOSHINO, critica il fatto che la loro ottica è limitata solo alla teoria giuridica o alla storia della legislazione; secondo TOYAMA, nella storia giuridica pura sembra che la controversia consistesse nell'antagonismo fra la posizione di chi voleva negare gli usi e i costumi e preferiva il diritto civile moderno e la posizione contraria, ma, se la si osserva dal punto di vista della storia politica, la visuale si complica. Nel periodo della disputa, l'orientamento giuridico favorevole alla libertà ed ai diritti

popolari (*Jiyuminken-hogaku*) fu annientato dalla forza del potere assolutistico, dallo smantellamento e dalla degenerazione in seno al movimento stesso per la libertà e i diritti popolari (*Jyuminken-undo*); perciò l'opposizione fra il gruppo per l'attuazione e quello per il rinvio non fu decisiva, come invece fu la scissione fra i membri del movimento assolutista. L'opposizione nella disputa si origina dalla contraddizione strutturale del capitalismo giapponese, repulsione-attrazione di semi-feudalismo e capitalismo, quindi la controversia si manifestava nell'opposizione di tutte le potenze: gli anziani (*Genro*), i ministri di stato, i burocrati, il partito liberale ed il partito progressista e infine i membri del partito dei burocrati. Certamente è rilevante il fatto che il codice vecchio derivò dal modello occidentale introdotto dal Boissonade, ma il governo, dedicandosi alla stesura della costituzione, diede solo un significato secondario al codice civile poiché intendeva utilizzarlo a fini di scambio per il miglioramento dei trattati. Secondo FUKUSHIMA, la teoria stessa della scuola inglese non ebbe originariamente carattere di conservazione o reazione, ma, nel processo di opposizione alla codificazione a vantaggio del rispetto per la consuetudine e per il diritto non scritto, perse gradualmente peso la parte liberale che finì col collaborare con la destra conservatrice; la scuola francese, invece, proponendo la libertà e l'uguaglianza e auspicando lo sviluppo di industria e Stato, ebbe carattere progressista, ma anche quest'ultima ebbe il limite di non farsi promotrice di una rivoluzione democratica, ma fautrice di concessioni illuministiche, qualcosa di simile al governo dell'*hanbatsu*. La controversia fra le due scuole fece perno sul carattere del capitalismo giapponese, sul grado concreto di sviluppo, sulla struttura interna del potere assolutistico e sul mutamento della situazione politica. La borghesia giapponese, sviluppandosi, assunse caratteri differenti da quelli della borghesia classica occidentale, cioè trasse alimento dal potere assolutistico e dai capitali statali, quindi non diventò indipendente e non si oppose al feudalismo, ma si rese ubbidiente e accondiscendente al potere; invece il potere governativo, in considerazione della doppia natura del problema, concepì una contraddizione ed una opposizione interna, perciò nacque l'opposizione ideologica fra membri del governo e burocrati. Come già detto, le opere del dopoguerra sui contrasti di opinione, mettono in luce principalmente i termini della controversia sul codice civile vecchio in rapporto alle relazioni interne del capitalismo giapponese; NAKAMURA, TEZUKA, e ISHII, la concepiscono da un punto di vista completamente differente. Secondo NAKAMURA, il difetto delle opere sopra citate è di considerare soltanto il punto di vista della storia economica e di unire meccanicamente la controversia sul codice con l'analisi della struttura del capitalismo giapponese. La controversia non verteva né sulla teoria pura né sulle differenze fra la dimensione del gruppo semi-feudale e quella del gruppo borghese moderno, ma fu una vera e propria contesa fra le fazioni. La scuola inglese (*Ighiris-horitsu-*

gallo) si preoccupò della propria proiezione nel futuro e della sua influenza; analogamente l'opposizione fra le due scuole derivò da risentimenti e calcoli. NAKAMURA è d'accordo con il giudizio di TEZUKA: « il libro sui diritti della persona, nel codice vecchio, fu tanto feudale quanto nel codice Meiji ». Anche R. ISHII scrive che il libro delle persone e delle successioni nel libro « dei modi d'acquisto della proprietà », nonostante fosse progredito nel primo progetto, si sia modificato durante il processo di approvazione; non si può dire quindi che il codice vecchio fosse più progressista di quello Meiji. La causa per cui sorse questa grande controversia — scrive NAKAMURA — fu la differenza delle posizioni politiche. Chi pensava che la codificazione, introdotta ai fini del solo miglioramento dei trattati, conducesse ad una violazione di sovranità e all'intervento estero nella politica interna, partecipò al movimento per il suo rinvio.

Ma i risultati delle ricerche sulla storia del diritto di famiglia fino ad oggi chiariscono: 1) che il primo progetto riconosceva la capacità giuridica per ogni membro della famiglia e definiva sostanzialmente la parità nei diritti di successione; 2) chiariscono altresì che l'altro progetto affidava al capofamiglia un potere di controllo sulla residenza e sullo stato dei membri della famiglia e riconosceva il diritto di successione solo al primogenito; ma anche 3) che il potere di controllo non estendeva la sua influenza ad interferire sulla capacità giuridica e di agire dei membri; inoltre l'erede unico si assumeva l'obbligo degli alimenti a favore degli altri membri della famiglia come indennità per l'acquisizione esclusiva della successione. Quindi si può dire che perfino le competenze del capofamiglia, come disciplinate dal codice vecchio, erano differenti dal codice Meiji, corrispondente ideologicamente ad una rigida concezione dello stato imperiale. In ogni caso, il traguardo futuro sarà chiarire sufficientemente la controversia sul codice civile senza perdere di vista il complesso fenomeno storico. Il codice civile Meiji adottava il *Pandektensystem* invece del sistema francese; i tre libri « delle norme in generale », « dei diritti reali » e « del credito » furono promulgati nell'aprile 1896, i libri « della famiglia » e « delle successioni » promulgati nel luglio 1898. Omettendo di dilungarmi in un'ampia spiegazione sulle differenze fra il codice vecchio ed il Meiji, faccio solo notare come i due codici definivano diversamente la natura della proprietà terriera. MIYAKAWA, *La formazione della proprietà moderna nel Giappone*, Tokyo 1969, ne spiega la natura giuridica nel modo seguente: egli mette a confronto la disciplina del diritto di proprietà con quella del diritto di locazione terriera nei due codici; mentre il codice vecchio non intendeva stabilire alcuna relazione dominante-dipendente fra i due diritti, bensì ne riconosceva la parità, il codice Meiji partiva dall'assunto che l'uno sottometteva l'altro. Perciò, secondo MIYAKAWA, la disciplina della proprietà terriera nel codice vecchio era definita dal punto di vista del liberalismo borghese, mentre

nel codice Meiji non si condivideva la natura della proprietà moderna, ma solo quella della proprietà privata (intesa come proprietà del proprietario terriero). Dietro la sua argomentazione appare in sottofondo la polemica fra eminenti civilisti intorno alle teorie sulla 'proprietà terriera moderna' in Giappone. Di rilevante importanza per comprendere i termini del dibattito, sono gli articoli di M. KAI, *La modernizzazione della proprietà terriera*, Tokyo 1967 e *Lo sviluppo della teoria sulla proprietà terriera moderna nel Giappone postbellico*, nella raccolta anniversaria per i 60 anni del prof. T. ISOMURA, Tokyo 1978, pp. 91-106.

È soprattutto T. KAWASHIMA, in *La storia del diritto di proprietà*, Tokyo 1949, che continua ad avere una grande influenza sul mondo accademico. KAWASHIMA afferma fundamentalmente che il diritto moderno, così come il diritto della società capitalistica, pone le condizioni normali per il libero scambio delle merci, che la proprietà moderna è il fondamento ed il punto di partenza di tutti i diritti moderni, che la proprietà moderna, in quanto proprietà di beni, ha un carattere di natura privata, ed è astratta ed assoluta; anche la proprietà terriera, qualora condivida quella natura, va riconosciuta come proprietà terriera moderna. T. OGURA, in *La ricerca storica sulla legislazione fondiaria*, Tokyo 1951, criticando KAWASHIMA, afferma che è necessario distinguere categoricamente la proprietà moderna dalla proprietà privata tradizionale in ciò che: mentre questa si forma con la commercializzazione del terreno, per la definizione della prima è necessaria una posizione di antagonismo fra il diritto di proprietà ed il diritto di *uti-frui*. Secondo OGURA, la proprietà terriera definita dal codice Meiji, mancando degli elementi della proprietà moderna così come menzionata sopra, non era appunto definibile quale proprietà moderna, bensì come istituto del tipo del latifondo tradizionale. Secondo H. MIZUMOTO, (*La disciplina fondamentale dell'affitto dei beni immobili*, Tokyo 1966), la sola esperienza concreta di realizzazione del modello della proprietà terriera moderna è stato il sistema della gestione agraria composita: amministratore, lavoratore e proprietario, messo in atto fra il diciassettesimo e il diciannovesimo secolo in Inghilterra.

La proprietà terriera moderna consiste essenzialmente nel fatto che il diritto di proprietà del bene non prescinde dall'*uti-frui* mentre l'espressione giuridica della proprietà latifondista come è nel sistema giuridico continentale è la proprietà terriera che separa e gerarchizza l'*uti-frui*. Y. WATANABE, in *Istituzione giuridica dei beni immobili*, Tokyo 1960, vol. 1, sostiene e approfondisce la teoria di MIZUMOTO; insomma il diritto di *uti-frui* terriero, che è il fondamento giuridico dell'investimento di capitale sul terreno, si situa all'interno del sistema della proprietà privata moderna, ed il carattere della proprietà terriera moderna è proprio la subordinazione della proprietà all'*uti-frui* nel rapporto fra i due diritti. Ma il nucleo della teoria di KAWASHIMA è che

la proprietà terriera, così come la proprietà dei beni immobili, nel caso in cui garantisca giuridicamente il principio del libero scambio, essendo questa la legge fondamentale della società capitalistica, è definibile come proprietà moderna mentre nel caso contrario (in cui ciò non sia garantito) non è definibile come tale.

KAWASHIMA giudica che la proprietà nell'anteguerra non fosse definibile come moderna, perché la realizzazione perfetta del libero scambio era impedita strutturalmente dalla persistenza di relazioni produttive semi-feudali nel contado. Secondo FUKUSHIMA (*La riforma dell'imposta fondiaria e la proprietà terriera, op. cit.*), considerando che la proprietà terriera risultante dalla riforma dell'imposta non rivestiva carattere di modernità, ma in confronto alla disciplina del vecchio regime era stata riorganizzata per consolidare la sua natura privata e la figura del proprietario terriero (fondamentale per la disciplina degli istituti fondiari nel codice civile Meiji), il criterio per giudicare la modernizzazione del diritto agrario non risiede nel fatto se fosse permessa o meno una articolata gestione agraria del terreno in affitto, ma nel fatto se gli istituti feudali venissero eliminati o meno.

L'ordinamento giuridico, dopo il periodo intermedio del Meiji, mantenne le caratteristiche pre-moderne della proprietà, mentre il codice Meiji fu concepito in modo da consolidare la proprietà di tipo latifondista: N. NIWA / M. FUKUSHIMA, *La legislazione civile fondiaria*, in, *La formazione del sistema giuridico moderno in Giappone, op. cit.*, vol. 2, pp. 45-99.

Recentemente alcune dottrine hanno insistito ancora una volta sulla necessità di condurre ricerche storiche scientifiche sulla legislazione fondiaria, criticando particolarmente la teoria di MIZUMOTO: M. KAINO, *Lo studio della proprietà terriera in Inghilterra*, Tokyo 1980; S. HARADA, *Uno studio della locazione immobiliare moderna*, Tokyo 1980. Inoltre, per quanto riguarda gli studi di storia del diritto civile, è da notare un miglioramento nell'esame dei documenti storici; una serie di documenti di G.E. Boissonade è stata infatti opportunamente pubblicata.

Da notare anche le opere di T. HIRONAKA: (a cura di), *Il dibattito sul codice civile nel IX Parlamento imperiale*, Tokyo 1986 e *Emendamenti al codice civile (i primi tre libri)*, Tokyo 1987. L'istituto familiare giapponese, (*ie*), nucleo sociale fondamentale della struttura statale, adempì un ruolo importante per la formazione e lo sviluppo dello Stato moderno e del capitalismo, e rappresentò una base ideologica del governo imperiale. Perciò l'istituto della *ie*, fu abolito dalla riforma per la democratizzazione nel dopoguerra⁽²⁹⁾, e gli studi storici postbellici sull'argomento hanno assunto il compito di correggere orientamenti e

(29) In Giappone il codice penale e il codice civile promulgati nell'era Meiji sono ancora in vigore, ma la parte riguardante l'istituzione della 'ie' è stata abolita nel dopoguerra.

contenuti degli studi dell'anteguerra, condizionati dalle pressioni del potere, e di fornire solidi riferimenti storici per far attecchire il nuovo diritto di famiglia nella concreta vita sociale: E. YAMANAKA / K. MUKAI / N. TOSHITANI, *I problemi della storiografia del diritto familiare nel dopoguerra*, nello *Studio della storia del diritto*, 1962, n. 13, pp. 181-222. Il nocciolo della questione sta nel chiarire per quale motivo fu introdotto l'istituto della *ie*, a quali funzioni adempiva ed in che modo fu accolto dall'opinione pubblica nel periodo della nascita e dello sviluppo dello Stato moderno e del capitalismo in Giappone.

M. FUKUSHIMA, *Il capitalismo giapponese e la ie*, Tokyo 1967, è la prima opera che affronta questi problemi fondamentali; vi si afferma all'inizio: « nel caso in cui il sistema politico, sorto in conseguenza delle riforme del *Meiji-Ishin* avesse adottato gli schemi del capitalismo, lo sviluppo del capitalismo stesso avrebbe influenzato pesantemente le strutture della società dirottandone necessariamente gli orientamenti. In considerazione di questa relazione reciproca fra la *ie* (struttura di base) e la politica (struttura superiore), intendo chiarire il significato dell'istituto della *ie* e le sue funzioni. Fatto ciò, posso chiarirne, inequivocamente il significato specialmente riguardo all'organizzazione statale, nel passaggio dal regime feudale al governo assolutistico e centralizzatore. Un'analisi di questo tipo sull'istituto della *ie* può chiarire lo sviluppo dell'organizzazione e delle funzioni del potere nel campo delle relazioni socio-economiche ». FUKUSHIMA considera la « *ie* » in base a due tipologie funzionali: una *ie* sociale (come nucleo di aggregazione sociale) e una *ie* giuridica (istituto giuridico standardizzato ed uniformemente disciplinato dallo Stato centralizzatore, già presente nella società feudale, ed imposto come istituto giuridico, in modo uniforme per tutto il Giappone, dopo il *Meiji-Ishin* e l'entrata in vigore del codice civile nel 1898); egli dà molta importanza ai rapporti fra questa *ie* e lo sviluppo del capitalismo. Dopo la guerra, FUKUSHIMA fu il caposcuola degli studi storici della *ie*, e una parte del suo lavoro è esposta in FUKUSHIMA (a cura di) *La famiglia, la politica ed il diritto*, Tokyo 1975-81, 7 voll. Anche K. KUMAGA, un pioniere nello studio della storia del diritto moderno, nell'intento pratico di modernizzare la società giapponese postbellica, chiarisce la struttura e le funzioni della *ie* come istituto giuridico ed ideologia di sostegno all'Imperatore; la sua opera è raccolta in, *La modernizzazione del Giappone e l'istituto della «ie»*, Kyoto 1987.

Secondo KUMAGAI, la *ie* nel codice civile Meiji era considerata sotto due aspetti: come unità di produzione per la economia sociale e, d'altra parte, come ideologia (strutturazione politica dell'ordine familiare della nobiltà, dei *samurai* al servizio dell'imperatore); nella transizione dal *Meiji-Ishin* al codice Meiji i due concetti di *ie* si compenetravano e si opponevano reciprocamente.

Dai primi anni dell'era Meiji fino alla prima metà degli anni 10 il

mantenimento dei beni e del lavoro erano sostanzialmente garantiti con conseguente prevalenza della *ie* come unità di produzione, ma a cavallo degli anni 20, in seguito al consolidamento dei grandi proprietari terrieri parassitari e alla sconfitta del movimento dei diritti popolari, la *ie* perse consistenza economica, mentre venne favorita l'affermazione dei proprietari (vantaggio della *ie* come ideologia).

Come si vede, il concetto di *ie* non è sempre limpido, quindi è bene riordinare e sintetizzare le varie teorie. Insomma, a partire dall'era Meiji la famiglia giapponese cessò di essere un fatto rilevante solo nel campo della morale, ma si rivelò anche un problema giuridico e politico; in tutti questi campi: morale, politica, e diritto, ai problemi della famiglia giapponese, fu tributata una grandissima attenzione. Tanti studiosi hanno mostrato interesse per i rapporti fra la *ie* e la riforma dell'imposta fondiaria, il sistema degli enti locali, l'istituto dell'anagrafe (*koseki*), la leva militare ed il sistema scolastico, poiché il fondamento della struttura dello Stato imperiale era la famiglia patriarcale (il capofamiglia aveva un potere assoluto nei confronti dei suoi familiari).

In particolare, ci sono tante opere teoriche e scientifiche sull'istituto dell'anagrafe, in quanto questo si poneva alla base dell'organizzazione governativa centralizzatrice ed era la base di tutte le istituzioni. Tali opere, come si vedrà più avanti, chiariscono che quell'istituto, vigente dal 1871, aveva una funzione di controllo amministrativo, mentre la funzione di certificazione dello stato civile era secondaria, e che la *ie*, nel codice civile Meiji, era un riflesso, sul diritto positivo, della famiglia (*ko*) come veniva intesa nell'istituto dell'anagrafe. Si presenta quindi il problema del matrimonio legale, che tanti studiosi del diritto civile mettono in luce dopo il problema della controversia sul codice vecchio di cui si è già parlato. Durante l'era Meiji, l'esplicazione delle formalità fissate per il matrimonio fu necessaria per la certificazione del matrimonio stesso. Secondo il codice vecchio, la cerimonia nuziale, nel rispetto della consuetudine, doveva essere celebrata fra il terzo e il trentesimo giorno dopo la registrazione del matrimonio, il quale entrava in vigore dalla data della cerimonia. Nel codice Meiji il matrimonio entrava in vigore dalla data di registrazione, fu cioè fatto salvo il 'principio del matrimonio legale', ma, essendo il matrimonio in Giappone strettamente correlato con l'istituto dello stato di famiglia, ciò significa che esso è registrato nella *ie*. Se quindi il matrimonio civile occidentale si può definire un vero e proprio matrimonio legale, il sistema matrimoniale giapponese no; si può, al limite, definire come denuncia dell'avvenuto matrimonio. Per quanto riguarda l'autorità del capofamiglia, nel codice Meiji si scontrano due valutazioni differenti: la prima insiste sul fatto che l'autorità del capofamiglia nel codice Meiji non era altro che la riproposizione della famiglia patriarcale dei *samurai* d'epoca feudale, in quanto la famiglia nel mondo popolare non fu mai

patriarcale ⁽³⁰⁾; la seconda riconosce le caratteristiche del patriarcato anche nella famiglia popolare. Oltre alle opere sunnominate, ne esistono altre sulla storia del diritto di famiglia come: Z. NAKAGAWA, *La storia contemporanea della civiltà giapponese - La storia del diritto privato*, Tokyo 1944; R. ISHII, *La successione del patrimonio*, Tokyo 1950 e *La storia del diritto matrimoniale giapponese*, Tokyo 1977; S. TAKAYANAGHI, *Il diritto di famiglia nell'era Meiji*, Tokyo 1951 e *Il diritto di famiglia prima della attuazione del codice Meiji*, in Z. NAKAGAWA (a cura di), *Il problema della famiglia e il diritto familiare*, Tokyo 1957, vol. 1; *Nihon Hoshakaigakkai* (Società di sociologia giuridica) (a cura di), *Lo studio dell'istituzione familiare*, Tokyo 1956; M. FUKUSHIMA, *La riforma dell'imposta fondiaria e l'istituzione familiare*, in *Meiji-shiryokenkyurenrakukai* (a cura di), *La formazione della proprietà terriera*, op. cit., Tokyo 1957, pp. 42-92, L. FUKUSHIMA (a cura di), *L'istituto dello stato di famiglia e l'istituzione della 'ie'*, Tokyo 1959, *Uno studio dell'istituto della 'ie': documenti*, Tokyo 1952.61.65, 3 voll., e *La disciplina dello stato di famiglia del 1871 e suoi sviluppi*, in *La formazione del sistema giuridico moderno nel Giappone*, op. cit., pp. 207-242; M. FUKUSHIMA / N. TOSHITANI, *Lo sviluppo dell'istituto dello stato di famiglia*, op. cit., vol. 7, pp. 299-349 e *Il sistema locale e l'istituto dello stato di famiglia nei primi anni Meiji: l'esempio della provincia di Yamanashi*, Tokyo 1981; Z. ISHIMURA, *Storia del diritto di famiglia*, in T. USHIOMI e altri (a cura di), *Contadino in Giappone*, Tokyo 1957, pp. 143-219; K. KUMAGAI, *Il diritto di famiglia*, in *Lo sviluppo storico del diritto moderno giapponese*, op. cit., vol. 3, pp. 1-84; L. NUMA, *Il principio del diritto reale e del diritto di famiglia*, Tokyo 1960; M. UENO, *Il matrimonio legale nella prima metà dell'era Meiji*, nella Raccolta in memoria del prof. T. HOSHINO, *I problemi della storiografia giuridica e la giurisprudenza*, Tokyo 1967, pp. 17-34; E. YAMANAKA, *La formazione dello stato moderno e l'istituto della 'ie' in Giappone*, Tokyo 1988; T. KAWASHIMA, *L'istituto familiare come ideologia*, Tokyo 1957 (questo studio, condotto dal punto di vista della sociologia giuridica, sulla struttura e le funzioni dell'istituto familiare come ideologia ha da sempre avuto una certa influenza sugli orientamenti del mondo accademico).

La codificazione del diritto commerciale fu inevitabile per lo sviluppo del capitalismo giapponese, però lo studio sulla storia del diritto commerciale è più ritardato rispetto alla storia del diritto civile e non è forse un'esagerazione dire che è ancora ai suoi albori. Proverò ad esporre succintamente il processo di codificazione del diritto commerciale. La compilazione del codice commerciale fu iniziata nel 1881; la redazione del progetto fu affidata ad uno studioso tedesco, Herman Roesler, e nel 1882, fu istituita una Commissione per la codificazione.

⁽³⁰⁾ Circa le opinioni sull'autorità patriarcale nell'era Tokugawa, cfr. H. KAMATA, *Il diritto della famiglia samurai nel regime feudale*, Tokyo 1970.

Nel 1884 Roesler completò la sua bozza, ispirata al codice tedesco del 1861; cfr. H. ROESLER, *Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für Japan mit Kommentar*, 3BDE. 1884. Al tempo si fece strada anche una corrente che chiedeva, ritenendole necessarie, leggi speciali sulle società commerciali e sulla cambiale, ma, essendo stata rilevata dal governo la necessità di varare tutto il codice commerciale, ed essendo stato istituito un comitato di redazione, l'esame sul progetto di H. Roesler venne continuato. Dopo il riesame e le modificazioni, nell'aprile 1890, il codice commerciale venne promulgato (l'entrata in vigore fu programmata per il primo gennaio 1891). Ma, come nel caso del codice civile vecchio, la corrente favorevole al rinvio ebbe la meglio, ed infine l'entrata in vigore fu rinviata al 1898.

Nel dicembre 1897 il Comitato per il codice finì di esaminare il progetto e, dopo vari emendamenti al progetto stesso, il codice commerciale fu finalmente promulgato nel marzo 1899 ed entrò in vigore nel giugno. Non ci furono differenze di principio fra il codice vecchio ed il nuovo, ma, mentre il primo stabiliva la necessità della licenza per istituire una società anonima e non prevedeva una norma sull'incorporazione delle società, il secondo adottò un regime di libera associazione e prevede una norma sull'incorporazione. Insomma, il codice commerciale fu modificato per adattarsi ai nuovi sviluppi del capitalismo: T. OCHI, *La legislazione sull'istituzione delle società nella prima metà dell'era Meiji*, in *I problemi della storiografia giuridica e la giurisprudenza*, op. cit., pp. 87-107; K. KUMAGAI, *Introduzione alla controversia sul codice commerciale*, *ivi*, pp. 109-129; N. TOSHITANI / H. MIZUBAYASHI, *La formazione del diritto societario nel Giappone moderno*, in S. TAKAYANAGHI / I. FUJITA, *La formazione e lo sviluppo del diritto capitalistico*, Tokyo 1973; M. FUKUSHIMA, *Lo sviluppo del capitalismo giapponese e il diritto privato*, op. cit..

Al tempo delle pressioni per il miglioramento dei trattati, con l'aumento delle fattispecie, il codice di procedura civile rivelò il suo carattere pre-moderno e la mancanza di un codice organico venne ad essere avvertita come problema grave verso il 1883.

La bozza fu stesa da Hermann Techow e presentata nel 1886, il codice di procedura civile fu promulgato nel 1890 ed entrò in vigore l'anno seguente. Il progetto di Techow prese come modello principale il codice tedesco del 1877, e solo parzialmente i codici prussiano e austriaco (1867); si ispirò alle dottrine inglesi e francesi, che già erano state accolte in Giappone e giudicate adeguate. Anche Albert Mosse partecipò all'esame del progetto ed infine il contenuto del codice fu mutuato quasi integralmente dal codice tedesco.

R. ISHII, (a cura di), *La storia della cultura Meiji*, op. cit., H. KANEKO, *Commento al diritto di procedura civile in Giappone*, in A. MIKAZUKI, (a cura di) *Il processo e il diritto*, Tokyo 1967, vol. 1, pp. 493-545 e *La concezione fondamentale dell'istituto esecutivo nel progetto di H. Te-*

chow, in R. SUZUKI / K. IGARASHI / J. MURAKAMI (a cura di), *Il diritto tedesco*, Tokyo 1971, pp. 51-88. Come ho già spesso scritto, la cultura occidentale, particolarmente quella francese, ebbe grande influenza sulla codificazione giapponese; per esempio sul codice penale (vecchio) del 1890: Y. NODA, *Il diritto francese*, in *Il diritto contemporaneo*, op. cit., vol. 14, pp. 184-217, spiega gli influssi della cultura giuridica francese in Giappone, indica che, a causa delle strette relazioni fra i due paesi, dalla fine dell'era Tokugawa, la condivisione della cultura francese si era fatta strada in Giappone (mentre l'influenza del diritto inglese, dopo la vittoria nella controversia sul codice civile, veniva sempre più misconosciuta: M. ITO, *Il diritto inglese*, ivi, pp. 257-286).

È però evidente che il sistema giuridico giapponese fu riorganizzato sulla base di quello tedesco, come è dimostrato dal fatto che, col rinvio del codice Boissonade (1887), O. Rudolf fu incaricato di redigere un progetto di costituzione, e furono varati: una legge sul gabinetto (1885), il regolamento per il governo del comune (1888), la Costituzione (1889) e la legge sulle prefetture (1890) in base al diritto prussiano.

Il codice penale nuovo (1908) e il codice di procedura penale (modificato totalmente nel 1922) subirono l'influenza del diritto tedesco; la cultura giuridica tedesca era al culmine della sua prosperità e si poneva in posizione dominante anche nel mondo accademico. N. KOBAYASHI scrive: « 1) la Germania fu il modello ideale cui si ispirava la modernizzazione del sistema giuridico giapponese, poiché la Germania arrivò ad essere uno stato moderno quasi contemporaneamente al Giappone, ma fece decollare il suo sviluppo capitalistico ben prima di esso; 2) il potente regime militare, in cui la classe dominante era quella del 'Gutsherr Junker', e la potente autorità imperiale, caratterizzanti quel regime, furono un modello difficilmente riscontrabile negli altri paesi occidentali per il governo Meiji, che intendeva portare avanti una politica di 'arricchimento del paese e rafforzamento dell'esercito' sulla base di una ideologia imperialista; 3) il Giappone poté introdurre le tecniche moderne in tutto il suo ordinamento giuridico senza enormi contraddizioni, poiché da allora i due paesi seguirono strade parallele; come la supremazia del potere statale all'interno e l'espansione imperialistica verso l'esterno; 4) le tecniche elaborate per un'interpretazione manovrata della giurisprudenza tedesca che viene costruita su logiche e concetti solidi, servirono a mantenere e rafforzare la struttura governativa sotto l'iniziativa della burocrazia del Giappone; 5) in quelle condizioni, essendo state compiute l'imitazione e l'importazione della giurisprudenza e delle tecniche tedesche, lo studio della cultura tedesca diventava un passaggio obbligato per l'accesso alla carriera dei giuristi, alla burocrazia o alla cattedra universitaria, e questa tendenza si rafforzò sempre più » (*L'influenza della dottrina del diritto pubblico*, in R. SUZUKI / K. IGARASHI / J. MURAKAMI, *Il diritto tedesco*, op. cit., pp. 3-49). Qualcuno però dubita di questa influenza esclusiva della cultura giuri-

dica tedesca: secondo E. HOSHINO, *L'influenza del codice civile francese sul codice civile giapponese*, nella *Raccolta di saggi sul codice civile*, Tokyo 1970, vol. 1, pp. 69-149, il codice civile Meiji era formalmente ispirato al codice tedesco, ma il contenuto lo collegava strettamente al codice francese e questo è un campo aperto per la ricerca intorno alla controversia sul codice civile. Ci sono due opere dell'anteguerra da notarsi sull'influenza del diritto romano e tedesco sul codice civile Meiji; Y. HIRANO, *Il diritto romano e tedesco nel codice civile*, Tokyo 1924 e K. HARADA (a cura di R. ISHII), *Storia dei lavori preparatori al codice civile giapponese*, Tokyo 1954.

Attraverso la descrizione sopra riportata abbiamo potuto fornire un sommario della storiografia giuridica sulla codificazione; l'obiettivo dello studio sulla storia della codificazione non è però solo quello di chiarire le fasi del processo formale della compilazione delle leggi, ma anche di chiarire le influenze — recezione, repulsione e assimilazione — che la cultura giuridica occidentale esercitava sulla cultura e sulla coscienza giuridica giapponese. Tuttavia, a quel fine, si rendono inevitabili ricerche precise sul processo della redazione dei progetti e della trasformazione dei contenuti nel corso di esami e discussioni, ecc.; si renderà quindi necessario sanare urgentemente ogni squilibrio negli studi sui codici per comprendere a fondo la storia moderna del diritto giapponese.

I problemi del metodo della storiografia giuridica.

Nonostante abbia già ricordato come in Giappone la storiografia del diritto moderno facesse rapidi progressi dopo la seconda guerra mondiale, non si può negare che fin da allora l'oggetto delle ricerche è stato concentrato sul periodo della formazione e dello stabilimento del sistema costituzionale Meiji, ma la storiografia di oggi sottolinea come sia necessario estendere le ricerche alle 'riforme del dopoguerra', in quanto è importante chiarire quali dei problemi dal *Meiji-Ishin* vennero risolti e quali furono lasciati irrisolti, e di questi quali furono a loro volta risolti grazie alle 'riforme del dopoguerra'. In altri termini, questo lavoro vuole chiarire, da un punto di vista internazionale, i problemi della continuità e della rottura fra anteguerra e dopoguerra, cioè le differenze e le affinità fra la natura dell'ordinamento giapponese moderno e contemporaneo. Sotto questo punto di vista, le lezioni: *Lo sviluppo storico del diritto moderno giapponese*, op. cit., offrono una sintesi di ampio respiro della storiografia giuridica moderna in Giappone. Queste lezioni, composte da 11 volumi (1958-67), sono frutto della sintesi di ricerche congiunte di storici del diritto, giuristi di diritto positivo, studiosi di scienza della politica, economisti e pedagogisti per analizzare la struttura e la funzione del diritto statale nelle sue interazioni con l'economia e la politica. Tali ricerche, hanno per oggetto i

quattro periodi in cui vengono convenzionalmente divisi gli 80 anni che vanno dal *Meiji-Isbin* alla sconfitta della seconda guerra:

a) *il periodo della gestazione del sistema giuridico (Meiji-Isbin-1888)*. Questo periodo vide attuarsi il processo di scioglimento del vecchio regime, in cui l'imperatore, avendo costituito un'organizzazione governativa burocratica unita e concentrata, la riordinò e consolidò, tanto che il sistema giuridico di questo periodo non poté non essere transitorio. È altresì necessario considerare i mutamenti delle leggi dal punto di vista dello sviluppo del potere dell'imperatore.

b) *Il periodo di stabilimento del sistema giuridico (1899-1914)*. In questo periodo, che parte dalla promulgazione della Costituzione, i codici vennero organicamente adattati alle esigenze di una società capitalistica moderna. Il capitalismo giapponese richiedeva un ordinamento giuridico moderno, ma le leggi rispondenti a tali istanze vennero promulgate solo in apparenza; di modo che questo ordinamento giuridico non fu complessivamente consolidato. Il governo Meiji, non avendo quale referente una società moderna, non riconobbe totalmente i diritti civili, propri di una società moderna; inoltre, ove questi fossero riconosciuti, erano imposti limiti tali che ne venivano completamente svuotati.

c) *Il periodo della riorganizzazione del sistema giuridico (1915-1931)*. Mentre grazie alla prima guerra mondiale l'economia giapponese si sviluppò rapidamente, le istituzioni governative e le relazioni produttive, sostrato del sistema costituzionale, cominceranno a trasformarsi e a rovinare; quindi il mondo dell'economia ed il regime furono forzati a prendere misure rispondenti alla situazione contingente, e come risultato le leggi assunsero realmente un grande significato. In altri termini, fino ad allora il sistema formale e grandioso del diritto moderno altro non rappresentò se non un complesso di *istruzioni*, una sorta di ornamento per il potere politico vero e proprio, ma fu in questo periodo che, il sistema giuridico cominciò a funzionare fattivamente come norma di diritto-dovere. Nel pensiero giuridico appaiono la scienza giuridica civilistica, la scienza giuridica liberale e la sociologia giuridica.

d) *Il periodo del crollo del sistema giuridico (1932-1945)*. In tempo di guerra, il regime della difesa nazionale, con la legge sulla mobilitazione nazionale del 1938, impose la sovraordinazione del diritto pubblico sul diritto privato; cominciò il controllo sull'economia in generale e fece la sua comparsa il fenomeno del controllo sociale; fu emanato un gran numero di leggi relative alla sicurezza pubblica, il sistema civile fu totalmente turbato e stravolto.

N. TOSHITANI sintetizzò molte ricerche per sviluppare teoricamente l'analisi delle 'Lezioni' che ho citato più sopra: secondo N. TOSHITANI — ho già presentato la sua opinione — la periodizzazione delle 'Lezioni' è sostenuta fundamentalmente dal progresso delle ricerche; allo stato attuale degli studi sotto la guida di questa periodizzazione,

ciascun fenomeno giuridico è indagato all'interno del suo periodo nei rapporti con altri fenomeni interni ed esterni e si cerca di chiarire il processo del passaggio del fenomeno giuridico da un periodo all'altro. Attraverso il chiarimento delle fasi del passaggio del sistema giuridico dal regime Tokugawa a quello Meiji, e poi fra l'anteguerra e il dopoguerra, si rende più preciso il metodo della periodizzazione e si mettono in luce le costanti e le caratteristiche strutturali dei fenomeni giuridici dell'anteguerra: N. TOSHITANI, *Da Meiji in poi*, in T. KAWASHIMA (a cura di), *Lezioni di sociologia del diritto. La storia, la cultura e il diritto*, Tokyo 1973, vol. 9, pp. 273-299.

Anche M. HASEGAWA / N. TOSHITANI, *La storia del diritto moderno*, *op. cit.*, definisce come Giappone moderno il periodo che va dal *Meiji-Ishin* alla sconfitta nella seconda guerra. La storia moderna giapponese è composta dai complessi rapporti fra il sistema, l'organizzazione e la cultura del capitalismo e quelli della cultura feudale, semif feudale e assolutistica; perciò il diritto 'moderno', riflettendo quella complessità, non solo riflette il contenuto delle relazioni sociali capitalistiche, ma anche il contenuto opposto, e il sistema giuridico accoglie tutti gli elementi di contraddizione fra diritto privato e diritto pubblico, inoltre fra diritto di famiglia e diritti reali nel diritto privato.

Il primo carattere di questa analisi è l'approccio alla storia moderna di un diritto composto da elementi complessi nella relazione tra momento interno ed esterno. La storia moderna del diritto non può essere ben compresa senza capire l'influenza della politica coloniale, ovvero della politica continentale asiatica svoltasi in opposizione agli interessi delle potenze occidentali. Il secondo è la comprensione della storia moderna del diritto come processo di trasformazione di tutto il sistema giuridico (del diritto privato e pubblico). Così, la storiografia giuridica può chiarire le relazioni strutturali del fenomeno giuridico con gli altri fenomeni economici e politici e può offrire un criterio di distinzione fra il dopoguerra e l'anteguerra.

N. TOSHITANI, in *L'economia capitalistica giapponese dell'anteguerra e il diritto*, *op. cit.*, ha già sviluppato queste osservazioni presupponendo che il capitalismo dell'anteguerra avesse completato, tutto il processo di formazione, imposizione, sviluppo e crollo, e che, per effetto di quel processo, anche il sistema giuridico fosse cambiato, chiarendo così la struttura fondamentale di tutto il sistema giuridico che sostenne il capitalismo dell'anteguerra. In altre parole, se la struttura economica della riproduzione, nel periodo di stabilimento del capitalismo industriale, definisce la natura strutturale del capitalismo giapponese, fare luce sul sistema giuridico (il 'sistema dell'anno (32)') rispondente a quella fase economica sarebbe la chiave di volta per spiegare tutto il processo del diritto moderno, dalla formazione al crollo.

Il metodo di TOSHITANI è stato fundamentalmente accettato dalla odierna storiografia giapponese. Esso consiste nel: a) considerare uni-

tariamente il momento interno ed il momento esterno ⁽³¹⁾; *b*) considerare non solo il processo di imposizione del sistema costituzionale e della organizzazione centro-periferia dello Stato imperiale-centralizzatore, ma tutta la struttura del sistema giuridico rispondente al capitalismo dell'anteguerra. Comunque i codici vennero emanati in una forma che rifletteva le peculiarità dello sviluppo del capitalismo giapponese e nel rispetto delle condizioni internazionali minime per un codice moderno. Quei codici stessi diventarono il nucleo di tutto il sistema giuridico, una garanzia legale per la struttura economica della riproduzione. Ma è anche da notare come un gran numero di leggi speciali, che contornavano i codici, rappresentavano la garanzia legale della peculiarità della struttura di riproduzione. Quindi, per una visione globale del diritto moderno giapponese è necessario studiare in modo sistematico sia i codici che le leggi speciali. Nel Giappone di allora la legge aveva natura di strumento della politica; la legge e la politica non erano separati e questa era predominante sulla legge. Il diritto non definiva il potere statale, ma cercava di assicurare al massimo la libertà del soggetto politico. Queste ragioni mostrano che la storiografia giuridica giapponese non solo ha bisogno di maggiore approfondimento e di aprirsi nuovi orizzonti, ma anche di occuparsi dei momenti della legislazione e dell'esecuzione delle leggi, neanché dell'accettazione delle norme nella vita sociale, sia sotto l'aspetto teorico che pratico.

Per le ragioni suddette anche i lavori degli altri studiosi, non-storici del diritto, apportano un significativo contributo allo sviluppo della storiografia giuridica; N. TOSHITANI / S. HOMMA, *La riorganizzazione della struttura statale e il sistema giuridico imperiale*, in *La storia dello stato giapponese*, op. cit., vol. 5, pp. 153-262, che spiega il processo della riorganizzazione del 'sistema dell'anno 32'; Y. OKUDAIRA, *Il controllo dello stato imperiale sul popolo — Il regime della legge per il mantenimento dell'ordine pubblico* ⁽³²⁾ —, *ivi*, pp. 263-332 e *La breve storia della legge per il mantenimento dell'ordine pubblico*, Tokyo 1977, che chiariscono il processo del mutamento del sistema del mantenimento dell'ordine pubblico da quello tradizionale a quello nuovo; S. ODANAKA, *L'analisi storica del diritto di procedura penale*, Tokyo 1976, che analizza i presupposti storici per precisare i significati del diritto attuale; S. ISONO, *Gli emendamenti al codice civile*, in *Lo sviluppo storico del diritto*

⁽³¹⁾ Il processo per il recupero della pari dignità internazionale del Giappone consisteva nel prendere parte all'imperialismo occidentale e anche nello stabilire rapporti conflittuali con i paesi asiatici, perciò il momento esterno non solo sta a significare una stretta relazione con le potenze occidentali, ma anche con i paesi asiatici.

⁽³²⁾ La legge per il mantenimento dell'ordine pubblico del 1925 si rivolse essenzialmente contro: comunismo, socialismo, liberalismo e religione; poi, nel 1942, la legge speciale per il tempo di guerra fu promulgata prendendo come modello le leggi naziste del 1939. Perciò lo studio della storia del diritto penale è una premessa irrinunciabile per chiarire totalmente questo processo.

moderno in Giappone, op. cit., vol. 2, pp. 261-310, che investiga i problemi dell'emendazione del codice civile del 1913 causati dalla discrepanza fra l'istituto della famiglia feudale-patriarcale e quella moderna del codice Meiji; B. OGURA, *Il diritto agrario, ivi*, 2, pp. 249-310; M. ADACHI, *Il diritto dell'affittuario terriero alla mediazione, ivi*, vol. 7, pp. 37-86; D. HOSOHAI, *Lo studio storico della politica contemporanea delle terre agricole*, Tokyo 1977; T. HIRONAKA, *Lo studio della storia della legislazione agricola*, Tokyo 1977, che investigano la legislazione e la politica agricola principalmente dopo la prima guerra mondiale; *Tokyodaigaku-shakakagaku-kenkyujo* (a cura di), *Lo Stato e la società nel periodo fascista. Il sistema giuridico giapponese durante la guerra*, Tokyo 1979, vol. 4 che costituisce la prima ricerca sintetica sul sistema fascista giapponese.

Prima di finire questo saggio, è necessario aggiungere poche altre parole. L'età 'moderna' del Giappone, come oggetto di indagine della storiografia giuridica, è più recente di quella occidentale e la storia 'moderna' giapponese andò in parte svolgendosi parallelamente alla storia 'contemporanea' occidentale; quindi, la storiografia giapponese persegue la conoscenza di un passato che sopravvive incessantemente nel presente. Inoltre la nostra storiografia, come conseguenza naturale dello sviluppo giuridico del Giappone moderno, investiga quel processo dal punto di vista della comparazione con il diritto moderno occidentale ed è teoricamente interessata ad individuare i fenomeni sociali che scaturiscono dall'incontro del sistema di diritto sorto in seno alle società borghesi occidentali con un tessuto sociale sul quale gravano ancora forti ritardi.

Ragguagli fiorentini

ATTIVITÀ DEL 'CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO'
NELL'ANNO ACCADEMICO 1991/92

Nell'anno accademico 1991-1992 sono stati graditi ospiti del Centro per un soggiorno di studio il Prof. Julius KIRSHNER, della University of Chicago, e il prof. José Maria PORTILLO VALDES, della Universidad del Pais Vasco.

Nei giorni 6 e 7 novembre, organizzato dal Centro, si è tenuto, nella Sala di Luca Giordano di Palazzo Medici-Riccardi, in Firenze, un Incontro di studio sul ruolo e la funzione dell'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno nella Università italiana di oggi e di domani. L'Incontro si è così articolato: dopo una introduzione ai lavori di Paolo GROSSI, Direttore del Centro, si sono avute — nella prima giornata — due 'tavole rotonde': la prima, presieduta da Giulio VISMARA (Univ. Milano) e avente a oggetto il problema dei 'manuali' usati per l'insegnamento delle discipline storico-giuridiche, si è incentrata nelle testimonianze di tre autori di corsi universitarii: Manlio BELLOMO (Univ. Catania), Adriano CAVANNA (Univ. Cattolica di Milano), Vincenzo PIANO MORTARI (Univ. Roma I); la seconda, presieduta da Ennio CORTESE (Univ. Roma I) e avente a oggetto il problema delle articolazioni vecchie e nuove in cui il complesso disciplinare indicato dalla intitolazione invecchiata e inadeguata dell'ordinamento universitario 'Storia del diritto italiano' può e deve organizzarsi per una presenza culturalmente agguerrita nelle Università italiane di oggi e di domani, si è incentrata sugli interventi di Raffaele AJELLO (Univ. Napoli), Antonio PADOA SCHIOPPA (Univ. Milano), Mario SBRICCOLI (Univ. Macerata). Nella seconda giornata, una prima tornata presieduta da Michele SCUDIERO (Univ. Napoli e Vicepresidente del Consiglio Universitario Nazionale) è stata destinata a raccogliere le voci, cioè soprattutto le *doléances* e gli auspicii provenienti da giuristi di diritto positivo

(Natalino IRTI (Univ. Roma I) e Gustavo ZAGREBELSKI (Univ. Torino), da storici (Ovidio CAPITANI (Univ. Bologna), Elena FASANO GUARINI (Univ. Pisa), Raffaele ROMANELLI (Univ. Pisa), da politologi (Vittor Ivo COMPARATO (Univ. Perugia), Lorenzo ORNAGHI (Univ. Cattolica di Milano), Pierangelo SCHIERA (Univ. Trento); una seconda seduta - presieduta da Pio CARONI (Univ. Bern) - è stata invece dedicata ad ascoltare alcune autorevoli testimonianze sulla situazione degli insegnamenti storico-giuridici in Germania, Francia e Spagna. Hanno parlato Michael STOLLEIS (Univ. Frankfurt am Main e Direktor del Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte), Maurice QUENET (Univ. Rennes) - Président de l'Association des historiens des Facultés de droit), Bartolomé CLAVERO (Univ. Sevilla). Ha concluso i lavori Luigi BERLINGUER (Univ. Siena). Vivissima è stata la discussione.

Durante il 1992 è stato pubblicato nella 'Biblioteca' del Centro il volume di Paolo GROSSI 'Il dominio e le cose'.

Indice

	<i>pag.</i>
PAOLO GROSSI, <i>Pagina introduttiva</i>	1
 <i>LA DIMENSIONE GIURIDICA</i>	
CLAES PETERSON, <i>Rechtsvereinbeitlichung durch Naturrecht? Zur Frage des Naturrechts in der schulpilosophischen Rechtstheorie des 18. Jahrhunderts</i> . . .	7
BARTOLOME CLAVERO, <i>Arqueologia constitucional: empleo de Universidad y desempleo de derecho</i>	37
MARIO G. LOSANO, <i>Il centenario della morte di Rudolf von Jhering (1818-1892)</i> . .	89
MARIO G. LOSANO, <i>Una costellazione del firmamento giuridico viennese: Jhering, Glaser e Unger</i>	97
MARIO G. LOSANO, <i>Un'edizione delle lettere di Jhering a Windscheid</i>	139
MARIO G. LOSANO, <i>La biblioteca tedesca di Tobias Barreto a Recife</i>	159
LUIGI CAPOGROSSI COLOGNESI, <i>Jhering e 'Lo spirito del diritto romano'</i>	177
ANGELO ABIGNENTE, <i>Il contributo di Rudolf Smend ed Hermann Heller al dibattito weimariano su diritto e Stato</i>	213
 <i>FIGURE DELL'ESPERIENZA</i>	
MARIE SANDSTROM, <i>« Res fungibiles » und die produktive Rechtswissenschaft</i> . . .	261
BERNARDO SORDI, <i>Origine e itinerari scientifici della nozione di « ente pubblico » nell'esperienza italiana</i>	311
GIOVANNI B. FERRI, <i>Alla ricerca dell'« imprenditore » agricolo e del tempo perduto a ricercarlo dove non si trovava</i>	339
ANTONIO GORDILLO CANAS, <i>La costumbre: ¿fuente autónoma del derecho? Una reflexión desde la experiencia del sistema de fuentes del derecho en el Código civil español</i>	387
 <i>LETTURE</i>	
P. BECCHI, <i>Le filosofie del diritto di Hegel (G. Marini)</i>	527
J. GORDLEY, <i>The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine (K. Luigi)</i> .	539
E. OPOCHER, <i>Giuseppe Capogrossi filosofo del nostro tempo (F. De Sanctis)</i> . . .	545

F. PALLADINI, <i>Samuel Pufendorf discepolo di Hobbes. Per una reinterpretazione del giusnaturalismo moderno</i> (A. Dufour)	553
V. PIANO MORTARI, <i>Cinquecento giuridico francese. Lineamenti generali</i> (A. Dufour)	560
I. STAFF, <i>Staatsdenken im Italien des 20. Jahrhunderts. Ein Beitrag zur Carl Schmitt-Rezeption</i> (P. Cappellini)	572
E.M. THEEWEN, <i>Napoléons Anteil am Code civil</i> (P. Cappellini)	585
C. VARGA, <i>Codification as a socio-historical Phenomenon</i> (P. Cappellini)	595
<i>Segnalazioni</i>	601

A PROPOSITO DI..

PAOLO BAGNOLI, <i>A proposito di G.D. Romagnosi e dell'Antologia. Quattro lettere inedite di G.P. Vieusseux</i>	605
GIUSEPPE DUSO, <i>Althusius e l'idea federalista</i>	611
MAURIZIO FIORAVANTI, <i>Quale futuro per la ' Costituzione ' ?</i>	623
MARIO MONTORZI, <i>Su di un recente libro in tema di Collegia iudicum. Note di lettura e spigolature</i>	639
LAURA MOSCATI, <i>Un'inedita lettera di Savigny a Poerio</i>	663
CARLOS PETIT, <i>Sex, Lies and Videotapes (a propósito de F. Tomas y Valiente y otros, Sexo barroco y otras transgresiones premodernas)</i>	671
BERNARDO SORDI, <i>Il ritorno di un ' vecchio amico ' (a proposito di F. CAMMEO, Corso di diritto amministrativo)</i>	681

STRUMENTI

YOSHIKAZU MURAKAMI, <i>La scienza giuridica e la storiografica giuridica in Giappone</i> .	691
--	-----

RAGGUAGLI FIORENTINI

<i>Attività del ' Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno ' nell'anno accademico 1991-92</i>	745
---	-----

I collaboratori del ventunesimo «Quaderno»

Claes PETERSON

Ord. Professor für Rechtsgeschichte - Universität Stockholm

Bartolomé CLAVERO

Catedrático de Historia del derecho - Universidad de Sevilla

Mario G. LOSANO

Prof. Ordinario di Teoria generale del diritto - Università di Milano

Luigi CAPOGROSSI COLOGNESI

Prof. Ordinario di Diritto romano - Università di Roma I

Angelo ABIGNENTE

Docente di Teoria generale del diritto - Università del Molise

Marie SANDSTRÖM

Privatdozentin für Rechtsgeschichte - Universität Stockholm

Bernardo SORDI

Prof. Straordinario di Storia del diritto italiano - Università di Camerino

Giovanni B. FERRI

Prof. Ordinario di Diritto civile - Università di Roma I

Antonio GORDILLO CAÑAS

Catedrático de Derecho civil - Universidad de Sevilla

Giuliano MARINI

Prof. Ordinario di Filosofia della politica - Università di Pisa

Klaus LUIG

Ord. Professor für Bürgerliches Recht, Römisches Recht und Neuere Privatrechtsgeschichte - Universität Köln

Francesco DE SANCTIS

Prof. Ordinario di Filosofia del diritto - Università di Roma I

Alfred DUFOUR

Prof. Ordinaire d'Histoire du droit et des institutions - Université de Genève

Paolo CAPPELLINI

Prof. Ordinario di Storia delle codificazioni degli Stati europei - Università di Firenze

Paolo GROSSI

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

Paolo BAGNOLI

Prof. Associato di Storia delle dottrine politiche - Università Commerciale 'Luigi Bocconi' di Milano

Giuseppe DUSO

Prof. Associato di Storia della filosofia politica - Università di Padova

Maurizio FIORAVANTI

Prof. Ordinario di Storia delle costituzioni moderne - Università di Firenze

Mario MONTORZI

Prof. Associato di Diritto comune - Università di Pisa

Laura MOSCATI

Prof. Straordinario di Storia del diritto italiano - Università di Reggio Calabria

Carlos PETIT

Catedrático de Historia del derecho - Universidad Autónoma de Barcelona

Yoshikazu MURAKAMI

Prof. Ordinario di Storia del diritto - Shizuoka University (Giappone)