

Okko Behrends

Rudolf von Jhering mediatore fra diritto romano e diritto moderno in un momento di grande rottura culturale

1. La continuità dello spirito del diritto romano nella scuola storica – 2. Lo squilibrato cammino scientifico di Jhering, principe ereditario del reame di Savigny, educato da Puchta – 3. La modernità del «modello jheringiano»: «mutamento sociale attraverso il diritto».

1. La continuità dello spirito del diritto romano nella scuola storica

Il fascino di Jhering emerge dall'influsso che l'intera sua opera esercita ancora sulla giurisprudenza moderna¹, animata com'è da una rara passione scientifica e umana per il diritto vigente fra gli uomini, che lo fa figurare come mediatore più che vivo fra il diritto romano ed il diritto odierno. Da romanista, giurista e teorico del diritto, egli cercò di rispondere a domande destinate a rimanere inquietanti per il futuro: è possibile considerare la giurisprudenza una scienza?² Esiste un obbligo etico di lottare per il diritto?³ Come si forma la sensibilità giuridica nella coscienza umana?⁴

Importanti sono non soltanto le parti del suo lavoro che possono essere considerate come riuscite, ma anche quelle non poche parti che oggi dobbiamo ritenere fallite. Esse illuminano la parte più felice, spiegano i fraintendimenti che l'opera di Jhering ha dovuto subire e servono anche ad at-

¹) Cfr. le pubblicazioni di F. WIEACKER, CH. WOLLSCHLÄGER, *Jherings Erbe*, in «Göttinger Symposion zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolf von Jhering», Göttingen, 1970, di G. LUF, W. OGRIS, *Der Kampf ums Recht. Forschungsband aus Anlaß des 100. Todestages von Rudolf von Jhering*, Berlin, 1995, con la mia recensione in «ZSS», CXIV, 1997, p. 561 ss., e di R. S. SUMMERS, *Rudolf von Jhering's Influence on American Legal Theory - A Selective Account*, in «Jherings Rechtsdenken, Theorie und Pragmatik im Dienste evolutionäre Rechtsethik» (cur. O. BEHREND), Göttingen, 1996, p. 61-76.

²) R. VON JHERING, *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft? Jherings Wiener Antrittsvorlesung vom 16. Oktober 1868. Aus dem Nachlaß brg. und mit einer Einführung, Erläuterungen sowie einer wissenschaftsgeschichtlichen Einordnung versehen von O. Behrends*, Göttingen, 1989. La prolusione viennese fu presentata la prima volta al pubblico dopo l'inaugurazione della mostra napoletana, dedicata a Jhering, del 1993. Cfr. la documentazione in O. BEHREND, *Anche la giurisprudenza è una scienza? La riscoperta della prolusione viennese tenuta da R. von Jhering venerdì 16 ottobre 1868*, in «Index», XXIII, 1995, p. 183-191. Una traduzione spagnola curata da F. FERNÁNDEZ-CREHUET LOPÉZ è apparsa sotto il titolo: «¿Es el derecho una ciencia?», Granada, 2002.

³) R. VON JHERING, *Der Kampf um's Recht*, Wien, 1872, trad. it. (cur. R. Mariano) – *La lotta pel diritto* –, Bari, 1935. Un elenco esemplare delle edizioni mondiali di questo «best- and longseller» giuridico forse senza paragone, nato dalla conferenza d'addio alla fine del suo insegnamento a Vienna, nell'anno 1872, si trova in R. VON JHERING, *Beiträge und Zeugnisse*, Göttingen, 1992, p. 70 ss. Una bella pubblicazione recente, arricchita dall'editore con testi che illustrano la genesi della prolusione, che riproduce il testo della XVIII edizione (Wien, 1913) è R. VON JHERING, *Der Kampf um's Recht. Zum hundertsten Todestag des Autors* (cur. F. ERMAROCA), Frankfurt a.M - Berlin, 1992.

⁴) R. VON JHERING, *Über die Entstehung des Rechtsgefühles. Mit einer Vorbemerkung und einem anschließenden Interpretations- und Einordnungsversuch von Okko Behrends: «Das 'Rechtsgefühl' in der historisch-kritischen Rechtstheorie des späten Jhering»*, in «Antiqua», XXIX, Napoli, 1986. Si tratta di una conferenza viennese dell'anno 1884, per la quale l'allora professore di Göttingen, in viaggio attraverso l'Italia, si era fermato nella città imperiale che aveva lasciato dodici anni prima.

tribuire a Jhering, il più moderno dei grandi romanisti del novecento, una parziale responsabilità per alcuni unilateralismi ed errori nella romanistica attuale.

L'opera di Jhering, piena di tensioni interne e capace di mediare fra scuola storica irenica e tempo moderno dinamico, ci pone, in un modo particolarmente intenso, davanti alla domanda fondamentale della provenienza della spiritualità giuridica che supporta gli ordinamenti giuridici dei Romani nelle diverse fasi del loro sviluppo. Si tratta di una domanda che si pone in modo particolarmente acuto per le epoche letterarie ed il loro culmine, il periodo del principato. Proprio per quest'ultimo Jhering ha rimproverato già alla romanistica del suo tempo, includendo se stesso, un gravissimo «peccato di omissione», perchè concentrandosi sempre sui dettagli non si è occupato del problema di fondo ⁵.

Rimane particolarmente stimolante percorrere le strade che Jhering ha aperto per la teoria e la pratica del diritto nella nostra tradizione europea. Queste pagine rimangono ricche di osservazioni spesso giustissime e penetranti, e sono rese ancora più chiare se – come non di rado accade – esagerate dall'entusiasmo dello scrittore colpito dalla scoperta di un'idea nuova. Vale poi sempre la pena di leggere le pagine nelle quali Jhering si pronuncia da storico, anche se è agevole vedere come quest'Autore si interessi alla storia nella maniera di Montesquieu: non ricostruisce la storia in senso pragmatico, ma vuole ricavare «des ressorts», «le molle» che hanno storicamente creato il diritto. Un esempio notissimo lo fornisce il principio individualistico dell'autodifesa, o meglio dell'autotutela, in tedesco la «Selbsthilfe», che dice molto sulla spiritualità del Novecento e, a mio avviso, ben poco, o solo con una rivalutazione fortissima, sulla genesi del diritto romano ⁶. Occupano, infine, un posto a parte i contributi di Jhering al diritto vigente del suo tempo: per un giurista d'oggi rimangono, in molti casi, fonti della sua professione, veri inizi di figure giuridiche moderne: penso non soltanto all'articolo fondamentale sulla «*culpa in contraendo*» ⁷, ma anche a quello sul principio della «*culpa*», nel quale si può assistere alla nascita della «*Rechtswidrigkeit*» oggettiva, usata oggi nella struttura tripla «*Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld*», con la quale si giustifica la responsabilità giuridica nel diritto penale così come nel diritto civile ⁸. Analizzando, nel caso della «*Rechtswidrigkeit*» oggettiva di Jhering, il neonato nella sua stessa culla, emerge come si tratti di un'astrazione dal diritto reale che introduce spazi quasi corporalmente definiti di libertà giuridica, anche nella convivenza generale garantita tramite regole giuridiche di comportamento per gli atti illeciti.

In Jhering si uniscono quindi in modo omogeneo tre figure: il teorico del diritto, lo storico del diritto ed il giurista professionista. In questo si mostra come il degno nipote di Savigny. In Savigny, il grande fondatore della Scuola Storica, ritroviamo la stessa bella unità fra teoria, storia e pratica, con tutte le conseguenze che questa unità crea grazie al peso del suo insegnamento e della sua produzione letteraria. Se si vuole capire Jhering con la sua biografia intellettuale movimentata, bisogna prendere le mosse da Savigny. In tal modo si capisce anche il ruolo importante che il suo maestro immediato, Puchta (l'allievo forse più importante di Savigny, morto prematuramente), ha esercitato sulla prima fase del suo cammino scientifico.

Una dottrina come quella di Savigny, che, giustificandolo, fonda teoricamente il diritto positivo nella storia umana, è necessariamente una dottrina di grande forza politica se non addirittura costituzionale ⁹. Una tale dottrina non riceve il diritto dallo Stato sovrano o dal legislatore, ma insegna

⁵) Cfr. la citazione dalle sue «carte» nella pubblicazione: JHERING, *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?*, cit., p. 162.

⁶) Vedi da ultimo il mio contributo *Die Oikumene der antiken Civitates und die Privatrechtsordnungen Europas und der Welt. Zum 'praktischen' Nutzen der antiken römischen Rechtsgeschichte für die Juristenausbildung und die heutige europäische Rechtskultur*, in «Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte. Hans Hattenhauer zum 8. September 2001» (cur. J. ECKERT), Heidelberg, 2001, p. 39-61 (spec. p. 43 e 54).

⁷) Cfr. per un'analisi approfondita BYONG JO CHOE, *Culpa in contrabendo bei Rudolph von Jhering*, Göttingen, 1988; istruttivo anche F. KESSLER, E. FINE, *Culpa in contrabendo, bargaining in good faith, and freedom of contract: a comparative study*, in «Harvard Law Review», LXXVII, 1964, p. 401-449.

⁸) R. VON JHERING, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Giessen, 1867, trad. it. (F. Fusillo) – *Il momento della colpa nel diritto privato romano* –, Napoli, 1990.

⁹) Cfr., per quello che segue, il mio articolo *Geschichte, Politik und Jurisprudenz im Savignys System des heutigen römi-*

in un modo scientifico quello che il diritto positivo, l'ordinamento presente e vissuto, significa e rappresenta. A differenza della filosofia non si limita a spiegare dall'esterno quello che il diritto dovrebbe essere, ma descrive l'ordinamento giuridico esistente dall'interno, come forma necessaria della convivenza umana e come una realtà allo stesso tempo spirituale ed empiricamente raggiunta, realizzata dall'interazione umana.

Savigny aveva piena consapevolezza dell'importanza politica, cioè costituzionale, della sua prospettiva. Distingueva nel «Beruf» due principii alla base dell'esistenza del diritto: il principio politico, dove il diritto funge da regola rispettata nella vita stessa, ed il principio tecnico, dove il diritto è una professione¹⁰.

I due principii sono aspetti e concretizzazioni dello stesso diritto, pertanto sono intimamente interdipendenti tra di loro: il mondo professionale serve alla vita nel mondo politico e laico, cosicché quest'ultimo rappresenta l'aspetto reale e consequenziale del diritto, dando coerenza sociale al lavoro giuridico. Per questo risulta illuminante tenerli distinti. Savigny evidentemente utilizzò in questa analisi il termine «politico» non nel senso odierno, bensì nel senso greco della parola, come manifesta l'espressione greca ἐπιστήμη πολιτική, cui corrisponde la latina 'civilis scientia'¹¹. È un significato che non è riuscito a conservarsi. Oggi pochi si rendono conto del fatto che in un sintagma come «codice civile», l'aggettivo ha un rapporto intimo con la posizione costituzionale del cittadino.

Savigny deve questo approccio, come lui stesso confessa, a Montesquieu. Tesse non soltanto le lodi del grande pensatore per la chiarissima prospettiva politica¹², presente in tutta la sua opera, ma trae da lui, come vedremo, anche la nozione centrale su cui il proprio lavoro sistematico si fonda.

Non si occupa, invece, delle famose dottrine di Montesquieu sulla migliore forma di governo e sull'alto valore della divisione dei poteri. Per questo problema Savigny aveva una soluzione diversa. Il suo ideale giuridico e costituzionale era la repubblica romana idealizzata¹³, ai suoi occhi così intensamente formata dal diritto e dal rispetto della libertà umana da essere non soltanto compatibile con una monarchia, ma anche in grado di sedurre i re con le virtù dei cittadini¹⁴. Per Savigny il diritto privato ha valore costituzionale essendo una forma di vita del diritto che ciascun potere pub-

sehen Rechts, in «Römisches Recht in der europäischen Tradition. Symposium aus Anlaß des 75. Geburtstages von Franz Wieacker» (cur. O. BEHREND, M. DIESELHORST, W. E. VOSS), Ebelsbach, 1985, p. 257-321.

¹⁰ F.C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Wissenschaft*, Heidelberg, 1814, p. 12, in «Der Kürze wegen nennen wir künftig den Zusammenhang des Rechts mit dem allgemeinen Volksleben das *politische* Element, das abgesonderte wissenschaftliche Leben des Rechts aber das *technische* Element desselben».

¹¹ Cfr. da un lato Arist., *eth. Nic.* 1094a, dall'altro Cic., *de or.* 1.43.193: 'sive quem civilis scientia (sc. delectat), quam Scaevola (sc. augur) non putat oratoris esse propriam, sed cuius ex alio genere prudentiae, totam hanc (sc. scientiam) descriptis omnibus civitatis utilitatibus ac partibus XII tabulis contineri videbit'. Questa «scienza civile», rinvenibile pienamente nella codificazione della legge delle dodici tavole, è la giurisprudenza preclassica che scaturisce dai principii materiali di una fertillissima interpretazione (cfr. Cic., *de or.* 1.44.195) e che Q. Mucio Scevola l'Augure vuole di conseguenza separare dalla cultura retorica fondata sulla parola ben definita (cfr. Cic., *de or.* 1.10.39). Cicerone non si preoccupa qui del contrasto epistemologico fra ἐπιστήμη ('scientia') e τέχνη ('ars') ma tratta dal suo punto di vista la 'scientia' come la forma generale del sapere, capace di essere trasformato in una 'ars' dalla sua dialettica scettica (cfr. Cic., *Brutus* 41.152, e *de or.* 1.42.187-191 e 2.19.83). In questa prospettiva l'ars è la forma più alta del sapere, cosicché le parole 'ars' e 'scientia' possono essere usate come sinonimi. Rivelatore sul punto Cic., *de or.* 2.7.30: 'ars enim earum rerum est, quae sciuntur; oratoris autem omnis actio opinionibus, non scientia, continetur'.

¹² Dice ai suoi studenti (F.C. VON SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre*, nach der Ausarbeitung des Jacob Grimm, Stuttgart, 1951, p. 35): «Ein Werk existiert, worin ein historisches Studium aller Gesetzgebung zu allgemeinen politischen Ansichten und Zwecken einzig und gründlich benutzt ist – *Esiste una opera, nella quale lo studio storico della legislazione è utilizzato per pareri e scopi politici generali in un modo singolare e approfondito* – : Montesquieu, *Esprit des lois*». Si aggiunga l'influsso altrettanto politico, riconosciuto da SAVIGNY, *op. cit.*, p. 59, alle opere di Fichte, scritte sotto l'influenza della rivoluzione francese.

¹³ SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre*, cit., p. 35; importante sul punto M. BRETONE, *Il Beruf e la ricerca del tempo classico*, in «Quaderni Fiorentini», IX, 1980, p. 193 ss.

¹⁴ Come nella famosa poesia di Schiller, nelle ultime linee della «Bürgschaft», in cui il tiranno, commosso dalla virtù del mallevadore nei confronti dell'amico pitagorico, esclama: «Ich sei, gewährt mir die Bitte, in eurem Bunde der Dritte». Si può, del resto, anche qui constatare un influsso della lettura di Montesquieu, cioè l'idea della virtù dei cittadini come «molla» principale della costituzione repubblicana: è una forza a cui neanche un tiranno può sottrarsi.

blico deve rispettare, se è desideroso di fondarsi su basi solide ed evitare le tare di una tirannide ¹⁵.

Ma non di meno rimane debitore verso Montesquieu. La nozione principale che deve al francese – che considero, proprio per questo importantissimo contributo, come il progenitore della Scuola storica tedesca – è l'idea che il mondo giuridico sia formato dai rapporti giuridici («rapports juridiques», «Rechtsverhältnisse»). Si tratta di una premessa fondamentale perchè libera il mondo giuridico dalla convinzione che il diritto non sia nient'altro che un insieme di ordini o comandi rilasciati da una autorità superiore intenta a dirigere il comportamento umano. La prospettiva savignyana mostra piuttosto il diritto sotto l'aspetto di un ordinamento la cui struttura è costituita da molteplici rapporti giuridici che vengono rispettati nella convivenza, senza assumere, per questo, la forma di ordini. Si tratta di una teoria del diritto decisamente non statualista: non lo Stato, ma lo spirito, cioè una ragione operante nella storia umana, ha creato questi rapporti giuridici ¹⁶.

Montesquieu spiega l'attività di questa ragione all'interno dei diversi popoli con parole che troveranno un'eco pressoché letterale in Savigny ¹⁷ Ed anche se non mancano le differenze ¹⁸, non c'è dubbio che siamo di fronte ad un importantissimo influsso. Si aggiunga che Savigny trovava in Montesquieu anche preformata la sua convinzione dell'origine, in fondo, divina dello spirito che crea gli ordinamenti giuridici nei popoli. Infatti, Montesquieu insegna che «les lois» sono creazioni divine perchè in rapporto con la sapienza divina ¹⁹. E un tale rapporto vivifica il «Volksg Geist» savi-

¹⁵ Savigny la pensava come R. POUND, che, nella frase finale del suo bel libro *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty*, New Haven, 1958, p. 111, scriveva «Whether rule is born by Rex or by Demos, a ruler ruling reasonably under God and the law founds his kingdom on a rock».

¹⁶ Cfr. dall'inizio dell'opera (*De l'esprit des lois*, I.1, [cur. G. TRUC], Paris, s.d., I, p. 5): «Il y a donc une raison primitive; et les lois sont les rapports qui se trouvent entre elle et les différents êtres, et les rapports de ces divers être entre eux». Le leggi studiate da Montesquieu sono dunque rapporti fra esseri diversi e la ragione, nonché rapporti – connessi con questa ragione – che esistono fra di loro. Applicando quest'analisi alle leggi positive dei diversi popoli e città (*loc. ult. cit.*, I.3 [I, p. 9]) distingue «DROIT DES GENS» (des lois dans le rapport que ces peuples ont entre eux) «DROIT POLITIQUE» (des lois dans le rapport qu'ont ceux qui gouvernent, avec ceux qui sont gouvernés) e «DROIT CIVIL» (dans le rapport que tous les citoyens ont entre eux). Traducendo questa terminologia in quella del diritto romano si vede che il *ius gentium* è ristretto alla maniera moderna, ma conformemente a come si delinea già in un testo conservato da Isidoro di Siviglia (*etym.* 5.2.6 [cur. LINDSAY]), e che il *ius privatum*, in quanto contrapposto al *ius publicum*, è identificato con il diritto dei cittadini oppure dei membri del popolo relativo. Vedi, per quanto concerne la stessa tendenza, F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlin, 1840, p. 113.

¹⁷ *De l'esprit des lois*, cit., I.3 (ed. cit., I, p. 10): «La loi, en général, est la raison humaine, en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre; et les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que les cas particuliers où s'applique cette raison humaine». Cfr. SAVIGNY, *System*, I, cit., p. 21: «Was in dem einzelnen Volk wirkt, ist nur der allgemeine Menschengest, der sich in ihm auf individuelle Weise offenbart». Savigny non si allontana da Montesquieu se rende «raison» con «Geist». La frase di Savigny chiude una riflessione sul rapporto fra «Volksg Geist» e «Menschengeist», accentuando l'importanza dell'individuo. Anche in questo caso, in accordo con Montesquieu, che dice nel testo che segue: «Elles (*sicil.* les lois politiques et civiles) doivent être tellement propre au peuple pour lequel elles sont faites, que c'est un très grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre». La distinzione fra «lois politiques et civiles» che corrisponde alla contrapposizione tra *ius publicum* e *ius privatum*, ritorna in Savigny con il contrasto tra «Staatsrecht» e «Privatrecht» (I, p. 22).

¹⁸ Savigny non ammette nella sua teoria sullo spirito del popolo un'epoca prima dello Stato. Un popolo che appare nella storia, forma comunque già uno «Stato». Quindi nega (*System*, I, cit., p. 23): «daß in dem Leben der Völker, eine Zeit vor Erfindung des Staats vorkäme». Montesquieu invece lo crede possibile, ma lo delinea in una forma così mite e piacevole che somiglia già alla vita in un ordinamento giuridico: la prima legge naturale (!) sarebbe la pace voluta da tutti per un sentimento sovrachante di debolezza; la seconda ispira semplicemente all'uomo di provvedere a nutrirsi; la terza porta gli uomini per il piacere del contatto (anche con il sesso diverso) a pregarsi l'un l'altro; la quarta, nata con questo intendimento, crea un altro motivo di unione, vale a dire il desiderio di vivere in società.

¹⁹ *De l'esprit des lois*, cit., I.1 (cit., I, p. 5): «Dieu a du rapport avec l'univers, comme créateur et comme conservateur: les lois selon lesquelles il a créé sont celles selon lesquelles il conserve. Il agit selon ces règles, parce qu'il les connaît; il les connaît parce qu'il les a faites; il les a faites, parce qu'elles ont du rapport avec sa sagesse et sa puissance. [...] (I p. 6): Il faut donc avouer des rapports d'équité antérieurs à la loi positive qui les établit; comme, par exemple, que supposé qu'il y eût des sociétés d'hommes, il serait juste de se conformer à leurs lois; que, s'il y avait des êtres intelligentes qui eussent reçu quelque bienfait d'un autre être, ils devraient en avoir de la reconnaissance; que, si un être intelligent avait créé un être intelligent, le créé devrait rester dans la dépendance qu'il a eue dès son origine; qu'un être intelligent qui a fait du mal à un être intelligent, mérite de recevoir le même mal, et ainsi du reste».

gnyano.²⁰ Savigny conferisce al suo sistema di libertà individuale una giustificazione profondamente religiosa anche se allo stesso tempo capace di un'interpretazione pienamente secolare. La libertà individuale è mantenuta e protetta – benché limitata nella convivenza da principii che proteggono anche gli altri²¹, con lo scopo di dare all'uomo uno spazio di libertà nel quale possa manifestarsi, decidendo e scegliendo, come un essere buono o cattivo, o di determinare la sua posizione relativa sulla scala del bene e del male. La libertà organizzata dal diritto privato, che oggi chiamiamo autonomia privata della persona, ha nel sistema di Savigny, dunque, la sua radice in un moralismo segnato dallo spirito, come scrive lo stesso Savigny, del Cristianesimo²². Il diritto romano fu, nella sua prospettiva, creato e favorito dalla volontà divina, affinché l'uomo trovasse nel suo ordinamento spazi di libertà che lo rendessero responsabile dei suoi atti. La storia del diritto romano gli sembra fornire una grande conferma di questa visione. Savigny era proprio convinto che si trattasse di un diritto rivelato al popolo romano, conservato e sviluppato da un Giustiniano imperatore, utilizzato come strumento della provvidenza e ricevuto dall'Europa per la pura forza dello spirito inerente ad esso.

Il risultato di questa spiegazione teologica fu altamente paradossale nel quadro di una scuola che si definisce storica. Infatti, dobbiamo al fondatore della cosiddetta Scuola Storica una spiegazione del fenomeno del diritto romano decisamente storica e soprannaturale. Una rivelazione che opera sullo spirito del popolo romano non ha niente a che vedere con la storia umana, composta da attività e aspirazioni umane. Perciò non può destare meraviglia che nell'opera di Savigny non appaiano le due scienze ellenistiche che hanno formato il diritto romano. Lo spirito popolare romano della scuola storica non parla greco. E se parla, parla una volta soltanto, una volta per tutte: non si rettifica!

Se Savigny è nondimeno riuscito a risuscitare le idee fondamentali del diritto romano, questo si spiega col fatto che i suoi presupposti erano così generosi e ampi da funzionare nei confronti delle diverse epoche, che egli non distingueva, come una generalizzazione atta a cogliere l'essenziale. Infatti, lo spiritualismo di Savigny ha colto molto bene che il diritto romano si presenta sempre, nelle diverse fasi del suo sviluppo come la creazione di un pensiero, che vuole una vita sociale ordinata secondo i principii della libertà individuale e la cooperazione pacifica. Anche la sua convinzione già menzionata secondo la quale il diritto positivo si troverebbe nei rapporti giuridici e sarebbe utile distinguere il principio politico sotto il quale questi rapporti giuridici sono realizzati dal principio tecnico e professionale (sotto il quale tali rapporti giuridici sono amministrati), si conferma in tutti gli strati del diritto romano. Quest'ultima è una distinzione che risulta dalla natura del fenomeno stesso, cioè uno Stato sociale con un ordine creato e mantenuto da una consapovezza professionale e attiva. Aristotele conosce nelle sua «Politica» la stessa distinzione nella contrapposizione molto efficace fra *τάξις* e *σκέψις*²³.

Nel periodo arcaico, nel quale si forma il *ius Quiritium*, che culmina nella legge delle dodici Tavole e che definisco come il periodo del «Vindikationsmodell», possiamo così distinguere il diritto realizzato, che si manifesta nel modo più impressionante ogni cinque anni, all'atto solenne del censimento²⁴, dal sapere professionale amministrato nei collegi dai sacerdoti, dagli auguri preurbani e

²⁰ Cfr. il saggio citato *supra*, nt. 12.

²¹ Savigny distingue, per afferrarne la differenza, le nozioni pure di giustizia, che proteggono la libertà in modo formale, dalle nozioni miste, che ammettono valori sociali e politici. Arriva in questo modo ad una sintesi del dualismo inerente alle due giurisprudenze ellenistiche romane. Cfr. ancora *infra*, nel testo.

²² SAVIGNY, *System*, cit., I, p. 53: «Jene allgemeine Aufgabe alles Rechts nun läßt sich einfach auf die sittliche Bestimmung der menschlichen Natur zurück führen, so wie sich dieselbe in der christlichen Lebensansicht darstellt; denn das Christenthum ist nicht nur von uns als Regel des Lebens anzuerkennen, sondern es hat auch in der That die Welt umgewandelt, so daß alle unsre Gedanken, so fremd, ja feindlich sie demselben scheinen mögen, dennoch von ihm beherrscht und durchdrungen sind».

²³ Aristotele, *Politica* (ed. W. D. ROSS, Oxford, 1964) 1253a, 37 ss.: «ἡ γὰρ δίκη πολιτικῆς κοινωνίας τάξις ἐστίν, ἡ δὲ δικαιοσύνη τοῦ δικαίου κρίσις». La frase non perde se sostituiamo la *δικαιοσύνη* di Aristotele che in questa sede è quella di un politologo con quella di un giurista di professione.

²⁴ Conferendo libertà ai censiti non liberi (Gai., *inst.* 1.17) e togliendo la libertà a colui che gli si sottrae (*Ulp. Reg.* 11.11). Poco nota mi pare la bella e convincente spiegazione che R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts*⁴, III.1, Leipzig, 1888, p. 184, offre per i figli «*in causa mancipii*»: ridiventavano figli liberi nella *patria potestas* con il cen-

dai *pontifices* urbani ²⁵.

Nel periodo scientifico ellenistico contrassegnato dal sorgere del concetto generale di *'ius civile'*, descrivendo un fenomeno riscontrabile ovunque si sia formata una città, vediamo la riflessione filosofica penetrare l'ordinamento giuridico romano. La professione che se ne cura è cronologicamente divisa in due grandi, chiaramente distinguibili, ondate ²⁶. Nella scienza preclassica vediamo la *πόλις* della società, dominata dal dualismo tra *ius civile* e *ius gentium* che contrappone strutture dinamiche del potere pubblico e familiare con principii sociali del commercio e delle interazioni, e la *σκέψις* che si cura delle regole di questo ordinamento nelle mani di una scienza giuridica in pieno sviluppo. Corrisponde al contrasto che la tradizione filosofica greca, alla base di questa scienza giuridica, individua fra i due contenuti presenti nella parola *σύστημα*. Da un lato essa significa l'insieme reale di uomini nelle città in due modi, quello dei cittadini che organizzano la *polis/civitas* secondo i propri interessi sotto le regole del *ius civile* nel senso proprio, e quello della convivenza degli uomini come tali, senza distinguere fra cittadini e stranieri, mantenuta e voluta come tale dall'*ὁρθός λόγος* del *ius gentium* – come espressione della perdurante coerenza della *societas humana* universale – ai fini del commercio e delle libere interazioni fra tutti gli uomini ²⁷. Dall'altro lato, *σύστημα* significa l'insieme dei concetti gestiti dalla *τέχνη* giurisprudenziale che tiene conto del doppio scopo del diritto ²⁸.

so (Gai., *inst.* 1.138-140; cfr. la figura del *'duicensus'*) anche senza il permesso del loro padrone, permettendo così al padre nel limite imposto dalle XII Tavole (IV.2) soltanto una ulteriore *mancipatio* valida. Anche la libera circolazione dei fondi di terra ha un rapporto intimo con il censo diventato timocratico. Cfr. T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, II, Leipzig, 1887, p. 391, e il mio articolo *La mancipatio nelle XII tavole*, in «Iura», XXXIII, 1982 (ma 1985), p. 46-103.

²⁵ *Das Vindikationsmodell als «grundrechtliches» System der ältesten römischen Siedlungsorganisation. Zugleich ein Beitrag zu den ältesten Grundlagen des römischen Personen-, Sachen- u. Obligationenrechts*, in «Libertas. Grundrechtliche u. rechtsstaatliche Gewährungen in Antike u. Gegenwart. Symposium aus Anlaß des 80. Geburtstags von Franz Wieacker» (cur. O. BEHRENDIS e M. DIEBELHORST), Ebelsbach, 1991, p. 1-59; per quanto concerne il rapporto fra auguri preurbani e *pontifices* urbani, cfr. la prima parte del mio saggio *Der Vertragsgedanke im römischen Gesetzesbegriff auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Der erfragte Wille der Wehrgemeinde, die Fortbildung der Rechtsordnung durch die Bürgerschaft und die Ideologie des Gesetzgebungsauftrags*, in «Gesetz und Vertrag» I (cur. O. BEHRENDIS e CHR. STARCK), Göttingen, 2004, p. 26 e 32.

²⁶ Per quello che segue vedi da ultimo *Dalla mediazione arbitraria alla protezione giudiziaria. Genesi e vicende di buona fede e delle c.d. formulae in factum conceptae*, in «Diritto e giustizia nel processo» (cur. C. CASCIONE e C. MASI DORIA), Napoli, 2002, p. 197-323 e le parti ulteriori del mio *Der Vertragsgedanke*, cit. *supra*, nt. 25, e l'articolo *Der Ort des Ius Divinum*, in «Festschrift für Christoph Link» (cur. H. DE WALL e M. GERMANN), Tübingen, 2003, p. 557-585. Per una introduzione al vastissimo tema è sempre utile il mio breve saggio *Le due giurisprudenze romane e le forme delle loro argomentazioni*, in «Index», XII, 1983-1984, p. 189-225.

²⁷ Il primo significato della parola nel senso di un'adunanza di uomini viene testimoniata dalla definizione *δημος ἀστυεῖον τι σύστημα* (J. VON ARNIM, *Stoicorum Veterum Fragmenta*, III, n. 327, p. 81, 43), il secondo dall'espressione *σύστημα τῶν ἀνθρώπων* (ARNIM, *op. cit.*, III, n. 328, p. 81, 11). Ambedue i frammenti, con questi termini, cercano di mettere in rapporto, partendo ciascuno dal lato opposto, il popolo politico e la popolazione del momento in una città. Il popolo è il corpo politico ristretto dei cittadini, formato dal *ius civile*; la popolazione è la frazione della gente umana che si trattiene nella città, che raduna cittadini e stranieri, fra quegli ultimi anche quelli solo di passaggio. La popolazione è il corpo sociale formato dagli uomini come tali, amministrato dal *ius gentium*, nel quale il popolo si fonde e dissolve. Questo dualismo è il risultato della concezione stoica che vede le città e gli ordinamenti del diritto civile come *προσθήκαι*, aggiunti all'originale *ὁρθός λόγος* (ARNIM, *op. cit.*, III, n. 323, p. 80, 12 s.), storicamente necessari, perchè la libertà interessata delle città e dei cittadini non sarebbe stata possibile sotto il regno puro dell'*ὁρθός λόγος* (ARNIM, *op. cit.*, III, n. 360, p. 88, 6 ss.). Di conseguenza il *ius gentium*, ciò che resta della *recta ratio*, vale dovunque non esista il nuovo regime del *ius civile*. Cfr. Cic., *off.* 3.16.69: *'itaque maiores aliud ius gentium, aliud ius civile esse voluerunt, quod civile non idem continuo gentium, quod autem gentium idem civile esse debet'*. L'osservazione del perspicace allievo dei due Scevola, dell'*augur* e del *pontifex*, è molto fine perchè lascia intravedere con il *'non continuo'* che anche il *ius civile* è in parte universale, in quanto rappresenta il passo necessario dell'umanità agli ordinamenti cittadini con famiglie e proprietà, e particolare solo in parte, in quanto contiene regole speciali, dovute ad una tradizione. Per una ultima interpretazione del brano che prova il valore logico della qualificazione *'continuo'* e apporta un caso di una definizione analoga, anche essa dalla giurisprudenza preclassica, si veda il mio *Der Vertragsgedanke*, cit., p. 43 ss. e 46 ss.

²⁸ Per il sistema nel senso di un raggruppamento di concetti, coerente e utile per la vita umana, cioè di una *τέχνη* (*'ars'*), cfr. ARNIM, *op. cit.*, II, n. 56, p. 23, 21, n. 94, p. 30, 29 s. e il registro. Cicerone, anche qui allievo dei due Mucii, ha provato a rendere nella definizione latina dell'*'ars'* la parola greca *σύστημα* con *'constructio'* (cfr. ARNIM, *op. cit.*, I, n. 73, p. 21, 19 s.). *L'ars boni et aequi* altoclassico di Celso che, da proculiano, segue la tendenza del principato, favorevole alla tradizione preclassica, mettendo perciò l'*aequum* in primo piano (senza, però, sacrificare il *ius formale*) rimane una delle vestigia più note del pensiero sistematico preclassico.

Ancora più chiaramente afferrabile è la differenza fra τόξις e σκέψις nella giurisprudenza classica, che si impone dopo la morte dell'ultimo giurista preclassico Mucio Scevola *pontifex maximus*, avvenuta nell'anno 82. L'ordinamento realizzato si presenta sempre in un modo dualistico, ma adesso in una forma empirica e umanistica, nata da un'analisi metodica della realtà sociale. Da un lato abbiamo la *institutio aequitatis* o *civilis aequitas*, che abbraccia tutte le strutture giuridiche incorporali che esistono fra persone e persone, persone e cose, e cose e cose, dall'altro la *naturalis aequitas* in base alla quale il magistrato rende responsabile il singolo, riferendosi a valori di comportamento sociale riscontrabili – secondo la teoria classica – in ogni coscienza umana. La giurisprudenza che cura questo ordinamento commenta il nuovo editto del pretore, con l'aiuto del quale il nuovo sistema si impose, e che, di conseguenza, diventa il centro della scienza giuridica. I concetti '*ius civile*' e '*ius gentium*' ed altri simili non sono più principii dinamici realizzati, ma concetti scientifici che servono a dare validità alle diverse figure giuridiche realizzate²⁹, dichiarando, per esempio, che la nuova *emptio venditio* consensuale che si realizza in due obbligazioni incorporali e richiede necessariamente un prezzo in denaro (e non abbraccia più come il *negotium bona fide gestum* del diritto preclassico, il baratto)³⁰ sia un istituto del nuovo *ius gentium*. La nuova giurisprudenza è caratterizzata da una ridefinizione dei termini centrali che somiglia a uno spostamento. Il *ius gentium* classico prende, con le sue figure strutturate, il posto del portatore della civilizzazione, che nel sistema preclassico occupava, con i suoi rapporti giuridici, il *ius civile* universale; al diritto naturale sociale del *ius gentium* preclassico succede, invece, la *naturalis aequitas* garantita dal pretore come espressione dei valori di un'etica giuridica individualistica.

Nel principato la distinzione fra diritto realizzato nella vita sociale e diritto curato e insegnato professionalmente trova la sua espressione più chiara nella coesistenza delle due scuole, all'interno delle quali si avviava un lungo processo che avrebbe condotto ad un avvicinamento delle due scienze ellenistiche sotto gli auspici del principato. Il compromesso più importante per Savigny era quello elaborato nella scuola di Giuliano, che aveva portato alla nascita delle Istituzioni di Gaio. Il manuale di Gaio – a differenza dell'*institutio aequitatis* classica, che descrive strutture a sé stanti³¹ – tratta le figure giuridiche come istituti, che qualificano con le loro forme rapporti giuridici nella vita stessa. Prendiamo per dimostrarlo l'esempio del diritto contrattuale. In Gaio gli *instituta* corrispondenti si mostrano come modelli giuridici che fecondano un rapporto umano nella misura in cui da questo nascono obbligazioni. Il principio fecondatore è la volontà delle persone umane, qualificata e resa rilevante da un modello giuridico, mentre quello che viene fecondato è il rapporto umano che si chiama – nella tradizione preclassica – '*negotium*', proprio perché la situazione obbligatoria non lascia in pace ('*otium*')³². Il ruolo del giurista interprete è, nei confronti di questa nascita, maieutico,

²⁹ Cicerone lo esprime nella *ratio iuris* classica (*part. or.* 37.129-131) con la categoria '*propria legis*'. Mentre i contenuti dell'*aequitas*, divisi in '*lex*' (= '*civilis aequitas*': norma giuridica strutturante) e '*natura*' (= '*naturalis aequitas*': valori di comportamento) si riscontrano nella realtà, perché ambedue formate in modo da potersi inserire nella realtà (perciò Cicerone dice: '*atque haec [scil. le due *vis aequitatis*] communia sunt naturae atque legis*'), i '*propria legis*' sono categorie astratte che non si riscontrano come tali al livello empirico. Cicerone nomina il *ius gentium* e menziona il *ius civile* tramite le sue suddivisioni *lex publica* (*ius scriptum*) e *mos maiorum*. Labeone, figlio di un allievo di Servio, e, dopo Servio stesso ed Ofilio, il terzo grande commentatore dell'editto classico, usa le categorie '*aequitas civilis*' – '*aequitas naturalis*' con la naturalezza che fa pensare ad un binomio fondamentale (D. 47.4.1.pr. [Ulp. 38 ad ed.]).

³⁰ Per questo esempio del cambiamento da ultimo il mio articolo *Der ungleiche Tausch zwischen Glaukos und Diomedes und die Kauf-Tausch-Kontroverser der römischen Rechtsschulen*, in «Historische Anthropologie», X, 2002, p. 245-266.

³¹ Si veda la definizione che offre una parafrasi dell'*institutio aequitatis* (*Topica* 23.90) dal punto di vista dei cittadini, cioè limitato al *ius civile*. *Top.* 2.9: '*Ius civile est aequitas constituta eis qui eiusdem civitatis sunt ad res suas obtinendas*'.

³² '*Negotium*', che può designare ciascun affare (Gai., *inst.* 4.184), è una parola chiave della scienza preclassica. Cfr. soltanto la formula di Quinto Mucio (*pontifex maximus*) citata da Cic., *ad Att.* 6.1.15. Il principio della volontà in questo sistema che vale per contratti e delitti (Gai., *inst.* 3.88: '*omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*') viene enunciato da Gaio per il campo contrattuale in modo molto chiaro (*inst.* 3.91): '*haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is, qui solvendi animo dat, magis distrabere vult (!) negotium quam contrabere*'. Per i delitti si tratta di lesioni perpetrate o *dolo malo* (Gai., *inst.* 3.197) o *culpa* (Gai., *inst.* 3.202). Il punto di vista che mette insieme i delitti, per arrivare alla conclusione che tutti ubbidiscono allo stesso principio (Gai., *inst.* 3.182: '*omnium rerum uno genere constitit obligatio*'), è verosimilmente l'*affectus* da rimproverare (Gai., *inst.* 3.208), che si manifesta o in una volontà di le-

nel senso socratico dell'espressione³³. Vediamo di nuovo, in questo servizio svolto dal giurista, la differenza fra principio tecnico e principio politico.

Infatti, il modo di pensare è molto simile al sistema che vediamo professato da Savigny. Troviamo in Savigny, nel primo tomo del suo «System», un approccio del tutto analogo e dovuto, come l'autore sottolinea, alla sua intima conoscenza dei giuristi romani³⁴. Con lo scopo di mettere in armonia teoria e prassi, Savigny distingue qui il «Rechtsverhältnis» della vita ed il «Rechtsinstitut» del diritto tecnico ed attribuisce all'interpretazione giuridica il compito di costruire il «Rechtsverhältnis» tenendo conto del proprio corrispondente «Rechtsinstitut» – oppure anche di diversi «Rechtsinstitute»³⁵ – che si trova in posizione dominante. Ambedue, «Rechtsverhältnis» e «Rechtsinstitut», hanno una natura organica. Ma il «Rechtsverhältnis» scaturisce immediatamente dalla vita nella sua coerenza naturale, mentre i «Rechtsinstitute» derivano dalla scienza che li sistema organicamente, conservando all'interpretazione professionale una certa libertà metodica di impiego³⁶. Il lavoro si svolge in queste due prospettive: una immediatamente rivolta alla vita, mentre l'altra – partendo dalla scienza – secondo Savigny conferisce alla prassi del diritto un elemento di spiritualità viva³⁷ e stabilisce anche un indissolubile nesso fra teoria e prassi. Soltanto colui che si rende conto dell'identità profonda delle due parti dell'*ars* può esercitarle – l'una o l'altra, secondo Savigny – in un modo degno³⁸. Si tratta di una convinzione che Savigny, ripeto, deve alle sue fonti, interpretate e sintetizzate, come abbiamo visto, partendo da una visione spirituale in un modo molto generale e astorico, ma in un certo senso profondamente congeniale.

Non mancava, neppure in Savigny, la consapevolezza metodologica che la realtà sociale e poli-

sione o in una mancanza di diligenza inerente all'atto che lede. Le forme contrattuali invece formano i *quattuor genera* a seconda che la *nuda voluntas consentientium* (D. 19.4.1.2 [Paul. 32 *ad ed.*]) basti per fecondare il *negotium* con un modello contrattuale oppure occorra una *proprietas* ulteriore (Gai., *inst.* 3.135-137). L'idea generale che permette di costruire un diritto delle obbligazioni capace di abbracciare contratti e delitti si trova nell'*argumentum a fortiori* ('*immo magis*') presente in D. 3.5.5.5[3] (Ulp. 10 *ad ed.*) che, contestato, verosimilmente è stato ricavato da Giuliano, citato nel contesto un po' più avanti. Il ragionamento è materialmente valido: se un rapporto creato con la volontà di aiutare crea un *negotium*, che può generare obblighi, questo vale a maggior ragione per un rapporto creato con la volontà di nuocere.

³³ In Gaio le obbligazioni nascono dal *negotium gestum* fra le persone contraenti sotto gli occhi del giuriscultore maieutico. Cfr. Gai., *inst.* 3.88, 91, 136 e *passim*.

³⁴ Savigny dice alla fine di questa parte in nota (*System*, cit., I, p. 11 nt. b): «Diese Ueberzeugungen sind bei dem Verfasser zuerst durch die genauere Bekanntschaft mit den gerade hierin großen Römischen Juristen entstanden, dann aber hauptsächlich durch die vieljährige Beschäftigung mit der juristischen Praxis entwickelt und befestigt worden».

³⁵ *System*, cit., I, p. 9: «Jedes Rechtsverhältnis <steht> unter einem entsprechenden Rechtsinstitut, als einem Typus, und <wird> von diesem ...beherrscht». *System*, cit., I, p. 10: «Alle Rechtsinstitute <bestehen> zu einem System verbunden» und können «nur in dem großen Zusammenhang dieses Systems, in welchem wieder dieselbe organische Natur erscheint, vollständig begriffen werden».

³⁶ *System*, cit., I, p. 10: «Für die Entwicklung des Gedankens liegt ein natürlicher Unterschied darin, daß wir die Rechtsinstitute zuerst gesondert construiren, und hinterher willkürlich combiniren können, anstatt daß uns das Rechtsverhältnis durch die Lebensereignisse gegeben wird, also unmittelbar in seiner concreten Zusammensetzung und Verwicklung erscheint».

³⁷ *System*, cit., I, p. 8: «Diese lebendige Construction des Rechtsverhältnisses in jedem gegebenen Fall ist das geistige Element der juristischen Praxis, und unterscheidet ihren edlen Beruf von dem bloßen Mechanismus, den so viele Unkundige darin sehen.» Nella frase si trova (*System*, cit., I, (§ 5) «Rechtsverhältnis», ma è evidente che «la costruzione vivificante» del «Rechtsverhältnis», dato dagli avvenimenti nella loro immediatezza (cfr. *supra*, nt. 36), non potrebbe funzionare senza gli *instituta* giuridici. In questo senso depone anche il frammento D. 12.6.38.pr. (Afr. 9 *quaest.*), contenente la complicatissima '*lex frater a fratre*', che Savigny prende da esempio.

³⁸ *System*, cit., I, p. 10 s.: «So unermesslich nun der Abstand zwischen einem beschränkten einzelnen Rechtsverhältnis und dem System des positiven Rechts einer Nation sein mag, so liegt doch die Verschiedenheit nur in den Dimensionen, dem Wesen nach sind sie nicht verschieden, und auch das Verfahren des Geistes, welches zur Erkenntnis des einen und des andern führt, ist wesentlich dasselbe. Hieraus folgt aber, wie wichtig es ist, wenn in der Rechtswissenschaft sehr häufig Theorie und Praxis als ganz getrennt, ja entgegengesetzt angesehen werden. Verschieden ist in ihnen der äußere Lebensberuf, verschieden die Anwendung der erworbenen Rechtskenntnis: aber die Art und Richtung des Denkens, so wie die Bildung, die dahin führt, haben sie gemein, und es wird das eine oder das andere dieser Geschäfte nur von Demjenigen würdig vollbracht werden, welchem das Bewußtsein jener Identität inwohnt».

tica, e la scienza giuridica al suo servizio, fossero alla ricerca continua di un equilibrio fra libertà formalmente protetta e protezione di aspettative sociali materialmente giuste che nascono dalla convivenza. Infatti, ricostruiva il contrasto che vediamo nei dualismi delle due scienze ellenistiche fra *ius civile* e *ius gentium* e fra *civilis aequitas* (*institutio aequitatis*) e *naturalis aequitas*, con la contrapposizione del concetto giuridico puro «reiner Rechtsbegriff» e concetto giuridico misto «gemischter Rechtsbegriff»³⁹.

Riassumendo tutto quanto finora detto possiamo constatare che il sistema di Savigny fu una rifondazione del diritto romano scientifico sotto un aspetto storico, ma penetrante e ad esso congeniale. La sua sintesi è originale e nuova, ma costruita su materiali che lo consentivano perchè corrispondevano al suo approccio. Così il «System des heutigen (!) römischen Rechts» presenta la continuità sfumata che Savigny gli rivendicava con la qualifica di «odierno».

2. Lo squilibrato cammino scientifico di Jhering, principe ereditario del reame di Savigny, educato da Puchta

Il cammino scientifico di Jhering non ha seguito una linea retta, ma ha conosciuto negli anni della sua maturità, come ben si sa, una svolta decisiva. Tuttavia, questo fu un avvenimento, che malgrado la sua grande portata, non lo condusse fuori dall'ambiente della scuola storica. Jhering, che considero l'ultimo grande rappresentante della scuola storica – non a caso il titolo del suo capolavoro «Geist des römischen Rechts» evoca quello del progenitore della Scuola storica, «L'esprit des lois» – non ha mai rotto la malia della sua provenienza. E' rimasto, nel bene e nel male, un rappresentante di questa grande rifondazione del diritto romano.

Jhering era come Savigny un fervente fautore dell'idea che il diritto non sia una cosa che si coglie o si realizza nel pensiero astratto. Il suo vero luogo è sempre la vita stessa giuridicamente ordinata. In questo approccio realistico e responsabile egli rinveniva la differenza fra filosofo e giurista. Un filosofo non si cura mai delle conseguenze pratiche delle sue «verità», un buon giurista sempre⁴⁰. Come Savigny, Jhering non dipendeva da nessuna filosofia, bastandogli il fenomeno spirituale del diritto romano che interpretava continuamente, senza accorgersi dei fondamentali contributi filosofici in esso presenti. E come Savigny, rivendicava alla scienza giuridica una posizione al di sopra del positivismo dello Stato e non si riconosceva, come faceva invece il suo amico Bernhard Windscheid, nella figura del «giurista come tale» («des Juristen als solchen»), che non ha nulla a che vedere con la politica e le decisioni ivi prese e neanche con i grandi principii politici che reggono il sistema, e che pertanto trova il suo compito più nobile nel ruolo del giurista al servizio dello Stato legislatore.

Per Jhering come per Savigny, inoltre, è una certezza che la storia del diritto – innanzitutto attraverso la propria manifestazione romana – abbia una spiritualità propria così ricca e fertile che può conferire al giurista un'autonomia nei confronti della filosofia, e questo con una profondità che gli consente addirittura una definizione della sua religiosità⁴¹. Fu una convinzione non soltanto tratta dall'interpretazione spirituale apportata anacronisticamente alla tradizione romanistica, ma – approfondisco sotto questo aspetto un'osservazione già fatta – anche in un certo modo consolidata dall'esegesi delle fonti, nelle quali, anche senza un'analisi critica, non era possibile non sentire una qua-

³⁹) *System*, cit., I, p. 53 s.

⁴⁰) Cfr. JHERING, *Über die Entstehung des Rechtsgefühles*, cit., p. 23, 161.

⁴¹) Savigny, seguendo in questo Lessing, non amava il mito del peccato originale. Cfr. *Geschichte, Politik und Jurisprudenz*, cit., p. 268 nt. 20. Per Jhering la presenza dello stesso insegnamento umanistico di Lessing è provata da molte istanze. Cfr. JHERING, *Über die Entstehung des Rechtsgefühles*, cit., p. 100 ss. In un modulo che chiedeva «religione» egli scrisse scherzando, ma in un modo non sprovvisto di una certa presa di posizione «Romanist» (*op. cit.*, p. 173). In un altro contesto Jhering criticò la definizione del sentimento religioso data da Schleiermacher («Gefühl der schlechthinnigen Abhängigkeit») sostituendolo con il sentimento di sicurezza («Sicherheit in Gott»). Sono atteggiamenti che mostrano come il diritto romano, trattato nel modo della scuola storica, oltre a fornire giudizi, sia capace di offrire ai suoi cultori anche un orientamento religioso e di una impronta alquanto più secolare dell'ortodossia.

lità particolare del diritto romano: esso costituisce, infatti, nelle sue diverse forme di manifestazione, altrettante possibilità di creare un ordinamento capace, benchè chiaramente destinato a servire ai bisogni umani, di mantenere sempre un rapporto definito con la sfera divina. Questo vale per il «Vindikationsmodell» augurale e pontificale, per i due sistemi ellenistici – neanche il sistema classico di impronta scettica rinunciava a un confronto fra *ius humanum (aequitas)* e *ius divinum (religio)* ⁴² –, per l'ordinamento augusteo, per quello degli imperatori cristiani fra Costantino e Giustiniano e infine anche per quelli nei quali il diritto romano fu recepito in Europa a partire da Bologna. La concezione di Savigny di uno spirito popolare, che genera in un modo soprannaturale un ordinamento composto da rapporti giuridici e che organizza la convivenza sociale di uomini liberi sotto l'idea di una responsabilità trascendentale dell'individuo, attribuiva a questo sviluppo molto articolato una continuità che esso non contenne, ma che, grazie alla sua generalità, fu in grado di inaugurare un approccio fruttuoso alle fonti e di approfondire la loro coerenza.

Jhering non fu, certo, l'ideatore di questa rifondazione spirituale del diritto romano; egli è già l'erede delle sue ricchezze. Somiglia a un principe-ereditario, nato in questo reame spirituale, che, camminandovi, scopre principii ed idee, che gli appaiono nuove e vive, e che sviluppa, di conseguenza, con l'entusiasmo di un ispirato. Perciò le sue posizioni appassionate molto spesso non contraddicono quelle di Savigny, ma le conducono all'estremo.

L'esempio più noto sono le pagine jheringiane rivolte alla dimostrazione del fatto che esiste, al di sopra di una giurisprudenza inferiore, che non studia che la lettera della legge e si interessa quindi unicamente ai comandi, una giurisprudenza superiore, che tratta il diritto in forma di «corpi giuridici viventi». A ragione Jhering, dopo una critica severa, citava Savigny il quale aveva infatti detto lo stesso, dichiarando che i giuristi romani trattavano i loro istituti come altrettanti esseri reali («wirkliche Wesen») ⁴³. Oggi possiamo dire che Jhering, in fin dei conti, non ha fatto altro che ripristinare in un modo esagerato, sulle orme della dottrina savignyana sui «Rechtsverhältnisse» e i «Rechtsinstitute», la teoria delle *res incorporales* d'epoca giuliana. Queste, dal momento che potevano nascere – conformemente a quanto pone in luce lo stesso diritto delle obbligazioni: si pensi l'espressione '*ex contractu nascitur obligatio*' – furono trattate dal pensiero giuridico come esseri viventi e non più soltanto come strutture astratte sprovviste di vita ⁴⁴.

Neanche le critiche rivolte da Jhering al pensiero di Savigny – pur rilevanti – avrebbero condotto ad una rottura o ad una vera emancipazione del principe ereditario. Ne dò qui due esempi.

Il bel programma di Jhering proclamato nel «Geist» («Rivendicare allo spirito umano quello che è opera sua») ⁴⁵ critica il soprannaturalismo di Savigny. Ma senza studiare le scienze ellenistiche che hanno reso possibile la giurisprudenza preclassica e classica non sarebbe stato possibile farlo. Jhering ha deriso il romanticismo inerente al soprannaturalismo di Savigny, paragonando l'invenzione delle nozioni giuridiche nei casi della vita alla raccolta delle bacche sui cespugli. Tuttavia come diceva Lessing: «non è libero colui che deride le sue catene» ⁴⁶. In realtà, Jhering è rimasto prigioniero di questa convinzione e, sviluppandola nelle parti metodologiche del «Geist», scritte dopo la sua svolta, è diventato, suo malgrado, uno degli ispiratori del giusliberismo arcioromantico, pericolosissimo come dimostrato dal suo ruolo durante il nazismo ⁴⁷. Ancora oggi la romanistica soffre di questa tradizione perchè le toglie la possibilità di ridiventare una scienza giurisprudenziale. La responsabilità oggettiva di Jhering è tanto più alta in quanto fu un teorico del diritto ancora più appassio-

⁴²) Cfr. il mio saggio *Der Ort des Ius divinum*, cit., p. 557 ss. e 571.

⁴³) Cfr. JHERING, *Geist*⁴, cit., II.2, 1880, § 41 nt. 506.

⁴⁴) Basta leggere Gaius nei frammenti citati *supra*, nt. 33.

⁴⁵) *Geist*¹, cit., III.1, 1865, § 59 p. 307: Il compito consiste in «dem menschlichen Geist zurückzuobern, was sein eigentliches Werk ist».

⁴⁶) G.E. LESSING, *Nathan der Weise*, IV.4.2756 ss. «Der Aberglaub', in dem wir aufgewachsen, / Verliert, auch wenn wir ihn erkennen, darum / Doch seine Macht nicht über uns. – Es sind / Nicht alle frei, die ihrer Ketten spotten».

⁴⁷) L'ho descritto dettagliatamente nel saggio che accompagna l'edizione della prolusione viennese (*op. cit.* [nt. 4], p. 144 ss.). Cfr. anche il mio articolo *Von der Freirechtsbewegung zum konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken*, in «Recht und Justiz im Dritten Reich» (*cur.* R. DREIER e W. SELLERT), Frankfurt a. M., 1989, p. 34-79.

nato di Savigny.

Un'altro esempio lo fornisce la critica, fondamentale, che Jhering ha rivolto in nome dell'universalismo del diritto alla teoria del «Volksgest», sottolineando il grande valore dell'universalismo per la storia romana e mettendo in guardia contro il pericolo inerente al nazionalismo. E' stato molto meritevole⁴⁸. Ma essa non lo ha condotto ad una migliore comprensione dell'universalismo come insegnato dalle teorie classiche e preclassiche, in base alle quali gli stati differenti sono strutture con due scopi complementari, il primo quello di organizzare e proteggere gli interessi particolari dei cittadini, il secondo di provvedere alla convivenza degli uomini mostrandosi anche come luoghi di convivenza nei quali vale un diritto uguale ed equo per tutti gli uomini.

Anche la grande apertura che Jhering opera dopo la sua svolta verso la politica sociale, verso la responsabilità dell'individuo nei confronti della cultura, non risulta in contrasto con Savigny, ma utilizza i fermenti inerenti al suo sistema con maggiore passione, prossimo a posizioni del giovane Savigny. Come Savigny, Jhering era lontano dall'idolatria del diritto come mondo ideale che richiede ubbidienza. Savigny disprezza il «Götzendienst der Begriffe⁴⁹», l'idolatria dei concetti astratti e dei loro comandi; insegnava, invece, che il diritto è la vita stessa degli uomini, osservata da una certa angolazione⁵⁰. Se Savigny diceva, ad onore degli uomini, che una persona giuridica (morale) è una pura finzione per raggiungere certi scopi pratici, Jhering lo sorpassa, affermando dopo la sua svolta che i veri soggetti di una persona giuridica sono sempre i destinatari. Quello che i critici idealistici criticavano o disprezzavano in Jhering, tacciandolo di materialismo, era lo stesso interesse alla realtà umana formulato più energicamente. Il suo insistere sui contenuti e la portata pratica delle regole giuridiche fu, senza entrare nei dettagli, profondamente giusto. L'idolatria dei concetti inerente all'idealismo filosofico permette ad uno stato ideologico di trasformare i cittadini in strumenti devoti, pronti ad un'ubbidienza cieca.

Mi accingo adesso ad un'analisi più attenta dell'avvenimento spirituale che colpisce Jhering nei suoi anni di maturità e terminerò con uno sguardo sulla sua teoria evolucionistica del diritto che ne scaturiva e che considero come il nucleo della sua attualità. L'avvenimento è ben conosciuto, anche per il modo in cui Jhering, da regista della sua vita intima, lo ha stilizzato. Fu da lui chiamato «Umschwung», cioè «svolta, volteggio, cambiamento improvviso, mutamento repentino», da altri – non senza empatia – una vera Damasco, cioè una conversione, una ἐπιστροφή. Accadde una notte, al suono delle campane per il nuovo anno (il 1861), davanti ad un caso concreto che richiamava imperiosamente una soluzione diversa da quella enunciata dallo stesso Jhering in un articolo di alcuni anni prima⁵¹. L'opinione del giovane Jhering, esegeta acuto delle sue fonti, era, infatti, formale all'estremo: un venditore che vende la stessa cosa due o molte volte avrebbe avuto, nel caso in cui la cosa venga, prima della consegna, distrutta senza sua colpa, diritto a due o anche più prezzi⁵². Ora,

⁴⁸ Cfr. il giudizio di J. MACDONELL, *Rudolph von Jhering*, in «Great Jurists of the World» (cur. J. MACDONELL e E. MASON), Boston, 1914, p. 590-599 (in particolare p. 598).

⁴⁹ «Götzendienst der Grundsätze (sül. der Begriffe, welches ganz einerley ist)» è il rimprovero rivolto da Savigny alla morale di Kant e dei kantiani. Cfr. H. KANTOROWICZ, *Savigny-Briefe*, in «Neues Archiv für die Geschichte der Stadt Heidelberg und der Kurpfalz», XIII, 1928, p. 73 ed il mio *Geschichte, Politik und Jurisprudenz*, cit., p. 300 nt. 113.

⁵⁰ SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Wissenschaft*, cit., p. 30: «Das Recht nämlich hat kein Daseyn für sich, sein Wesen vielmehr ist das Leben der Menschen selbst, von einer besonderen Seite angesehen».

⁵¹ Cfr. in JHERING, *Beiträge und Zeugnisse*², cit., p. 16, il bel saggio di M. KUNZE, *Rudolf von Jhering. Ein Forschungsbericht*, in «Der Kampf ums Recht», cit., p. 134 ss. e l'informazione sul caso concreto da decidere p. 67. Non posso, però, condividere il giudizio di Kunze che la resistenza del «Rechtsgefühl» fosse stato per Jhering in questo caso appena afferrabile («kaum fassbar»). L'ingiustizia materiale del suo primo parere era invece palese. Cfr., *infra* nt. 52.

⁵² Il problema di Jhering fu quello notissimo dello «Preisgefahr beim Doppelkauf»: i sistemi del diritto romano (mi limito in questa sede ad un breve riassunto) escludevano una tale possibilità, evidentemente assurda. Nell'insegnamento classico il pericolo della cosa passa al compratore – tanto che che il giudice può condannarlo al prezzo concretizzando il suo *dare facere oportere ex bona fide* in due casi – o con la *traditio* (che rappresenta allo stesso tempo l'adempimento dell'obbligazione del venditore) o con la *mora emptoris*, cioè se il compratore non accetta la consegna offerta. Sono presupposti realizzabili soltanto nei confronti di uno, perchè il venditore, obbligato da sua parte *ex bono et aequo* (Gai., *inst.* 3.136), cioè dal principio della reciprocità, ad un *dare facere oportere ex fide bona* deve consegnare o

davanti al caso concreto non si sentiva più in grado di sostenere un parere del genere e si sforzava di elaborare una soluzione più ragionevole⁵³.

Nel sistema di Savigny si sarebbe trattato di uno scontro fra principio politico e principio tecnico del diritto, fra «Rechtsverhältnis», che porta la sua giustizia in sé, e «Rechtsinstitut», che ne è la consapovolezza scientifica, mai fissata una volta per tutte. La soluzione di un tale conflitto era dunque prevista nel pensiero di Savigny: si tratta dell'obbligo per il giurista professionista di aggiustare i concetti di cui si serve davanti alle esigenze della giustizia del caso concreto. Ed è proprio quello che Jhering ha fatto ovvero ha provato a fare, ma con un'agitazione ed una crisi di coscienza che si sarebbe risparmiato se fosse rimasto nel sistema di Savigny.

Infatti, Jhering non prese le mosse dal sistema savignyano puro, equilibrato e profondamente radicato nella tradizione del diritto romano, ma dall'insegnamento di Puchta, che fu in linea di principio un allievo fedele di Savigny e forse il più importante. Però Puchta si distaccò dal maestro in un aspetto molto importante e destabilizzante, fondando il suo sistema sulla persona ed i suoi diritti soggettivi, acquisiti tramite l'esercizio della volontà, e non, come Savigny, sull'aspetto interpersonale e sociale del «Rechtsverhältnis» e del «Rechtsinstitut», malgrado le avvertenze di quest'ultimo contro una tale sistematizzazione idonea ad attribuire un'eccessiva importanza a questa astrazione⁵⁴.

Puchta insegnava nella sua «storia del diritto presso i Romani» – questo titolo preliminare delle sue «Institutionen» conferisce al diritto nella tradizione savignyana la qualità di una manifestazione che si realizza nei diversi popoli senza perdere la sua identità⁵⁵ – una genesi individualistica e «adantica», che comincia proprio con il primo uomo, investito da Dio del possesso della terra⁵⁶. Se-

offrire la cosa venduta per ottenere il prezzo. La soluzione preclassica arriva allo stesso risultato: dal momento del *negotium bona fide contractum*, la cosa venduta appartiene al patrimonio del compratore, con tutti i vantaggi, ma anche con tutti i pericoli; se il venditore fa tutto ciò che può affinché la cosa venga conservata sana e salva per il compratore, ha di conseguenza diritto al prezzo anche se la cosa perisce per un caso fortuito; diventare una seconda volta un venditore di buona fede, che già con il rapporto contrattuale arricchisce l'altro e se stesso, è impossibile. Il sistema giuliano – che tratta la compravendita classica fondato sul consenso raggiunto, su di un modello contrattuale richiedente un prezzo in denaro, come principio fecondatore del *negotium bona fide contractum* preclassico – conserva lo stesso risultato: non ammette che la cosa possa essere venduta – con effetto patrimoniale, rappresentato adesso da una finzione di consegna – più di una volta. La soluzione che Jhering alla fine trova, (cfr. *infra*, nt. 53), è molto diversa e in fin dei conti poco felice. Colpisce inanzitutto che non si serva per nulla del principio della buona fede.

⁵³) Jhering coltivò l'idea che la *regula perfecta emptioe periculum est emptoris* funzioni come una assicurazione sulla cosa, importando il divieto di pretendere da una assicurazione su una cosa più del suo stesso valore. Di conseguenza, è lecito chiederne il prezzo soltanto una volta. Jhering, tuttavia, è costretto a lasciare al venditore libera scelta su chi debba pagare il prezzo, punto che costituisce evidentemente una mancanza grave della sua soluzione.

⁵⁴) Formulate nel *System*, cit., I, p. 7: «Betrachten wir den Rechtszustand, so wie er uns im wirklichen Leben von allen Seiten umgiebt und durchdringt, so erschient uns darin zunächst die der einzelnen Person zustehende Macht: ein Gebiet, worin ihr Wille herrscht, und mit unsrer Einstimmung herrscht. Diese Macht nennen wir ein Recht dieser Person, gleichbedeutend mit Befugniß: Manche nennen es *das Recht im subjectiven Sinn*. Ein solches Recht erscheint vorzugsweise in sichtbarer Gestalt, wenn es bezweifelt oder bestritten, und nun das Daseyn und der Umfang desselben durch ein richterliches Urtheil anerkannt wird. Allein die genauere Betrachtung überzeugt uns, daß diese logische Form eines Urtheils nur durch das zufällige Bedürfniß hervorgerufen ist, und daß sie das Wesen der Sache nicht erschöpft, sondern selbst einer tieferen Grundlage bedarf. Diese nun finden wir in dem *Rechtsverhältniß*, von dem jedes einzelne Recht *nur eine besondere, durch Abstraction ausgeschiedene Seite* darstellt, so daß selbst das Urtheil über das einzelne Recht nur insofern wahr und überzeugend sein kann, als es von der Gesamtschauung des Rechtsverhältnisses ausgeht. Das Rechtsverhältnis aber hat eine organische Natur ...». La stessa convinzione era già inerente al «Beruf». Savigny descrive come un rapporto logico di astrazione il rapporto fra il «Rechtsverhältnis» compravendita, – cioè il negozio giuridico qualificato dall'istituto «*emptio venditio*» – e l'obbligazione.

⁵⁵) Il primo titolo del lavoro, apparso in prima edizione nell'anno Leipzig 1840, suona «Geschichte des Rechts bei dem römischen Volk mit einer Einleitung in die Rechtswissenschaft», il secondo «Cursus der Institutionen». Il primo libro è intitolato «Encyclopädie» e diviso in cinque capitoli («Philosophische Grundlagen, Von der Entstehung des Rechts, Das Gebiet des Rechts, Innere Vollendung des Rechts, Von der Wissenschaft des Rechts»). Il secondo libro è di nuovo intitolato «Geschichte des Rechts bei dem römischen Volk». Il secondo volume contiene due libri, il terzo libro «Geschichte des römischen Civilprocesses» e il quarto libro «System und Geschichte des römischen Privatrechts».

⁵⁶) Per quello che segue si veda il mio saggio *Jherings Evolutionstheorie des Rechts zwischen Historischer Rechtsschule und Moderne*, in «Rudolf von Jhering, Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft», Göttingen, 1998, p. 93 ss.

condo Puchta, a partire da questo inizio, la ripartizione dei beni della terra seguì sempre la regola del diritto da lui concepita come forma della volontà di signoria, derivata dal primo uomo e ripresa da tutti i suoi successori. Per questo il «Besitz», la signoria sulle cose – non a caso il tema centrale della scuola storica – diventa per Puchta un diritto soggettivo, non più una relazione fattuale. Proprio questo inizio, però, spiega l'eccessivo formalismo per il quale l'insegnamento di Puchta è famoso. Le ragioni sono palesi: un diritto visto come forma della volontà di signoria richiede, per sua stessa natura, un'osservanza stretta e rigorosa, che favorisce unilateralmente i diritti soggettivi. Il motivo teologico, l'idea che Dio abbia dato ad Adamo ed ai suoi figli il possesso della terra, non può che rafforzare il formalismo al servizio degli altri diritti soggettivi, attribuendo loro un carattere categorico.

Il giovane Jhering intraprese, dunque, il suo capolavoro, il «Geist», usando il principio adamitico come chiave di volta per capire la storia e la preistoria indoeuropea del diritto romano. Infatti, la sua teoria della «Selbsthilfe», dell'autodifesa, non è altro che l'applicazione delle idee del suo maestro in un modo più concreto e circostanziato, ma non meno convinto. Jhering non si chiese come fosse possibile che gli atti di forza individuali, tramite i quali, in base al principio «Aiutati, che Dio ti aiuta!» (originariamente aristocratico, poi mutuato dalla nascente borghesia)⁵⁷, ci si impadronisce dei beni del mondo, potessero essere considerati come il fondamento dell'ordinamento giuridico di un gruppo. Non sospettava, per questi inizi, uno stato di un *bellum omnium inter omnes*, ma piuttosto un'armonia prestabilita nata dall'investitura primordiale. Ancora il mio maestro Wieacker credeva in questa tradizione, per cui originariamente sarebbe bastato che un esercizio di forza fosse rivestito da ritualità giuridiche per escludere ogni resistenza⁵⁸.

Se Jhering fosse stato meno influenzato da Puchta e più guidato da Savigny avrebbe potuto cominciare i suoi studi sulla preistoria e sulla storia di Roma con l'analisi dei primi insediamenti nel Lazio primitivo, cioè con i primi «Rechtsverhältnisse» e «Rechtsinstitute» del diritto pubblico arcaico. Savigny aveva ricevuto da Niebuhr, il grande studioso di storia critica di Roma – lo stesso Niebuhr che inaugurò l'interesse per la storia agraria e la tradizione gromatica – un'idea giusta sulle *gentes* delle origini di Roma. Gli studi della tradizione gromatica erano stati ripresi con successo da Rudorff, con il quale Jhering si laureò. L'importantissimo tema dei primi insediamenti agrari gli era, però, precluso dal suo approccio unilateralmente individualistico. E senza una corretta comprensione della *gens* non è possibile capire il cosmo del *ius Quiritium*, improntato al «vindikationsmodell» gentilizio.

Non di meno furono precluse a Jhering le premesse dei dualismi fra *ius civile* e *ius gentium* o fra *institutio aequitatis* e *naturalis aequitas*. Delle due teorie ellenistiche ho già fatto menzione. Ambedue partono da rapporti giuridici fra cittadini e fra gli uomini e spiegano, a partire da questo inizio, la distribuzione e l'amministrazione dei beni.

Nel «Geist», Jhering non arriva nemmeno all'epoca del *ius gentium*. Egli rimaneva sempre nel periodo più risalente, descritto alla luce della teoria dell'autodifesa, che permette di trasformare *vis* in *ius* e di far dipendere la *vindicatio*, forma processuale che difende libertà e proprietà, dalla forza. La preistoria indoeuropea indagata da Jhering non costituisce una «Stufe», un gradino, nello sviluppo del diritto romano, ma accentua la vicinanza all'«adamismo» di Puchta. Fu questo rapporto che permise a Jhering di descrivere il diritto romano arcaico come il luogo dove furono conati i grandi concetti del formalismo.

L'«Umschwung» di Jhering era dunque prevedibile. La sua fede pressoché incondizionata nella giustizia prestabilita, insita nel formalismo accolto da Puchta⁵⁹ (formalismo che non richiede che un'applicazione consequenziale dei concetti) doveva prima o poi scontrarsi con l'esperienza di un'in-

⁵⁷ Cfr. il mio saggio *Die Oikumene der antiken Civitates*, cit., p. 43.

⁵⁸ Cfr. il mio ricordo *Franz Wieacker (1908-1994)*, in «ZSS», CXII, 1995, p. 58 ss.

⁵⁹ Jhering è consapevole di questa dipendenza. Nell'ultimo volume del *Geist*⁴, cit., III.1, § 59 nt. 431 come «Zusatz zur vierten Auflage», Leipzig, 1888, commentando la sua critica rivolta al «Kultus des Logischen», che sottomette la vita alla consequenzialità dei concetti, aggiunge: «Ich selber will mich von diesem Vorwurf übrigens keineswegs freisprechen, bin mir vielmehr sehr wohl bewußt, daß ich in früherer Zeit, als ich noch mehr unter dem Einfluß Puchtas stand, in dieser Richtung ebensoviel gesündigt habe, wie irgend ein anderer».

giustizia palese prodotta dall'applicazione meccanicistica di una regola formale a protezione di un diritto soggettivo. Un giorno, infatti, accadde proprio questo. La benda gli cadde dagli occhi e vide un altro mondo. Il contraccolpo mentale che questa esperienza gli causò produsse una così profonda scossa morale che prese a comportarsi non solo come qualcuno che si sentiva costretto ad abiurare un'antica fede, ma anche a maledire il suo passato intellettuale. Come l'abbia fatto, attraverso lettere anonime nelle quali lui stesso era oggetto di scherno e beffe, è stato spesso raccontato.

Anche nelle sue linee generali, la vicenda è ben nota. Il «Geist» finì per rimanere un'opera incompiuta, riveduta nelle parti realizzate, ma non terminata secondo il progetto iniziale: il suo posto venne occupato dallo «Zweck im Recht» (lo scopo, il fine nel diritto) e lavori come «Der Besitzwille», destinato innanzitutto ad essere un regolamento di conti spietato con il formalismo di Puchta⁶⁰. La discontinuità fra «Geist» e «Zweck» è grande, ma non illimitata. La discontinuità concerne, per prima cosa, l'oggetto: Jhering spostava il suo interesse dall'evoluzione del diritto presso i Romani ad una domanda più universale, concernente l'evoluzione del diritto universale, del diritto dell'umanità. La discontinuità, però, si manifesta innanzitutto nel mutamento del principio dal quale parte la giurisprudenza. Al centro non vi è più l'individuo, ma un principio oggettivo. Jhering identifica lo scopo, la *causa finalis* del diritto, con la conservazione e lo sviluppo dell'umanità e della sua cultura. L'individuo conserva un posto di rilievo, perchè è lo strumento che realizza questo scopo. In tal modo, tuttavia, lo «Zweck» diventa demiurgo divino, «il dio nella storia»⁶¹ e l'uomo il suo cooperatore e realizzatore. Così l'uomo può, difendendo le condizioni della sua libertà, difendere allo stesso tempo lo scopo supremo di un diritto sociale. Questa libertà condizionata non è più libertà naturalistica ed individuale, ma sociale ed integrata. L'uomo difende, nell'ordinamento giuridico le condizioni vitali di un essere libero ragionevole e sociale, non di un essere isolato e selvatico. In questo modo i diritti soggettivi non sono più assoluti, ma condizionati, fino alla necessità di sacrificarli in certe situazioni agli interessi dello sviluppo della cultura umana.

Si tratta di una teoria logicamente ineccepibile. La lotta per il diritto, nella quale una persona difende la sua dignità, è condotta in nome della giustizia sociale della quale anche l'individuo è il beneficiario. Una tale lotta non parte necessariamente da diritti soggettivi già riconosciuti, ma può richiamarsi anche a principii di giustizia sociali, inerenti alla società nel suo sviluppo attuale, che costringono altri a sacrificare una vecchia posizione in nome della giustizia sociale. Proprio a questa idea fondamentale il breve libro di Jhering «La lotta per il diritto» deve il suo successo mondiale⁶².

La teoria è non di meno contrassegnata da una debolezza che salta all'occhio: lo «Zweck» è una categoria di insuperabile generalità; contempla la libertà dall'alto e la permea intrinsecamente; non la confronta nella realtà con qualche altro valore, ma l'assorbe, correggendola dall'interno. Una tale categoria può essere considerata come utile e buona se l'ordinamento è intrinsecamente buono o almeno su una buona strada. Nelle mani di Jhering fu una buona teoria. Ma rimane una teoria che si presta facilmente all'abuso. E' facile confondere lo scopo del diritto con i fini che il potere politico proclama in una società. Alludo con questo ai gravissimi fraintendimenti che l'insegnamento di Jhering ha subito, innanzitutto, da parte del giusliberismo, che trova il proprio scopo nella realtà della vita del popolo, costituita dalle forze politiche del presente, e da parte della giurisprudenza degli interessi di Philipp Heck, un germanista e civilista che ha ridimensionato lo scopo di Jhering ai fini delle leggi positive, riducendo il metodo di Jhering – dopo la svolta – ad un metodo per l'interpretazione della legge positiva. Il colmo della incomprensione e distorsione era costituito dal rimprovero avanzato dalle correnti formate da una fusione di giusliberismo e idealismo – nel segno del neohegelianismo e della «Lebensphilosophie» dello storicismo –, ambedue sotto il forte influsso di Nietzsche: si rinfacciava a Jhering di essere un neodarwinista sotto il profilo naturalistico, di pre-

⁶⁰ *Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode*, Jena, 1889.

⁶¹ Cfr. *Die Entstehung des Rechtsgefühls*, cit., p. 54, e *Der Zweck im Recht*, I, p. VIII: «die Annahme eines Zwecks in der Welt ... gleichbedeutend ... mit der Annahme von Gott».

⁶² JHERING, *Der Kampf um's Recht*², cit.; per un elenco esemplificativo delle edizioni mondiali, cfr. JHERING, *Beiträge und Zeugnisse*², cit., p. 70 ss.

dicare il diritto del più forte. Fu, storicamente, un esempio di «Al ladro!» urlato dal ladro stesso.⁶³

L'interruzione del «Geist» e l'apparire dello «Zweck» segnarono, dunque, una riorganizzazione profonda del pensiero di Jhering. Alla stella polare della libertà individuale, protetta dal formalismo, si sostituiva la giustizia sociale nella quale l'uomo trova una libertà condizionata. E poichè Jhering non usciva dalla malia della Scuola storica, rimane anche l'ancoraggio religioso: al Dio che investiva Adamo, e voleva, di conseguenza, un diritto formale per tutti i figli d'Adamo, si sostituiva un Dio che vuole una società umana giusta.

Se si legge l'opera di Jhering si deve necessariamente tener conto della grande επιστροφή dell'Autore per poterlo fare in modo giusto, in un modo il più vicino possibile alle sue ultime aspirazioni. Ciascuno dei due periodi soffre, infatti, dal medesimo difetto: l'unilateralismo. Favoriscono ambedue l'idea che il diritto scaturisca necessariamente da un'unica fonte: nel primo periodo dalla libertà individuale e dal suo formalismo, nel secondo dagli interessi della società umana, dagli interessi che la compongono. E' vero che Jhering si è sforzato nel secondo periodo di arrivare ad un certo equilibrio, mettendo, innanzitutto, l'accento sull'idea, a mio avviso profondamente giusta, che la società che si sviluppa in modo giusto ingrandisce ed arricchisce la libertà dell'individuo creando nuove scelte e spazi di attività. Perciò Jhering ha anche riveduto le prime parti del «Geist» aggiungendo note critiche alle sue affermazioni iniziali. Ma rimangano molti unilateralismi, spesso molto significativi, perchè mettono in rilievo le verità relative ai due grandi punti di vista in un modo molto forte, ma nondimeno bisognosi di qualche rettifica.

Mi limito a due esempi. Notissima è la bella frase: «La forma è la sorella gemella della libertà e la nemica giurata dell'arbitrio»⁶⁴: è bellissima, ma nondimeno unilaterale, perchè anche colui che adopera l'argomento della giustizia sociale, richiamandosi all'equità materiale, difende la propria libertà.

Non meno nota è l'esclamazione: «La vita non esiste per servire alle nozioni, ma le nozioni per servire alla vita»⁶⁵, accentuata con la famosa esortazione pratica: «Bisogna aver perso la fede nelle nozioni per poterle utilizzare senza pericolo»⁶⁶. L'unilateralismo è in questo caso ancora più palese. Sono d'accordo con Jhering quando rifiuta la terribile frase «FIAT IUSTITIA: PEREAT» sostituendola con la bella formula «FIAT IUSTITIA UT FLOREAT MUNDUS»⁶⁷, ma le affermazioni citate non lasciano più posto al pensiero giuridico formale e strutturante, che spetta loro. Jhering non ha dato ascolto al principio da lui stesso citato altrove: *unius positio non est alterius exclusio*⁶⁸. Egli si perde in queste e-

⁶³ Cfr. la prefazione a JHERING, *Beiträge und Zeugnisse*², cit., p. 8 ss., e, estesamente, nella pubblicazione *Von der Freirechtsbewegung zum konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken*, cit. [nt. 47].

⁶⁴ Cfr. *Geist*⁴, cit., II.2, § 45 p. 471: «Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingschwester der Freiheit». La citazione si trova in POUND, *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty*, cit., p. 14: «Form – says Jhering – is the sworn enemy of caprice, the twin sister of liberty [...]. Fixed forms are the school of discipline and order, and thereby of liberty itself». Pound illustra correttamente l'unilateralismo aggiungendo il valore supremo della forma per gli inizi degli ordinamenti giuridici: «Form and routine are the only safeguard of a people under an autocracy. Imposition of form and routine upon those who exercised the king's authority was a step toward the supremacy of law which was to become characteristic of the English policy». Da ultimo su Jhering, negli Stati Uniti, l'istruttivo articolo di SUMMERS, *Rudolf von Jhering's Influence on American Legal Theory - A Selective Account*, cit., p. 61-76, che conclude sul tema della forma, allegando la stessa citazione e documentandone l'uso da parte dei tribunali americani.

⁶⁵ *Geist*⁴, cit., III.1, § 59 p. 321: «Jener ganze Kultus des Logischen, der die Jurisprudenz zu einer Mathematik des Rechts hinaufzuschrauben gedenkt, ist eine Verirrung und beruht auf einer Verkennung des Wesen des Rechts. Das Leben ist nicht der Begriffe, sondern die Begriffe des Lebens wegen da. Nicht was die Logik, sondern was das Leben, der Verkehr, das Rechtsgefühl postuliert, hat zu geschehen, möge es logisch deduzierbar oder unmöglich sein». Cfr. Marc., *ev. 2.27*: «*Sabbatum propter hominem factum est, et non homo propter sabbatum*». Nello stesso senso vanno le celebri battute del grande giurista americano O.W. HOLMES, *The Common Law*, Boston, 1881, rist. New Haven, 1958, p. 1 – «The life of the law has not been logic; it has been experience» – e nel suo famosissimo articolo *The Path of the Law*, in «*Harvard Law Review*», X, 1896/1897, p. 457, in cui chiama una «fallacy» la «notion that the only force at work in the development of the law is logic» e «that a given system, ours, for instance, can be worked out like mathematics from some general axioms of conduct».

⁶⁶ «Man muß erst den Glauben an die Begriffe verloren haben, um sich ihrer ohne Gefahr bedienen zu können».

⁶⁷ *Zweck im Recht*², I, Leipzig, 1884, p. 422 s.

⁶⁸ *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Göttingen, 1891, p. 9 nt. 1; cfr. anche *Über die Entstehung des Rechtsgefühls*, cit., p. 92.

sciamazioni, in una prospettiva unilaterale che risolve l'ordinamento giuridico in funzioni sociali ed esistenziali, ammettendo come diritti soltanto quelli che servono ad uno scopo. Con questo ha perso di vista, allontanandosi troppo dal suo primo periodo, la distinzione fondamentale che ciascuno ordinamento giuridico sviluppato osserva fra l'esistenza di una realtà giuridica e l'uso che se ne fa. Sull'esistenza si decide formalmente. L'esistenza di una realtà giuridica, di un uomo, di una persona giuridica, di un possesso, di una proprietà non ha bisogno di una giustificazione: essi esistono come realtà nel mondo perchè le condizioni del loro essere furono soddisfatte. E' soltanto il loro uso, cioè il loro effetto sociale, a farli entrare nel mondo sociale ed a sottometterli a valutazioni etiche, sociali, politiche che, trasformate in regole giuridiche, li costringono ad un comportamento compatibile con le esigenze della convivenza.

Questa distinzione metodica ed analitica vale innanzitutto per la persona umana e anche per il suo riflesso più rilevante, la persona giuridica, pura creazione del diritto. Esistono dunque secondo criteri formali, nascita e fondazione. Il Jhering del secondo periodo, invece, cercando di piegarli ad una funzione naturalistica arriva a conseguenze pericolose (i diritti fondamentali «vita» e «libertà» dipenderebbero da un vantaggio o dalla soddisfazione che procurano all'individuo)⁶⁹ oppure praticamente assurde (la persona giuridica non sarebbe il titolare dei diritti)⁷⁰.

Jhering si allontana in queste pagine dal dualismo fra realtà ordinata secondo delle regole e vita che si muove in queste strutture regolate – fondamentale per il diritto romano e per tutti gli ordinamenti che ne dipendono – riscontrabile già nel dualismo di Aristotele fra *dikaion* ed *epiēkeia* ed elaborato nelle due forme delle due giurisprudenze romane, prima nel contrasto fra strutture dinamiche del *ius civile* e valori comportamentali del *ius gentium*; poi, nel contrasto fra strutture statiche dell'*institutio aequitatis* e valori comportamentali della *naturalis aequitas*.

Non vorrei esagerare il merito di questo dualismo. Il suo utilizzo, benchè abbia creato ordinamenti impressionanti per chiarezza e cultura, non garantisce un ordinamento giusto; procura, però, una chiave analitica che permette di constatare in quale misura l'ordinamento in questione abbia realizzato il doppio compito del diritto di creare da un lato spazi di libertà protetti da strutture regolari e di imporre, dall'altro lato, valori adeguati, che permettano di controllare l'uso di questa libertà, ritagliandola o ridimensionandola in caso di conflitto. Un'analisi simile comporta il grande vantaggio di offrire una prospettiva critica dall'interno, che permette giudizi concreti, dettagliati e misurati sia per le leggi di riforma, che si rendano necessarie, sia per le decisioni di casi singoli. Serve contro il ricorso ingenuo a grandi principii unilaterali, che tendono a disturbare l'equilibrio, perchè inducono colui che li utilizza a ritenere che tutto sia da rifare.

Se si valuta l'opera di Jhering come il grande insieme al quale l'Autore aspirava, e si evita, pertanto, di seguirlo nelle sue esagerazioni, si arriva ad una dottrina bipolare nella quale il dualismo dell'antichità è ben presente. Si tratta di un bipolarismo complesso⁷¹. Da un lato vediamo l'uomo libero e un ordinamento giuridico universale e statutale nel quale l'uomo possiede e difende le condizioni della sua esistenza morale: in questa prospettiva il diritto appare come garante della dignità della persona e acquista nel conflitto – come lo stesso Jhering sottolinea – un valore ben più alto degli interessi materialistici che il diritto sociale attribuisce⁷². L'altro polo è proprio il mondo sociale

⁶⁹) *Geist*⁴, cit., III.1, p. 340 nt. 447. Toglierebbe i diritti a chi non è in grado di usarli, per malattia o età.

⁷⁰) *Geist*⁴, cit., III.1, p. 356 «Die juristische Person als solche ist völlig genußunfähig, sie hat keine Interessen und Zwecke, kann also auch keine Rechte haben, denn Rechte sind nur da möglich, wo sie ihre Bestimmung erreichen, d.h. einem berechtigten Subjekt dienen können - ein Recht, das in der Person des Berechtigten nie diesen seinen Zweck zu erfüllen vermag, ist ein Widerspruch gegen die Grundidee des Rechtsbegriffs». Cfr. p. 339 «Der Begriff des Rechts beruht auf der rechtlichen Sicherheit des Genusses, Rechte sind rechtlich geschützte Interessen». L'idea della forma che coincide con l'esistenza è completamente abbandonata e sacrificata ad una sistematizzazione unicamente dinamica e funzionale. Cfr., però, quello che dice Jhering nella citazione alla nt. 72.

⁷¹) In questo senso già il mio articolo *Was Jhering ein Rechtspositivist?*, in «Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken» (cur. O. BEHREND), Köln, 1993, p. 131-160 ed anche in «Jherings Rechtsdenken» (cur. O. BEHREND), Göttingen, 1996, p. 235-254.

⁷²) Cfr. *Der Kampf ums Recht*, Wien, 1880, p. 38: «Das Recht selber ist nach meiner eigenen Definition nichts

nel quale l'uomo interagisce con gli altri soggetti, dagli individui come lui fino agli stati e all'umanità nel suo complesso, dando e ricevendo, sotto il controllo dei valori sociali, i beni creati dall'interazione umana.

3. La modernità del «modello jheringiano»: «mutamento sociale attraverso il diritto»

Vorrei concludere, come annunciato, con brevissime osservazioni sulla modernità di Jhering. Scorgo questa sua caratteristica, in modo particolare, nella sua teoria dell'evoluzione giuridica, che Helmut Schelsky ha interpretato in un bellissimo saggio: «Jhering-Modell des sozialen Wandels durch Recht», «il modello jheringiano del mutamento sociale attraverso il diritto»⁷³. Mi sono ripetutamente fermato su questo aspetto dell'opera di Jhering mostrando che c'è in effetti in Jhering l'abbozzo di una teoria evolutivistica del diritto profondamente umanistica e moderna⁷⁴. L'idea fondamentale di Jhering non a caso suona familiare.

L'ordinamento giuridico genera, come la cultura umana, le condizioni del suo perfezionamento perchè crea condizioni di vita che comportano per tutti coloro che ne approfittano la possibilità di raffinare la propria sensibilità e di creare, partendo dall'esperienza delle condizioni culturali raggiunte, esigenze ulteriori.

Si tratta, in effetti, di una teoria che concorda pienamente con idee notissime, elaborate più tardi da Konrad Lorenz e, innanzitutto, da Karl Raymund Popper a proposito dello sviluppo dello scibile e della cultura. Con la cultura, con quello che Popper chiama «World III» (a differenza di «World I», la natura fisica, e di «World II», la coscienza) l'uomo ha creato, usando la sua capacità di comprendere, strutturare ed interpretare il mondo, un mondo oggettivato nel quale l'evoluzione non è più un avvenimento naturalistico controllato da forze e possibilità inerenti l'informazione genetica, ma da forze e possibilità inerenti l'informazione culturale, della quale dispone l'umanità intera⁷⁵. Sulle orme di Lorenz e Popper si è arrivati anche ad una formulazione di una teoria convincente della «Geltung», della validità o vigenza di norme che conferiscono ordine al mondo. Il biologo Rupert Riedl sostiene: «Ordine è legge moltiplicato per applicazione»⁷⁶. La definizione sarebbe piaciuta a Jhering perchè attribuisce il posto che le spetta, per il mantenimento delle norme culturali, all'attività umana anche se l'interazione umana che garantisce l'esistenza pratica degli istituti e valori giuridici non si esaurisce in un'applicazione meccanica di leggi, ma conosce e presuppone forme mentali e atteggiamenti sociali di grande complessità.

La profonda consonanza tra l'insegnamento jheringiano e le vedute di Popper è impressionante. Infatti, non potrebbe essere più chiaro. Come essere morale ed intelligente, l'uomo deve ricono-

andres als ein rechtlich geschütztes Interesse. Aber der Willkür gegenüber, die ihre Hand gegen das Recht erhebt, verliert jene materialistische Betrachtung ihre Berechtigung, denn der Schlag, den sie dem Rechte versetzt, trifft in und mit letzteren zugleich die Person». Si tratta della conseguenza tratta dall'affermazione di p. 20: «In dem Recht besitzt und vertheidigt der Mensch seine moralische Daseinsbedingung.»; cfr. anche *Über die Entstehung des Rechtsgefühles*, cit., p. 155 s.

⁷³ Cfr. H. SCHELSKY, *Das Jhering-Modell des sozialen Wandels durch Recht. Ein wissenschaftsgeschichtlicher Beitrag*, in «Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie», III, 1972, p. 47-86. Per un ulteriore approfondimento si veda O. BEHREND, *Das 'Rechtsgefühl' in der historisch-kritischen Rechtstheorie des späten Jhering. Ein Versuch zur Interpretation und Einordnung von Jherings zweitem Wiener Vortrag*, in JHERING, *Über die Entstehung des Rechtsgefühles*, cit., p. 57-284 e O. BEHREND, *Jherings Evolutionstheorie des Rechts zwischen Historischer Rechtsschule und Moderne* in R. V. JHERING, *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?*, Göttingen, 1998, p. 97-202.

⁷⁴ Oltre i due saggi citati nella nota precedente si veda il mio *Rudolf von Jhering und die Evolutionstheorie des Rechts*, in «Der Evolutionsgedanke in den Wissenschaften» (cur. G. PATZIG), in «Nachrichten der Akademie der Wissenschaft in Göttingen, Philologisch-historische Klasse», Heft Nr. 7, Göttingen, 1991, p. 290-310; ora anche in «Privatrecht heute und Jherings evolutionäre Rechtsdenken» (cur. O. BEHREND), Köln, 1993, p. 7-36.

⁷⁵ Cfr. K. LORENZ, *Kants Lehre vom Apriorischen im Lichte gegenwärtiger Biologie*, in «Blätter für Deutsche Philosophie», XV, 1941, p. 94-125, e K.R. POPPER, *Objektive Erkenntnis. Ein evolutionärer Entwurf*, Hamburg, 1973.

⁷⁶ R. RIEDL, *Die Strategie der Genesis. Naturgeschichte der realen Welt*, München, 1986, p. 84: «Ordnung, so definieren wir den entscheidenden Zusammenhang, ist Gesetz mal Anwendung».

scersi partecipe di un movimento culturale continuo, determinato dal passato e aperto al futuro, ma governabile con l'uso della piena informazione, che la cultura giuridica procura all'intelletto – e la sensibilità giuridica – sia nel suo ruolo di cittadino politico che come giurista professionista. L'uomo serve in questa prospettiva ad un processo culturalmente oggettivato, ma ne rimane il protagonista attivo. E' debitore verso i suoi predecessori, il suo influsso è limitato, ma non di meno rimane vero che tutta la realizzazione del diritto è frutto dell'attività umana. La responsabilità è sua per i successi, così per le catastrofi, ed innanzitutto per la cura della memoria dei successi passati, fonte inesauribile per l'ottimistica speranza che l'uomo sia – nonostante tutto – capace di coltivare il suo giardino.

Questo sguardo sul diritto, la sua storia ed il suo avvenire, sono lontani da quello disumanizzato e triste del sistema di Niklas Luhmann, fra l'altro un allievo (mancato) dello stesso Helmut Schelsky che ha saputo individuare il «modello jheringiano dal mutamento sociale tramite il diritto». Luhmann non considera il diritto come sostenuto da attività umane. Vuole invece che crediamo in un sistema cibernetico ed autopoietico, che esclude l'uomo e lo tratta come parte dell'ambiente troppo complesso con il quale il sistema interagisce⁷⁷. Per uno storico non è accettabile. Questa teoria vuole descrivere processi sociali, ma rifiuta, come si è detto di recente molto giustamente, nel suo riduzionismo l'unico fondamento possibile per un intendimento del sociale, cioè l'autointerpretazione dell'uomo agente⁷⁸. Nel sistema di Luhmann l'uomo, evidentemente ai suoi occhi profondamente screditato⁷⁹, non è più (!) ammesso come essere ragionevole e sociale che dia senso e forma alle associazioni umane che abita e determinano la sua esistenza; non agisce più, subisce, in un modo molte volte kafkiano, gli effetti riduttivi esercitati dal sistema sulla sua libertà troppo complessa. Valutata criticamente, la «Systemtheorie», come insegnata da Luhmann e sviluppata dai suoi numerosi seguaci, non mi pare in fin dei conti altro che una grande superstizione scientifica, come quelle descritte nel magnifico libro di Sokal e Bricmont⁸⁰. Non esiste né una ragione che provi l'esistenza di un tale sistema oggettivo né un argomento per cui sia salutare crederci. L'uomo perde in questa teoria la sua libertà e viene educato con un certo fatalismo nei confronti dei programmi condizionali prodotti dal sistema. Si tratta di un razionalismo allo stesso tempo critico e acritico e di un idealismo aprioristicamente creativo, caduto nella trappola del naturalismo scientifico. Le costruzioni di Luhmann in-

⁷⁷) Cfr. la presentazione limpida di M. G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, III. *Dal novecento alla postmodernità*, Milano, 2002, p. 238 ss., specie p. 269.

⁷⁸) D. VON DER PFORDTEN, *Was ist und wozu Rechtsphilosophie?*, in «Juristenzeitung», LIX.4, 2004, p. 157 nt. 2: «Die Systemtheorie beansprucht zwar, soziale Abläufe zu beschreiben, nimmt aber in ihrem Reduktionismus die einzig mögliche Grundlage eines Verständnisses des Sozialen, die tatsächlich feststellbare Selbstinterpretation der Menschen als Handelnde nicht ernst». Una vecchia, ma penetrante ed istruttiva analisi critica della «Systemtheorie» la offre K. GRIMM, *Niklas Luhmanns «soziologische Aufklärung» oder das Elend der apriorischen Soziologie. Ein Beitrag zur Pathologie der Systemtheorie im Lichte der Wissenschaftslehre Max Webers*, Hamburg, 1974.

⁷⁹) Nell'intervista biografica, contenuta nel libro di D. HORSTER, *Niklas Luhmann*, München, 1997, p. 25-47 si trovano spunti che suggeriscono l'origine del rifiuto di accettare un sistema sociale portato ed interpretato dai protagonisti stessi (cfr. nt. 78). L'interlocutore Horster, pone una domanda, ben preparata dal contrasto che espone fra Habermas che, come teorico delle azioni, ammette l'uomo nel sistema sociale e Luhmann che lo tiene fuori, e vuole sapere se Luhmann crede, a differenza di Habermas, in un cambiamento del «System Gesellschaft» dopo il 1945. Ottiene un chiarissimo «Ja» (p. 41). Luhmann, figlio di un patrizio benestante e stimato di Lüneburg, uno dei due «senatori» della città, e una madre svizzera, di una famiglia di albergatori, cioè di un «milieu» decisamente non nazista, ha vissuto nondimeno questo periodo – contrassegnato da un parossismo di autodefinizione del sistema politico e sociale – come protagonista, dall'interno. Servi all'età di quindici anni come «Luftwaffenhelfer» e fu rinchiuso come prigioniero di guerra in un campo americano, abbastanza duro, fino al settembre 1945 (p. 29 s.). Se si vede nel suo «Ja», e nel giudizio ivi contenuto sulla «Gesellschaft» dopo 1945, è il frutto di una scelta o di un atto di volontà, il sistema luhmanniano (che tiene fuori l'uomo) appare abbastanza chiaramente come la negazione del sistema nazional-socialista proprio nel punto in cui quest'ultimo assorbe ed integra l'uomo riconosciuto come membro, e non perseguitato e distrutto come nemico.

⁸⁰) A. SOKAL, J. BRICMONT, *Intellectuals Impostures, Postmodern Philosophers' Abuse of Science*, London, 1998. La prima versione è in francese: *Impostures Intellectuelles* (1997). Tradotto in italiano: *Imposture intellettuali* (1999). Fra gli autori criticati c'è anche Derrida, fatto che consente un collegamento con B. MARIUS, O. JAHRAUS, *Systemtheorie und Dekonstruktion. Die Supertheorien Niklas Luhmanns und Jacques Derridas im Vergleich*, Siegen, 1997; ma si confronti anche LOSANO, *Sistema e struttura*, cit., p. 232-236.

segnano l'idolatria di un sistema pseudo-biologico che rompe con la cultura politico-giurisprudenziale della nostra tradizione e non offre ai cittadini ed ai giuristi niente in cambio.

La teoria evoluzionistica di Jhering offre, invece, un modello libero dal riduzionismo naturalistico e libero dai traumi che dominano le correnti postmoderne. Si presenta come una teoria umanistica, nutrita dalle migliori tradizioni del pensiero giuridico europeo, che lascia all'individuo, nei diversi posti offerti dalla società, il suo ruolo di protagonista. Con questi attributi si inserisce nella cultura odierna dei moderni stati di diritto e dell'Europa futura, che non vediamo e non vogliamo come sistemi sovraumani, ma come organizzazioni sociali create dall'esperienza storica e perciò fondati su diritti fondamentali e su un diritto privato come forma di vita della società civile del mondo.

In questa tradizione si può continuare a dire al giurista:

constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius produci (D. 1.2.2.13 : Pomp. l. s. ench.)

e chiedere che nelle facoltà giuridiche siano insegnate tutte le materie necessarie affinché possa svolgere questo ruolo impegnativo. Infatti, riproponendo la domanda «anche la giurisprudenza è una scienza?», Jhering descrive un grandissimo campo di conoscenze necessarie per promuovere la giurisprudenza alla dignità di scienza: un campo di conoscenze nel quale si riconosce facilmente una specie di «World III» giuridico, nel senso di Popper.

Nel tirare le somme di quanto sono venuto dicendo, posso definire la scienza del diritto come la consapevolezza scientifica in materia di diritto: consapevolezza che ha il compito, dal punto di vista della filosofia del diritto, di ricercare i fondamenti ultimi su cui il diritto basa la propria origine e la propria ragion d'essere su questa terra; dal punto di vista della storia giuridica, accompagna il diritto in ogni sua manifestazione, per procedere di grado in grado ad un livello sempre maggiore di perfezione; dal punto di vista della dogmatica ha il compito della rappresentazione scientifica, destinata all'uso pratico, di tutte le esperienze e fattispecie che racchiudono in sé il culmine e l'approdo attuale della nostra cognizione ed apprensione del diritto»⁸¹.

E' un programma degno di considerazione, anche perchè consente di comprendere appieno che si tratta di una attività intellettuale destinata a non finire mai.

⁸¹) Il paragrafo riproduce il testo finale della prolusione viennese «Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?», tradotto dal tedesco in italiano da Francesca Lamberti, Carla Masi Doria e Cosimo Cascione, per «Index», XXIII, 1995, p. 190.