

I GRANDI SISTEMI GIURIDICI

Mario G. LOSANO

1. I GRANDI SISTEMI GIURIDICI INDUTTIVI E DEDUTTIVI

La comparazione giuridica viene praticata da quando esistono gli ordinamenti giuridici. La circolazione di modelli giuridici fra le poleis greche attesta un primo inizio di comparazione, che continua ovunque due sistemi giuridici diversi entrino in contatto. Così, per non citare che due esempi estremi, alla fine del XII secolo il rigoroso Ranulf de Glanvill esponeva in forme romanistiche il diritto inglese, mentre nel 1607 il fantasioso domenicano Gregorio García spiegava che gli indigeni delle Indie Occidentali discendevano dagli Ebrei e ravvisava perciò nel loro sistema giuridico una somiglianza col diritto ebraico.

Inoltre un'opera può essere dichiaratamente comparatistica fin dall'inizio, come il classico manuale di René David sui grandi sistemi, oppure divenire tale nel corso della propria evoluzione, come il manuale di diritto commerciale di Levin Goldschmidt del 1864, che nel 1901 prese il titolo di **Storia universale del diritto commerciale**. La comparazione può nascere nel quadro dell'insegnamento del diritto comparato, come nelle opere di Rodolfo Sacco, o venire alla luce quasi per caso, come nel caso di William Seagle, che scrisse un libro sui grandi sistemi giuridici sotto l'influenza del materiale raccolto per la redazione di un'enciclopedia giuridica.

In generale vengono comparati, per finalità pratiche, singoli istituti giuridici provenienti da pochi ordinamenti. Questa comparazione può essere sincronica o diacronica: le norme esaminate nel primo caso

sono norme contemporaneamente vigenti negli ordinamenti comparati; el secondo caso si comparano le storie di istituti o di interi sistemi giuridici.

All'interno del diritto comparato Wigmore (1863-1943) distingue una nomoscopia (studio dei vari sistemi come dati di fatto), una nomotetica (studio delle politiche del diritto) e una nomogenetica (studio dell'evoluzione e) delle evoluzioni dei vari sistemi) (1). Hug distingue la comparazione giuridica (suddivisa in studio dei vari sistemi confrontati col proprio e in analisi dei grandi sistemi passati o presenti) dalla storia comparativa del diritto (suddivisa in storia dei singoli sistemi e storia giuridica universale) (2). Quasi ogni manuale, poi, tende a fornire una classificazione delle famiglie dei diritti: se ne vedranno fra poco alcuni esempi (cfr. cap. 4). A questo punto si potrebbero moltiplicare gli esempi di classificazioni presenti nei vari autori, ma il loro oggetto dovrebbe già essere sufficientemente chiarito.

L'accumularsi di questi studi settoriali portò la disciplina a riflettere sulla propria natura e sul proprio metodo ed a tentare sintesi sempre più vaste che comparassero fra loro interi ordinamenti. Questo avvenne approssimativamente tra la fine del secolo XIX e l'inizio del secolo XX, quando ebbe inizio quella rivoluzione dei trasporti e delle comunicazioni destinata a concludersi, verso la fine del secolo XX, con il fenomeno della globalizzazione dell'economia e anche - seppure più lentamente - del diritto. Quest'epoca segnò anche l'istituzionalizzazione capillare e definitiva del diritto comparato come materia insegnata nelle facoltà giuridiche.

I testi che espongono le grandi sintesi induttive del diritto si definiscono fin dal titolo come trattati sui grandi sistemi giuridici. Tuttavia esistono anche esposizioni deduttive dei grandi sistemi giuridici, le quali prendono origine dai sistemi filosofici: solo queste ultime, quindi, si presentano come sistemi nel senso tecnico-filosofico del termine (3). Esse costituiscono un fenomeno culturale ben individuato nel tempo, perchè fioriscono nel periodo che va dalla fine del secolo XVIII alla metà del secolo XIX, in quanto legate all'Illuminismo e alla

filosofia classica tedesca. In quel periodo esse intersecarono gli altri studi comparatistici di tipo deduttivo e senza dubbio influirono su di essi: in che misura e in che modo, è ancora da studiare.

Vi sono dunque comparazioni che procedono dal basso e altre che discendono dall'alto, comparazioni che procedono per induzione e comparazioni che procedono per deduzione. Queste pagine hanno per oggetto non i diritti, ma lo studio dei diritti e, in particolare, un certo settore di questo studio. Esse non tentano nè una sintesi suprema del contenuto dei grandi sistemi giuridici, nè una storia della comparazione giuridica nel suo procedere dal basso verso l'alto per sintesi successive, dalla comparazione di singole norme alla comparazione dei principi generali di interi ordinamenti. Esse invece esaminano alcuni testi che, partendo da una filosofia della storia, presentano il diritto come un frammento di questa visione del mondo e ricompongono, all'interno di questa visione, dati giuridici fra loro lontani nel tempo e nello spazio. Più che rispondere alla domanda su quali norme siano oggetto della comparazione giuridica ovvero su come la si faccia, queste pagine vorrebbero rispondere alla domanda sul motivo (filosofico) per cui si è fatta della comparazione giuridica **universale**.

Le storie universali dei grandi sistemi giuridici - per quanto guardino più al mondo celeste della filosofia che a quello terreno delle norme positive - hanno un forte debito verso la frammentaria comparazione pratica e verso le sue sintesi parziali: infatti da esse desumono i fatti giuridici con cui danno consistenza alle strutture concettuali desunte dalla filosofia. D'altra parte non esiste comparazione giuridica, per modesta che sia, che non venga retta da un qualche principio filosofico, magari embrionale e inespresso (cfr. cap. 8).

2. DALLA STORIA UNIVERSALE ALLA STORIA GIURIDICA UNIVERSALE

La fede nella ragione umana, la convinzione del lineare progresso dell'umanità dalla barbarie alla civiltà e le conoscenze

apportate dall'espansione europea nell'oltremare consentirono agli Illuministi di concepire la storia non più come storia di un popolo, di un'epoca, di una religione, ma come una storia universale (4). Essa delinea nelle pagine di Voltaire (5) e di Lessing (6), rli Herder (7) e di Kant (8), e, con riferimento al diritto, in Selden (9), in Grozio (10), in Vico (11) e, soprattutto, in Montesquieu (12), il precursore del moderno diritto comparato. I tentativi di promuovere una storia universale del diritto trovarono un fondamento in queste opere, anche se l'importanza dei loro autori non coincise con una reale diffusione dello studio comparativo del diritto.

In Italia il pensiero di Vico venne ripreso soltanto un secolo più tardi da Emerico Amari (cfr. cap. 7). In quel lungo intervallo, le vicende della penisola italiana impressero una direzione diversa agli studi della storia universale.

Ad esempio, la formazione di Gian Domenico Romagnosi (1761-1835) subì una forte influenza dell'Illuminismo francese, tuttavia il suo modello fu Condillac, e non Montesquieu. Guidato da una visione dello Stato ispirata agli ideali napoleonici, Romagnosi vedeva nel diritto universale soprattutto uno strumento per il progresso delle nazioni e per l'educazione del popolo (12a). Per questo dalle sue opere prende origine la scienza dell'amministrazione, più che la comparazione giuridica. In questa chiave vanno letti anche gli otto volumi del suo "Giornale di giurisprudenza universale", pubblicati nel 1812-14.

Ancora più lontana dallo spirito sistematico e dagli interessi giuridici è poi la **Storia universale** del suo allievo Cesare Cantù (1804-1895), ciclopica ma soggettiva raccolta di notizie anche peregrine (12b). In Europa, le storie giuridiche universali seguirono un cammino diverso.

Montesquieu, nella prefazione allo **Spirito delle leggi** (1748), avverte di non aver desunto i suoi principi dai propri pregiudizi, ma dalla natura delle cose. Però l'osservazione empirica non gli serve per documentare una verità, come in Grozio o in Vico, o per raggiungere una verità, come in Selden, ma per guidare le riforme dell'ordinamento

giuridico. "Ogni nazione troverà qui la ragione dei suoi principi; - si legge ancora in quella prefazione - se ne trarrà naturalmente la conclusione che può proporre dei cambiamenti soltanto chi ha avuto la fortuna di nascere con la capacità di penetrare con un colpo di genio l'intera costituzione di uno Stato".

L'immane e solitaria sintesi di Montesquieu poteva essere criticata da un giurista come Eugen Ehrlich (1852-1922) perchè usava fonti non scientifiche o comunque poco attendibili, perchè valutava troppo le influenze naturali e troppo poco quelle sociali, perchè paragonava fra loro istituzioni non omogenee per grado di evoluzione (13). Con ragione però Pollok vedeva in Montesquieu "il grande precursore della ricerca storica e comparativa, ed esitiamo a chiamarlo il fondatore di essa soltanto perchè il suo materiale di base e i suoi metodi di lavoro non erano all'altezza delle sue idee" (14).

In Germania la tendenza comparatistica era favorita dall'organizzazione degli studi giuridici, che, in un corso preliminare di "enciclopedia giuridica", fornivano agli studenti del primo anno un insieme di nozioni di base, sia sulla struttura e sulle fonti del diritto, sia sul suo contenuto (di solito circoscritto al diritto vigente degli Stati tedeschi). Dalla comparazione fra i diritti tedeschi a quella con i diritti di altri popoli il passo era breve. Naturalmente i primi autori che si decisero a compierlo non andarono più in là dell'invito ad estendere la comparazione, senza tuttavia intraprenderla essi stessi.

Così, sotto la dichiarata influenza di Montesquieu, Reitemeier nel 1785 espose i vantaggi di una storia universale della legislazione, allora "del tutto inesistente": "la comparazione che essa avrebbe [avuto] occasione di svolgere fra più legislazioni" avrebbe potuto "chiarire assai i diritti vigenti in Germania". Anzi, superando l'ambito tedesco, egli giunse a proporre uno studio globale della circolazione delle idee giuridiche, esaminando "l'influenza che le leggi di un popolo hanno avuto direttamente o indirettamente, su quelle di un altro" (15) (p.159).

Nel 1807 Mühlenbruch, assertore della natura empirica della scienza del diritto, invitava a studiare "la storia dei rapporti politici, della costituzione, della legislazione e della cultura di tutti i tempi e di tutti i popoli" (16). Come in Reitemeier, questa comparazione veniva presentata come uno strumento per migliorare la pratica del diritto. In seguito, la filosofia della storia hegeliana portò a respingere nettamente non già la comparazione in sé, ma questo approccio pratico ad essa, come si vedrà nella polemica di Gans contro la Scuola Sforica (cfr. cap. 4).

Il colpo d'ala verso una "filosofia della legge" da raggiungere attraverso la comparazione venne nel 1810 da Anselm Feuerbach (1775-1833). La sua "Universal-Jurisprudenz" propone la costruzione di un classico sistema giuridico partendo dalla "comparazione delle leggi e delle consuetudini giuridiche delle nazioni di tutti i tempi e di tutti i paesi, tanto le più prossime quanto le più remote" (17) (p. 163). Poi si sarebbe dovuto "ricavare il generale dal particolare" e, infine, riorganizzare questi concetti generali "in una grande e significativa totalità" (p. 169 s.). Grazie a questi "principi raggiunti induttivamente", osserva Kunze, "l'esperienza storica forniva un diritto naturale a posteriori" (18) (p. 160). Con Feuerbach la scienza giuridica superò quindi i confini del diritto nazionale. Feuerbach - mentre da un lato si distingueva da Savigny e dalla Scuola Storica per questo legame con il mondo reale - dall'altro polemizzava contro la chiusura dei giuristi fedeschi: l'intera Germania gli sembrava "un Giappone letterario" (p.174).

Feuerbach stesso avrebbe voluto intraprendere la costruzione di questo gigantesco sistema, ma non riuscì a realizzare questo piano. Tuttavia non abbandonò mai l'idea di costruire una scienza giuridica universale (19).

Con l'inizio del secolo XIX, benché l'idea di nazione portasse i giuristi a concentrarsi sul diritto nazionale, il razionalismo illuminista diffondeva e rafforzava l'esigenza di un riferimento al diritto non solo nazionale. Nella polemica sulla legislazione che scoppiò nel 1814,

Thibaut si richiamò ai vantaggi della storia universale del diritto, mentre Savigny continuò a criticarla come pura e semplice "raccolta di esempi politico-morali" (20).

3. QUALE STORIA UNIVERSALE DEL DIRITTO: PRAGMATICA O FILOSOFICA?

La filosofia della storia propria dell'Illumismo ha generato la storia universale, dalla quale è scaturita la storia universale del diritto. Ma, con Feuerbach, anche la storia universale del diritto chiede di essere orientata da qualcosa di più alto, di tendere a qualcosa di assoluto: anela alla filosofia.

La costruzione di una storia universale del diritto filosoficamente orientata presentava però alcune difficoltà legate all'evoluzione del pensiero giuridico di quegli anni. Pur muovendosi nel contesto di una filosofia che faceva risalire il diritto naturale alla ragione, la teoria giuridica dell'Illuminismo ricavava i concetti del diritto naturale astraendoli soprattutto dal diritto romano o, in minor misura, dai diritti locali. Però, così facendo, essa si rifaceva non alla ragione, ma all'esperienza. La scienza giuridica dell'inizio del XIX secolo ereditava così l'insoluto problema dei rapporti fra diritto naturale e storia. La comparazione giuridica ereditava invece l'insoddisfazione per la semplice raccolta delle norme positive e l'anelito verso un'idea superiore che organizzasse quel materiale normativo.

Savigny (1779-1861) - e con lui la Scuola Storica del Diritto che ne seguì l'insegnamento - propose di superare questa difficoltà risalendo all'origine del diritto. Per questa scuola, il diritto trae origine dalle consuetudini di un popolo, cioè dalla sua storia; è "naturale" nel senso che non sorge attraverso la legislazione, ma esiste nelle consuetudini di un popolo, nello "spirito del popolo". Non va creato, ma va cercato.

Però Savigny non fu radicale nel suo processo di generalizzazione storica: come romanista, fondò la sua visione del

diritto soprattutto sul diritto romano; come conservatore tedesco, respinse l'idea illuministica (ma anche francese e rivoluzionaria) di eliminare il pluralismo degli ordinamenti di origine feudale ricorrendo all'emanazione di codici generali. Egli negava cioè al suo tempo la vocazione a legiferare, come enuncia nel titolo del suo scritto nella celebre polemica con Thibaut (1772-1840), lo sconfitto fautore della codificazione per una Germania non toccata dalla Rivoluzione Francese (21).

Sempre nel 1814 - l'anno della polemica che ebbe il suo centro in Heidelberg, dove insegnavano entrambi i contendenti - Thibaut pubblicò un saggio che, nel breve spazio di un'esortazione, tracciava le linee generali di una storia universale del diritto. Con una visione più ampia e coerente di Savigny, Thibaut esortava a distogliere lo sguardo dalla storia giuridica d'un solo popolo e ad includere nella storia del diritto, "con ampiezza e vigore, la legislazione di tutti gli altri popoli antichi e moderni" (22). Queste concezioni ritornano in un altro suo passo destinato a diventare famoso: "Infatti non è storia giuridica vera e vivificante quella che fissa lo sguardo sulla storia d'un solo popolo, raccogliendone piccinamente ogni minutaglia ed eguagliando, con la sua micrologia, la dissertazione sull'eccettera di un grande pratico. Come ai viaggiatori europei [...] si dovrebbe dare il consiglio di cercare la salvezza solo fuori dall'Europa, così anche le nostre storie giuridiche - per essere veramente pragmatiche - dovrebbero abbracciare le legislazioni di tutti gli altri popoli antichi e recenti. Dieci lezioni intelligenti sulla concezione del diritto presso i Persiani e i Cinesi desterebbero nei nostri studenti un maggiore senso del diritto che non cento lezioni sui deplorabili cavilli cui è stata sottoposta la successione ab **intestato** da Augusto a Giustiniano" (23).

Ritroveremo questa frase di Thibaut nel 1824, come epigrafe a quell'opera del suo allievo Eduard Gans che può essere considerata la prima trattazione sistematica di diritto universale.

4. UN SISTEMA GIURIDICO UNIVERSALE RIGOROSAMENTE HEGELIANO: GANS

Durante la sua breve vita, Eduard Gans (1797-1839) fu una figura di primo piano nel mondo accademico tedesco. Brillante allievo di Thibaut e di Hegel all'università di Heidelberg divenne professore di straordinario successo a Berlino: fra i più di mille studenti che ascoltavano le sue lezioni si trovava Karl Marx, il quale di Thibaut recepì l'atteggiamento critico contro la Scuola Storica. L'entusiasmo degli studenti non era però condiviso da tutti i colleghi: dopo la combattuta chiamata di Gans, Savigny (anch'egli professore a Berlino) si rifiutò di partecipare alle attività della facoltà.

L'hegelismo critico di Gans (che rende difficile collocarlo in una delle correnti canoniche di questa scuola) si manifestò soprattutto nella concezione della filosofia del diritto: Hegel univa il diritto naturale alla scienza dello Stato, cioè alla politica, mentre Gans lo ricollegava alla storia. Il suo programma scientifico proclamava l'unità del diritto naturale con la storia giuridica, in un'applicazione delle idee hegeliane che si discostava però da Hegel per il fatto di portare alle ultime conseguenze le teorie di quest'ultimo.

Il diritto naturale derivava per Hegel dallo spirito universale (Weltgeist), e non dalla generalizzazione di uno dei diritti particolari (24). Per applicare sino in fondo questa concezione hegeliana, Gans si prefisse di scrivere una storia veramente universale dei diritti dei vari popoli, ma la morte interruppe questo suo piano grandioso. Di esso resta una storia universale del diritto ereditario, pubblicata nel 1824, e una trascrizione autorevole delle sue lezioni berlinesi del semestre invernale del 1832-33.

Il rapporto fra le idee di Hegel e quelle di Gans è stato illustrato da Manfred Riedel (25) il che ci consente ora di concentrare l'attenzione sugli aspetti giuridico-filosofici di questi due testi di Gans.

a) Una storia universale del diritto ereditario.

La prefazione con cui si apre il primo volume sul diritto ereditario racchiude il fondamento filosofico dello studio dei grandi sistemi universali del diritto (26). La serrata critica alla Scuola Storica traccia il confine tra Savigny e Gans (tra il cigno e l'oca, come ironizza un recente articolo sui contrasti anche personali fra i due) (27), ma al tempo stesso indica la linea che separa i grandi sistemi cresciuti attraverso la sintesi di sistemi minori dai grandi sistemi nati già grandi e globali perchè riverberanti sul diritto l'infinito della Ragione o dell'Idea (cfr. cap. 1 e 8).

Gans distingue due aspetti della Scuola Storica. Essa è anzitutto "la sala per le riunioni plenarie dei molto isolati lavoratori delle fonti" (p.158), e questo è il suo lato positivo; ma essa si presenta anche come la "filosofia di questo lavoro", e questo è il suo punto debole: come teoria non ha esercitato alcuna influenza sui suoi adepti, che "hanno continuato a lavorare come prima" (p. 159). La filosofia della Scuola Storica sostiene che il diritto è contenuto nel passato d'una nazione, la quale deve studiarlo per ringiovanirlo, e respinge invece l'intervento del legislatore. Gans obietta che il legislatore non agisce arbitrariamente, che "questo movimento libero d'ogni legame con il passato non è arbitrio privo di ragione. E' proprio la ragione che agisce in ogni epoca e in ogni popolo [...]. Ogni passato è, per il presente, irrimediabilmente morto; quello che non è morto è ciò che costituisce la sostanza tanto del presente quanto del passato, cioè la divina ragione. Nei singoli spiriti del popolo questa ragione si manifesta in uno sviluppo graduale, ed è compito dello spirito soggettivo riconoscere, onorare e comprendere questa ragione" (p. 160). Dalla critica della Scuola Storica Gans è così passato alla fondazione della comparazione giuridica.

Infatti, secondo Gans, la Scuola Storica ha esercitato due influenze negative sul suo tempo: negandogli la vocazione alla legislazione, lo ha rivolto al passato facendogli preferire la consuetudine alla legislazione, cioè "l'adozione" alla "paternità naturale", (p. 161); ma soprattutto ha portato i giuristi a concentrarsi sul dettaglio e

sull'esteriorità, generando "quell'accanito odio contro la filosofia" che ha finito per separare l'evoluzione della giurisprudenza da quella delle altre scienze.

Una filosofia "non più ostilmente contrapposta alla realtà" ha accettato il contenuto delle scienze "positive", quelle cioè della natura e dello spirito: anzi, ha indicato nel "pensiero" la loro verità. Da parte loro, le scienze positive hanno ammesso che la loro "verità positiva" era nel "pensiero" che veniva loro dalla filosofia. "Il passo successivo a questa rappacificazione - conclude Gans - fu una vivace tendenza alla comparazione in tutte le scienze positive"; e comparare significa riconoscere che la verità non risiede nelle singole parti, ma "solo e unicamente nella totalità" (161).

La giurisprudenza viene così a trovarsi nella situazione paradossale di essersi fenuta lontana da questo generale movimento comparatistico, pur avendo in Montesquieu un antesignano "che dovrà sempre essere considerato il creatore di una trattazione universale della giurisprudenza". Infatti Montesquieu "non si accontentava della meschina limitazione ad un popolo e ad un'epoca, ma soltanto nella totalità della storia trovava la giustificazione e la necessità del singolo popolo e della singola epoca" (162).

A Montesquieu Gans affianca tre tedeschi: Feuerbach, Thibaut e, meno comprensibilmente, Karl Grolmann (1775-1829) (28), considerato come implicitamente comparatista, in quanto la sua rivista - il "Magazin für die Philosophie [e, più tardi, anche "und Geschichte"] des Rechts und der Gesetzgebung" - non "esclude e deride la filosofia", nè rinchiude la storia "nell'ambito del diritto romano e germanico". Anche Jhering, sulle orme di Gans, cita quest'autore (cfr. cap. 5, a); tuttavia "questa collocazione di Grolmann fra gli storici universali del diritto è soltanto un malinteso" (29).

Savigny, prendendo posizione contro la storia universale del diritto, aveva difeso la passione per il dettaglio (dileggiata invece come "micrologia" da Thibaut), aveva sottolineato l'assenza o la povertà delle fonti per conoscere un diritto che non fosse romano o

tedesco e, infine, aveva distinto in più o meno interessanti le varie storie giuridiche (30). Gans di rimando ribadì l'accusa di "Mikrologie", additò una quantità di fonti per i diritti extraeuropei, ma soprattutto confutò per esteso l'argomento del diverso grado di interesse dei vari sistemi giuridici perchè fondato su un equivoco di fondo: secondo Savigny, protesta Gans, la scienza giuridica "non sarebbe fine a se stessa, ma sarebbe utile e importante per qualcos'altro, che così verrebbe a sovrastarla" (p. 165). Essa sarebbe cioè uno strumento per i giuristi, che - dovendo usare il diritto romano, germanico e canonico - trovano che "questi soltanto sono importanti per loro". Ma la scienza del diritto non va confusa con una scienza per i giuristi: non bisogna trasformare la "Rechtswissenschaft" in una "Brodwissenschaft", la scienza del diritto in una scienza della pagnotta (p.166)

Per questo Gans distingue nettamente la giurisprudenza (**Rechtskunde, Rechtsgelehrsamkeit**) dalla scienza giuridica (**Rechtswissenschaft**). La prima è una disciplina pratica e si occupa delle specifiche norme di un certo Stato; la seconda è una disciplina teorica e si occupa del concetto di diritto e della sua esistenza nel tempo (p.166). La prima si rivolge ai giuristi, la seconda alle idee (p. 167). La prima "si apprende per servire lo Stato" (p. 166), la seconda "non presenta alcuna utilità" immediata (p. 167). La giurisprudenza pratica, quindi, non è oggetto dello studio di Gans; egli si rivolge invece alla scienza del diritto, intesa come filosofia del diritto (se studia "il mondo attuale del diritto nel pensiero della moralità e dello Stato") e come storia del diritto (se ne studia "la produzione e l'evoluzione nella forma del tempo", 167).

Concludendo la presentazione del fondamento scientifico del suo libro Gans stesso sintetizza la sua visione della storia universale del diritto. "La storia del diritto, se non vuole avere per contenuto soltanto delle astrazioni, comprende necessariamente in sè la totalità dello sviluppo del concetto di diritto nel tempo, quindi essa è necessariamente **storia universale del diritto**: essa infatti non accorda un'importanza esclusiva ad alcun popolo e ad alcun tempo, ma prende in considerazione ogni popolo nella misura in cui esso si trova

a un certo grado di sviluppo derivante dal concetto. Poichè però il diritto dal canto suo non è l'assoluto, e considerato come tale porterebbe a sua volta a una trattazione estremamente astratta (perchè esso costituisce soltanto un momento nella totalità di un popolo), la storia del diritto deve preservare e mostrare l'ininterrotto nesso vitale del diritto con il principio storico di un popolo. Per quanto poi riguarda la trattazione; essa può essere direttamente narrativa (senza per questo negare il concetto, cosicchè il progredire del concetto può presentarsi come un progredire soltanto intuitivo, in cui non è presente la forma del concetto stesso); oppure la trattazione può porsi espressamente il compito di esporre non soltanto nell'interesse, ma anche nella forma del concetto" (p.168).

Applicando questa concezione della storia del diritto al solo diritto ereditario, Gans cerca di rispondere a due quesiti: qual è "il rapporto del diritto ereditario col diritto" e, inoltre, qual è "l'evoluzione di questo diritto ereditario nel tempo" (168). Il far discendere ogni diritto dall'idea di diritto potrebbe indurre a ricercare gli elementi comuni ai singoli ordinamenti, come facevano non pochi studiosi contemporanei di Gans: questa è una "cattiva identità". Gans sceglie invece "l'identità più piena": per non "sottrarre a ciascun popolo il principio che solo gli è proprio", per non introdurre un appiattimento "che trasforma la ricchezza della storia in perfetta povertà", bisogna non soltanto cogliere la diversità, ma soprattutto "mostrare la necessità di questa diversità". Infatti "l'unità della molteplicità dei fenomeni è soltanto lo spirito che rimane eternamente se stesso" (169).

Questa era dunque la concezione della storia con cui Gans affrontava l'esposizione del diritto ereditario. Vedremo fra poco quale contenuto giuridico egli riversò in questa forma.

b) Le lezioni sul diritto naturale e sulla storia universale del diritto

Il progetto di applicare il metodo usato nello studio del diritto ereditario anche alle altre branche del diritto, come si è detto, venne

troncato dalla morte di Gans. Tuttavia le linee direttrici dell'intero progetto si possono ricavare non soltanto dalla struffura dei volumi sul diritto ereditario, ma anche da un manoscritto pubblicato nel 1981 e intitolato **Lezioni sul diritto naturale e sulla storia universale del diritto di Gans, frascritte á Berlino nel semestre invernale 1932-33 da Immanuel Hegel** (31). Eppo contiene gli appunti scritti durante le lezioni di Gans dal secondo figlio di Hegel, allora diciottenne studente di giurisprudenza. La prima parte degli appunti, dedicata al diritto naturale, segue il tracciato dell'opera hegeliana sulla filosofia del diritto, con le innovazioni anche rilevanti introdotte da Gans.

La seconda parte affronta la storia universale del diritto. Qui il giovane studente, dovendosi confrontare con una grande quantità di nozioni nuove, si limita ad annotare i fatti essenziali, a scapito delle considerazioni teoriche. Nonostante la schematicità degli appunti, il lettore si trova di fronte ad una comparazione giuridica che va oltre gli schemi del diritto romano-germanico, pur rimanendo confinata ai diritti dell'antichità. Infatti i diritti vengono suddivisi in cinque sezioni: diritto orientale, greco, romano, medievale e contemporaneo. A sua volta, il diritto orientale comprende il diritto cinese, indiano, persiano, egiziano, mosaico e musulmano.

Questa sistemazione non si discosta molto da quella dei volumi sul diritto ereditario. Nel primo di essi, Gans si occupò dei diritti anteriori a quello romano, cioè dei diritti indiano, cinese, mosaico-talmudico, musulmano e attico. Il secondo volume è dedicato alla Grecia e a Roma, con particolare attenzione al diritto ereditario romano e post-romano. Il terzo contiene il diritto medievale, suddiviso in diritto canonico e diritti romanistici (Italia, Spagna, Portogallo). Il quarto è dedicato al diritto romano-germanico e ai diritti di Francia, Inghilterra (con la Scozia trattata nell'appendice) e paesi scandinavi (Islanda, Norvegia, Danimarca, Svezia) (32).

5. FRA SPIRITO DEL DIRITTO ROMANO E SPIRITO UNIVERSALE: UN JHERING INEDITO

Rudolf von Jhering (1818-1892) non pubblicò scritti sulla storia giuridica universale, ma la sua postuma **Preistoria degli Indoeuropei** (pubblicata nel 1894), rivela il desiderio di superare l'ambito romanistico. Sarebbe tuttavia errato rappresentare l'evoluzione scientifica di Jhering come un processo che vada dai puntuali temi giuridici delle opere giovanili alle grandi sintesi storico-sociologiche dell'ultima fase di Göttingen. La pubblicazione di due inediti jheringhiani consente di affermare che il pensiero di Hegel sulla storia universale fu presente in Jhering per tutta la sua vita. Ma continuità non significa anche profondità: Jhering "presso la filosofia fu soltanto un ospite" (33); tuttavia la persistenza del pensiero hegeliano in Jhering è sorprendente.

a) Le lezioni sulla storia universale del diritto.

Gli appunti manoscritti per un corso di lezioni sulla storia giuridica universale risalgono al semestre invernale del 1843-44 e rivelano un diretto contatto con l'opera di Gans. Jhering doveva tenere un corso di enciclopedia giuridica (34), ma non si limitò al diritto degli Stati tedeschi: "Su consiglio di un docente di qui voglio provare a esporre una storia universale del diritto" (35).

Non si sa chi fosse questo docente, ma è certo che, a Berlino, l'insegnamento di Gans non era ancora stato cancellato dalla sua morte nel 1839. Il giovane Privatdozent Jhering insegnava a Berlino dall'estate del 1843: era dunque naturale che lo spirito della storia giuridica universale aleggiasse ancora su quell'università. Inoltre Jhering possedeva il libro di Gans sulla storia universale del diritto ereditario già dal 1838, quand'era studente a Göttingen. Le sue lezioni di enciclopedia giuridica sono quindi fortemente influenzate da Gans, pur presentando alcuni sviluppi autonomi.

E' opportuno accostarsi al testo di Jhering attraverso le parole di chi ne ha avuto in mano il manoscritto. Esso "costituisce

la lacunosa seconda parte di un'enciclopedia del diritto, che inizia con il paragrafo 29 intitolato **Libro secondo. Storia giuridica universale**. Se ne può ricostruire un'organizzazione in quattro parti. La prima eteserive i diritti orientali, e precisamente il diritto indiano, cinese, ebraico e musulmano. Le parti relative alla Cina, all'India ed a Israele sono quelle più o meno sviluppate. Sul diritto musulmano si trovano solo alcune annotazioni e citazioni, specialmente sul diritto cfella Turchia. In una seconda parte Jhering tratta il diritto dell'antichità classica, di cui ritroviamo una descrizione del diritto attico e un frammento ciella descrizione del diritto di Sparta. Manca il capitolo sul diritto romano: si può supporre che esso sia confluito nel materiale per il primo volume dello **Spirito del diritto romano**. La terza parte - dedicata al "Diritto dei popoli neocristiani" - è suddivisa in due capitoli: uno tratta il tema dell' "Elemento comune nella formazione del diritto moderno" (con sottosezioni, in parte rielaborate più volte, sull'influenza del diritto romano e del diritto canonico); l'altro è dedicato alla descrizione del diritto dei singoli popoli, di eui è svolta soltanto la parte tedesca. La quarta parte dedicata al diritto sovranazianale - diritto internazionale, ecclesiastico, feudale e commerciale - è composta soltanto ád appunti frammentari e da citazioni" (pp.154 s.).

Il manoscritto si apre con il riconoscimento del proprio debito verso Gans, debito maggiore di quanto Jhering stesso sembrì ammettere. Quel libro era l'unico saggio di storia universale del diritto allora esistentè, ma - commenta Jhering - "ebbe un'accoglienza sfavorevole non soltanto perchè Gans prese posizione contro la Scuola Storica, ma anche perchè esso presenta realmente molte manchevolezze, e cioè un abuso di formule filosofiche e, poi, un'insufficiente elaborazione del materiale positivo" (p. 175). Ciononostante Jhering cita spesso quest'opera e ne utilizza molte indicazioni bibliografiche. Anzi, Jhering dichiara che è stato indotto a occuparsi della storia universale del diritto da Feuerbach, Thibaut e Grolmann: ricompare qui la triade citata da Gans, inconfondibile a causa di quel Grolmann ìncomprensibilmente evocato (cfr. 4, a). In realtà, nel corso del manoscritto, - Jhering non cita nessuno di

questi tre autori: il suo ispiratore doveva quindi essere soltanto Gans.

Dai pochi documenti sulla prima parte del corso (che Jhering chiamava "comparativa") Kunze deduce che "il loro autore mirava ad un'acquisizione empirica del concetto di diritto" (p. 176), differenziandosi così da Gans, che hegelianamente mirava a descrivere "l'idea di diritto e di Stato senza aggiunte storiche, poichè essi [incontrano] in se stessi la propria giustificazione" (36). Tuttavia dagli appunti di Jhering risulta chiaro che egli vedeva nel "contrasto" (**Gegensatz**) il motore della storia universale: quindi, conclude Kunze, "Jhering affronta il suo compito non in modo empirico, ma speculativo (anche se di certo egli avrebbe contraddetto con veemenza quest'affermazione)" (p. 184).

Jhering non sembra aver conosciuto le lezioni di Gans, che al suo tempo circolavano solo manoscritte. Di conseguenza, certe assonanze fra Jhering e Gans vanno ricondotte alla fonte comune, che è la **Filosofia della storia** di Hegel, libro noto già allo studente Jhering. I numerosi parallelismi fra Jhering e Hegel vengono però meno nella periodizzazione. Infatti Hegel e Gans suddividono la storia universale in quattro periodi (Oriente, Grecia, Roma, Germani), mentre Jhering unifica la cultura greca e romana nell'"antichità classica" (Oriente, Antichità classica, Cristianesimo).

Egli resterà fedele a questa tripartizione sino all'ultima fase della sua vita (cfr. infra, b).

Di conseguenza, Jhering segue Hegel nella trattazione dei popoli orientali; se ne discosta solo formalmente nella trattazione unitaria dell'antichità classica; infine se ne allontana quando fa iniziare la terza fase non con la civiltà romana, ma con il primo cristianesimo (studiato non solo nel mondo germanico, come in Hegel, ma nel mondo latino, slavo e germanico). Questa nuova partizione non è puramente esteriore, ma risponde al disegno jheringhiano di descrivere il progressivo formarsi dell'individualità e la sua finale armonia con la totalità: "quasi un principio programmatico del liberalismo politico; - osserva Kunze - la **libertà** di Jhering non è quella del **Welfgeist** hegeliano,

bensi quella soggettiva della "volontà individuale" (p.179). Questo processo ascendenfe è dunque diverso da quello hegeliano, ma si realizza con la dialettica hegeliana: ne derivano, fra l'altro, una serie di difficoltà lessicali, poichè la terminologia hegeliana viene usata anche in contesti non hegeliani.

Tra i manoscritti di Jhering conservati a Göttingen Kunze ha trovato anche un taccuino di appunti con il titolo **Litteratur zur Universalrechtsgeschichte**. Gli articoli di rivista riportati sulla sua prima pagina indicano che esso venne iniziato nell'inverno del 1843-44: dunque, nell'epoca del corso di cui si è fin qui parlato. Tuttavia, alla fine delle lezioni, Jhering non interruppe la raccolta bibliografica: quel taccuino venne continuato fino alla metà degli anni Settanta, come dimostra la pagina sul "Darwinismo".

b) Una storia universale delle buone maniere.

Negli anni di Göttingen Jhering tentò a più riprese, ma invano, di completare i primi due volumi di **Der Zweck im Recht** (37). Di questi tentativi restano numerosi appunti, un cospicuo nucleo dei quali si ricollega al tema delle buone maniere, trattate nel secondo volume dello **Zweck im Recht**. Questo nucleo manoscritto, pubblicato soltanto nel 1985, contiene l'abbozzo di una storia universale delle buone maniere, realizzato secondo un esplicito schema hegeliano (38). E' curioso ricordare che anche il padre di Jhering aveva scritto un libro sullo stesso tema (39).

In questi appunti Jhering distingue anzitutto la storia universale da quella speciale (la prima ha per oggetto il mondo, la seconda i singoli popoli) e la storia generale da quella particolare (la prima ha per oggetto l'intera evoluzione d'un popolo, la seconda singole discipline). In contrasto con l'opinione comune che considera scientificamente irrilevanti le buone maniere, Jhering ritiene che questo tema sia così ricco da richiedere l'uso di "tutti i punti di vista che la storiografia può assumere: quello della storia speciale (cioè l'evoluzione storica presso i singoli popoli); quella della storia comparata (che

descrive gli elementi comuni a questa evoluzione) e infine Quello della storia universale {che segue il progresso di quest'evoluzione da un popolo all'altro}" (40) (p. 73).

Le pagine conclusive si aprono con una domanda di Jhering: "Le buone maniere e la storia universale! Non è forse sparare ai passeri col cannone?" (p. 123). Quesito retorico, poichè Jhering ha dedicato le due precedenti analisi storiche proprio a dimostrare l'importanza delle forme sociali. Ad esse applica ora il metodo della storia universale, che "ha per oggetto l'evoluzione della vita dei popoli nell'intero corso della storia" (p. 123). Essa non si limita a unire più storie speciali: "sarebbe un'unione esteriore senza unità interna", simile all' "unità creata dal rilegatore che riunisce in un volume più fascicoli autonomi" (p. 123). "Compito della storia universale è il fornire la prova di questo nesso interno nell'intera esistenza dell'umanità"; ovvero, con un'immagine letteraria tipica dello stile di Jhering, essa fornisce la prova del "modo in cui la storia usa i singoli popoli come fili per ricavarne il suo tessuto" (p. 124).

Nelle parti precedenti Jhering ha predisposto le pietre per l'edificio della storia universale; si tratta ora di costruirlo. "Ma non abbiamo bisogno di disegnare noi stessi il progetto dell'edificio; è già pronto dinnanzi a noi e consiste nella nota tripartizione della storia universale fornita dalla filosofia della storia: Oriente, antichità classica, mondo moderno. Compito della nostra indagine è vedere se è pertinente anche per i nostri fini" (p. 124 e 152).

Il modello hegeliano si manifesta esplicitamente anche nelle pagine sull'antichità classica: "Nella sua **Filosofia della storia** Hegel separa i Greci dai Romani, secondo la Quadripartizione fra mondo orientale, greco, romano e germanico. Io invece raggruppo il secondo e il terzo nell'antichità classica" (p. 136). L'intero paragrafo è dedicato a criticare il rapporto fra potere e libertà in Hegel, poichè per Jhering la contrapposizione fra Oriente (regno dell'arbitrio) e Occidente (regno della libertà) "dipende unicamente dall'idea di libertà personale" (p. 153). Più che la discutibile critica a Hegel, è qui interessante notare

che Jhering usava la prima edizione della **Filosofia della storia**, quella curata da Eduard Gans (41): però quest'ultimo nome non viene mai ricordato nel manoscritto. Tuttavia, proprio con riferimento alle pagine sulla storia universale, il curatore dell'edizione si è trovato di fronte alla contraddizione di un testo che spesso fraintendeva Hegel, ma che in altri passi lo riproduceva quasi verbalmente. Da un lato v'era senza dubbio una "lettura insufficiente di questo filosofo"; dall'altro, "questa coincidenza quasi letterale con i pensieri di Hegel" pone il quesito "sull'origine di questa conoscenza: andrebbe ricondotta allo studio della lettura secondaria" (42), che però non viene citata da Jhering. Nonostante ciò, il progetto jheringhiano di storia universale del diritto (descritto nell'articolo di Kunze già citato: cfr. **supra**, a) potrebbe far pensare ancora una volta a Gans come mediatore fra Hegel e Jhering.

E' quindi corretto concludere che, nonostante le critiche rivolte a Hegel, Jhering "si muove quasi sempre sulle linee di Hegel" e che la sua opera si svolge "all'ombra della dottrina hegeliana" (43).

Il manoscritto non contiene la parte sul mondo moderno e, dopo l'analisi dell'antichità classica, si interrompe con una serie di riferimenti agli indoeuropei che ricollegano questo manoscritto all'opera postuma di Jhering (44).

6. UNA STORIA UNIVERSALE DEL DIRITTO ANCHE PER IL FUTURO: UNGER

I grandi sistemi giuridici affascinavano gli spiriti non convenzionali forse perchè consentivano di distaccarsi dal diritto locale e, quindi, dallo Stato che su di esso si reggeva. Intorno al 1848, poi, non convenzionale significava spesso liberale, e talvolta anche qualcosa di più a sinistra.

Così, in Germania la critica a Hegel, nella filosofia, e alla Scuola Storica, nel diritto, passò da Gans a Ruge e a Marx. Invece in Austria fu recepita da Josef Unger (1828-1913), "il maggior giurista

austriaco dell'epoca di Francesco Giuseppe" (45) e personaggio politico polivalente má non ambiguo. Infatti a lui si deve, da un lato, la diffusione del classico método pandettistico nell'impero austro-ungarico, cioè nella scienza giuridica non solo austriaca, ma anche polacca e ungherese. D'altro lato, non ancora ventenne, Unger aveva partecipato ai moti viennesi del 1848, conservando poi per tutta la vita le sue convinzioni: basti dire che, divenuto ministro e convertito al cattolicesimo, continuò ad essere favorevole al divorzio. "Ein Josephiner bin ich", soleva dire, "Sono un seguace di Josef II"; e si riferiva al sovrano illuminato e riformatore (46).

Dopo il 1848 il giovane Unger era incerto tra la filosofia e il diritto, il cui studio si svolgeva in Austria secondo i canoni di un metodo aridamente esegetico. Proprio per evitare questa castrazione intellettuale Unger decise di dedicarsi alla filosofia. "Nel 1850 - registra nelle sue memorie - pubblicai uno scritto ispirato a Hegel e Gans (l'intelligente avversario di Savigny): **Die Ehe in ihrer welthistorischen Entwicklung**. Era il primo tentativo di un principiante ventunenne che brancolava ancora nel buio" (47).

Questo "opuscolo pubblicato con pimpante audacia giovanile" non solo richiamava, ma addirittura riproduceva il titolo dell'opera di Gans, adattandolo al tema del matrimonio visto sempre in una prospettiva di storia universale (48). Quanto Unger fosse vicino agli ambienti hegeliani è dimostrato anche dal fatto che egli, giurista austriaco, conseguì con quest'opera il dottorato in filosofia presso un'università prussiana dalla grande tradizione filosofica (la kantiana Königsberg), all'interno della quale la sua candidatura era appoggiata da uno dei più importanti allievi di Hegel: Karl Rosenkranz (1805-1879).

Unger venne indotto a scegliere il matrimonio come tema della sua ricerca forse dall'opera dello stesso Gans, in cui "spesso - sono parole di Gans - è stata dedicat al matrimonio e alla patria potestà un'esposizione più dettagliata che non allo stesso diritto ereditario" (49). Ma Unger trovò un sostegno alla sua scelta anche nel campo avversario, poichè la potenziale vastità dell'indagine gli venne ribadita

da un pensiero ái Savigny: "il matrimonio appartiene per metà al diritto e per metà al costume" (50). Infine, l'idea di matrimonio permetteva di risalire da un istituto giuridico fino all'hegeliano "coronamento dell'edificio", cioè allo Stato, poichè il matrimonio è il fondamento della famiglia e questa dello Stato. Insomma, in una concezione hegeliana della storia il matrimonio assumeva una posizione molto più centrale che non in una trattazione di diritto positivo.

Il sottotitolo dell'opera di Unger specifica che quello studio sul diritto matrimoniale è "un contributo alla filosofia della storia", e precisamente alla filosofia della storia di Hegel (51). Unger precisa poi il suo debito verso Gans, ma anche la sua differenza: "In questo campo lo scritto di Gans, **Erbrecht in seiner weltgeschichtlichen Entwicklung**, è di fatto l'unico lavoro esteso che io abbia potuto utilizzare per la mia monografia. Ma anche quest'opera veramente classica, come si vede già dal suo fitolo, è un contributo non tanto alla filosofia della storia, quanto alla storia giuridica universale" (52).

Infatti Gans, giunto ai diritti germanici, tratta separatamente i diritti ereditari dei vari popoli, mentre Unger espone "il concetto di matrimonio in periodi generali che includono i singoli popoli" (p. VI). Questa impostazione rende l'esposizione di Unger più densa e sintetica di quella di Gans, dalla quale Unger desume tuttavia lo schema generale. Infatti l'analisi di Unger si apre con il mondo orientale (Cina, India, Persia, Giudea, Egitto), dedica un capitolo all'islamismo, continua con il mondo greco, romano e germanico e si conclude con il tema apparentemente inatteso della critica alle concezioni socialiste e comuniste del matrimonio.

In realtà, questa conclusione deriva dalla visione della storia universale come unitario sviluppo dello spirito, per cui lo studio del passato non solo spiega il presente, ma predice l'evoluzione futura. Unger vuole applicare all'istituto matrimoniale il "metodo genetico", che consiste "nell'iniziare ogni serie di osservazioni con il fenomeno originario e nel comprendere il divenuto attraverso l'osservazione del divenire" (p. 1). Il metodo storico - applicato al diritto

e, in particolare, al matrimonio - non può quindi limitarsi allo studio dei diritti positivi succedentisi nel tempo, ma deve afferrare il "concetto di matrimonio", "l'idea di matrimonio, in cui lo spirito universale si manifesta e si è manifestato" (p. 2). Solo così si può "comprendere il matrimonio nella sua forma attuale e riconoscere la direzione che assumerà in futuro" (p. 2). Ora, le concezioni comuniste e socialiste del matrimonio sono, per Unger, le pericolose forme future del matrimonio. Se esse fossero accettate, minerebbero il matrimonio e distruggerebbero quella che per gli hegeliani è "l'á più compelta realizzazione dello spirito universale", cioè lo Stato (poichè "la famiglia fondata dal matrimonio è la base dello Stato", p. 3).

Dunque, dal passato attraverso il presente sino al futuro grazie all'idea di matrimonio: "le due forme che [il matrimonio] assume - la monogamia e la poligamia - sono i cardini su cui ruota la storia universale". La stessa contrapposizione fra Oriente e Occidente può essere ricondotta a questa diversa concezione del matrimonio. Ecco dunque tracciato l'itinerario dell'indagine di Unger "Nell'osservare l'evoluzione del matrimonio nella storia universale dobbiamo seguire la via che, nella storia universale, hanno preso gli Stati storico-universali e così - con il progredire da un mondo all'altro, da uno Stato all'altro - progredire anche, di livello in livello, nell'evoluzione del concetto di matrimonio e nello studio delle concrete situazioni matrimoniali" (p. 4).

In questo metodo è implicita tanto la fede d'origine illuminista nel progresso continuo, quanto la visione eurocentrica di questa progressivarealizzazione dell'idea, che dall'Oriente si sposta (ascendendo) verso l'Occidente, verso la Grecia: "col che lo spirito mette piede sul suolo europeo e quindi entra nella sua patria vera e propria" (p. 5).

7. LA PARABOLA DISCENDENTE DEI SISTEMI GIURIDICI UNIVERSALI

La filosofia di Kant ispirò Feuerbach e la filosofia di Hegel ispirò Gans: i grandi sistemi filosofici andavano dunque di pari passo

con i grandi sistemi giuridici (deduttivi). Negli stessi anni, uno dei tanti sconvolgimenti provocati da Napoleone impresso una svolta radicale al diritto europeo continentale e alla sua scienza. L'avvenfo del Codice Napoleone nel 1804 e, in particolare, la sua applicazione nell'area renana della Germania imponevano precisi studi comparatistici: uno dei primi suoi frutti fu il trattato sul diritto civile francese di Karl Salomo Zachariä (1769-1843) (53).

Ma la comparazione pratica non poteva limitarsi all'incontro con il grande codice dei francesi. Lo spirito universalistico di Feuerbach animò, sempre in Heidelberg, il suo successore nell'insegnamento del diritto e della procedura penale, Karl Mittermaier (1787-1867), che nel 1829 insieme con Zachariä fondò la "*Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*". I suoi ventotto volumi costituiscono un'enciclopedia in progress della legislazione mondiale di quegli anni, continuamente rinnovata e aggiornata da un Mittermaier che, da Heidelberg, manteneva una gigantesca corrispondenza con gli studiosi d'ogni parte del mondo. A ragione fu ritenuto "il più influente rappresentante del diritto comparato e il principale mediatore fra la scienza giuridica tedesca e quella straniera (54). Il gruppo di Heidelberg aveva del diritto comparato una concezione vasta ma definita: lo muoveva il triplice interesse per il diritto vigente dei sistemi giuridici più avanzati, per la scienza che li indagava e per l'insegnamento che li tramandava alle nuove generazioni di giuristi.

Ma ben presto la parabola della comparazione entrò nella sua fase calante e, in parallelo con l'estinguersi dei grandi sistemi legati alla filosofia, andò diminuendo anche la comparazione pratica su vasta scala. La rivista cessò le sue pubblicazioni nel 1856 e Mittermaier morì nel 1867: la scienza giuridica tedesca si lasciava così alle spalle un periodo di splendore ineguagliato nell'intero secolo.

Una figura centrale nella comparazione a cavallo dei due secoli è Josef Kohler (1849-1919), il più fecondo giurista dell'epoca guglielmina. La sua filosofia del diritto si inserisce nella corrente che,

muovendo da Hegel, giunge attraverso Berolzheimer fino al neo-hegelianismo. Il tentativo di innestare lo spirito di Hegel e di Schopenhauer sulla Scuola Storica lo porta a concepire il diritto come fenomeno culturale. L'evoluzione hegeliana diviene in lui "empirismo" che "imbocca un numero infinito di cammini per raggiungere il fine". Quindi Kohler non si occupa della dialettica, ma "dello studio del mondo esterno", e in particolare dello "studio dell'umanità nelle varie fasi del suo pensiero e nelle molteplici forme del suo agire". Molteplicità che si riflette anche nelle sue 2500 pubblicazioni, molte dei quali sono dedicate alla comparazione giuridica.

Questo polimorfo scrittore conclude degnamente la galleria dei grandi giuristi ispirati alla filosofia della storia di Hegel. La ristampa del 1915 di un'importante enciclopedia del diritto si apre con il suo saggio su **Filosofia del diritto e storia universale del diritto**: "La storia universale del diritto deve mostrare come il diritto evolva nel corso della storia e, in collegamento con la storia della cultura, deve mostrare quali conseguenze culturali erano collegate al diritto, e come il diritto ha condizionato l'esistenza della cultura d'un popolo e ne ha favorito il progresso culturale. Giunti a questo punto, la filosofia del diritto deve mostrarci quale funzione ha avuto l'ordinamento giuridico nello sviluppo teleologico del processo mondiale, e anche quale funzione esso deve ancora assolvere nei vari rapporti culturali. Essa dovrà mostrare quali fini l'umanità deve raggiungere sotto la protezione dell'ordinamento giuridico, e in che modo il diritto diviene così partecipe al fine ultimo della storia mondiale. Senza storia del diritto universale non esiste un'appropriata filosofia del diritto, così come senza storia universale non esisterebbe una filosofia dell'umanità e senza linguistica non esisterebbe una filosofia del linguaggio. L'odierna filosofia del diritto è il neo-hegelianismo associato alla storia universale del diritto" ().

In Francia la consapevolezza forse eccessiva della perfezione del Codice Napoleone aveva portato i giuristi a chiudersi verso i diritti stranieri e anche verso il proprio passato. Molta della poca comparazione francese di quegli anni si ispirava a modelli tedeschi.

Uno dei più interessanti esempi in proposito è l'opera di Eugène Lerminier (1803-1857), la quale si ricollega direttamente a Gans: i volumi di questi due autori contengono espressioni di grande stima reciproca (55). Per Lerminier venne creata la cattedra di storia giuridica comparata al Collège de France nel 1831, ma nel 1838 egli dovette interrompere i suoi corsi per l'impopolarità politica che lo circondava. Quando li riprese nella Seconda Repubblica, nel 1849, non si occupò più di diritto comparato.

La comparazione pratica faceva capo alla rivista "Thémis", fondata nel 1819 (56), mentre nel 1834 la "Revue é frangère de législation et d'économie politique" venne fondata da Jean Jacques Gaspard Foelix (1791-1853) ispirandosi alla rivista di Mittermaier, senza però raggiungerne il livello. Nel volgere di pochi anni gli interessi pratici divennero predominanti e, dopo due mutamenti di titolo, la rivista chiuse i battenti nel 1850. Nel 1853 si estingueva anche la "Revue de législation et de jurisprudence" (fondata nel 1834 dall'economista di origine polacca Louis François Michel Raymond Wolowski, 1810-1876), che aveva mostrato un certo interesse per la comparazione.

Ovviamente quest'ultima, pur vivendo ai margini del mondo giuridico, continuò ad essere praticata per finalità pratiche: i comparatisti si riunirono anzi, nel 1869, nella "Société de législation comparée" e, nello stesso anno, anche a Oxford venne istituita una cattedra di diritto comparato, affidata a uno dei padri dell'etnologia, Henry James Sumner Maine (1822-1888).

E' compito di un'indagine diversa dalla presente fornire una storia della comparazione giuridica dalla fine del secolo XIX in poi. Un fatto merita tuttavia di essere ricordato perchè segna l'inizio di uno dei più interessanti, esempi di circolazione delle idee giuridiche a livello mondiale. Nel 1846 l'università di Parigi istituì la prima cattedra di diritto penale comparato e la affidò a Josef Louis Elzéar Ortolan (1802-1873) (57): il suo allievo Gustave de Boissonade, divenuto consigliere giuridico del governo giapponese, inaugurò l'ammodernamento giuridico di questo Stato preparandone il primo codice penale di impianto europeo (58).

Nella penisola italiana la comparazione giuridica era ostacolata anche dalla divisione in numerosi Stati. Gans lamentava di non aver trovato una trattazione d'insieme: il pur "gründlich" Tiraboschi gli appariva "carente e macilento", e neppure da Muratori ricavava "qualcosa di organico". Migliore era invece la situazione del diritto spagnolo: "Si vede subito - concludeva Gans - che qui sí ha a che fare con un impero" (vol. 3, p. XIV).

Perciò che l'Italia, pur avendo avuto un Vico, non offrì nel XIX secolo che solitarie figure di grandi precursori, come Giuseppe Mazzarella (1868-1958) nell'etnografia giuridica ed Emerico Amari (1810-1870), il capostipite dei comparatisti italiani (58a).

Egli si richiamava direttamente alla Scienza nuova di Vico, opera che trova il proprio motore - così affermava Amari - nella legislazione comparata. Ma, dopo questi precursori, bisogna attendere fino al 1927 perchè a Roma Salvatore Galgano (1887-**) fondi l'"Istituto di Studi Legislativi" (58b), mentre l'istituto milanese dedicato al diritto commerciale comparato venne fondato da Mario Rotondi soltanto nel 1943: e così siamo giunti alla soglie dei nostri giorni.

La Spagna istituì nel 1851 una cattedra di legislazione comparata a Madrid, affidata al professor*** Montalbán. Essa ebbe purtroppo breve durata. In realtà, in Spagna e in Portogallo la comparazione aveva preso una sua via peculiare a causa delle colonie sudamericane. Esse erano rette in parte dalle leggi della madrepatria, in parte da un diritto che, per essere proprio solo di quelle Indie, si chiamava *derecho indiano*", oggetto ai una branca specifica allora di diritto positivo, oggi di storia del diritto (58c).

Dopo l'indipendenza, le colonie sudamericane usarono la comparazione giuridica per elaborare un loro diritto autonomo rispetto ai modelli della madrepatria. L'autore di una delle prime opere in questo campo, il brasiliano Clovis Bevilacqua (1859-1944), propose una classificazione dei grandi sistemi che rifletteva la peculiare situazione di quelle ex-colonie. Egli distingue quattro sistemi giuridici: i sistemi che non subirono l'influenza romano-canonistica (paesi scandinavi e

Stati Uniti d'America); i sisfemi romanistici con influenze germaniche e canoniche (Spagna, Portogallo, Italia); i sistemi di origine romanistica e germanica (Francia, Belgio, Germania, Olanda e Svizzera); infine, i sistemi latino-americani, le cui fonti iberiche sono modificate da apporti di altri diritti stranieri (soprattutto quello francese) in un contesto "democratico" (58d). Questo elemento politico è presente anche nell'argentino Enrique Martínez Paz (1882-1952), che nel 1927 fondò a Córdoba l'"Instituto de Derecho Civil Comparado": egli individua, fa l'altro. un sistema romano-canonico-democratico, includendovi gli Stati dell'America Latina, la Svizzera e la Russia (58e).

Di là dalla Manica la storia seguiva cammini diversi, anche se andava all'incirca nella stessa direzione della storia continentale. Tutta la storia giuridica inglese è segnata dall'accentuarsi o dal diminuire dell'influenza del diritto romano sul Common Law. La prima metà del secolo XIX fu, tutto sommato, un periodo di bassa marea romanistica e l'interesse si appuntò sul diritto romano classico piuttosto che sull'uso che se ne faceva nell'Europa continentale. Questo disinteresse dei giuristi pratici, naturalmente, non impedì a Bentham e ad Austin di fare un abbondante uso di esempi tratti dal diritto continentale.

Un nuovo impulso alla comparazione derivò invece dai problemi concreti che il Privy Council doveva risolvere come tribunale supremo. La formazione di imperi coloniali su scala mondiale imponeva a un numero crescente di giuristi pratici di occuparsi anche di diritti stranieri. L'opera che fece fronte a queste esigenze venne pubblicata nel 1837 da William Burge (1787-1849). E' istruttivo confrontare la sua sistematica con quella delle opere di origine filosofica esaminate nei paragrafi precedenti. Essa contiene "1. Il civil law, la grande fonte cui ha largamente attinto ogni altro codice; 2. il diritto olandese nella forma esistente prima dell'emanazione del code civil; 3. il diritto della Spagna; 4 e 5, il diritto consuetudinario di Parigi e della Normandia; 6. il diritto vigente in Francia; 7. il diritto della Scozia; 8. il diritto dell'Inghilterra; 9. i diritti locali delle colonie delle Indie Occidentali e del Nord America; 10. i diritti degli Stati Uniti d'America" (59).

Anche in quest'esposizione, come in quelle dei comparatisti sudamericani, i grandi diritti storici dell'Oriente hanno ceduto il passo a quelli del Nuovo Mondo. E' forse superfluo sottolineare come questa sistematica tragga origine non più dallo spirito universale, ma dallo spirito mercantile.

La rivoluzione delle colonie inglesi in Nord America creò un nuovo spazio per il diritto comparato in quei territori. Infatti, come sosteneva Roscoe Pound (1870 - 1964) il diritto inglese non poteva essere recepito nei nuovi Stati perchè le loro esigenze erano diverse da quelle soddisfatte dal diritto inglese e, inoltre, perchè quest'ultimo era incompatibile con la concezione puritana dei coloni americani e con il loro atteggiamento politico dopo la rivoluzione (60). Perciò, nelle opere dei principali comparatisti nordamericani di quell'epoca - James Kent (1763-1847) e Joseph Story (1779-1845) - sono frequenti i riferimenti ai diritti dell'Europa continentale per integrare le norme di Common Law.

Anche negli Stati Uniti d'America la seconda metà del secolo XIX registrò un diminuito interesse per la comparazione, accompagnato da un accentuato interesse per la preparazione pratica dei giuristi nelle Law Schools.

In conclusione, la formazione degli Stati nazionali, rlopa il 1848, portò i giuristi a concentrarsi sulla costruzione e sullo studio del diritto nazionale. Sul piano teorico, il positivismo giuridico rafforzò questa tenclenza e relegò in secondo piano i frutti del pensiero idealistico. La storia dei grandi sistemi giuridici universali si chiude quindi verso la metà del secolo XIX. Bisognerà attendere gli ultimi anni di esso e le prime decadi del secolo XX per assistere all'affermarsi del diritto comparato, ma su basi diverse ba quelle idealistiche.

8. SISTEMA E COMPARAZIONE NÉL DIRITTO

Le storie universali del diritto sono imparentate con la nozione classica di sistema, che caratterizzò la cultura giuridica

europea sino all'inizio del secolo XX e la cui espressione più compiuta, in campo giuridico, fu la pandettistica di Puchta e Windscheid.

In realtà, l'anelito verso il sistema omnicomprensivo è presente in studiosi d'ogni tendenza. Lo sogna anche il fautore di un giusnaturalismo attenuato come Helmut Coing, che immagina il sistema giuridico come ordinato non in base alle leggi della logica né alle intrinseche qualità del materiale giuridico, ma in base a un valore di giustizia variabile coi tempi. "In fin dei conti - scriveva nel 1956 - il sistema giuridico è il tentativo di afferrare in una somma di principi razionali la totalità della giustizia in riferimento a una certa forma della vita sociale. Infatti la convinzione che una struttura razionale, afferrabile col pensiero, domini il mondo materiale e spirituale è l'irrinunciabile ipotesi su cui si fonda ogni scienza" (61).

Ecco allora il filosofo del diritto proporre, secondo i criteri della sua disciplina, un modello di sistema giuridico ben diverso da quelli dei comparatisti, ma ugualmente omnicomprensivo: "Un sistema giuridico completo dovrebbe contenere: 1. tutti i principi che possono essere presi in considerazione in un ordinamento giuridico, cioè una mappa completa dei criteri della giustizia; 2. tutte le situazioni esistenziali (e le regole che le reggono) che possono essere prese in considerazione. [...] Un simile sistema non è mai stato realizzato: esso presuppone la piena conoscenza del mondo morale e della natura rerum".

Nella ricerca di un'approssimazione a questo ideale irraggiungibile la filosofia del diritto si congiunge alla comparazione: "Ciò che più gli si avvicina è forse la sistematica delle vaste trattazioni comparatistiche: infatti ogni comparazione giuridica lavora, anche se non lo ammette, con un sistema sovrappositivo e in certa misura universale" (62). Si chiude così il cerchio: ogni comparazione, per quanto limitata, contiene una filosofia che le consente di espandersi fino al sistema universale.

Questo bisogno di filosofia e questa tendenza all'omnicomprensività si riscontrano anche in chi, come Burckhardt, mira

non al sistema, ma alla cultura intesa come conoscenza asistemica, come "mondo della libertà e del movimento, del non necessariamente universale, di ciò che non rivendica a sé alcuna validità costringitiva" (63). Da questo punto di vista l'aristocratico basilense può farsi gioco della Filosofia della storia di Hegel e concludere: "Noi non siamo iniziati ai fini dell'eterna sapienza, e non li conosciamo" (p.14). L'ironia coinvolge anche i sistemi universali d'ogni tipo: infatti per Burckhardt le filosofie della storia degenerano o in "storie universali della cultura" (e sono i sistemi esaminati nei precedenti paragrafi) o "pretendono di seguire uno schema universale e, nel far ciò, essendo incapaci di non aver presupposti, sono colorite da idee che i filosofi hanno assorbito fin dal terzo o quarto anno di vita" (p. 14). Queste parole sembrano così anticipare la visione di Coing sulla presenza inevitabile, anche se inconsapevole, d'un sistema filosofico come ossatura d'ogni comparazione.

L'ironia di Burckhardt attenua solo in superficie la sua diffidenza verso tutte le materie che entrano in contatto con la storia: il diritto non ne è certo escluso. Per lui, le scienze naturali e la matematica sono "le nostre uniche disinteressate compagne, mentre teologia e diritto vogliono padroneggiarci, o almeno vogliono usarci come arsenale di cognizioni, e la filosofia, che vuol stare al di sopra di tutte, è in realtà ospite di tutte" (p. 30).

Siamo dunque agli antipodi del sistema e della filosofia della storia; eppure anche qui rispunta il sogno del sistema onnicomprensivo: "Vorremmo avere - sogna Burckhardt - una gigantesca mappa dello spirito sulla base di una smisurata etnografia, che dovrebbe abbracciare quel che è materiale e quel che è spirituale e tendere a considerare imparzialmente tutte le razze, le genti, i costumi e le religioni in connessione fra loro" (p. 16). Questa visione sconfinata è senza dubbio la più vasta tra quelle finora incontrate: in essa trovano posto i sistemi giuridici universali e il sistema di tutti i valori di giustizia, e anche quant'altro si può desiderare. A tradurla in volumi se ne ricaverebbe forse la biblioteca di Babele descritta da Borges. Proprio chi rifiuta il sistema può permettersi di sognare quello più illimitato, perché sa che

non vi metterà mai mano. La prudenza dei realizzatori, invece, induceva Gans e i suoi seguaci a una certa parsimonia onirica.

Ma questo sogno sistematico non avrebbe dovuto essere, in realtà, un incubo per l'asistematico Burckhardt? Proprio dopo aver detto di non essere iniziato "ai fini dell'eterna sapienza", Burckhardt aveva respinto la filosofia della storia. Metà filosofia e metà storia, quinarà l'una, né l'altra, essa "non è che un centauro, una **contradictio in adiecto**, giacché la storia, ossia il coordinare, è non-filosofia, e la filosofia, ossia il subordinare, è "non-storia" (p. 13). Però fra le libertà di cui gode lo studioso asistematico v'è anche l'esenzione dalla coerenza troppo rigida. Burckhardt ironizza su una filosofia della storia saccente e precettiva, ma è convinto che la cultura non può vivere senza principi, senza cioè una flessibile filosofia **in nuce** (anche della storia). Per questo egli può abbandonarsi con la coscienza tranquilla al sogno del sistema come "gigantesca mappa dello spirito" perché sente che esso è, sì, irrealizzabile, ma anche inevitabile.

Gongediamoci quindi dai sistemi universali del diritto come da un felice momento in cui alcuni giuristi ebbero la sensazione che il sogno fosse a portata di mano. Il fatto che quel momento sia concluso non significa che esso non possa tornare sotto altre forme, così come sotto altre forme può tornare quel centauro che fu la filosofia della storia hegeliana. Bisognerebbe saperlo accogliere e imbrigliare con la colta leggerezza dell'antihegeliano Burckhardt: "siamo particolarmente grati al centauro e lo salutiamo volentieri qua e là, sul limitare della selva degli studi storici" perché "ha messo sale nella storia" (p. 15).

NOTE

(1) John Henry Wigmore, **A Panorama of the World's Legal Systems**, West Publishing Company, Saint Paul 1928, p. 1115.

(2) Walther Hug, **The History of Comparative Law**, "Harvard Law Review", 1932, vol. XLV, n. 6, p. 1028.

(3) Mario G. Losano, **Sistema e struttura nel diritto**, Volume I: **Dalle origini alla Scuola Storica**, Giappichelli, Torino 1968, XXXII-313 pp.

(4) Per un panorama e una bibliografia sulla storia universale si veda di Ernst Schulz, **Universalsgeschichte**, Kiepenheuer und Witsch, Köln 1974, 398 pp.

- (5) Voltaire, **Essay sur l'Histoire générale et sur les moeurs et l'esprit des nations depuis Charlemane iusqu'à nos iours**, Genève 1756.
- (6) G. E. Lessing, **Die Erziehung des Menschengeschlechts** (1780); Reclam, Stuttgart 1980.
- (7) Johann Gottfried Herder, **Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit**, 1784; Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1966.
- (8) Immanuel Kant, **Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürguerlicher Absicht** (1784); recensione a: J. G. Herders "Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit" (1785); **Muthmaßlicher Anfang der Menschengeschichte** (1786); **Erneuerte Frage: Ob das menschliche Geschlecht im beständigen Fortschreiten zum Besseren sei** (1797), in: **Gesammelte Schriften**, Herausgegeben von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, Berlin 1907-1923, vol. III, pp. 15-32; pp. 43-66; pp. 107-124; vol. VII, pp. 77-94.
- (9) John Selden, **The Historie of Tithes**, London 1618; e **Titles of Honour**, London 1614; il suo **Mare clausum** (1635) è in polemica con il **Mare liberum** (1609) di Grozio. Cfr. anche H. Klee, **Hugo Grotius und John Selden**, Bern 1964.
- (10) Ugo Grozio, **De 'jure belli ac pacis**, Parigi 1625.
- (11) Giambattista Vico, **De uno universi iuris principio et fine uno, 1720-21; De constantia jurisprudentis, 1721; Principi di una scienza intorno alla natura delle nazioni, Napoli 1725** (la seconda parte del titolo venne tradotta in tedesco conüber die aemeinsame (oppure: **gemeinschaftliche**) **Natur der Völker**. Cfr. anche Guido Fassò, **Vico e Grozio**, Napoli 1971.
- (12) Montesquieu (Charles Louis Secondat, baron de), **De l'esprit des lois**, Genève 1748.
- (12a) Gian Domenico Rormonosi, **Introduzione allo studio del diritto pubblico universale**, Parma 1805.
- (12b) Cesare Cantù, **Storia universale**, Pomba, Torino 1848-54; Racconto: 6 volumi; Documenti: 4 volumi; la prima edizione del 1838-46 constava di 35 volumi.
- (13) Eugen Ehrlich, Montesquieu and Sociological Jurisprudence, "Harvard Law Review", 1913, vol. 29, p. 582.
- (14) Pollok, "Journal of the Society of Compared Legislation", 1903, vol. 5 n. s., p. 83.
- (15) Johann Friedrich Reitemeier, **Encyclopädie und Geschichte der Rechte in Deutschland**, Göttingen 1785, Vorrede, p. XXIII.
- (16) Christian Friedrich Mühlenbruch, **Lehrbuch der Encyclopädie und Methodologie des positiven in Deutschland geltenden Rechts**, Rostock - Lepzig 1807.
- (17) Anselm Feuerbach, **Blick auf die teutsche Rechtswissenschaft. Vorrede zu Unterholzners iuristischen Abhandlungen** (1810), in **Kleine Schriften vermischten Inhalts**, Nürnberg 1833, pp. 152-177. Oltre alla classica opera di Radbruch, cfr. Heinz Mohnhaupt, **Universalgeschichte, Universal-Jurisprudenz und rechtsvergleichende Methode im Werke P. J. A. Feuerbachs**, in: Heinz Mohnhaupt (Hrsg.), **Rechts-eschichte in den beiden deutschen Staaten** (1988-1990). **Beispiele. Parallelen Positionen**, Klostermann, Frankfurt a. M. 1991, pp. 97-128.
- (18) Michael Kunze, **Jherings Universalrechtsgeschichte. Zu einer unveröffentlichten Handschrift des Privatdozenten**, in Heinz Mohnhaupt (Hrsg.),

Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten (1988-1990). Beispiele. Parallelen; Positionen, Klostermann, Frankfurt a. M. 1991, pp. 151-186.

(19) Anselm Feuerbach, **Idee und Notwendigkeit einer Universaljurisprudenz. Naturrecht Rechtsphilosophie, allgemeine Rechtswissenschaft**, in Feuerbach, **Biographischer Nachlass**, 1853, vol. 2, pp. 378-401.

(20) Savigny, "Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft", I, 1815, p. 3.

(21) Friedrich Carl von Savigny, **Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft**, Heidelberg 1814; Anton Friedrich Justus Thibaut, **Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts in Deutschland**, Heidelberg 1814.

(22) Anton F. Thibaut, **Civilistische Abhandlungen**, Heidelberg 1814, p. 433.

(23) Ivi.

(24) Hegel, **Grundlinien des Philosophie des Rechts**, 3. Theil, § 340, in: Werke, vol. 8, Berlin 1833, p. 430. Questa edizione venne curata da Eduard Gans, che vi premise anche un'introduzione.

(25) Manfred Riedel, **Vorwort**, in: Eduard Gans, **Naturrecht und Universalgeschichte**, Klett-Cotta, Stuttgart 1981, pp. 11-30;

(26) Eduard Gans, **Das Erbrecht in seiner welthistorischen Entwicklung. Eine Abhandlung der Universalrechtsgeschichte**, Maurerschen Buchhandlung, Berlin 1824, vol. 1, p. V-XLI. Questa prefazione è ristampata da Manfred Riedel in: Eduard Gans, **Naturrecht und Universalgeschichte**, Klett-Cotta, Stuttgart 1981, pp. 156-172. Nelle citazioni che seguono vengono indicate le pagine di quest'ultimo volume.

(27) Johann Braun, **Schwan und Gans. Zur Geschichte der Zerwürfnisse zwischen Friedrich Karl von Savigny und Eduard Gans**, "Juristenzeitung", 1979, pp. 769-775.

(28) La rivista di Grolmann (pubblicata dal 1758 al 1820) è stata ristampata in quattro volumi dall'editore Auvermann, Glashütten (Taunus) 1972.

(29) Kunze, op. cit., p. 175.

(30) Savigny, "Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft", III, p. 5 ss.

(31) **Vorlesungen über Naturrecht und Universalrechtsgeschichte nach Gans nachgeschrieben Berlin im Wintersemester 1832/33 von Immanuel Hegel**; è edito a cura di Manfred Riedel: Eduard Gans, **Naturrecht und Universalgeschichte**, Klett-Cotta, Stuttgart 1981, 260 pp. Il testo delle lezioni è riprodotto alle pp. 31-155.

(32) L'opera di Gans, **Das Erbrecht in seiner welthistorischen Entwicklung. Eine Abhandlung der Universalrechtsaeschichte**, 1824-1835, è così suddivisa: vol. 1, XLI-416 pp.; vol. 2: pp. XIV-471; vol. 3, XVI-480 pp.; vol. 4: XIV-714 pp.

(33) Mitteis, **Jhering, Rudolf**, in **Allgemeine Deutsche Biographie**, Leipzig 1905, vol. 50, p. 698.

(34) Jhering, nell'ultima parte del corso, si richiama a Niels Nikolaus Falck, **Juristische Encyclopädie, auch zum Gebrauche bei akademischen Vorlesungen**, Leipzig 1839; egli ne curò poi la "fünfte, verbesserte Auflage" nel 1851, dopo la morte di Falck (1784-1850). La stesura del manoscritto sull'enciclopedia giuridica è dunque anteriore a quest'ultima data, perchè altrimenti Jhering avrebbe citato l'edizione che egli stesso aveva curato.

(35) Michael Kunze, **Jherings Universalrechtsgeschichte**, in Heinz Mohnhaupt (Hrsg.), **Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten (1988-1990)**,

Klostermann, Frankfurt a. M. 1991, p. 157. Il manoscritto jheringhiano è tuttora inedito: ne cito i passi facendo riferimento al solo articolo di Kunze, nel quale si trovano i rinvii al manoscritto.

(36) Eduard Gans, **Naturrecht und Universalgeschichte**. Herausgegeben von Manfred Riedel, Klett-Cotta, Stuttgart 1981, p.154.

(37) Jhering, **Der Zweck im Recht**, vol. II, pp. 275 ss. Qui Jhering costruisce la teoria della cortesia, della correttezza (Anstand) e del tatto; proprio ad essa si ricollega all'inizio del manoscritto: "Il materiale storico [...] mi fece involontariamente passare dalla teoria alla storia" (p. 71 dell'edizione citata alla nota successiva).

(38) Volker Müller, **Rudolf von Jherings Untersuchung der Umgangsformen**, Saarbrücken 1985, V-266 pp. (dissertazione ciclostilata). Il testo jheringhiano è riprodotto alle pp. 71-164 con il titolo (attribuito dal curatore) **Die Umgangsformen im Lichte der Geschichte**. Il Doktorvater dell'autore è Christian Helfer, curatore dell'inedito di Jhering **Der Takt**, Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, 1968, n. 4.

(39) Georg Albrecht Jhering, **Zum Beariffe der Höflichkeit**. Herausgegeben von Christian Helfer, "Jahrbuch der Gesellschaft für bildende Kunst und vaterländische Altertümer zu Emden", 1968, vol. 48.

(40) Volker Müller, **Rudolf von Jherings Untersuchung der Umgangsformen**, Saarbrücken 1985, p. 73. Il testo tratta la storia speciale, pp. 73-100, la storia comparata, pp. 101-122, e la storia universale, pp. 123-151, completata da alcuni frammenti su quest'ultimo tema a pp.152-164.

(41) Hegel, **Philosophie der Geschichte**, hrsg. von Eduard Gans, Berlin 1837: riproduce il manoscritto delle lezioni hegeliane del 1835 (cfr. Wilhelm R. Beyer, **Gans' Vorrede zur Heaelschen Rechtsphilosophie**, "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, 1959, pp. 257-273); Hegel, **Geschichtsphilosophie**, hrsg. von Karl Hegel, Berlin 1840. Volker Müller, **Rudolf von Jherings Untersuchung der Umgangsformen**, Saarbrücken 1985, p. 226: "In der zweiten Auflage von Karl Hegel wird die von Jhering zitierte Stelle jeweils nur verkürzt und auf anderer Seitenzahl wiedergegeben".

(42) Volker Müller, **Rudolf von Jherings Untersuchung der Umgangsformen**, Saarbrücken 1985, p. 236; se si tiene presente l'oblio in cui era caduto Gans dopo la morte, si può dire che Müller è vicino al vero quando ritiene che "qui sia qui sicuramente questione delle opere di alcuni hegeliani non molto rilevanti, che non avevano mai raggiunto una grande notorietà" (p. 237); o che, avendola,aggiunta come cans, l'avevano poi perduta.

(43) Müller, **op. cit.**, p. 256.

(44) Rudolf von Jhering, **Vorgeschichte der Indoeuropäer**. Aus dem Nachlaß herausgegeben von Viktor Ehrenberg, Breitkof & Härtel - Duncker & Humblot, Leipzig 1894, XIII-486 pp. Cfr. il n. 121 della Bibliographie Rudolf von Jherings in Mario G. Losano, **Studien zu Jhering und Gerber**, Münchener Universitätsschriften, Band 55/2, Teil 2, Gremer, Ebelsbach 1984, XXIII-432 pp.

(45) Peter Landau, **Juristen jüdischer Herkunft im Kaiserreich und in der Weimarer Republik**, in Helmut Heinrichs (Hrsg.), **Deutsche Juristen jüdischer Herkunft**, Beck, München 1993, p.196.

- (46) Su Unger cfr. Mario G. Losano, **Der Briefwechsel Jherings mit Unger und Glaser**, Münchener Universitätschriften, Aktiv Verlag, Ebelsbach 1996, XIII-337 pp., in particolare pp. 43-56, e la letteratura ivi indicata.
- (47) Joseph Unger, **Mosaik**. Der "Bunten Betrachtungen und Bemerkungen" dritte, vermehrte Auflage, Akademische Verlagsgesellschaft, Wien 1911, p.112.
- (48) Josef Unger, **Die Ehe in ihrer welthistorischen Entwicklung. Ein Beitrag zur Philosophie der Geschichte**, Jasper, Hügel und Manz, Wien 1850, VIII-167 S. Quest'opera è riprodotta su microfiche in: The Gerritsen Collection of Women's History. 1543-1945. A Bibliographic Guide to the Microform Collection, Stanford 1983.
- (49) Gans, **Das Erbrecht in seiner welthistorischen Entwicklung**, Cotta, Stuttgart - Tübingen 1929, vol. 3, p. XV.
- (50) Savigny, **Beruf**, p. 9.
- (51) Unger, op. cit., **Vorwort**, p. V. Il riferimento a Hegel è così frequente che Unger avverte: "dove Hegel è citato senza altre indicazioni ci si riferisce sempre alla sua **Filosofia della storia**" (p. VI).
- (52) Unger, op. cit., **Vorwort**, p. V-VI.
- (53) Karl Salomo Zachariä, **Handbuch des französischen Privatrechts**, 1808, 2 voll.; il lavoro fu tradotto in francese e in italiano.
- (54) Levin Goldschmidt, **Vermischte Schriften**, 1901, p. 651, 671.
- (54a) Josef Kohler, **Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte**, in Holtzendorff - Kohler (Hrsg.), **Enzyklopädie der Rechtswissenschaften in systematischer Bearbeitung**, Duncker & Humblot - Guttentag, München-Leipzig-Berlin 1915, vol. 1, pp. 1-62 (settima edizione). Tutte le citazioni riportate nel testo sono a p.14.
- (55) Jean Louis Eugène Lerminier, **Introduction générale à l'histoire du droit** Bruxelles 1830.
- (56) Jean Baptiste Coin-Delisle - Charles Million, **Tables analytiques** [des revues de droit et de jurisprudence]. Introduction historique de Laferrière, Cotillons, Paris 1860, 4 parti in un volume.
- (57) Josef Louis Elzéar Orlan, **Cours de législation pénale comparée**, Joubert, Paris 1841, VII-295 pp.
- (58) Mario G. Losano, **Tre consysteri giuridici europei e la nascita del Giappone moderno**, "Materiali per una storia della cultura giuridica", III,1,1973, pp. 517-667.
- (58a) Emerico Amari, **Critica di una scienza delle legislazioni comparate**, Genova 1857. Dopo decenni seguirono G Vadalà-Papale, **Di una scienza della legislazione comparata nei rapporti sociologico. storico, legislativo e politico**, Palermo 1882; L' Vivante, **Per un metodo di studio del diritto comparato**, "Archivio giuridico", 1909.
- (58b) Salvatore Galgano, **La "funzione giuridica" del diritto privato comparato**, Napoli 1915.
- (58c) Alfonso García Gallo, **Derecho indiano**, Madrid
- (58d) Clovis Bevilacqua, **Resumo das lições de legislação comparado**, Imprensa de la Universidad, Recife 1893-97, pp. 69 ss.
- (58e) Enrique Martínez Paz, **Introducción al estudio del derecho civil comparado**, Córdoba (Argentina) 1934, pp.154 ss.

(59) William Burge, **Commentaries on Colonial and foreian Laws generally, and in Their Conflict with Each Other and with the Law of England**, Saunders and Benning, London 1838; ristampato col titolo: **Commentaries on Colonial and Foreign Laws with a Sketch of the Legal Systems of the World and Tables of Conditions of Appeal to the Privy Council**, Sweet & Maxwell, London 1907, XXXI-420 pp.; la citazione è a p. XIX.

(60) Roscoe Pound, **Comparative Law in the Formation of American Common Law**, "Acta Academiae Universalis Jurisprudentiae Comparativae", 1928, vol. I, p. 187.

(61) Helmut Coing, **Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft**. Rede beim Antritt des Rektorats, Vittorio Klostermann, Frankfurt a. M. [1956], p. 41.

(62) Helmut Coing, **Grundzüge der Rechtsphilosophie**, De Gruyter, Berlin - New York 1993, quinta edizione, pp. 293 s.

(63) Jacob Burckhardt, **Considerazioni sulla storia universale**. Traduzione e note di Maria Teresa Mandalari. Con uno scritto di Joachim Fest, SE, Milano 1990, p. 37.