

Giuliano Marini

Lettura di:

M. G. Losano, Der Briefswechsel zwischen Jhering und Gerber, Teil 1, Ebelsbach, Gremer Verlag, 1984; Studien zu Jhering und Gerber, Teil 2, Ebelsbach, Gremer Verlag, 1984

In: "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", XV (1986)
pp. 442-448

o traduzioni, o raccolte. Seguono un indice per materia con raggruppamenti concettuali delle voci, ed un indice per autore-materia, cioè un indice dei nomi che compaiono nei titoli o nei sottotitoli della bibliografia. Chiude il volume un elenco con indirizzi delle case editrici e dei periodici citati nella bibliografia.

LETIZIA GIANFORMAGGIO

Mario G. LOSANO, *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber, Teil 1*, Ebelsbach, Verlag Rolf Gremer, 1984, Seiten XXII-693; *Studien zu Jhering und Gerber, Teil 2*, Ebelsbach, Verlag Rolf Gremer, 1984, Seiten XIII-432.

Nell'anno 1977, a Milano presso l'editore Giuffrè, e per cura di Mario G. Losano, apparve un ampio volume dal titolo *Carteggio Jhering-Gerber (1849-1872)*. Di esso dette ragionata notizia, su questa rivista, Maurizio Fioravanti (*Un frammento di storia della cultura giuridica dell'Ottocento tedesco*, «Quaderni fiorentini», 7 (1978), pp. 545-564), che lo commentò inserendo le idee dei due giuristi tedeschi nel dibattito teorico ottocentesco sui rapporti fra diritto, società, stato. In quel volume venivano presentate, nella traduzione italiana di Valerio Pocar, le lettere scambiate tra Jhering e Gerber ora presentate nel testo originale tedesco. Era un'anticipazione alla cultura italiana, che ben si giustificava pensando alla fortuna di Jhering nel nostro paese, e della quale si dové esser grati all'iniziativa del benemerito curatore, egli stesso, come ben si sa, studioso di Jhering e suo traduttore (si ricordi *Lo scopo nel diritto*, Torino, Einaudi, 1972). Il volume del 1977 comprendeva, oltre al carteggio, uno studio introduttivo di Losano, *La teoria giuridica al bivio tra sistema e funzione*, le bibliografie ragionate di Jhering e di Gerber, infine uno studio di Ermanno Bonazzi su *La fortuna di Jhering in Italia*.

I due volumi dell'edizione tedesca rappresentano un corpo di scritti più ampio ma anche diverso rispetto all'edizione italiana. Manca, come è comprensibile, lo studio di Bonazzi sulla fortuna italiana di Jhering. Per converso, oltre al carteggio, costituente il primo volume, sono più ampi gli studi critici, compresi nel secondo volume e rivolti con pari attenzione alle figure di Jhering e di Gerber, mentre nell'edizione italiana prevaleva l'attenzione per Jhering. Vediamo così che il secondo volume contiene, notevolmente ampliato rispetto al preannuncio italiano del 1977 (che occupava le pp. XVII-LXVII), lo studio generale di Losano sul rapporto fra i due giuristi. Quello che nell'edizione italiana era uno studio introduttivo al carteggio, diventa ora un autonomo, più ampio studio che confronta i due giuristi, le loro

opere, le loro idee e la loro influenza sul pensiero giuridico (*Jhering und Gerber in ihren Briefen und Werken*, pp. 1-206). Troviamo inoltre le bibliografie di Jhering e di Gerber, notevoli per ricchezza e rigore, e comprensive delle traduzioni (numerossime furono le traduzioni di opere di Jhering in varie lingue), dei manoscritti, delle opere poligrafate di Jhering, dei documenti relativi all'attività politica di Gerber, di ragguagli iconografici sui due autori. Infine, utili e precisi sono i dati biografici e gli schemi familiari dei due autori; ed importante l'elenco delle opere da loro menzionate nelle lettere qui pubblicate. Completano l'opera i registri delle persone e degli argomenti, elaborati con riguardo sia al carteggio sia agli studi raccolti nel secondo volume.

Come si vede, i materiali e gli studi critici compresi in questi volumi ci offrono uno squarcio molto importante della cultura giuridica tedesca del secolo scorso. Gli anni dell'amicizia tra Jhering e Gerber, infatti, sono anche gli anni della loro affermazione scientifica e della loro collaborazione come direttori degli « *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* ». La crisi che si ebbe nei loro rapporti scientifici si può far risalire al 1865, l'anno dei *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, di Gerber, che segna l'avvio di una nuova visione dei compiti del giurista nella moderna realtà politico-sociale, con l'affermazione di una più stretta congiunzione tra diritto e politica ed il conseguente abbandono della supremazia del diritto privato nel cosmo giuridico. Dopo quell'anno, la corrispondenza continua, per interrompersi nel 1872, quando Gerber lascia la carriera accademica per la vita politica: scienza e politica allora si separano in due destini anche personalmente distinti (pur nel sicuro permanere di sentimenti di amicizia). Il lavoro di Losano è frutto di un'attentissima esplorazione nel mondo culturale dei due giuristi, e di una esperta indagine filologica, biografica, bibliografica, ed ha il merito di consentire (e di favorire con i suoi studi critici) l'accostamento diretto a fonti di notevolissimo rilievo per la comprensione dei problemi teorici della moderna scienza giuridica.

Il rapporto fra Jhering e Gerber può esser visto come rapporto fra romanistica e germanistica. In certo senso, le vicende intellettuali dei due giuristi racchiudono in sé l'indole, i problemi, le evoluzioni, che furono propri dei due rami della scienza giuridica. La storia della precedente cultura giuridica aveva registrato la collaborazione ma anche la lotta fra i due rami scientifici. Savigny e Eichhorn avevano collaborato nella « *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* », a indicare il comune terreno in cui potevano vivere e svilupparsi i due distinti materiali giuridici, all'interno della indubbia supremazia del diritto romano come regolazione dei rapporti essenziali e fondamentali fra i singoli. Jacob Grimm, che tanto rappresentò e fece nel dissodamento, nella scoperta, nella raccolta e organizzazione del disperso materiale giuridico germanistico, pensò sì che questo dovesse essere

rivitalizzato e ricevere il suo onore, ma non che ciò dovesse avvenire con la negoziazione del diritto romano e dei suoi pregi. Egli paragonava un simile intento a quello di chi avesse inteso estirpare, dalla lingua inglese, le parole di origine romanza per lasciarvi soltanto quelle di origine sassone. Non così avrebbero ragionato i germanisti della successiva stagione culturale degli anni che prepararono il 1848 e le sue battaglie politico-costituzionali. Georg von Beseler, August Ludwig von Reyscher, volevano una rinascita popolare nell'ambito della vita giuridica, che ponesse da parte la supremazia romanistica come eredità di una prevalenza del ceto giuridico, ed avviasse quindi una esperienza giuridico-costituzionale nuova nel metodo e nei contenuti. Tutta la collaborazione tra Jhering e Gerber fu segnata invece da un carattere diverso. Il diritto privato-romano, come già per la generazione di Savigny e di Eichhorn, fu la prospettiva comune in cui far vivere le proprie distinte ricerche; ed in più, con una tecnica giuridica che intendeva essere più moderna, scaltrita, fornita di un'efficacia che facesse fronte ai nuovi rapporti giuridico-economico-politici. La collaborazione alla nuova rivista, i ricordati « Jahrbücher » (che ora il materiale edito da Losano permette di seguire analiticamente nelle sue fasi), sarà appunto contraddistinta da questo intento comune, che potrebbe essere detto teorico-pratico. Nel 1857, nel primo numero del nuovo organo scientifico, quelle intenzioni si rivelavano e cominciavano a realizzarsi con continuità e sistematicità. A quella collaborazione pubblica, i due giuristi giungevano dopo anni di avvicinamento metodologico e culturale. Jhering aveva già pubblicato, nel 1852, il primo volume del *Geist des römischen Rechts*, e nel 1854 la prima parte del secondo volume; la seconda parte sarebbe seguita nel 1858; e nel 1865, la terza parte avrebbe poi aperto nuove vie, ed anche mostrato, per l'avvento della impostazione realistica, la divergenza metodologica da Gerber, pur lui avviato a nuove esperienze. Gerber, dal canto suo, aveva già pubblicato, nel 1848 il *System des deutschen Privatrechts* (che ebbe ben sedici edizioni in vita dell'autore) e nel 1852 la trattazione, così ricca di influenza storica, *Über öffentliche Rechte*; nel 1865, cioè nello stesso anno della terza parte del *Geist* di Jhering, sarebbero apparsi i *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, che avrebbe avviato la individuazione di una autonoma giuridicità del diritto pubblico. A queste due opere del 1865, di Jhering e di Gerber, conviene fermare questi accenni, perché con esse veniva in luce la divergenza metodologica dei due studiosi, che fin lì avevano concordemente operato, nel comune orizzonte metodologico della tradizione romanistico-privatistica, per un rinnovamento delle loro rispettive aree scientifiche nel senso dell'adeguazione ad una realtà storica più complessa e articolata. Il carteggio tra i due studiosi copre gli anni 1849-1872, ma gli anni di più intenso scambio di idee creative sono anteriori al 1865. Il materiale raccolto da Losano e i suoi studi critici permettono

di seguire questa preparazione comune e questo maturarsi delle diverse prospettive; e in tal senso si può dire che gli studiosi dovranno spesso tornare a questi testi, per vedute d'insieme e per indagini particolari sulla genesi di singole opere e di singole dottrine. Per completare il quadro dell'attività dei due giuristi nei loro momenti più significativi, occorre ricordare che Jhering (1818-1892) avrebbe tenuto nel 1872 la conferenza *Der Kampf um's Recht*, destinata a così grande e magari fraintesa notorietà, e nel 1877 avrebbe pubblicato *Der Zweck im Recht*: opere, soprattutto la seconda, nelle quali si sarebbe realizzata la svolta realistica, quella del secondo Jhering (come spesso è stato detto, forse dimenticando le premesse che maturavano nella lunga elaborazione dei vari volumi del *Geist* e nella connessa meditazione del diritto romano). Occorre inoltre ricordare che Gerber (1823-1891), dopo i *Grundzüge*, si sarebbe dedicato ad una attività politica sempre più intensa, riducendo proporzionalmente l'attività scientifica. In queste due vite parallele, gli anni dell'intenso carteggio furono quelli della invenzione dei rispettivi mondi di pensiero, della comune tendenza alla costruzione giuridica, in un senso che può ben dirsi realistico.

Se parliamo di costruzione giuridica realistica, definiamo forse in modo chiaro ed esauriente l'ambito comune degli sforzi dei due giuristi: movendo dall'orizzonte romanistico-privatistico, essi vollero dar vita ad una giurisprudenza produttiva, che traducesse costantemente in termini giuridici (scientifici e insieme normativi) il divenire storico-sociale. Proseguiva in tal modo, in condizioni mutate, l'insegnamento più profondo della scuola storica, dagli inizi di Hugo, a Savigny, a Puchta. Grazie a tal metodo si poteva far fronte alle nuove esigenze: acquisire alla sfera del diritto scientifico i nuovi ambiti della vita storica (economica, sociale, politica); creare nuovi rami della scienza giuridica, che si sarebbe aperta al moderno differenziarsi della vita sociale dimostrando tutte le potenzialità dell'insegnamento romanistico. Una lettera di Jhering del 12 marzo 1853 (vol. 1, pp. 63-66) esponeva all'amico il progetto scientifico che avrebbe dovuto ispirare la nuova rivista: allargare l'orizzonte scientifico dalla scienza romanistica alle nuove materie della realtà giuridica della Germania; così facendo, trasformare lo stesso diritto romano nel comune metodo giuridico di ogni materia trattata. In quegli anni, e poi parallelamente alla vita degli « *Jahrbücher* », si sarebbe approfondito quel programma di una giurisprudenza creativa, vera trasfigurazione omnilaterale della giurisprudenza romanistica, con quel suo primato che era stato teorizzato, in anni più classici e in una condizione storica più statica, dal puro romanista Savigny.

Eppure, se tutto questo è vero, e se le diverse imprese scientifiche dei due giuristi nascevano dal comune terreno della tradizione privatistica e romanistica, pure v'erano tra essi diversità tendenziali notevoli. Jhering, con tutta la sua modernità di toni, con il suo interesse

così moderno per la scientificità naturalistica, rimase sul terreno del diritto privato, al quale dette la più moderna e la più elastica delle potenzialità regolative. Egli trasformò lo strumentario concettuale della scuola storica grazie al proprio itinerario rinnovatore entro l'atmosfera scientifica positivista. Con le sue analogie chimiche, parlò di costruzione e di sistema in un modo più accessibile alle menti e più rispondente alle esigenze dell'epoca. Nel suo periodo realistico-teleologico, aprì la strada alle tendenze sociologiche della giurisprudenza del nostro secolo. Non per nulla, la sua influenza è stata così vasta nel mondo, nelle culture più varie, nei diversi ambiti linguistici, ed egli è divenuto per eccellenza giurista del mondo moderno. Però rimase scienziato del diritto nella prospettiva privatistica. Il diritto privato, come già aveva pensato la scuola storica, era l'unico diritto che potesse dirsi veramente tale, e che valesse a regolare i vari rapporti fra gli uomini e i gruppi. Mentre Gerber pensava le categorie dei diritti pubblici soggettivi, e poi meditava sui possibili lineamenti di una sistemazione giuridica della realtà statale, Jhering rimaneva attaccato saldamente alla sua visione pan-privatistica del diritto; però potenziandone al massimo le categorie, dilatandone l'applicabilità agli ambiti più vasti, e rinnovando tutto l'armamentario concettuale della scienza giuridica e trasformando questa, dalla fisionomia classica che le aveva dato Savigny, nella fisionomia moderna, asciutta, quasi-tecnocratica, di una scienza giuridica valida per i traffici del mondo.

Se Jhering veniva maturando questa trasformazione dall'interno della metodologia giuridica privatistica, dischiudendola alle novità storico-sociali, dal lato opposto Gerber, più immediatamente politico, nel suo modo di pensare prima che nella sua vita attiva, pensava ad inventare una nuova dimensione giuridica con la sua dottrina pubblicistica. Nel commento prima ricordato all'edizione italiana del carteggio Jhering-Gerber, Maurizio Fioravanti poneva in luce questo confronto fra i due giuristi, vedendovi le risposte diverse alla crisi di una medesima concezione (*ivi*, p. 559). Gerber si allontanava dal diritto privato, per fondare dogmaticamente, *juxta propria principia*, il diritto pubblico; non credeva più alla onnipervasività del diritto privato, che era stata il credo scientifico comune a lui e a Jhering. Affermazioni in questa direzione si colgono nelle lettere di Gerber degli anni che precedono i *Grundzüge*. La situazione della letteratura giuridica pubblicistica non lo soddisfa, gli appare esposizione non-scientifica, perché priva di vera ed autonoma elaborazione dogmatica. Si trattava per lui di fondare la giuridicità dello stato. Savigny voleva il primato del diritto nella vita associata, ma pensava in modo privatistico, e su quella linea era rimasto anche Jhering, pur con la sua modernità culturale, concettuale, metodologica. Gerber voleva invece costruire la specifica giuridicità dello stato. Scriveva bene Fioravanti, al quale ci siamo riferiti: « La storia del rapporto tra i due giuristi non

è solo storia della reazione antiformalistica di Jhering, ma anche della crisi del primato storico del diritto privato, attraverso l'opera di Gerber: si colloca anche in questo secondo senso alle origini dei problemi dell'odierna scienza giuridica » (*ivi*, p. 564).

Costruire un unico diritto, antiformalistico, avente il primato su tutta la vita associata e valido per tutte le sue sfere, fu la soluzione di Jhering, rinnovata negli strumenti rispetto alla soluzione di Savigny. Prendere atto che lo stato ha una sua propria logica non riconducibile al diritto privato, e quindi costruire lo stato secondo una sua propria e diversa giuridicità, fu la soluzione di Gerber. Ma è davvero possibile parlare di diritto in entrambi i casi, conservando alla parola diritto un ambito di significato ragionevolmente unitario? Se vogliamo riferirci ad un'espressione filosofica dei due punti di vista, possiamo pensare, come in tanti casi di visioni alternative di problemi della vita associata, a Kant e a Hegel: certamente rinnovati nei loro termini concettuali specifici ma mantenuti nella loro ispirazione fondamentale. La tesi del primato di un unico diritto è la tesi stessa del primato della ragione nel suo uso pratico (latamente morale) e continua l'ispirazione kantiana; la tesi di una specifica natura del diritto statale è la tesi di una visione differenziata di logiche specifiche ai vari modi e ambiti della vita associata, che dette luogo alla costruzione hegeliana di sfere giuridiche consecutive e destinate a successivi superamenti, fino alla sfera suprema del diritto statale (e poi del diritto esercitato sugli stati, in un momento storico, dallo spirito del mondo). Ma la parola diritto non ha più lo stesso significato di espressione normativa derivante dalla ragione di uomini singoli con la loro ragione e la loro volontà; il diritto è una logica immanente a ogni sfera della vita di relazione, e in questo senso si può usar la parola 'diritto' anche per il diritto dello stato, ma ricordando che questo diritto è tale che subordina a sé l'altro diritto, degli uomini che come uguali hanno tra di loro rapporti nella società. Questo diritto statale traduce e razionalizza la vita politica nei suoi equilibri storici di più lunga durata; e può esser considerata saggezza realistica l'aver preso atto di questo diritto, che è tale in senso irrimediabilmente diverso dal diritto privato: ma è un realismo assai diverso da quello che costituì l'originalità di Jhering e di cui fu intessuta la sua visione generale di un diritto dagli stessi lineamenti logici validi per ogni ambito.

Si hanno in tal modo due reazioni antiformalistiche, che si sviluppano movendo da un originario terreno comune ma assumendo fisionomie progressivamente diverse. C'è la modernità sociale e politica della reazione antiformalistica di Jhering, che dal concettualismo costruttivistico del primo periodo muove, non incoerentemente, verso il realismo teleologico del secondo periodo. Tra i suoi caratteri sono i motivi dell'individualismo, della lotta, dell'interesse, come motivi essenziali all'universo giuridico: la si potrebbe dire una visione 'so-

ciataria' del diritto, ma entro certi termini, perché quel diritto, pur con tale sua genesi e con tali suoi caratteri, conserva il primato sulla vita associata. L'analisi di Losano, in questo libro e nei suoi libri precedenti, pone in luce felicemente questi aspetti costitutivi della visione giuridica di Jhering, e lo fa con la consapevolezza del rilievo di questa dottrina per i vari sistemi giuridici del mondo moderno. C'è poi la modernità per altro verso e in altro senso realistica e politica di Gerber: dove la politica suona più come dimensione che sovrasta gli uomini (se non come destino). È una sfera di vita da razionalizzare cogliendone la specifica struttura o funzione; si potrebbe anche dire, cogliendone la istituzionalità. Dietro questa visione c'è molto della tradizione filosofico-politica di un organicismo comunitario non solo hegeliano ma più ampiamente romantico, ricco di influenze sulla scienza pubblicistica e sulle scienze sociali. Si leggano le espressioni con cui Gerber illustra il « sistema del diritto pubblico », con la esposizione di una successione di gradi, secondo una diversa e particolare natura della loro potenza specifica, ma si potrebbe dire della loro specifica giuridicità: 1) diritto del monarca, 2) diritto dei funzionari, 3) diritto dei sudditi. Sono questi i *Glieder des Staatsorganismus*, con specifici diritti (in senso oggettivo) di quelle diverse sfere (vol. 2, pp. 141-148; specificamente, p. 143).

Losano ci offre un materiale prezioso e ordinatissimo, e ci pone in condizione di seguire queste due diverse strade imboccate dal realismo nella scienza giuridica del secolo scorso. I suoi studi, quelli raccolti nel secondo volume e quelli che ci ha dato in precedenti occasioni, guidano con chiarezza analitica, e mostrano con acume i rapporti culturali e le influenze esercitate sulla attuale civiltà giuridica. Certe connessioni tra vicende della vita culturale e vicende politico-sociali hanno talora la rigidità dei collegamenti marxistici di struttura e sovrastruttura (vol. 2, pp. 2-3, e *passim*); forse influenza dei giuristi sovietici che pur hanno accolto nelle loro dottrine l'insegnamento di Jhering (come Stučka), ai quali Losano dedica una specifica attenzione (vol. 2, pp. 157-163). Appaiono fondazioni metodologiche non-necessarie, che suonano come stonature rispetto alle meritorie chiarificazioni che l'indagine di Losano ha portato, qui come altrove, su aspetti e vicende centrali della cultura giuridica.

GIULIANO MARINI

L. MENGONI, *Diritto e valori*, Bologna, Il Mulino, 1985, pp. 428.

A voler cercare nella raccolta dei saggi un motivo conduttore, nella ricchezza dei temi e nell'ampiezza del contesto culturale, sembra giusto indicarlo nel pluralismo. La parola è oggi tra le più correnti del