

$$\frac{A_{I2}}{292}$$

Paolo Becchi

GIURISTI e PRÌNCIPI

ALLE ORIGINI DEL DIRITTO MODERNO



Copyright © MMX
ARACNE editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133/A-B
00173 Roma
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-3422-4

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: gennaio 2007
con il titolo
Da Pufendorf a Hegel
Introduzione alla storia moderna della filosofia del diritto
II edizione riveduta e ampliata: luglio 2010

*per Alessandro Baratta,
Karl-Heinz Ilting,
Giovanni Tarello*

in memoriam

*Daß der Code Napoléon verbrannt
wurde, das war der Fehler der
Jugend [...]. Es wäre eine Art von
Tapferkeit gewesen, wenn man das
Corpus Iuris verbrannt hätte.*

G.W.F. Hegel

INDICE

PREFAZIONE	13
------------------	----

I SAMUEL PUFENDORF GIURISTA DELLA MODERNITÀ

1. Premessa	15
2. La svolta metodologica	17
3. La distinzione tra <i>entia physica</i> e <i>entia moralia</i>	20
4. Il principio della dignità umana e il diritto positivo	23

II LE ORIGINI GIUSRAZIONALISTICHE DELLA MODERNA IDEA DI CODICE: LEIBNIZ GIURISTA

1. “Codice”	29
2. Il giusrazionalismo di Leibniz	34
3. Influenza dell’approccio leibniziano sulla moderna idea di codice	40

III L’ILLUMINISMO GIURIDICO IN AREA GERMANICA: UN TENTATIVO DI SINTESI

1. Premessa	47
2. L’idea della legge in Federico II di Prussia e la sua influenza sulla codificazione	51
3. Il Progetto Martini nell’ambito delle riforme legislative in Austria	54
4. Feuerbach e Thibaut: la Confederazione Renana e la sua crisi	56
5. Conclusioni	60

IV
L'ILLUMINISMO GIURIDICO IN AREA ITALIANA:
GAETANO FILANGIERI

1. Premessa		61
2. L'obbligo di motivazione della sentenza		63
2.1. Profili storici		63
2.2. Il significato delle <i>Riflessioni politiche</i> : la motivazione come strumento per il controllo democratico dell'attività giurisdizionale		64
2.3. Segreto/pubblico		68
3. L'autorità dei "dottori"		69
4. Certezza del diritto e interpretazione della legge		72
5. Conclusioni		75

V
L'ILLUMINISMO IN AREA FRANCESE:
A PARTIRE DA VOLTAIRE

1. Premessa		77
2. L'idea illuministica di tolleranza		78
3. Razionalismo etico e illuminismo		83

VI
RETRIBUZIONE E PREVENZIONE.
LA QUESTIONE PENALE TRA ILLUMINISMO E STORICISMO ASSOLUTO:
KANT, FILANGIERI, HEGEL

1. Premessa		89
2. La dottrina retributiva della pena di Kant		90
3. La dottrina preventiva della pena di Gaetano Filangieri		97
4. Il postulato della giustizia e gli scopi della pena nella filosofia del diritto di Hegel		102

VII
LA SCUOLA FILOSOFICA
E LA SCUOLA STORICA DEL DIRITTO

1. “Scuola filosofica” e “Scuola storica”: origine dei termini	113
2. Tra sistema e storia	115
3. Lo scoglio politico della codificazione	120

VIII
“RECHTSWISSENSCHAFT”:
GENEALOGIA DI UN CONCETTO

1. Premessa	123
2. Le origini della “Rechtswissenschaft” nella cultura giusnaturalistica tedesca e la posizione di Kant	124
3. La nuova immagine della scienza giuridica in Savigny	134

IX
LE ORIGINI DELLA SCUOLA STORICA:
GUSTAV HUGO

1. Premessa	137
2. Dal giusnaturalismo alla “filosofia del diritto positivo”	138
3. Qualche confronto	141

X
LA POLEMICA SULLA CODIFICAZIONE:
THIBAUT E SAVIGNY

1. Premessa	147
2. La proposta di Thibaut	149
2.1. Lo sfondo politico	149
2.2. La codificazione come superamento del “particolarismo giuridico” e semplificazione dell’organizzazione giuridica	152
2.3. L’ideologia giuridica e politica	157

3. La critica di Savigny	160
3.1. Significato e limiti di una chiave interpretativa	160
3.2. L'emergere della coscienza storica	161
3.3. Legislazione e giurisprudenza	164
3.3.1. Il ruolo della legge	164
3.3.2. Modelli di scienza e idee di sistema	166
3.3.3. Il problema dell'interpretazione	170

XI

HEGEL E LA CODIFICAZIONE

1. Premessa	175
2. Diritto legislativo e diritto giurisprudenziale	179
3. La mediazione hegeliana	184

APPENDICE

ELEMENTI PER UNA STORIA DELLE DOTTRINE DEL POSSESSO

1. Premessa	189
2. Savigny e dintorni	191
3. Problemi nella dottrina hegeliana del possesso	196

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI	205
---------------------------------	-----

INDICE DEI NOMI	209
-----------------------	-----

PREFAZIONE

Il presente volume include parti di scritti da me già pubblicati in altre occasioni e qui raccolti principalmente con lo scopo di fornire agli studenti della disciplina filosofico-giuridica che insegno nella Facoltà di Giurisprudenza uno strumento utile a fini didattici — anche se spero possa pure suscitare l'interesse degli studiosi.

Contro ogni tentativo di ridurre la filosofia del diritto alla mera analisi logica dei concetti, si intende qui ricostruirne la storia in stretta connessione con la formazione delle moderne organizzazioni giuridiche.

Il filo conduttore è il processo che ha dato origine nell'Europa continentale alla codificazione del diritto. Analizzando gli autori e le principali Scuole giuridiche che si fronteggiano, vengono qui presentate le radici giusnaturalistiche della moderna idea di codice, la sua affermazione nell'illuminismo e la sua crisi che sfocia nello storicismo. In un volume che tanto spazio concede alle dottrine illuministiche non poteva inoltre mancare un capitolo dedicato al “problema penale”. Nonostante le mie ricerche siano focalizzate sull'area culturale germanica, non ho tuttavia rinunciato a fornire qualche spunto di riflessione su quella italiana e francese.

All'attento lettore non sfuggirà quanto questo libro debba ai miei tre maestri: a Giovanni Tarello, per avermi appassionato al tema della codificazione; ad Alessandro Baratta, per aver attirato la mia attenzione sul “problema penale”; a Karl-Heinz Ilting, per avermi aperto la strada alla comprensione di un “Hegel diverso” (nonché ai temi della filosofia pratica). A loro, congiuntamente, questo libro è dedicato. Cerco di saldare una parte del mio debito, tentando di rendere un po' di quanto ho ricevuto.

* * *

In questo lavoro sono confluiti, variamente rielaborati, parti di alcuni miei precedenti volumi da tempo esauriti. Li indico qui di seguito, nell'ordine cronologico della loro pubblicazione: *Le filosofie del diritto di Hegel* (Milano, Franco Angeli, 1990); *Ideologie della codificazione in Germania. Dalla recezione del codice napoleonico alla polemica sulla codificazione* (Genova, Compagnia dei Librai, 1999); *Giuristi e principi. Elementi per una storia della cultura giuridica moderna* (Genova, Compagnia dei Librai, 2000). Il primo capitolo è invece apparso, con lo stesso titolo, sui «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXXVI, 1, 2006, pp. 29–38, in un fascicolo speciale in memoria di Mariangela Ripoli.

PREFAZIONE ALLA SECONDA EDIZIONE

Questa seconda edizione contiene alcune modifiche rispetto a quella precedente. A parte la correzione di alcuni refusi e qualche integrazione, si è aggiunto un nuovo capitolo, l'attuale capitolo VIII, che rielabora un articolo apparso, con lo stesso titolo, sui «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXXVIII, 2, 2008, pp. 297–315, in un fascicolo speciale pubblicato nel ventennale della morte di Giovanni Tarello.

Sono grato al dott. Tommaso Gazzolo per l'aiuto prestato nell'ultima fase della correzione delle bozze.

I

SAMUEL PUFENDORF GIURISTA DELLA MODERNITÀ

1. Premessa

È abbastanza sorprendente che all'autore che nel Seicento ha prodotto la sistemazione più organica del diritto naturale moderno, Samuel Pufendorf¹, sia capitato di incontrare tanta fortuna sotto il profilo della sua utilizzazione pratica nella cultura giuridica sei-settecentesca soprattutto grazie alle traduzioni e ai commenti di Jean Barbeyrac e di Johann Gottlieb Heinecke², quanta sfortuna sotto il profilo dell'adeguata comprensione dell'originalità del suo pensiero.

L'architettura del *De iure naturae et gentium*, un'opera ponderosa (pubblicata nel 1672) che suddivisa in otto libri tratta un po' tutti gli

¹ Nato in Sassonia nel 1632 e morto in Prussia nel 1694, Samuel Pufendorf insegnò prima a Heidelberg, dove nel 1660 fu per lui istituita la prima cattedra di diritto naturale presso la Facoltà di Filosofia e poi a Lund in Svezia. Nonostante il sarcastico giudizio propagato da Leibniz dopo la morte di Pufendorf (*vir parum jurisconsultus et minime philosophus*, Epistulae a H.E. Kestnerum, 21 agosto 1704, in Leibniz, *Opera omnia*, a cura di L. Dutens, IV-3, Genf, 1768, p. 261), è da lui che prendono le mosse alcune delle idee giuridiche che diventeranno fondamentali nel secolo successivo. Due sono le opere fondamentali di Pufendorf: il *De iure naturae et gentium*, libri octo, del 1672 (Londini Scanorum) e il *De officio hominis et civis secundum legem naturalem*, libri duo, dell'anno seguente (Londini Scanorum), che può essere considerato un compendio dell'opera precedente. Ed è esclusivamente su queste due opere che si concentra l'analisi seguente. Per uno sguardo d'insieme cfr. D. Döring, *Pufendorf-Studien. Beiträge zur Biographie Samuel von Pufendorfs und zu seiner Entwicklung als Historiker und theologischer Schriftsteller*, Berlin, Duncker und Humblot, 1992.

² Su Barbeyrac si veda ora l'ampio contributo di G.M. Labriola, *Barbeyrac interprete di Pufendorf e di Grozio. Dalla costruzione della sovranità alla teoria della resistenza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2003. Su Heinecke (Heineccius), tra la letteratura più recente, cfr. Ch. Bergfeld, *Pufendorf und Heineccius*, in F. Palladini, G. Hartung (Hrsg.), *Samuel Pufendorf und die europäische Frühaufklärung. Werk und Einfluß eines deutschen Bürgers der Gelehrtenrepublik nach 300 Jahren (1694–1994)*, Berlin, Akademie Verlag, 1996, pp. 225–235.

aspetti del diritto, dal diritto civile a quello penale, da quello pubblico a quello internazionale, viene considerata come un modello per le successive dottrine del diritto naturale, un modello che nel Settecento è servito per la costruzione delle prime grandi codificazioni dell'epoca moderna. Su tutto ciò concordano ampiamente filosofi e storici del diritto (basti qui fare il nome di due autori prestigiosi come Welzel e Wieacker)³ e persino i filosofi che sia pure incidentalmente si sono occupati di Pufendorf (penso qui in particolare ad alcune illuminanti pagine di Ilting)⁴.

Più difficile risulta invece la collocazione del suo pensiero: l'interpretazione prevalente lo colloca tra Grozio e Hobbes, in una posizione mediana, per certi versi oscillante tra i due autori — e già questo di per sé sarebbe un segno della sua limitata originalità — dove vi è chi maggiormente insiste sulla vicinanza tra Pufendorf e Grozio o al contrario su quella tra Pufendorf e Hobbes. È peraltro significativo che proprio nel nostro paese, sino a non molto tempo fa poco sensibile a cogliere l'originalità dell'orientamento pufendorfiano, si sia svolto un importante convegno internazionale su Pufendorf, i cui Atti sono stati pubblicati da Vanda Fiorillo⁵, una delle due studiose italiane (l'altra è Fiammetta Palladini)⁶ che ha dedicato un ampio studio monografico al giurista sassone.

³ Cfr. H. Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 1952 (1962 ed. largamente riveduta) trad. it. (dell'edizione del 1962) *Diritto naturale e giustizia materiale*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 210; F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 1967, trad. it. *Storia del diritto privato moderno*, Milano, Giuffrè, 1980, vol. I, p. 472.

⁴ Cfr. K.-H. Ilting, *Naturrecht und Sittlichkeit. Begriffsgeschichtliche Studien*, Stuttgart, Klett-Cotta, 1983, pp. 83–89 (in particolare p. 88). Su Ilting si veda ora P. Becchi, *Paradigmi perduti. Karl-Heinz Ilting in dialogo con i suoi autori*, Napoli, Bibliopolis, 2005.

⁵ Cfr. V. Fiorillo (a cura di), *Samuel Pufendorf filosofo del diritto e della politica. Atti del Convegno Internazionale (Milano, 11–12 novembre 1994)*, Napoli, La Città del Sole, 1996. Lo studio monografico di Vanda Fiorillo è intitolato: *Tra egoismo e socialità. Il giusnaturalismo di Samuel Pufendorf*, Napoli, Jovene, 1992. Della medesima autrice si veda anche il saggio precedente *Von Grotius zu Pufendorf. Wissenschaftliche Revolution und theoretische Grundlagen des Rechts*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», LXXV, 2, 1989, pp. 218–238.

⁶ Cfr. F. Palladini, *Discussioni seicentesche su Samuel Pufendorf. Scritti latini: 1663–1700*, Bologna, il Mulino, 1978, e, più recentemente, Id., *Samuel Pufendorf discepolo di Hobbes. Per una reinterpretazione del giusnaturalismo moderno*, Bologna, il Mulino, 1990.