UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TERAMO · DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Il secolo dei giuristi

La Germania dalla Recezione al BGB

Prof. Gabriel Faustino Santos

Lezione 8 · giovedì 29 ottobre 2026 · 11.00–13.30

Corso di laurea in Diritto dell'ambiente e dell'energia · Sede di Lanciano

Ieri ci siamo fermati qui

- Il Codice: una fonte **unitaria, completa, esclusiva**
- La proprietà diventa **una e indivisibile**
- Al giudice si vieta di tacere, e non gli si dà nulla
- Ai giuristi resta l'esegesi: si dicono **servi legum**

Oggi attraversiamo il Reno

In Francia la legge regna e i giuristi si dichiarano **servi**.

In Germania, nello stesso secolo, accade **l'opposto**:

nessun Codice per cent'anni, e i giuristi sovrani.

Due strade opposte. Arrivano nello stesso posto?

Il percorso di oggi

I **Perché la Germania è diversa**

II **1814: due libelli**

III **Il secondo Savigny** · poi l'intervallo

IV **La Pandettistica**

V **Lo Stato diventa persona**

VI **Il BGB, 1896–1900**

PARTE I

Perché la Germania è diversa

Dal Duecento al Settecento, un'altra strada

Il punto di partenza

- Fino al secolo XII: assetto **feudale frammentatissimo**
- Il diritto è consuetudine, grezza e immediata
- La applicano giudici **senza cultura teorica**
- Esperti nella prassi, forti del prestigio nobiliare
- Un sistema rudimentale, ma per una società immobile basta

Poi la società si muove

- Tardo medioevo: l'economia si fa **complessa**
- Servono schemi teorici, categorie, principii
- Consuetudini e giudici pratici **non bastano più**
- Comincia il processo che i tedeschi chiamano **Rezeption**

Worms, 1495

- Dieta solenne di nobili e prelati, sotto l'imperatore Massimiliano
- Nasce una Corte suprema: il **Reichskammergericht**
- Sede a Francoforte, **sottratta** all'influenza dell'imperatore
- Sedici assessori, di cui **otto** esperti di diritto comune
- Decide secondo il diritto comune; il diritto locale solo se invocato

Il bivio



Stesso materiale di partenza, due esiti opposti. Nessuno dei due era scritto nelle cose.

Tre secoli di usus modernus

- Dal Cinquecento all'Ottocento: **usus modernus Pandectarum**
- Una scienza immersa nella **prassi quotidiana**
- Impastata con le costumanze e gli stili giudiziarii locali
- Dal Seicento le università insegnano a **usare**, non a venerare
- Ai professori si chiede di adattare i testi «ad praesentis saeculi usum»

PARTE II

1814: due libelli

Una polemica che decide un secolo

La Germania nel 1800

- Da un lato un **giusnaturalismo** esasperato nelle astrazioni
- Dall'altro l'**usus modernus**, che mescola tutto con tutto
- Due modi opposti, e tutti e due riduttivi
- Contro entrambi nasce la **Scuola storica del diritto**

Che cosa porta il romanticismo

- Scetticismo sull'idea illuministica di **progresso**
- Ripugnanza per la società ridotta a schemi geometrici
- Rispetto del passato, ossequio per la tradizione
- Rivalutazione della storia, **anche nelle sue zone irrazionali**
- Il diritto non sta nel potere: sta nella **vita quotidiana**

Il problema delle fonti

- Dopo Napoleone, la Germania deve decidere **da dove viene il diritto**
- Il modello francese è scomodo, ma è lì
- Nel 1811 anche l'Austria si è data un Codice
- Nelle terre annesse all'Impero, il Code civil è **legge vigente**

Thibaut, 1814

«una specie di pura matematica del diritto,
su cui nessun carattere locale
può esercitare un influsso decisivo»

A.F.J. Thibaut, Sulla necessità di un diritto civile generale per la Germania

Professore a Heidelberg. Chiede un Codice tedesco, scritto dai migliori giuristi tedeschi: regole certe, chiare, stabili. E un paese unito.

Savigny, 1814

«il diritto, come la lingua,

vive nella coscienza del popolo»

F.C. von Savigny, Della vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza

Professore a Berlino. L'origine del diritto sta nella «comune convinzione del popolo»: perciò un Codice va evitato come un male funesto.

1 IN COPPIA

Avete davanti le due frasi del 1814.

a) Uno parla di una cosa che **si fa**, l'altro di una che **si trova**. Quale?

b) Uno dei due argomenti lo avete già sentito in questo corso. **Dove?**

c) Se scegliete l'uno, che cosa perdete dell'altro?

Chi era Savigny

- Legato al circolo più raffinato del **romanticismo tedesco**
- Rapporti di magistero con i **fratelli Grimm**
- Spirito religioso, aristocratico, anti-rivoluzionario
- Ostile all'individualismo borghese e agli artificii del giusnaturalismo
- Valorizza il **costume**, cioè la dimensione comunitaria

1814: due risposte

THIBAUT		SAVIGNY
nella legge	*dove sta il diritto*	nel popolo
un Codice tedesco	*che cosa serve*	nessun Codice
il legislatore	*chi lo fa*	nessuno: si forma
la matematica	*il modello*	la lingua
il testo	*chi lo custodisce*	la scienza giuridica

vince Savigny — e la Germania aspetterà il 1896

Vince Savigny. E la Germania aspetterà il 1896 per avere un Codice civile.

PARTE III

Il secondo Savigny

Quando il sistema prende il posto della storia

Venticinque anni dopo

- Dal 1840, per un decennio: il **Sistema del diritto romano attuale**
- Non diritto romano: diritto romano **attuale**
- Scritto, dice l'autore, «per l'epoca, in cui oggi viviamo»
- Nel frattempo cresce la borghesia, e cresce la **Prussia**
- Dal 1842 Savigny è **ministro per la legislazione**

Come si costruisce un sistema



l'istituto è il cordone ombelicale con la vita vissuta

tagliato quello, resta un sistema senza storia

Si sale dai rapporti agli istituti, e dagli istituti al sistema.

E lo Stato rientra

«la legge è l'organo del diritto del popolo»
e il legislatore è «il vero rappresentante
dello spirito popolare»

F.C. von Savigny, Sistema del diritto romano attuale

Lo Stato diventa «il più alto grado della creazione giuridica».
Da chi nel 1814 aveva scritto che la legge è segno di decadenza.

Che cosa lascia in eredità

- Concetti come **cristalli logici**, impermeabili al divenire
- Prevalenza netta del **sistema sulla storia**
- Il **Beruf** diventa la bandiera del movimento anti-codificatorio
- Risultato: il Codice tedesco slitta in avanti di ottant'anni
- Nel vuoto legislativo, la scienza costruisce **al posto della legge**

Intervallo

P A R T E I V

La Pandettistica

Un sistema senza storia

Chi sono

- Civilisti tedeschi della **seconda metà dell'Ottocento**
- In sintonia con la civiltà borghese ormai dominante
- Costruiscono un diritto **astratto**: categorie logiche pure
- Liberate dalla contaminazione dei fatti economici e sociali
- Un sistema di rigore **logico-deduttivo** assoluto

Puchta, e la dogmatica

- **Georg Friedrich Puchta** (1798–1846), allievo di Savigny
- Straordinario vigore logico: il diritto diventa **architettura formale**
- Il diritto giustinianeo diventa piattaforma **a-storica**
- Si parla di «costruzione giuridica», di purezza dei principii
- E perfino di **dogmatica**, parola presa dalla teologia

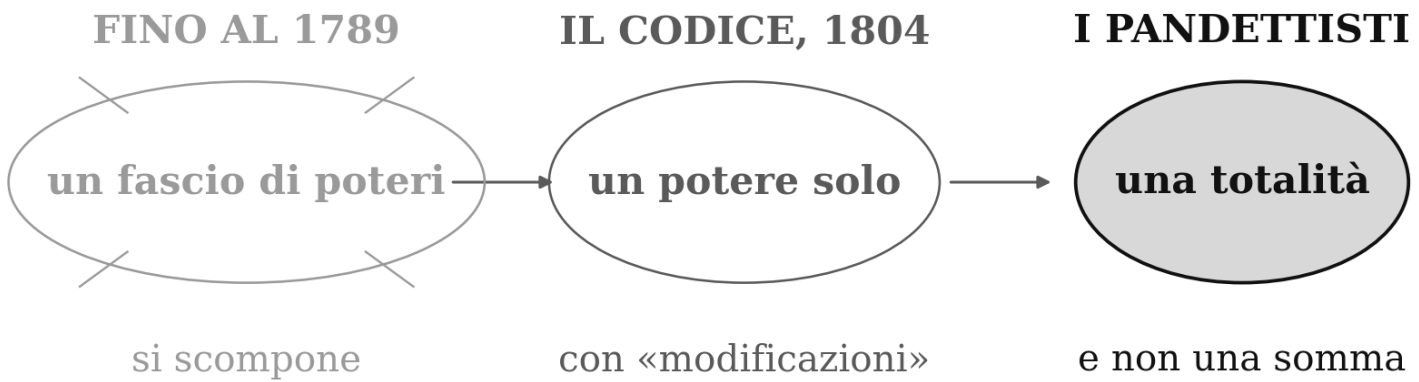
Il paradosso

Nemici giurati del **giusnaturalismo**.

E però: ragionano per modelli, disegnano soggetti e rapporti
meta-storici, riducono il diritto a diritto privato,
sorretti da una fortissima ideologia individualistica.

In pieno Ottocento rifanno il giusnaturalismo del Settecento.

La proprietà, terzo atto



i diritti reali limitati non modificano più nulla:

comprimono dall'esterno, e restano esterni

Il percorso cominciato nella prima lezione si chiude qui.

Una totalità, non una somma

- Non più fascio di poteri: **sintesi** di poteri
- Una totalità, non una somma di parti
- Specchio della persona e della sua libertà
- I diritti reali limitati non la **modificano** più
- La **comprimono dall'esterno**, e restano esterni

Windscheid, il negozio giuridico

«Il negozio giuridico è l'attuazione della forza creatrice
competente nel campo giuridico alla volontà privata.
Il soggetto comanda, ed il diritto si appropria
del suo comando»

B. Windscheid, Diritto delle Pandette, trad. it. Torino 1902

Dal manuale più diffuso della Pandettistica. Segue una sola riserva: la liceità della causa.

2 GRUPPI DI TRE

Tenete sotto gli occhi la definizione di Windscheid.

a) Sottolineate il verbo del **soggetto** e il verbo del **diritto**.
Chi dei due si muove per primo?

b) Confrontatela con l'art. 1134 di ieri. **Dove sta la differenza?**

c) Che cosa succede, in questo schema, a chi non ha nulla da comandare?

P A R T E V

Lo Stato diventa persona

La stessa tecnica, applicata al pubblico

Il pubblico non era diritto

- Nel 1814 il diritto **si identifica** con il diritto privato
- Il «pubblico» è materia da politologi e sociologi
- Al giurista interessa solo per **difendersi** dal potere
- Finché un privatista non cambia idea:
  Carl Friedrich von Gerber (1823–1891)

Jhering glielo sconsiglia

«Ella parla di un diritto costituzionale?
Oh, mio ottimo amico, non vorrei...
Si tenga al suo diritto privato, scriva una buona volta
una monografia dogmatica...»

R. von Jhering a Gerber, lettera del 6 aprile 1851

Gerber non gli dà retta. Nel 1852 pubblica **Sui diritti pubblici**,
nel 1865 i **Lineamenti di un sistema del diritto pubblico tedesco**.

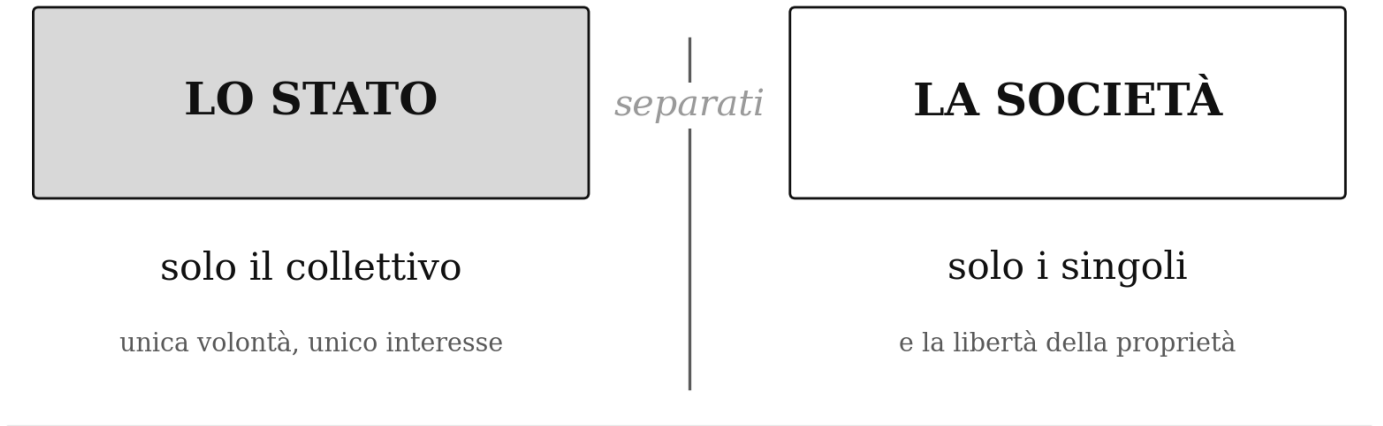
L'inizio dei Lineamenti

«Nello Stato un popolo trova la disciplina giuridica della sua vita collettiva. In esso un popolo giunge ad essere riconosciuto e a valere giuridicamente come un'unità totale»

C.F. von Gerber, Lineamenti di diritto pubblico tedesco, 1865

Il popolo della Scuola storica — organismo autonomo, con i suoi valori e le sue costumanze — viene assorbito dentro lo Stato.

Lo Stato diventa persona



La nozione di persona trasferita dal singolo allo Stato: due risultati, entrambi pesanti.

Uno Stato di diritto, ma

- Lo Stato produce diritto, e nel diritto trova il suo **limite**
- Ma quel diritto è soltanto **la legge**: la sua stessa volontà
- I limiti sono dunque **auto-limitazioni**
- I diritti del cittadino verso lo Stato sono **diritti riflessi**
- Con **Laband**, la scienza entra dentro l'apparato di potere

PARTE VI

Il BGB, 1896–1900

Il Codice arriva, e somiglia alla scienza

Vent'anni di lavori

- **1881**: comincia a lavorare la prima commissione
- **1887**: un primo progetto, astratto e individualistico
- Linguaggio complicato, contenuti altamente dottrinarii
- Il destinatario non è il cittadino: è il **giudice togato**
- Sulla commissione incombe **Bernhard Windscheid**

Due voci contro

- **Otto von Gierke** (1841–1921), germanista
- Oppone al verbo pandettistico la concretezza del **deutsche Recht**: una tradizione più sociale e comunitaria
- **Anton Menger**, processualista a Vienna, solidarista
- Contesta la **sordità** del progetto verso le classi nullatenenti

Il Codice, finalmente

- 1890 seconda commissione, 1895 e 1896 nuovi progetti
- Promulgato nel **1896**, in vigore dal **1900**
- Pretende l'esclusività e impone al giudice l'osservanza della legge
- Una **Parte generale** di 240 paragrafi: una teoria generale
- Non pochi articoli sulle fonti: **un libro intero** di concetti

Le clausole generali

Una direttiva del legislatore al giudice: in certi casi, ricorrere a nozioni e dati di esperienza **fuori** dalla legge positiva.

«buona fede» · «buon costume»

«usi del traffico» · «diligenza del buon padre di famiglia»

Si responsabilizza il giudice, e si apre una valvola respiratoria.

3 TUTTI INSIEME

Le quattro espressioni sono sul vostro foglio.

a) Dicono al giudice di **guardare dove**?

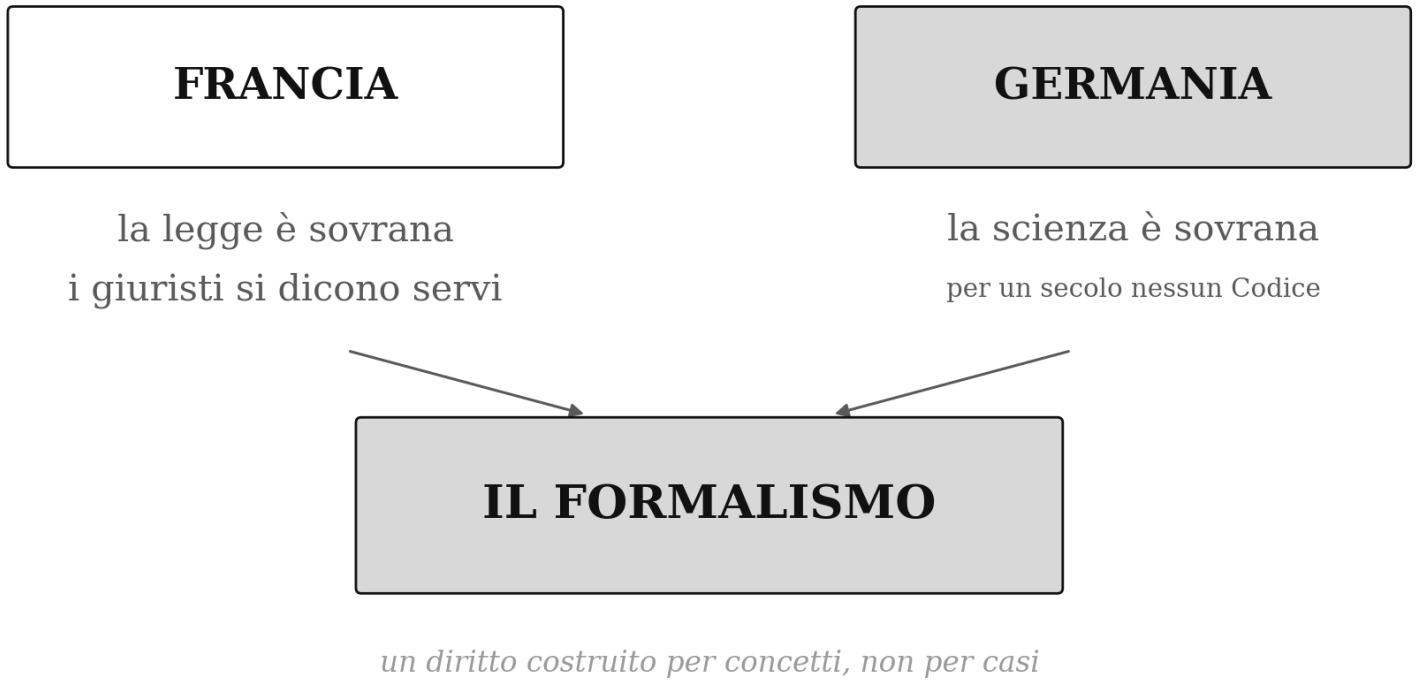
b) È una fessura nel sistema chiuso, o una valvola che il legislatore apre e **controlla**?

c) Ieri abbiamo visto un Codice che fa qualcosa di simile. Quale, e con quale differenza?

Che cosa il BGB non fa

- Fa sua la diffidenza borghese verso il **sociale** e il **collettivo**
- Riafferma una impostazione rigidamente **individualistica**
- Il modello economico di riferimento è il singolo **imprenditore**
- Gierke e Menger hanno perso: entrano in vigore 2385 paragrafi

La risposta alla domanda

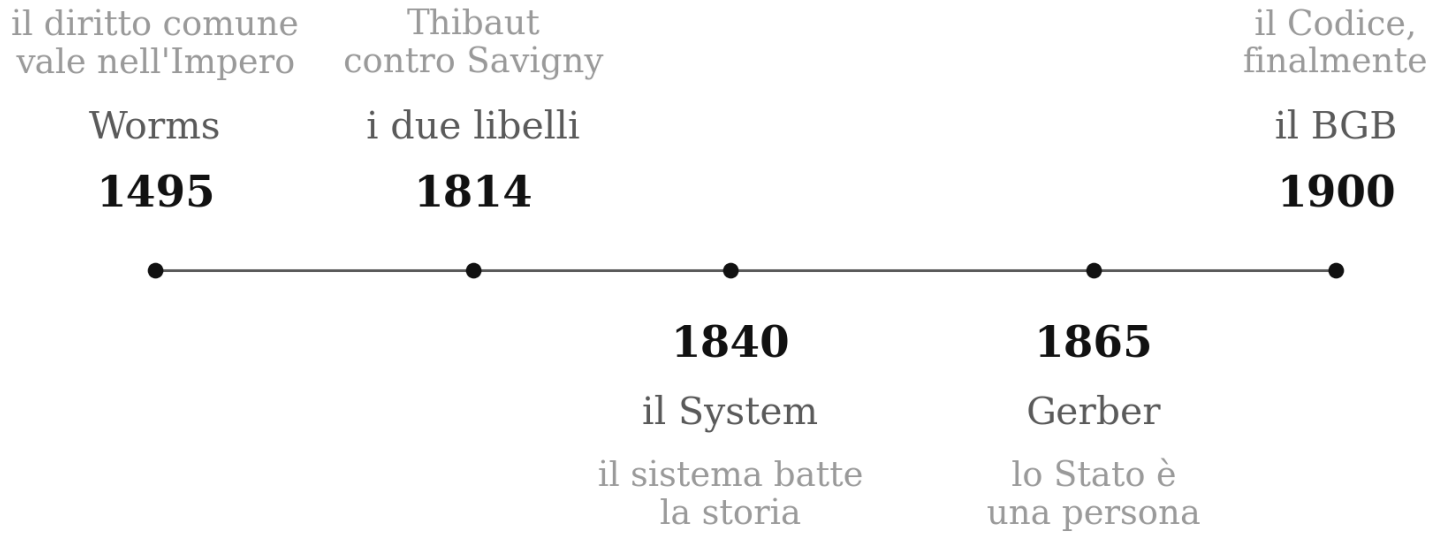


Due strade opposte, e la stessa destinazione.

Dove siamo arrivati

- La Recezione non è un'invasione: è una **domanda** che trova risposta
- 1814: vince Savigny, e la Germania resta **senza Codice**
- Il sistema prende il posto della storia
- La proprietà diventa **totalità**: i limiti restano esterni
- Lo Stato diventa persona, e i diritti verso di lui **riflessi**

Quattro secoli, in una riga



quattrocento anni in cui il diritto lo fanno i giuristi

Dalla Corte suprema di Worms al Codice del 1900: il diritto lo hanno fatto i giuristi.

4 DA PORTARE A CASA

1. Se i limiti alla proprietà «restano esterni», che cosa cambia per chi oggi deve giustificare un vincolo ambientale?

2. I diritti del cittadino verso lo Stato sono «riflessi». Chi può allora pretendere che l'interesse collettivo sia protetto davvero?

3. Savigny diceva che il diritto vive nella coscienza del popolo. I pandettisti erano suoi allievi. Dove si è perso il popolo?

Per approfondire

P. Grossi, **L'Europa del diritto**, Laterza, cap. II, §§ 19–22

F. Wieacker, **Storia del diritto privato moderno**, Giuffrè, Milano

G. Marini (a cura di), **La polemica sulla codificazione**, Napoli 1982

P. Caroni, **La solitudine dello storico del diritto**, Giuffrè 2009

M. Fioravanti, **Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco**

P. Grossi, **Un altro modo di possedere**, Giuffrè, Milano

Thibaut e Savigny (1814) · BGB (1896) · Gerber, Lineamenti (1865)