

### 33. La Scuola storica e la dottrina germanica

Mentre a Parigi e a Vienna nel primo decennio dell'Ottocento vedevano la luce i primi codici moderni, così differenti tra loro nell'impostazione e nei risultati normativi, in Germania nasceva un indirizzo di cultura giuridica originale, destinato a influenzare la dottrina del diritto in Europa lungo l'intero secolo XIX. Solo pochi osservatori si stavano avvedendo in quegli anni della fioritura culturale ed artistica dei paesi di lingua tedesca. E tra quei pochi quasi nessuno poneva attenzione al mondo del diritto: il celebre libro di Madame de Staël<sup>106</sup> tratta di letteratura e di filosofia con grande finezza, ma tace affatto sulla dottrina giuridica la quale pure, come diremo, è legata strettamente con le più vive correnti culturali del tempo.

Alle origini della Scuola storica tedesca sta una duplice convinzione: né il diritto può essere disegnato soltanto sulla base di ragionamenti svincolati dalla tradizione storica, né la definizione delle sue regole deve essere affidata in esclusiva all'intervento del legislatore. Sia le tesi tradizionali del giusnaturalismo, sia le codificazioni illuministiche della Prussia, della Francia e dell'Austria venivano così rimesse in discussione, ma in modo molto diverso da quanto sin dal Settecento era stato scritto da autori pur sensibili alla dimensione storica, quali in particolare Justus Moser, avvocato e pubblicista di Osnabrück, per il quale la «patria» era la sua Westfalia, non ancora una Germania unitariamente concepita [Welker 1996].

Entrambe le posizioni sono presenti già nel pensiero e nell'opera di Gustav Hugo (1764-1844). Professore a Göttingen per quasi mezzo secolo, Hugo respinse con decisione la pretesa di «costringere sotto forma di legge il diritto nella sua totalità»<sup>107</sup> e sottolineò invece la rilevanza della consuetudine e delle manifestazioni «spontanee» del diritto stesso<sup>108</sup>. Per determinarne regole e contenuti, anche riguardo

<sup>106</sup> De Staël, *De l'Allemagne*, scritto nel 1810 ma pubblicato nel 1815, dopo la caduta di Napoleone, al quale la Staël era stata avversa. Egli l'aveva espulsa dalla Francia facendo distruggere l'intera prima edizione dell'opera.

<sup>107</sup> Wieacker 1980, II, p. 50.

<sup>108</sup> G. Hugo, *Institutionen des heutigen römischen Rechts*, 1789; *Civilistisches Magazin*, 1791-1837, 6 volumi.

al presente, era a suo avviso necessaria un'analisi della tradizione che doveva fondarsi su solide basi storiche: di qui l'attenzione da lui posta nel ricostruire con rinnovata e fresca dottrina le linee del diritto romano antico<sup>109</sup>, anche giovandosi delle notevoli ricerche antiquarie che erano fiorite a Göttingen sin dal Settecento.

### 1. Savigny

Il vero fondatore della Scuola storica fu però Karl Friedrich von Savigny, forse il più importante – e certo il più influente – giurista tedesco ed europeo del secolo XIX<sup>110</sup>. Nato nel 1779 da una famiglia protestante di origine lorenese trasferitasi in Germania nel Seicento per motivi religiosi, Savigny fu dapprima allievo e poi professore di diritto a Marburg, ove già nel 1802-1803 enunciò con chiarezza, nel suo corso di Metodologia giuridica<sup>111</sup>, il programma al quale si sarebbe attenuto per l'intera esistenza: avvalersi degli strumenti di un corretto metodo storico per ricostruire i materiali, i contenuti del diritto, che però richiedevano l'apporto di un altrettanto rigoroso metodo scientifico, fondato su categorie generali, per venire inquadrati entro una cornice concettuale e sistematica unitaria e coerente.

Un primo modello di questo nuovo approccio storico alle fonti fu dato da Savigny con la pubblicazione, nel 1803, di un libro sul diritto del possesso<sup>112</sup>: il possesso del diritto romano veniva da lui ricostruito mettendone in chiara evidenza le radici classiche, cioè il principio di base fondato sulla volontà di possedere; e illuminando così, con l'ausilio degli strumenti della filologia e dell'analisi giuridica, i complessi profili tecnici dell'istituto, a partire dal problema di elevare al livello di categoria giuridica quello che appare come un semplice «fatto» [Moriya 2003; Reis 2013]: il possesso come fonte di altri diritti, principalmente l'usucapione e gli interdetti. L'originalità dell'indagine, rigorosamente giuridica e in pari tempo storica, ebbe immediato riconoscimento in Germania e valse a fondare stabilmente la fama dell'autore, allora appena ventiquattrenne. Oltre dieci anni più tardi, a partire dal 1815, Savigny iniziò a pubblicare il frutto delle sue lunghe ricerche su edizioni e manoscritti della tradizione

<sup>109</sup> Hugo, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts*, 1790.

<sup>110</sup> Nella ricchissima letteratura storica su Savigny è da segnalare la serie di 12 volumi *Savignyana* pubblicata a cura di Joachim Rückert dal Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main, 1993-2013; cf. inoltre Rückert 2013.

<sup>111</sup> Savigny, *Vorlesungen über juristische Methodologie* (1802-1842), ed. a cura di A. Mazzacane, Frankfurt a.M., 1993.

<sup>112</sup> Savigny, *Das Recht des Besitzes*, 1803, rist. 1990; trad. it. *Trattato del possesso*, Napoli-Salerno, 1857.

giuridica medievale, condotte in biblioteche tedesche, francesi, italiane, pubbliche e private. La *Storia del diritto romano nel medioevo*, in sette volumi<sup>113</sup>, è anzitutto una storia di testi, di autori e di opere, che mira a disegnare con precisione il quadro delle fonti più che alla ricostruzione degli istituti e delle regole giuridiche e all'individuazione dei nessi con la coeva storia politica, sociale e religiosa: per queste indagini l'opera è piuttosto una indispensabile premessa, mai prima d'allora tentata in questa forma. In effetti essa costituisce ancor oggi, per l'acribia delle indagini e delle valutazioni, il punto di avvio di ogni ricerca sulle scuole dei Glossatori e dei Commentatori.

Nel frattempo Savigny era stato chiamato a Berlino, dove dal 1810 per ispirazione di Wilhelm von Humboldt si diede vita ad un modello di università fondato su un alto ideale di ricerca scientifica quale base per la formazione di una nuova élite del paese, affidata a professori particolarmente qualificati. Per Humboldt il compito della scuola era di dare una formazione generale rigorosa e salda<sup>114</sup>, attraverso un metodo che all'università coinvolgesse attivamente gli studenti nel lavoro intellettuale di ricerca condotto dai professori<sup>115</sup>. Savigny si dedicò a fondo a questo compito impegnativo, non solo nell'insegnamento diretto (furono suoi allievi non pochi tra i più eminenti giuristi tedeschi dell'Ottocento), ma anche assumendo ruoli strategici in vari ruoli pubblici; fu tra l'altro «ministro per la legislazione». Ma non interruppe mai il suo lavoro scientifico. Nel 1814 egli fondava una rivista che già nel titolo («Rivista per una scienza giuridica fondata sulla storia»)<sup>116</sup> esprimeva chiaramente il programma enunciato a Marburg dieci anni prima. Nello stesso anno 1814 pubblicava un breve scritto che ebbe larghissima eco: «Sulla vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza»<sup>117</sup>.

L'autore rispondeva all'invito che nello stesso anno un giurista allora professore ad Heidelberg, Thibaut, aveva rivolto ai tedeschi: la risposta alle recentissime (e giustamente lodate) codificazioni di Francia e d'Austria doveva essere, a suo avviso, una risposta nazionale, che superando gli arcaismi del Codice prussiano del 1794 desse alla Germania un testo civilistico nuovo, nella prospettiva (e come

<sup>113</sup> Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, 1815-1831, 7 volumi, 1834-1851<sup>2</sup>, trad. it. di E. Bollati, Torino, 1856, 3 volumi.

<sup>114</sup> W. v. Humboldt, *Rapporto al re (Rechenschaftsbericht)*, dicembre 1809 (in Id., *Werke*, ed. A. Flitner e K. Giel, Stuttgart, 1960, vol. IV, p. 218); solo così per Humboldt si può acquistare la flessibilità necessaria quando accade di mutare il campo della propria attività: si noti l'attualità di questo principio.

<sup>115</sup> Per Humboldt anche gli studenti debbono essere «ricercatori»: «ricercatori guidati da ricercatori autonomi», che sono i loro professori (W. v. Humboldt, *Werke*, IV, p. 169 [Berglar 1970, p. 91]).

<sup>116</sup> «Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft», dal 1815.

<sup>117</sup> Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814.

strumento di promozione) di un'unificazione nazionale tedesca<sup>118</sup>. Savigny indicò un percorso del tutto differente: a suo avviso i tempi non erano maturi per una codificazione germanica. Il compito ineludibile e preliminare era di sviluppare, attraverso un approfondito lavoro di scavo, gli strumenti concettuali e le categorie sistematiche appropriate che avrebbero consentito un giorno di giungere alla forma del codice civile. In questo lavoro di natura anzitutto scientifica, che i giuristi dotti delle università avrebbero dovuto compiere, occorreva incorporare i frutti della tradizione storica, che per la Germania includeva da secoli il grande filone del diritto comune di derivazione romanistica. Savigny parlava di tradizione del popolo tedesco – più tardi userà il termine di «spirito del popolo» (*Volksgeist*) – ma intendeva con ciò, a differenza di esponenti della cultura tedesca del Romanticismo quali Jacob Grimm, non la tradizione consuetudinaria delle leggi germaniche altomedievali bensì la tradizione coltivata dai giuristi tedeschi dei secoli tardo-medievali e moderni, dunque anzitutto la tradizione «colta» del diritto comune.

Il pieno successo delle tesi di Savigny, e il segno della straordinaria autorità della quale egli godeva, risulta dal fatto che il suo auspicio fu seguito alla lettera: solo alla fine del secolo, ad unificazione politica ormai conclusa, e dopo un approfondito lavoro preparatorio di decenni, la Germania darà forma al suo Codice civile.

Savigny volle porre mano egli stesso al programma che aveva enunciato. La sua ultima fatica fu un'opera in otto volumi, il *Systema del diritto romano attuale*, pubblicata dal 1840 al 1856<sup>119</sup>, in cui egli pose i fondamenti del lavoro ricostruttivo di cui sin dagli anni giovanili aveva auspicato l'avvio. L'opera era concepita come la parte generale di un trattato di diritto civile, del quale egli scrisse inoltre la sezione sulle obbligazioni, in tre ulteriori volumi. Il carattere essenziale di questa vasta trattazione risiede nel metodo adottato: Savigny costruisce il suo edificio concettuale utilizzando alcune categorie generali [Reis 2013] – «diritto soggettivo», «rapporto giuridico», «atto giuridico», «negozio giuridico», «rappresentanza», «persona giuridica» ed altre – che costituiscono per così dire i mattoni dell'edificio, gli elementi che gli consentono di delineare i contorni degli istituti del diritto civile. I contenuti, le regole specifiche, sono in gran parte attinti alla tradizione del diritto romano comune e si richiamano spesso all'*Usus modernus Pandectarum* caratteristico della

<sup>118</sup> A.F.J. Thibaut, *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, 1814; rist. in J. Stern, *Thibaut und Savigny*, 1914, 1973<sup>3</sup>.

<sup>119</sup> Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840-1856, rist. Bad Homburg, 1961. Alla fine del secolo l'opera è stata integralmente tradotta in italiano da Vittorio Scialoja: F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, 1886-1898, 8 volumi.

cultura dei giuristi germanici del Settecento. Ma non mancano gli spunti derivati dalla nuova e fiorente cultura storicistica e antichistica – sin dal 1816 Savigny aveva salutato con entusiasmo la scoperta del Gaio veronese da parte del Niehbur [Vano 2000; 2008] – cui si aggiungono i contributi originali dello stesso Savigny su molti punti cruciali della materia trattata. Una particolare attenzione è rivolta al tema del conflitto tra leggi, cioè al diritto internazionale privato, al quale viene dedicato un intero volume, l'ottavo.

Una delle ragioni dell'influenza e della fortuna degli scritti di Savigny sta nella qualità della sua prosa, che si distacca per la sua forma letteraria limpida e tersa dallo stile tradizionalmente greve dei trattati di diritto. Ma soprattutto ha contato il grande prestigio scientifico e personale che le opere storico-giuridiche e le eminenti funzioni pubbliche svolte avevano assicurato al Savigny. Ha inoltre contribuito al successo dei suoi scritti anche un altro elemento: la capacità dell'autore di incorporare in un disegno coerente filoni della cultura molto lontani tra loro e talora anche opposti. Si è discusso a lungo, tra gli storici del diritto, se Savigny sia da considerare un seguace del Romanticismo o piuttosto dell'indirizzo classicista; se la sua formazione kantiana implichi o meno un rifiuto delle impostazioni del giusnaturalismo che Kant aveva criticato; se il suo richiamo allo spirito popolare includa o meno le tradizioni germaniche.

Su quest'ultimo punto già abbiamo osservato che il *Volksgeist* di Savigny non si identifica con il «diritto popolare» degli antichi Germani che veniva scoprendo in quei decenni la cultura dell'indirizzo germanistico. Nella contrapposizione, che diventerà stabile nella cultura accademica tedesca, tra romanisti e germanisti – gli uni cultori della cultura classica antica e dei suoi prolungamenti medievali e neolatini, gli altri cultori della tradizione storica dei popoli germanici e delle letterature nate su quel tronco – Savigny apparteneva senza dubbio per formazione e per gusto al filone romanistico. Tuttavia i suoi rapporti stretti e addirittura i legami personali con alcuni esponenti del Romanticismo sono indubbi: la famiglia Brentano alla quale apparteneva la sposa di Savigny era collegata con la cultura romantica di Heidelberg [Wieacker 1980]. Certo per temperamento egli era più affine a Goethe che a Schiller.

Quanto all'impostazione teorica del suo *Sistema*, l'influsso kantiano è in esso ben chiaro: Savigny concepisce il diritto come il perimetro di regole entro le quali si esplica e si sviluppa la libertà umana, in tal modo distinguendo ma anche collegando l'ambito della legalità e quello della moralità. Ma ciò non gli impedisce di riprendere e di riformulare molte categorie sistematiche elaborate dai giusnaturalisti, da Pufendorf a Wolff e ai loro seguaci: non è difficile rinvenire proprio nelle opere di questo filone culturale, del quale pure Savigny respingeva le tendenze intellettualistiche e astratte, la fonte di molti strumenti teorici

da lui utilizzati nel *Sistema*: il suo «diritto romano attuale» incorpora largamente i precetti del diritto romano, soprattutto del diritto classico, servendosi tuttavia di una trama concettuale che proprio il giusnaturalismo aveva elaborato e sviluppato. Tutto ciò avviene in modo così felice e coerente da non autorizzarci a definire semplicemente Savigny come un eclettico, ma come un classico del diritto.

## 2. La Scuola storica: romanisti e germanisti

All'ombra della grande personalità di Savigny si possono identificare due filoni della Scuola storica: un filone storico-antiquario e un filone dogmatico-giuridico<sup>120</sup>.

Il primo si realizza attraverso una fioritura di studi sulle fonti che rinnovano in profondità e dalle basi la conoscenza del passato. Nel 1816 Barthold Niebuhr identificava in un codice veronese palinsesto del secolo V, al di sotto del testo di san Gerolamo, la versione quasi completa delle classiche Istituzioni di Gaio, delle quali Göschen curava nel 1820 l'edizione integrale<sup>121</sup>: una scoperta fondamentale per la conoscenza del diritto romano classico, che da allora conobbe un'ininterrotta stagione di studi storico-giuridici. La filologia classica raggiungeva, per opera di Lachmann e di altri studiosi, l'alto livello scientifico che da allora la caratterizza. L'opera gigantesca di Teodoro Mommsen (1817-1903)<sup>122</sup> metteva a disposizione migliaia di testi di epigrafi antiche raccolte in Italia<sup>123</sup>, predisponendo l'edizione del Digesto e più tardi del Codice teodosiano sulle quali da allora gli studiosi lavorano costantemente<sup>124</sup>, oltre a produrre fondamentali opere sulla storia, sul diritto pubblico e sul diritto penale di Roma antica<sup>125</sup>.

Il secondo filone ebbe per protagonista un professore che Savigny stesso volle suo successore a Berlino all'atto di lasciare la cattedra per un incarico ministeriale: Georg Friedrich Puchta (1798-1846). Allievo di Hegel al ginnasio, Puchta pubblicò un trattato sulla consuetudine<sup>126</sup> nel quale sostenne due tesi poi divenute classiche: la

<sup>120</sup> La intricata vicenda del rapporto tra tradizione romanistica e tradizione giusnaturalistica in Germania nella costruzione di una sistematica giuridica nuova è al centro dell'indagine di Cappellini 1984-1985.

<sup>121</sup> *Gaii Institutionum commentarii* IV, 1820 [su cui Vano 2000].

<sup>122</sup> Rebenich 2002.

<sup>123</sup> *Corpus Inscriptionum Latinarum*, voll. III/3-4; V; IX; X: fondamentali per lo studio del mondo romano.

<sup>124</sup> *Digesta Iustiniani Augusti*, 1868-1870, 2 volumi; *Codex Theodosianus* (ed. Mommsen-Meyer), 1905.

<sup>125</sup> *Römische Geschichte*, 1854-1856, 3 volumi; *Römisches Staatsrecht*, 1871-1888, 3 volumi; *Römisches Strafrecht*, 1899.

<sup>126</sup> *Das Gewohnheitsrecht*, 1828-1837, 2 volumi.

consuetudine è fonte inestimabile per la conoscenza del diritto ma non è essa stessa fonte del diritto in grado di imporsi rispetto alla legge; essa è comunque «diritto» e spetta al giudice, non alle parti, accertarne l'effettiva esistenza. Puchta si contrappone a Beseler (di cui diremo) e ai germanisti in quanto non ha fiducia nel ruolo della legge dello Stato quale fonte privilegiata del diritto privato. Invece sostiene, in armonia con Savigny, la funzione fondamentale della dottrina giuridica<sup>127</sup>. Ma da Savigny lo divide una diversa impostazione concettuale: per Puchta la dottrina ha il compito di rendere evidente, con un rigoroso lavoro di scavo, il rapporto gerarchico tra le categorie giuridiche così da mostrare l'intima coerenza delle regole di diritto positivo, anche se tale coerenza non è esplicita nelle regole stesse. Sua è l'immagine della «piramide concettuale» come struttura sistematica coerente in grado di ordinare logicamente i concetti giuridici. Egli è considerato per questo il fondatore del positivismo scientifico nella forma della «giurisprudenza dei concetti» (*Begriffsjurisprudenz*) [Haferkamp 2004], uno degli indirizzi fondamentali della dottrina germanica del secondo Ottocento.

Tra gli allievi di Savigny a Marburg vi erano due fratelli originari di Kassel, Jacob e Wilhelm Grimm, che trovarono nel giovane professore, solo di pochi anni più anziano di loro, un modello umano di affascinante valore intellettuale e di generosa apertura: egli dischiuse loro la sua biblioteca privata e li accolse con amicizia. Fu Jacob a redigere dalle lezioni quegli appunti del corso di Metodologia che solo un secolo e mezzo più tardi avrebbero visto la luce. È davvero singolare che proprio nella biblioteca del romanista Savigny il giovanissimo Jacob, che da studente non poteva permettersi neppure l'acquisto dei libri di studio, abbia conosciuto le fonti della cultura alto-tedesca del medioevo, alle quali avrebbe dedicato l'intera esistenza. Pochi anni più tardi, insieme al fratello, avrebbe iniziato la raccolta delle fiabe popolari ascoltandole dalla viva voce di alcune donne del popolo, nutrici o domestiche in case borghesi: un'opera che da allora costituisce un classico della letteratura e che certamente affonda le radici nella società medievale dei Germani<sup>128</sup>.

Jacob Grimm (1785-1863) è una figura esemplare del filone antiquario del germanesimo romantico. Fu uno studioso di limpida coerenza che nel 1837 scelse, con altri sei professori, di perdere il posto e di venire esiliato pur di non rinnegare la costituzione che

<sup>127</sup> G. Puchta, *System des gemeinen Zivilrechts*, 1832.

<sup>128</sup> *Kinder- und Hausmärchen*, vol. I, 1812; vol. II, 1815; vol. III, 1822. Sono circa 200 favole, delle quali conosciamo anche le fonti orali, i nomi delle poche persone alle quali i fratelli Grimm le attinsero ascoltandole dalla loro viva voce [Gerstner 1973, pp. 39 s.].

aveva promesso di osservare all'atto della sua chiamata a Göttingen e che il nuovo sovrano respingeva. Solo alcuni anni dopo venne chiamato a Berlino. Per lui la ricostruzione delle memorie storiche dei popoli germanici costituiva un compito culturale, non un programma politico e neppure un presupposto dottrinale per costruire un nuovo diritto; era invece una riappropriazione dell'identità del suo popolo, da compiersi attraverso la conoscenza storicamente rigorosa del proprio passato remoto. I *Deutsche Rechtsaltertümer*, editi nel 1828<sup>129</sup>, ne sono uno dei frutti significativi. Le fonti dei principali istituti dei diritti germanici altomedievali sono per la prima volta riunite, traendole da un vasto insieme di testi e di manoscritti europei.

Anche il filone germanistico si giovò della nuova metodologia filologica. Gli studi medievistici, che erano iniziati da tempo in Europa (si rammenti l'opera di Muratori), vengono ora condotti con metodo nuovo, anzitutto curando l'edizione critica delle fonti, dalle cronache ai documenti, dalle leggi altomedievali alle fonti ecclesiastiche. Nascono grandi collezioni di testi, prima tra esse l'impresa memorabile dei «*Monumenta Germaniae Historica*», avviata dal barone Karl von Stein negli ultimi anni della sua vita e tuttora in corso, base di ogni moderna ricerca sul medioevo europeo. In effetti gli studi sulla fase altomedievale della storia dei popoli germanici ha carattere europeo, perché questi popoli si erano stanziati in larga parte dell'Occidente, dalla Gallia alla Spagna, dall'Italia all'Inghilterra alla Scandinavia: studiare le origini germaniche voleva dire studiare la storia d'Europa nel medioevo.

L'impostazione storico-comparatistica ebbe cultori di grande valore. Tra gli altri, un diretto allievo di Hegel, Eduard Gans (1797-1839), dedicò una vasta ricerca allo studio delle istituzioni del diritto ereditario in prospettiva comparata non solo europea<sup>130</sup>. Wilhelm Wilda fu il primo a ricostruire i tratti storici originari del diritto penale dei popoli germanici<sup>131</sup>.

A un diverso filone del germanesimo diede l'avvio Karl Friedrich Eichhorn (1781-1854), che con Savigny fondava nel 1815 la rivista (*Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*) della quale abbiamo ricordato la genesi. Il suo scopo era di analizzare le origini del diritto vigente della Germania, in particolare del diritto pubblico, tracciandone la storia dal medioevo al presente. Riallacciandosi alle ricerche settecentesche, ma con metodo più storico, Eichhorn pubblicò dal 1808 in quattro volumi una «*Storia dello stato e del diritto tedesco*»<sup>132</sup>

<sup>129</sup> Una seconda edizione accresciuta apparve nel 1854; rist. Darmstadt, 1955, 2 volumi.

<sup>130</sup> E. Gans, *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung*, 1824-1835, 4 volumi.

<sup>131</sup> W. Wilda, *Das Strafrecht der Germanen*, 1842.

<sup>132</sup> K.F. Eichhorn, *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*, 1808-1823.

nella quale per la prima volta anche il diritto privato germanico veniva oggetto di specifico esame. Il metodo era l'opposto di quello di Grimm<sup>133</sup>: del passato, solo ciò che era sopravvissuto di quello oggetto della ricerca di Eichhorn, il quale inoltre presupponeva l'esistenza e la permanenza, anche nel medioevo, di uno «Stato» quale elemento unificante del diritto germanico medievale, al di sopra dei ceti («Stände») e fonte dei loro diritti.

La corrente germanistica assunse con Georg Beseler (1809-1888) un indirizzo più radicale, staccandosi nettamente dalla Scuola storica. La recezione del diritto romano avvenuta in Germania alla fine del medioevo venne considerata come una deviazione rispetto alla tradizione nazionale: Beseler contrapponeva a questo fine il «diritto popolare» della tradizione consuetudinaria tedesca al «diritto dei giuristi» frutto della recezione dotta<sup>134</sup>. E il recupero di questa tradizione popolare fu da lui posto al centro di ricerche, sistematiche ma anche storiche<sup>135</sup>, allo scopo di giungere a delineare con una rinnovata dottrina<sup>136</sup> e, in avvenire, con una moderna codificazione un diritto privato tedesco che fosse fedele alla tradizione nazionale.

In questa accezione più larga, anche lo studio delle consuetudini praticate nella concreta vita del diritto può considerarsi un elemento di conoscenza del diritto popolare. Quando, ad esempio, il giurista Carl Einert pubblicò nel 1839 la sua monografia sul diritto cambiario<sup>137</sup>, egli avvertì che la nozione di base dell'astrattezza dell'obbligazione cambiaria gli era venuta non dai testi legislativi né dalle dottrine dei giuristi bensì dall'esame della pratica dei commercianti, che già di fatto consideravano la lettera di cambio come una sorta di carta moneta, liberamente negoziabile appunto in virtù di questo criterio. Molto autorevole fu la trattazione sistematica di Heinrich Thöl sul diritto commerciale<sup>138</sup>, fondata su una trama rigorosa di concetti giuridici. Più di tutti influì però la dottrina di Levin Goldschmidt (1829-1897), dotto ricostruttore delle radici storiche del diritto commerciale<sup>139</sup>, giurista convinto della necessità di tenere distinta la codificazione commercialistica rispetto a quella civilistica [Raisch 1965], ispiratore principale del Codice di commercio germanico del 1861 (ADHGB).

<sup>133</sup> La diversità di approccio è espressa con grande chiarezza da Jacob Grimm nell'introduzione ai *Deutsche Rechtsaltertümer* ove pure il nome di Eichhorn non figura esplicitamente (vol. I, p. VII).

<sup>134</sup> G. Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht*, 1843.

<sup>135</sup> G. Beseler, *Die Lehre von den Erbverträgen*, 1835-1840, 3 volumi.

<sup>136</sup> G. Beseler, *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, 1847-1855, 3 volumi.

<sup>137</sup> C. Einert, *Das Wechselrecht nach dem Bedürfnis des Wechselgeschäfts im 19. Jahrhundert*, Leipzig, 1839, rist. Aalen, 1969.

<sup>138</sup> H. Thöl, *Das Handelsrecht*, 1841-1847, 2 volumi; nel 1880 uscì il III volume.

<sup>139</sup> L. Goldschmidt, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, Leipzig, 1891; trad. it. *Storia universale del diritto commerciale*, Torino, 1913.

Di particolare prestigio furono circondati la figura scientifica e l'opera di Karl Georg Wächter (1797-1880), deputato, giudice e professore a Lipsia e altrove. La sua trattazione di diritto penale<sup>140</sup> unisce la tradizione romanistica e quella consuetudinaria germanica, mentre l'opera sul diritto privato del Württemberg<sup>141</sup> venne considerata come il miglior modello di un'esposizione a livello regionale del sistema privatistico vigente prima dell'unificazione nazionale tedesca.

Alle soglie del Quarantotto, in un incontro tra «germanisti» avvenuto a Lubeca nel 1847 sotto la presidenza di Jacob Grimm venne approvata una linea di politica del diritto favorevole all'introduzione in Germania della giuria popolare, alla codificazione commercialistica e cambiaria e alla cooperazione scientifica tra «romanisti» e «germanisti» [Wieacker 1980, II, p. 96]: un programma che verrà in effetti progressivamente realizzato a partire dagli anni successivi.

### 3. Il diritto penale e Mittermaier

Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775-1833) si formò come filosofo di matrice kantiana a Jena e da Kant trasse l'idea della netta distinzione tra la sfera del diritto e quella della morale, tra l'imperativo etico e la regola giuridica che stabilisce i confini del lecito e li tutela con la sanzione. Divenuto in giovane età professore di diritto a Landshut e a Monaco, in Baviera operò come ispiratore di un progetto di Codice civilistico e di un Codice penale entrato in vigore nel 1813. La sua concezione del diritto penale era fondata sulla tassatività dei reati e delle pene («nullum crimen, nulla poena sine lege»), sul necessario valore dissuasivo della pena nei confronti dei delinquenti potenziali<sup>142</sup>, sulla pubblicità e sull'oralità come requisiti della giustizia penale<sup>143</sup>. Alla rigorosa impostazione teorica Feuerbach affiancava un atteggiamento di concreta attenzione per la prassi e per le esperienze normative straniere, adottando un intelligente metodo comparatistico.

Nessun giurista tedesco ebbe nell'Ottocento una notorietà europea e una rete internazionale di relazioni scientifiche paragonabili a quelle di cui godette Carl Joseph Mittermaier (1787-1867). Allievo di Feuerbach, poi per un venticinquennio professore a Heidelberg

<sup>140</sup> G. Wächter, *Lehrbuch des römisch-deutschen Strafrechts*, 1825-1826, 2 volumi.

<sup>141</sup> G. Wächter, *Handbuch des in Königreiche Württemberg geltendes Privatrecht*, 1839-1851, 2 volumi.

<sup>142</sup> P.J.A. Feuerbach, *Über die Strafe als Sicherungsmittel vor künftigen Beleidigungen des Verbrechers*, 1800.

<sup>143</sup> Feuerbach, *Betrachtungen über Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege*, 1821.