

ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO

XXXI

Ordine - Parte

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI - LECCE	
Facoltà di Economia e Commercio	
Istituto Giuridico	
B.C. 30	DATA 13.5.86
N. INV. 408/XXX	D.P.R. 371/82



GIUFFRÈ EDITORE

PANDETTISTICA

SOMMARIO: 1. Il significato corrente del termine « Pandettistica ». — 2. « *Usus modernus* », giusrazionalismo e sistematiche giuridiche. — 3. Continuità e fratture dal giusnaturalismo alla Pandettistica. — 4. L'egemonia del pensiero di Savigny. — 5. La giurisprudenza come scienza storica. — 6. Il sistema del diritto romano attuale. — 7. La fissazione dei metodi pandettistici: l'opera di G. F. Puchta. — 8. Crisi e fortune della Pandettistica.

1. *Il significato corrente del termine « Pandettistica ».* — È stato notato recentemente, con molta esattezza, che « nel linguaggio degli storici del diritto moderno, come in quello degli studiosi del diritto romano o del diritto vigente, i termini 'pandettisti', 'pandettistica' e simili hanno un significato abbastanza preciso, ma in certa misura convenzionale » (1). Essi infatti non individuano una scuola vera e propria, con un programma rigido e con autonomi strumenti organizzativi e istituzionali, oltre quelli offerti dai canali accademici e dalle cattedre universitarie, che peraltro rappresentarono sempre una tribuna di grande rilievo nei dibattiti politici e scientifici dell'Ottocento tedesco. Neppure il costante riferimento a un 'oggetto' — il comune ispirarsi alle Pandette giustiniane — costituisce da solo un criterio sicuro d'identificazione. Anzi, per questo aspetto, l'intera tradizione dell'*usus modernus Pandectarum*, risalente in Germania al secolo XVII (2) e destinata a prolungare i suoi effetti fino alle soglie del BGB (il codice di diritto civile tedesco), può concorrere a dimostrare un'innegabile continuità della tradizione romanistica, sulla quale, a torto o a ragione, hanno spesso insistito storici e giuristi, ma non a rendere più visibili le differenze tra le ricerche del tardo giusnaturalismo e le sistemazioni privatistiche del secolo XIX. Del resto, l'eccezionale fortuna di un'opera come l'*Ausführliche Erläuterung der Pandekten* di Christian Friedrich Glück, che riassume le dottrine del diritto comune d'età moderna e fu più volte ristampata, continuata e tradotta (3), è sufficiente a mostrare

(1) PUGLIESE, *I pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa* (Atti del terzo Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto), I, Firenze, 1977, 29.

(2) Per una descrizione delle fonti e un bilancio storiografico, con ampia bibliografia, cfr. SÖLLNER, *Die Literatur zum gemeinen und partikularen Recht in Deutschland, Österreich, den Niederlanden und der Schweiz*, in *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte* a cura di COING, II, München, 1977, 501 ss.

(3) La morte impedì all'autore di proseguire il commento oltre gli inizi del ventottesimo libro delle

come non pochi fili collegassero la nuova scienza del diritto privato con una lunga vicenda di rielaborazioni del diritto giustiniano.

Tuttavia tra le opere civilistiche di diritto romano prodotte in Germania a partire dalla prima metà dell'Ottocento, e destinate a rappresentare un modello per la scienza giuridica e per le codificazioni dei Paesi europei, e persino del Giappone, dell'Argentina o del Siam (4), esiste un'affinità di tecniche e di metodologie, di opzioni ideologiche, di orientamenti, che le collocano su un terreno omogeneo e nettamente diverso rispetto a quello in cui si muovevano gli scritti romanistici dell'«età dei lumi».

Di tali orientamenti si può tracciare qui solo un profilo sintetico, limitando l'esposizione a quei motivi di carattere generale in cui si rivelano con particolare chiarezza i tratti distintivi dei nuovi indirizzi. Pertanto, ci si soffermerà soprattutto sugli elementi di discontinuità e di raccordo della romanistica dell'Ottocento con la tradizione del tardo diritto comune, sui momenti di fondazione teorica e sulle principali scelte di metodo della moderna 'scienza delle Pandette', che furono oggetto di una severa riflessione, volta a precisare una visione complessiva della giurisprudenza e delle sue funzioni, e che appaiono in gran parte già configurati nell'opera di Savigny. Con ciò verrà esclusa non soltanto l'indagine sul contributo della Pandettistica alla elaborazione di specifiche dottrine del diritto privato, alla invenzione o definizione di numerosi istituti, ma anche la descrizione particolareggiata dei suoi sviluppi e l'analisi di personalità singole, benché non certo 'minori', né prive di originalità di pensiero. Del resto, un'interpretazione adeguata delle differenze che al suo interno si manifestarono, della forza di espansione ch'essa dimostrò verso tutti i campi del diritto, delle polemiche che accompagnarono la sua fortuna o ne segnaron la fine e il superamento, equivarrebbe in pratica a prospettare una ricostruzione dell'intera storia della cultura giuridica nel corso dell'ultimo

Pandette. L'opera, che tra il 1790 ed il 1830 aveva raggiunto i trentaquattro volumi, fu proseguita varie volte, senza mai giungere a compimento. Cfr. LANDSBERG in STINTZING und LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, III, I, München-Leipzig, 1898, 445 s. (Text), e 286 (Noten).

(4) Cfr. in particolare SCHWARZ, *Einflüsse deutscher Zivilistik im Auslande* (1935), nella raccolta di suoi scritti *Rechtsgeschichte und Gegenwart* a cura di THIEBE e WIEACKER, Karlsruhe, 1960, 26-72.

secolo e mezzo, che evidentemente in questa sede non si può nemmeno tentare.

Riprendendo il filo delle considerazioni riportate all'inizio, occorre stabilire per prima cosa quel « significato abbastanza preciso » che hanno i termini ' pandettisti ', ' pandettistica ', e simili. Essi vanno riferiti ad un indirizzo scientifico, più che a una scuola, che comunque già i contemporanei ritenevano sufficientemente riconoscibile nelle sue caratteristiche e nel suo svolgimento cronologico. A giudizio di Windscheid, infatti, sotto il « concetto del diritto delle Pandette » doveva intendersi « il diritto privato comune tedesco d'origine romana », vigente « per la Germania considerata come un tutto ». Ed aggiungeva: « Questo diritto privato comune tedesco è indigeno solo in parte; nel resto, ed è la parte maggiore, poggia sopra diritti stranieri ricevuti, e tra questi il diritto romano occupa il primo posto » (5). Analogamente, Bekker definiva come « *diritto delle Pandette*, ovvero *diritto romano attuale* » (e l'espressione era quella resa celebre già da Savigny) « il diritto privato vigente nell'ambito del cosiddetto diritto comune tedesco, che si era prodotto in seguito alla recezione in Germania di diritti stranieri » (6). Dal punto di vista cronologico infine, Fadda e Bensa, presentando la traduzione delle *Pandette* di Windscheid, vi riconoscevano una sintesi conclusiva di « tutta la produzione dogmatica e sistematica della Germania del secolo passato, epperò il periodo iniziato dal Savigny e terminato col Windscheid » (7).

Simili affermazioni, chiare e per nulla approssimative, indicano tre elementi soprattutto come distintivi del nuovo ' diritto delle Pandette ', e cioè una visione storica degli ordinamenti, in particolare del diritto romano, un'idea di ' sistema ', una valutazione dei compiti della giurisprudenza. Si trattava per molti versi di problemi che in Germania erano stati già affrontati da una lunga tradizione di studi, tendenti di volta in volta a coordinare e razionalizzare in forme giuridiche più precise e più ampie una pluralità di fonti, di interpretazioni, di pratiche stratificatesi intorno ad esse; oppure

a stabilire un collegamento tra le norme vigenti e i principi della ragione, a cercare nel diritto di natura il principio logico ed il fondamento d'ogni diritto. Da questi studi la Pandettistica trasse molti elementi quando intese risolvere, in una sola volta, i problemi dell'unità e del fondamento del diritto, ed insieme quelli dell'organizzazione sintetica di fonti e dottrine, avviandone un'elaborazione storica e dogmatica al tempo stesso. Tuttavia la natura ed i limiti del legame che unisce le sistematiche pandettistiche con le ricerche iniziate già secoli prima non sono stati chiariti in modo sempre convincente. Occorre dunque soffermarvisi con qualche ampiezza.

2. « *Usus modernus* », *giusrazionalismo e sistematiche giuridiche*. — Nel solco della tradizione del diritto comune romano-canonico, affermatasi in tutta Europa con l'opera dei Commentatori e la diffusione del ' bartolismo ' (8), la letteratura dell'*usus modernus Pandectarum* aveva stabilito da tempo il primato di una civilistica rivolta a consolidare la prassi giuridica attraverso un'elaborazione dogmatica che, senza spettacolari innovazioni, riusciva a coordinare gli elementi consuetudinari e i diritti particolari dei singoli territori con i materiali e gli schemi del *ius commune*, in una sintesi dottrinale che valicava i confini dei vari Stati e continuava ad affidare alla giurisprudenza il compito di rappresentare il punto di equilibrio tra le spinte presenti negli ordinamenti, ed ai giuristi di formazione romanistica la funzione d'interpreti e di garanti dell'unità sostanziale dell'orbe cristiano.

Favorita dalla forte ripresa dell'aristotelismo in Germania, cui concorrevano in egual misura gli opposti irrigidimenti confessionali che si manifestavano nella nuova metafisica luterana e nell'aggressività controriformistica della seconda scolastica (9), questa

(8) V. per tutti PARADISI, *La diffusione europea del pensiero di Bartolo e le esigenze attuali della sua conoscenza*, in *Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti per il VI centenario*, I, Milano, 1962, 397-472; COING, *Bartolus und der Usus modernus pandectarum in Deutschland*, ivi, 23-45; ID., *Römisches Recht in Deutschland*, Milano, 1964 (= IRMAE, V, 6), 136 ss.

(9) Cfr. PETERSEN, *Geschichte der aristotelischen Philosophie im protestantischen Deutschland*, Leipzig, 1921; LEWALTER, *Spanisch-jesuitische und deutsch-lutherische Metaphysik des 17. Jahrhunderts*, Hamburg, 1935; RISSE, *Die Logik der Neuzeit*, Stuttgart-Bad Cannstadt, 1964-1970, I, 106 ss., 329 ss., 440 ss.; II, 132 ss., 294 ss., 386 ss. V. anche gli Atti dell'incontro fiorentino di studi, specificamente dedicati a *La Se-*

(5) WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* (= *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1ª ed., 1862; 7ª ed., 1891), trad. it. a cura di FADDA e BEnSA, I, Torino, 1902, I.

(6) BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, I, Weimar, 1886, I.

(7) WINDSCHEID, *op. cit.*, I, *Avvertenza dei Traduttori*.

letteratura coltivò non di rado l'aspirazione ad offrire un'esposizione completa e coerentemente ordinata del diritto privato, perseguendo degli orientamenti che resistettero agli attacchi critici del razionalismo scientifico ed empiristico e s'intrecciarono anzi, sia pure in forme volta a volta diverse, con le numerose sistemazioni giusnaturalistiche, condotte *more geometrico*, nelle quali gli stimoli innovatori delle filosofie di Cartesio e di Leibniz si riducevano nei termini disseccati di un nuovo scolasticismo (10).

Il primato del diritto romano comune si mantenne dunque — soprattutto in Germania — non solo tra i pratici che si preoccupavano di stabilire un ordine e una regolarità nel diritto vigente; tra gli antiquari, rivolti a precisarne per fini eruditi le componenti effettive, ed al tempo stesso a operarne una *Reinigung*, che riavvicinasse gli ordinamenti agli antichi e venerati modelli. Esso riapparve nei sistemi giusnaturalistici, cui fornì i materiali, gli schemi, spesso gli stessi principi ordinatori.

È noto, ad esempio, quanto abbia attinto alla tradizione romanistica l'imponente sforzo di sistemazione e di esposizione delle dottrine giusnaturalistiche compiuto da Pufendorf, sulla base di un eclettismo filosofico e di una capacità speculativa non certo profonda né originale, ma tuttavia efficacissima nell'imporsi come riferimento per tutte le discussioni e le elaborazioni successive (11). Analogamente, per quanto lucida fosse stata l'analisi di un Hermann Conring, che aveva individuato perfettamente nelle teorie correnti sulla recezione del diritto romano in Germania il punto critico degli ordinamenti vigenti e dello stesso assetto politico dell'Impero (12), anche per lui la tradizione romani-

stica del diritto comune costituiva l'orizzonte necessario delle relazioni giuridiche: rispetto ad essa i principi del diritto naturale svolgevano solo la funzione di limite e costituivano come un'intelaiatura generale, in cui era fissato il suo fondamento di validità (13). Persino Leibniz, che nel 1672 aveva presentato il progetto di un *Corpus iuris reconcinatum*, rivolto a codificare in ordine sistematico le norme di diritto razionale valide per tutti i popoli, aveva finito col riunire le regole del diritto romano e canonico, riconoscendovi non soltanto i fondamenti comuni di un diritto europeo, ma anche una corrispondenza con la propria concezione di un sistema razionalistico del diritto di natura (14).

Tra le sistematiche del tardo diritto comune e le riflessioni del giusnaturalismo intercorsero dunque rapporti sempre stretti e intrecciati. Anche le dottrine più ardite, dirette a individuare nello 'stato di natura' i fondamenti della convivenza civile, non riuscirono mai a spezzare le connessioni, stabilite da tempo, tra quei fondamenti e i principi del diritto romano, elevati al ruolo eterno e immutabile di 'ragion scritta'. I moderni sistemi delle Pandette, elaborati in Germania nel corso del secolo XIX, non si ponevano perciò, a prima vista, come un prodotto del tutto nuovo, sconosciuto alla cultura giuridica del passato. Al contrario, dietro di loro si distendeva una lunga vicenda di tentativi, che avevano congiunto insieme materiali romanistici e concezioni filosofiche del diritto, eredità del *ius commune* e nuove visioni giusnaturalistiche.

A quei tentativi si riallacciava per molti aspetti la pandettistica, segnando però uno scarto rispetto ad essi ben visibile già nell'opera di Savigny.

3. Continuità e fratture dal giusnaturalismo alla Pandettistica. — Entro il tessuto di

(13) Il complesso intreccio dei motivi che attraversavano l'opera di Conring è analizzato bene da HAMMERSTEIN, *Jus und Historie. Ein Beitrag zur Geschichte des historischen Denkens an deutschen Universitäten im späten 17. und im 18. Jahrhundert*, Göttingen, 1972, 97 ss., 117 ss.

(14) Sul pensiero giuridico di Leibniz cfr. SCHNEIDER, *Justitia universalis. Quellenstudie zur Geschichte des «Christlichen Naturrechts» bei G. W. Leibniz*, Frankfurt am Main, 1967; e SCHIEDERMAIR, *Das Phänomen der Macht und die Idee des Rechts bei G. W. Leibniz*, Wiesbaden, 1970. Per i problemi accennati nel testo v. anche STURM, *Das römische Recht in der Sicht von G. W. Leibniz*, Tübingen, 1968; e LUIG, *Die Rolle des deutschen Rechts in Leibniz' Kodifikationspläne*, in *Ius Commune*, 1975, 56-70.

conda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno a cura di P. Grossi, Milano, 1973.

(10) Cfr. in particolare RÖB, *Geometrischer Geist und Naturrecht. Methodengeschichtliche Untersuchungen zur Staatsphilosophie im 17. und 18. Jahrhundert*, München, 1970. Utile anche ARNDTS, *Methodo scientifica pertractatum. Mos geometricus und Kalkülbe-griff in der philosophischen Theorienbildung des 17. und 18. Jahrhunderts*, Berlin-New York, 1971.

(11) Sull'opera di Pufendorf v., da ultimo, DENZER, *Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf*, München, 1972. Per la sua fortuna v. l'ampia ricerca bibliografica di PALLADINI, *Discussioni seicentesche su Samuel Pufendorf. Scritti latini: 1663-1700*, Bologna, 1978.

(12) Cfr. MAZZACANE, *Un critico protestante di Cesare Baronio: Hermann Conring e la storia della costituzione germanica*, in *Baronio storico e la Controriforma* (Atti del Convegno internazionale di studi), Sora, 1980.

relazioni che si è descritto, e che comunque nell'*Aufklärung* tedesca mantenne aperti gli spazi perché si esprimessero posizioni differenziate e tendenze anche contrastanti fra loro, vanno così collocate non solo le opere sistematiche di diritto privato, pubblicate nel Settecento, e di volta in volta destinate a riorganizzare, con scambi e influenze reciproche, il diritto comune vigente o gli assiomi dedotti dal diritto di natura, ma le stesse elaborazioni del diritto romano, presentate nel secolo successivo secondo un ordine indipendente dal susseguirsi dei titoli nelle Pandette. Tra il meccanicismo matematizzante di Christian Wolff e della sua scuola (15) — «una sistemazione pedantesca della filosofia leibniziana», a giudizio di Hegel (16) — e gli schemi logico-deduttivi di tanta parte della giurisprudenza privatistica da Savigny a Windscheid, corre infatti un rapporto che la storiografia ha rappresentato spesso in termini di continuità (17).

È una valutazione che non può non dividersi, specie se oltre alle opere più scolastiche di diritto romano — il commentario di Höpfner a Heineccius (18), i sistemi

di Habernikkel e Hofacker, dei wolffiani Nettelblatt, Dabelow, Darjes (19) — ci si volge a guardare gli scritti romanistici ispirati alle correnti antimetafisiche e antispeculative dell'*Aufklärung*, a una concezione pragmatica della storia, ai temi riformistici ed antidispotici dell'Illuminismo, che si prolungano fino agli inizi dell'Ottocento: si pensi a Hufeland (20), ai 'maestri di Göttinga' (21) — Reitemeier, Pütter, Hugo (22) —, al *System des Pandektenrechts* di Thibaut (23), o a quelli di Heise e di Haubold, nei quali Hugo coglieva una particolare affinità con la propria opera (24).

Tuttavia il riconoscimento di una simile continuità non deve intendersi come se tra i tentativi sistematici d'età moderna e la Pandettistica corresse una storia rettilinea, fatta di precorritivi e di approssimazioni verso il culmine conclusivo della sistematica ottocentesca. Con ciò si rischierebbe non solo di appiattare la specificità di quelle lontane ricerche secondo l'immagine di una catena i cui anelli servono tutti in egual misura a sorreggere il peso aganciato al suo termine. Si perderebbe anche il senso di svolta rappresentato dalle dottrine iniziate con Savigny,

(15) Per una penetrante analisi del wolffismo in Germania cfr. MERKER, *L'illuminismo tedesco*. Età di Lessing, Bari, 1968, 121 ss., 323 ss., 469 ss.

(16) *Lezioni sulla storia della filosofia*, trad. it. a cura di E. CODIGNOLA e G. SANNA, III, 2, Firenze, 1944, 206.

(17) Tale continuità è stata vista soprattutto nell'impiego di procedimenti assiomatici e deduttivi, nel rilievo attribuito alla «parte generale» (l'immanicabile *Allgemeiner Theil* d'ogni trattato pandettistico), nella ripartizione delle materie (per esempio la distinzione tra diritti reali ed obbligatori, tra diritto di famiglia e successioni), infine nello sviluppo di alcuni concetti fondamentali, come quelli di diritto soggettivo, persona giuridica, negozio giuridico. Indicazioni in proposito si leggono in quasi tutte le ricerche sulla storia di singoli istituti. Per valutazioni d'insieme v. soprattutto SCHWARZ, *Zur Entstehung des modernen Pandektensystems* (1921), in *Rechtsgeschichte*, cit., 1-25; PARADISI, *I nuovi orizzonti della storia giuridica* (1953), ora in *Apologia della storia giuridica*, Bologna, 1973, 15-23; gli articoli di COING, poi riuniti sotto il titolo *Zur Geschichte des Privatrechtensystems*, Frankfurt am Main, 1962, 23 ss., 46 ss., 65 ss.; ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1963, specialmente 222 ss.; WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967, 227 ss., 309 ss., 320 ss., 354 ss.; ed infine gli studi di ORESTANO, che hanno avuto grande rilievo nella cultura giuridica più recente e si leggono raccolti nel volume *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna, 1978. V. anche, da ultimo, LIPP, *Die Bedeutung des Naturrechts für die Ausbildung der Allgemeinen Lehren des Deutschen Privatrechts*, Berlin, 1980.

(18) *Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen*, Frankfurt am Main, 1783; sul quale v. le considerazioni di BLÜHDORN, *Zum*

Zusammenhang von 'Positivität' und 'Empirie' im Verständnis der deutschen Rechtswissenschaft zu Beginn des 19. Jahrhunderts, in *Positivismus im 19. Jahrhundert. Beiträge zu seiner geschichtlichen und systematischen Bedeutung*, a cura di J. BLÜHDORN und J. RITTER, Frankfurt am Main, 1971, 24-26.

(19) V. su di essi LANDSBERG, *Geschichte*, cit., 358 s., 359 ss., 288 ss., 441 ss., 284 s.

(20) Spunti critici di rilievo sul suo pensiero si possono rintracciare nell'opera di KRAUS, *Vernunft und Geschichte. Die Bedeutung der deutschen Akademien für die Entwicklung der Geschichtswissenschaft im späten 18. Jahrhundert*, Freiburg-Basel-Wien, 1963, che affronta anche Pütter; e in MERKER, *op. cit.*, 444, 446.

(21) Cfr. MARINO, *I maestri della Germania. Göttingen 1770-1820*, Torino, 1975.

(22) La letteratura su Hugo è nutrita. Per tutti v. MARINI, *L'opera di Gustav Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco*, Milano, 1969, con ampia bibliografia; e successivamente BLÜHDORN, *Naturrechtstheorie und Philosophie des positiven Rechts. Zur Begründung der Jurisprudenz als positiver Fachwissenschaft durch Gustav Hugo*, in *TR*, 1973, 3-17. Non così quella su Reitemeier e Pütter. Oltre ai cenni rintracciabili nei lavori indicati di Marino e Marini v., in particolare su Pütter, BLÜHDORN, *Zum Zusammenhang*, cit., 131-142; e EBEL, *Der Göttinger Professor Johann Stephan Pütter aus Iserlohn*, Göttingen, 1975.

(23) Pubblicata per la prima volta nel 1803, l'opera ebbe nove edizioni, di cui l'ultima nel 1846. Sull'autore v. SOLARI, *Storicismo e diritto privato*, Torino, 1940, 29 ss.; e KIEFNER, A. F. J. Thibaut, in *ZSS. R.*, 1960, 304-344.

(24) Cfr. HUGO, *Beiträge zur civilistischen Bücherkenntnis*, Berlin, I, 1828, 307 nt., 357, 361, 425, 518-521; II, 1829, 201-220, 234, 563 s., 601-603.

... nella realtà tedesca del primo ... la capacità d'interpretarne i ... profondi, creando con ciò stesso una struttura destinata a durare oltre il tempo che la generava, stabilendo un 'paradigma' scientifico ed un orizzonte di metodi e di concezioni che riuscirono a imporsi anche in altre epoche ed in altri Paesi.

Non può dimenticarsi in sostanza, quali che siano i rapporti — di confronto o di derivazione — tra concetti sia pur centrali nelle opere pandettistiche ed i risultati già conseguiti da precedenti maestri, la profonda frattura, sul piano culturale al pari di quello sociale e politico, che l'epoca della Rivoluzione e delle guerre napoleoniche segnò in Germania non meno che nel resto d'Europa (25). La crisi degli ordinamenti e la necessità di una loro ricomposizione; l'esplosione del contrasto tra ragione e storia, diritto naturale e diritto positivo, esigenze di rinnovamento ed opacità della borghesia tedesca, debole economicamente e ideologicamente e perciò incapace di superare i propri limiti filistei di *Kleinbürgertum*, sono stati illustrati più volte, con ampiezza d'analisi e di penetrazione critica (26). In quel terreno affondavano le radici i tentativi dei giuristi che tra Sette e Ottocento, sulla scorta del pensiero kantiano, mirarono a fondare l'orizzonte di scientificità della giurisprudenza in termini puramente logici e metodologici (27). Con esso si collegava anche la riflessione di Savigny, da cui dipese tutta la Pandettistica, quando affrontava temi centrali nei dibattiti di quel periodo, come il tema dei codici, del rapporto

tra «arbitrio» legislativo e positività storica del diritto, tra legalità e certezza degli ordinamenti. Non a caso egli riprendeva da Hugo, il testimone più infaticabile della crisi del giusnaturalismo tedesco, numerosi spunti e suggestioni, indicazioni di metodo e non solo elementi terminologici (28); così come nei corsi universitari adottava il *Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts* di Heise (29), apprezzandovi soprattutto l'orientamento tendente a far scaturire i procedimenti dispositivi dalla materia stessa, piuttosto che da principi astratti di natura speculativa.

Tuttavia tra il pragmatismo storico di Gustav Hugo, rivolto a fondare su basi empiriche le norme vigenti, e la concezione di Savigny di un'origine del diritto «dalla natura superiore del popolo, intesa come un tutto in perenne divenire e svolgimento» (30); tra la classificazione e la distribuzione delle regole giuridiche operata da Heise per fini pratici e l'«essenza del metodo sistematico», che egli poneva «nel riconoscimento e nell'esposizione dell'intimo legame o dell'affinità, per cui i singoli concetti giuridici e le singole regole sono connesse in una grande unità» (31), sta non solo il passaggio verso una visione più complessa e più ricca del diritto e della sua storicità, ma soprattutto il generale e profondo mutamento della società tedesca, le diverse prospettive lasciate aperte

(25) V. soprattutto gli studi di DROZ, *L'Allemagne et la Révolution française*, Paris, 1949; VALJAVEC, *Die Entstehung der politischen Strömungen in Deutschland 1770-1815*, München, 1951; NAUJOKS, *Die französische Revolution und Europa 1789-1799*, Stuttgart, 1969; BAIONI, *Classicismo e rivoluzione. Goethe e la rivoluzione francese*, Napoli, 1969. Specificamente dedicati ai problemi giuridici e istituzionali dell'epoca napoleonica sono i notevoli lavori di FEHRENBACH, *Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht. Die Einführung des Code Napoléon in den Rheinbundstaaten*, Göttingen, 1974; e di SCHUBERT, *Französisches Recht in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts*, Köln-Wien, 1977.

(26) Oltre alle opere indicate *supra*, nt. 25, occorre riferirsi alla fondamentale, amplissima ricerca di KOSELLECK, *Preussen zwischen Reform und Revolution. Allgemeines Landrecht, Verwaltung und soziale Bewegung von 1791 bis 1848*, Stuttgart, 1975, che per le sue lucide prospettive e le sue larghe informazioni supera l'ambito territoriale prussiano.

(27) Ad essi è dedicato l'importante libro di NEGRI, *Alle origini del formalismo giuridico. Studio sul problema della forma in Kant e nei giuristi kantiani tra il 1789 e il 1802*, Padova, 1962.

(28) Lo stesso Savigny dichiarò ripetutamente il suo debito verso Hugo, ed è notissima la sua *Recension des Lehrbuchs der Geschichte des Römischen Rechts von Gustav Hugo*, del 1806 (cfr. SAVIGNY, *Vermischte Schriften*, V, Berlin, 1850, 1-36), in cui vedeva alla base dell'opera «una più alta idea, secondo la quale la scienza giuridica stessa, nel suo insieme, altro non è se non storia giuridica, talché una elaborazione specificamente storica del diritto può differenziarsi da ogni altra elaborazione giuridico-scientifica soltanto a quel modo che si distinguono luce ed ombra». Per una brillante traduzione dei testi savignyiani cfr. ora DE MARINI, *Savigny. Antologia di scritti giuridici*, Bologna, 1980.

(29) Improntati a reciproca stima e amicizia, i rapporti tra Savigny e Heise possono essere ricostruiti puntualmente attraverso il loro carteggio. Alle *Briefe Savignys an Georg Arnold Heise* a cura di LENEL, in *ZSS.R.*, 1915, 96-156 (gli autografi si conservano presso la Universitätsbibliothek di Heidelberg, *Heidelb. Hs.* 2128), possono infatti aggiungersi le lettere di Heise a Savigny, recentemente acquisite dalla Universitätsbibliothek di Marburg, insieme con un cospicuo *Savignys Nachlass*, in corso di inventariazione.

(30) SAVIGNY, *Ueber den Zweck der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, in *Vermischte Schriften*, V, cit., 110.

(31) SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale (= System des heutigen Römischen Rechts, 1840-49)*, trad. it. a cura di V. SCIALOJA, Torino, 1886-96, 21.

alla giurisprudenza dal definitivo tramonto delle aspirazioni di origine illuministica ad una rapida trasformazione sociale in senso borghese ed antif feudale e dal consolidarsi di un'egemonia moderata in tutti i campi della vita politica e culturale (32).

È dunque con i problemi di una società ormai fortemente estranea alle alternative dell'epoca rivoluzionaria che si misurava la riflessione di Savigny (33). La sua influenza fu determinante nel fissare i criteri metodologici delle scienze giuridiche e in primo luogo i concetti fondamentali delle dottrine pandettistiche. Tuttavia il suo peso fu anche più ampio e più generale. La visione di un primato della giurisprudenza, motivato teoricamente col carattere di scienza storica e sistematica che la definiva, e la scelta coerente in favore di un regime di diritto non codificato, costituivano un vero e proprio progetto di direzione della società, che fu il lascito più robusto e durevole da lui trasmesso alle successive generazioni di studiosi.

4. *L'egemonia del pensiero di Savigny.* — Occorre perciò soffermarsi sull'aspetto di ideologia rivestito dal pensiero di Savigny, che rappresentò lo sfondo sul quale si mossero, al di là delle differenze e delle polemiche anche esplicitamente politiche, tutte le ricerche della scienza giuridica del secolo scorso, e dei pandettisti in particolare.

Esso ebbe innegabilmente valenze conservatrici, oggetto — come è noto — di critiche risolte già da parte dei contemporanei, e comunque misurabili appieno se si guarda al parlamento della *Paulskirche*, in cui le idee della scuola storica ebbero un'incidenza larghissima, trasformando molto spesso i contrasti dell'assemblea in una disputa tra opinioni giuridiche (34). La storiografia ha sottolineato frequentemente questo irriducibile nocciolo delle tesi di Savigny (35). Ma per

comprendere la loro efficacia, la capacità di 'durare' e di esercitare un'egemonia ponendosi a lungo come punto di partenza per ogni ulteriore approfondimento, bisogna porre in rilievo il versante propositivo, le ipotesi che prospettavano per dare uno sbocco alla crisi della Germania e superarne l'attuale 'miseria'.

La posizione di Savigny, infatti, ebbe caratteri progettuali che si vennero via via evolvendo o precisando, dalla iniziale ed aperta inclinazione per il mantenimento dell'antica società per ceti, verso l'idea che definiremmo di un 'restauro' di quei rapporti, da compiersi operando una ricomposizione dei diritti particolari attraverso l'impiego di modelli romanistici e di un riformismo certo moderato, ma pur capace di circoscrivere in modo cauto e graduale le resistenze feudali e le persistenti arretratezze della società tedesca.

Così, mentre nel *Beruf* egli affermava che « si dovrebbe reintrodurre al posto del *Code*, o conservare, là dove esso non entrò in vigore, la stessa combinazione di diritto comune e diritti locali, che in precedenza dominava tutta la Germania » (36), nel *Sistema* invece elevava la tradizione romanistica a « veicolo d'unificazione del diritto privato tedesco su un impianto liberistico » (37), identificando nella scienza giuridica lo strumento per dominare la pratica e orientarne gli svolgimenti (38), ribadendo ancora una

ria e sistema. Con un'Appendice di testi, Napoli, 1976, per quanto sfiorasse appena il problema ed avvertisse esplicitamente (cfr. p. 50) che l'oggetto dell'indagine (l'uso storiografico dell'idea di sistema) comportava una certa parzialità ed unilateralità di giudizio. Sembra perciò pertinente il richiamo fatto da BRETONE, *Tradizione e unificazione giuridica in Savigny*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1976, 212, alle « ambiguità e sfumature tutt'altro che irrilevanti » dell'opera savigniana.

(36) SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814, III.

(37) BRUTTI, *L'intuizione della proprietà nel sistema di Savigny*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1976-77, 65. Il saggio contiene spunti convincenti sul significato politico-ideologico delle dottrine di Savigny anche se ne accentua forse la « funzione progressiva ».

(38) L'influenza del pensiero di Savigny sulla prassi giuridica è stata in genere poco studiata. V. però SCHEUERMANN, *Einflüsse der historischen Rechtsschule auf die oberstrichterliche gemeinrechtliche Zivilrechtspraxis bis zum Jahre 1861*, Berlin-New York, 1972; v. anche, per l'impostazione di Savigny, MOHNHAUPT, *Richter und Rechtsprechung im Werk Savignys*, in *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte. H. Coing zum 28. Februar 1972* a cura di WILHELM, Frankfurt am Main, 1972, 243-264.

(32) Cfr. VALJAVEC, *op. cit.*, 302 ss.; GODECHOT, *La Contre-révolution, doctrine et action, 1789-1804*, Paris, 1961, 113 ss.; EPSTEIN, *The Genesis of German Conservatism*, Princeton, N. J., 1966.

(33) Della vastissima letteratura su Savigny, ci si limita a ricordare il recente profilo di MARINI, *Friedrich Carl von Savigny*, Napoli, 1978, che contiene anche una bibliografia degli studi principali (207-221).

(34) Cfr. SIEMANN, *Die Frankfurter Nationalversammlung 1848-49 zwischen demokratischem Liberalismus und konservativer Reform. Die Bedeutung der Juristendominanz in den Verfassungsverhandlungen des Paulskirchenparlaments*, Bern-Frankfurt am Main, 1976.

(35) In tal senso presentava dei limiti il lavoro di MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica tra sto-*

volta la centralità della giurisprudenza e la sua funzione di direzione e d'interprete dei mutamenti.

Una simile impostazione rispecchiava processi di fondo realmente operanti nei Paesi tedeschi e ad essi offriva una guida e una possibilità di unificazione, muovendosi nel senso di una ricomposizione di segno certo moderato, ma non necessariamente reazionario. La decadenza, contrastata ma inarrestabile, dei vecchi ceti dominanti; l'affermarsi faticoso di istanze antiassolutistiche ed antifeudali con il profilarsi, sia pur timido, di una borghesia imprenditoriale; la conseguente necessità di confrontarsi, specie dopo le guerre napoleoniche, con le ideologie e le esperienze di società più evolute; infine la perdita progressiva di rilevanza costituzionale da parte degli *Stände* e la loro riduzione a pura e semplice formazione socio-economica, si traducevano in una tendenza alla distinzione tra privato e pubblico (39), ponendo il problema del tipo di rapporto da stabilire tra le due sfere, e cioè da un lato tra Stato e individuo, in presenza di un evidente deperimento delle comunità ed aggregazioni intermedie, dall'altro tra Stato e società civile, via via che questa andava a definirsi come puro luogo di scontro degli interessi.

Tuttavia, per la debolezza del processo di sviluppo economico e sociale in Germania, restava in parte ancora nascosta la carica di reciproca conflittualità implicita in una tale dinamica, per cui la proposta di Savigny, incentrata sul diritto privato, poteva efficacemente suggerire una possibilità di ricomposizione e di crescita secondo le linee di uno svolgimento armonico e graduale, che non infrangesse le forme statuali e politiche tradizionali. Con le sue stesse oscillazioni e aporie, con la sua caratteristica scissione tra le aperture al liberismo economico e la sostanziale distanza dal liberalismo politico, la proposta di Savigny corrispose perciò in buona parte, ed almeno per un certo periodo, alla via effettivamente seguita in Germania (la via più specificamente 'prussiana') e consistente nel tentativo, per lungo tempo riuscito, di far convivere l'accentramento statale burocratico con gli spazi di autonomia dell'iniziativa privata, di mantenere immutate le strutture politiche e istituzionali del-

(39) Cfr. in particolare GRIMM, *Zur politischen Funktion der Trennung von öffentlichem und privatem Recht in Deutschland*, in *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*, cit., 224-242.

Obrigkeitsstaat promuovendo al tempo stesso forme più ampie di libertà per le attività economiche (40). Il primato dell'individuo e quello connesso di una scienza giuridica « autonoma », prospettati entrambi da Savigny in senso kantiano, riflettevano in modo adeguato le esigenze della società tedesca, bisognosa di svincolarsi dai lacci del passato feudale, ma non ancora investita appieno da conflitti che imponessero una considerazione del problema dello Stato e del ruolo da attribuirgli come elemento essenziale di mediazione. Il naturale sedimentarsi dei rapporti interpersonali nella coscienza collettiva di un 'popolo' visto ancora unitariamente, al di fuori di determinazioni sociali o economiche, come un'entità omogenea per comunanza di ragioni etiche e culturali, costituiva perciò, nella prospettiva del giurista al pari che in quella delle nuove forze produttive lentamente emergenti in Germania, la più solida garanzia di ordine e di stabilità, la fonte prima di ogni certezza collettiva, da proteggere e sviluppare attraverso l'opera della scienza.

Nella corrispondenza del pensiero di Savigny con tendenze di fondo della società tedesca e nella centralità che esse vi assumevano anche quando la sua interpretazione non ne coglieva l'esatto significato, è da ricercare il nocciolo di ideologia contenuto nella sua opera, l'origine della sua fortuna al di là dei campi tecnici del diritto ed il fondamento, in definitiva, del suo prolungarsi non soltanto nelle sistematiche pandettistiche, ma nelle stesse scelte di quasi tutte le discipline giuridiche.

5. *La giurisprudenza come scienza storica*. — La riflessione di Savigny si candidava dunque con evidente successo ad un'egemonia complessiva sui tentativi di razionalizzare le condizioni giuridiche esistenti in Germania, che superava i confini della scienza del diritto privato. Si spiega perciò l'ampiezza di ricerche che la sorreggeva, la vastità dell'impianto culturale, la pluralità di sperimen-

(40) Sempre fondamentale, oltre al libro già citato di KOSELLECK, *Preussen zwischen Reform und Revolution*, cit., il saggio di CONZE, *Das Spannungsfeld von Staat und Gesellschaft im Vormärz*, in *Staat und Gesellschaft im deutschen Vormärz 1815-1848* a cura di CONZE, Stuttgart, 1962, 207-269. Il dibattito storiografico, di molto allargatosi, è esaminato da DILCHER, *Die Auseinanderentwicklung von Staat und Gesellschaft im deutschen Vormärz 1815-1848*, in *Sozialwissenschaften im Studium des Rechtes*, IV. *Rechtsgeschichte* a cura di DILCHER e HORN, München, 1978, 67-82.

tazioni in campi disciplinari diversi, il difficile rapporto tra la fondamentale unità teorica della sua opera ed il complesso itinerario costruttivo in cui si venne specificando. Allo stesso modo si spiega la sua presa sulla civilistica contemporanea, tanto forte da determinare per molti versi l'orizzonte stesso in cui si mosse la Pandettistica.

Savigny, peraltro, fu ben consapevole della portata politica delle sue tesi, del loro carattere d'intervento sulla realtà tedesca del tempo suo. È una consapevolezza che si manifesta non solo negli scritti direttamente legati a questioni contingenti, ma anche in quelli di esclusivo impegno teorico e metodologico. Ad esempio, presentando la nuova rivista da lui fondata, egli così definiva l'opposizione tra gli indirizzi della scuola storica e le teorie « filosofiche » di origine illuministica: « il contrasto di queste due scuole giuridiche non può intendersi a fondo finché lo sguardo si limiti alla nostra scienza, poiché esso è invece di natura molto più generale ed è più o meno visibile in tutte le umane cose, ma principalmente in tutto ciò che appartiene alla costituzione e al governo degli Stati » (41).

Per converso, la forza dei suoi interventi nella polemica sulla codificazione non sta tanto nell'efficacia tecnica delle argomentazioni, quanto nella capacità di trasferire il dibattito su di un piano di vasto respiro, teorico e ideologico insieme. In quegli scritti (42) — com'è noto — giocavano un ruolo la valutazione della Rivoluzione francese e del giacobinismo, dell'esperienza napoleonica vissuta dalla Germania, e le preoccupazioni del ceto d'intellettuali aristocratici o alto-borghesi, cui lo stesso Savigny apparteneva, di garantirsi contro i pericoli sia del ritorno di un regime senz'altro dispotico, sia del prevalere della rivoluzione democratica (43), implicitamente adombrato nei ripetuti appelli ai principi della ragione e

(41) SAVIGNY, *Ueber den Zweck*, cit., 109.

(42) Furono raccolti da STERN, *Thibaut und Savigny. Ein programmativischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften*, Berlin, 1914; ed ora, con qualche aggiunta, da HATTENHAUER, *Thibaut und Savigny. Ihre programmativische Schriften*, München, 1973.

(43) Scriveva SAVIGNY, *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, V, Heidelberg, 1850, 239 s.: « Dai giuristi in particolare, per la natura stessa della loro professione, ci si dovrebbe attendere soprattutto, ch'essi si mostrino difensori della libertà conforme alle leggi ed avversari dell'arbitrio rivoluzionario, sia che l'arbitrio si manifesti nella forma di un'oppressione dipotica, sia che miri al rovesciamento del potere legittimo ».

della natura. Ma il problema immediato era risolto alla luce di un'ampia visione del diritto e della sua storia, di una teoria delle sue origini e del suo rapporto con lo « spirito della Nazione », che esprimevano in modo già definito alcuni nuclei centrali del pensiero savigniano e la loro portata politico-programmatica, e che costituirono un ancoraggio costante per tutte le opere pandettistiche.

La completezza degli ordinamenti giuridici, perseguita da quanti « ai nostri giorni » parlano « del bisogno di codici generali », non è per Savigny raggiungibile con lo strumento legislativo. Infatti, « non appena inizia la documentazione storica, noi vediamo che il diritto civile ha già un carattere determinato, proprio del popolo, come la sua lingua, i suoi costumi, le sue istituzioni. Queste manifestazioni, infatti, non hanno un'esistenza separata, ma sono soltanto singole forze ed attività di un popolo, indissolubilmente legate in natura, che solo alla nostra considerazione appaiono come qualità distinte. Ciò che le congiunge in un insieme è il generale convincimento del popolo, l'uguale sentimento d'intrinseca necessità, che esclude ogni idea di un'origine accidentale e arbitraria » (44). Il nesso organico del diritto con « l'essenza e il carattere del popolo si afferma però anche nel prosieguo dei tempi », sicché non « si dà mai un istante di stasi assoluta; esso è sottoposto al medesimo movimento e sviluppo di ogni altra tendenza del popolo, ed anche tale sviluppo sottostà alla medesima legge d'intrinseca necessità, che regola quella primissima manifestazione. Il diritto cresce insieme col popolo, si perfeziona con esso, ed infine perisce così come il popolo perde la propria fisionomia » (45).

Se dunque, secondo questa « nuova visione », il diritto appare come un prodotto della coscienza popolare, poi elaborato dalla giurisprudenza che la rappresenta e di fatto la sostituisce nel corso del tempo, la certezza giuridica non può essere assicurata da un intervento legislativo, che cristallizzerebbe una fase determinata dello sviluppo degli ordinamenti, senza raggiungere la completezza, di necessità impedita dall'illimitato prodursi di differenziazioni nei casi concreti. Alla parvenza di completezza materiale, affidata ad un codice, può sostituirsi invece un altro criterio, « una completezza d'altro genere », scrive Savigny, introducendo una

(44) SAVIGNY, *Vom Beruf*, cit., 8.

(45) SAVIGNY, *op. ult. cit.*, 11.

significativa metafora, tratta dai teoremi della geometria. Infatti, come in ogni triangolo « vi sono certi dati, dal rapporto dei quali tutti gli altri derivano necessariamente », così anche il diritto possiede dei « principi direttivi ». Portare alla luce tali principi « e riconoscere, a partire da essi, l'interno rapporto ed il genere di affinità tra tutti i concetti e le regole giuridiche, non solo appartiene ai compiti più difficili della nostra scienza, ma costituisce propriamente l'elemento che conferisce il carattere di scientificità al nostro lavoro » (46).

Il diritto in sostanza — ripete Savigny con un'argomentazione condivisa da tutti i pandettisti — è un tutto organico, determinato dalla continuità tra passato e presente, per cui ogni epoca deve riconoscere qualcosa di dato, necessario e libero al tempo stesso: necessario, in quanto prodotto storico che « ci domina ineluttabilmente »; libero, in quanto creazione spirituale di una forza spontanea immanente in ogni nazione (47). Perciò compito della scienza giuridica è « di risalire alle radici di ogni materiale dato, e scoprire così il suo principio organico, per modo che si separi da esso ciò che ha ancor vita da ciò che è già morto, e che solo in tal senso appartiene alla storia » (48). Tentare invece di migliorare le condizioni attuali « con un gran colpo menato dall'alto » può rovinare « l'intima essenza del nostro diritto » e soddisfare soltanto a « quell'infelice tendenza, che ha già così a lungo scavato nella vita pubblica [...], a tutto governare e sempre più voler governare », a quella smania di regolare ogni campo, di cui ciascuno ha fatto amara esperienza (49).

Non è possibile qui indagare più a fondo la concezione savignyana della scienza del diritto come scienza storica, e in particolare il rapporto, che in essa si istituiva, tra storia e sistema (50). Occorre però sottolineare alcuni profili che emergono dalle tesi esaminate finora, che divennero ricorrenti e centrali nelle dottrine dei pandettisti.

Tralasciando d'insistere ancora una volta sull'innegabile volto « quietistico » della visione continuistico-organicistica propria di

Savigny (51), o sull'aspetto formalistico e « natural-teoretico » del suo storicismo (52), occorre soprattutto notare come da un lato il compito affidato alla giurisprudenza di selezionare il materiale storico, dall'altro l'ostilità verso un intervento dello Stato nella sfera dei rapporti privati, argomentata con le ragioni della storia, del lungo sedimentarsi delle tradizioni culturali di un popolo, concorressero entrambi verso uno stesso disegno. La tesi della signoria del passato sul presente, della sua immutabilità se non attraverso l'opera lenta di una giurisprudenza che riandasse fino alle radici delle norme osservate, esprimeva infatti il proposito di rafforzare l'autonomia della società civile da ogni intervento politico, interpretato come strumento di arbitrio, capace perciò solo di turbare l'ordine etico-giuridico insito nella società stessa.

In questo disegno, dotato di un evidente spessore ideologico, si riconobbero a lungo anche i pandettisti, sino a Windscheid, col quale però la « legge », l'attività normativa dello Stato regolatrice dei rapporti privati, ricevette una nuova e più positiva considerazione. Non a caso, gli studi di diritto privato romano, la moderna scienza delle Pandette, svolsero in Germania un ruolo centrale e di orientamento per tutta la scienza giuridica quando parve crescere la sua fortuna, mentre videro progressivamente ridotta la propria incidenza via via che il progetto di affidare ai meccanismi interni alla società civile la composizione dei contrastanti interessi perdeva efficacia di fronte all'emergere prepotente, nei dibattiti politici e giuridici, dei temi dello Stato.

6. *Il sistema del diritto romano attuale.* — Secondo i civilisti tedeschi dell'Ottocento, spetta dunque alla giurisprudenza costruire le forme e gli schemi scientifici con cui leggere i rapporti sociali e proporre la regola e la definizione. Tale visione si riallacciava alle elaborazioni sistematiche del giusnaturalismo e, al di là di esse, ai tentativi avviati nello stesso senso fin dal secolo XVI. Per la parte maggiore però dipendeva dal quadro teorico

(46) SAVIGNY, *op. ult. cit.*, 22.

(47) SAVIGNY, *op. ult. cit.*, 3-4.

(48) SAVIGNY, *op. ult. cit.*, 117 s.

(49) SAVIGNY, *Stimmen für und wider neue Gesetzbücher*, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 1816, 44.

(50) Cfr. MAZZACANE, *Savigny*, cit., al quale si rinvia per la bibliografia sul tema.

(51) Cfr. WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX* (= *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, 1958), trad. it. a cura di P. L. LUCCHINI, Milano, 1974, in particolare 38 ss.

(52) Cfr. BÖCKENFÖRDE, *Die historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts*, in *Collegium Philosophicum. Studien J. Ritter*, Basel-Stuttgart, 1965, 9-36.

formalistico e
 oricismismo (52),
 e da un lato
 sprudenza di
 co, dall'altro
 llo Stato nella
 omentata con
 ngo sedimen-
 di un popolo,
 mo stesso di-
 el passato sul
 bilità se non
 giurisprudenza
 delle norme
 proposito di
 società civile
 rpretato come
 perciò solo di
 o insito nella

di un evidente
 bbero a lungo
 indscheid, col
 ità normativa
 porti privati,
 iva considera-
 liritto privato
 elle Pandette,
 centrale e di
 enza giuridica
 rtuna, mentre
 ta la propria
 to di affidare
 ietà civile la
 interessi pre-
 ergere prepo-
 giuridici, dei

ano attuale. —
 dell'Ottocento,
 enza costruire
 i con cui leg-
 ne la regola e
 allacciava alle
 usnaturalismo
 avviati nello
 I. Per la parte
 quadro teorico

giuridica nel se-
 odenlehre im 19.
 P. L. LUCCHINI,

istorische Rechts-
 chkeit des Rechts,
 J. Ritter, Basel-

stabilito da Savigny e dal significato parti-
 colare ch'egli aveva attribuito all'idea di
 'sistema'.

Nel *System des heutigen Römischen Rechts*,
 pubblicato tra il 1840 ed il 1849, Savigny
 aveva appunto configurato il sistema giuri-
 dico romanistico come fondamento dell'ana-
 lisi dei rapporti giuridici tra privati. Esso
 era infatti il solo capace di comprendere in
 sé la tradizione ed al tempo stesso di espri-
 mere la vitalità innovatrice della scienza. Il
 primato del giurista-interprete sulla legge,
 affermato sin dai tempi del *Beruf* in quanto
 garante della continuità tra passato e pre-
 sente, si precisava così nel *Sistema* come pri-
 mato di una scienza, portatrice delle idee na-
 zionali, che diventava anche strumento di
 critica e di unificazione dei diritti particolari
 e feudali.

Presentando l'opera, Savigny affermava
 esplicitamente la sua destinazione « per l'e-
 poca, in cui oggi viviamo » (53). La prefe-
 renza accordata ai materiali del diritto ro-
 mano, che da più parti veniva rimproverata
 alla scuola storica, era presto giustificata:
 « Nella sua speciale applicazione al diritto
 romano la dottrina storica non tende già,
 come da molti si afferma, ad attribuirgli una
 esagerata autorità sopra di noi; ma essa vuole
 anzitutto cercare e determinare nell'insieme
 delle nostre condizioni giuridiche ciò che è
 veramente di origine romana, affinché noi
 non ne siamo dominati senza averne coscienza:
 e quindi essa tende ad eliminare dal com-
 plesso degli elementi romani della nostra
 coscienza giuridica tutto ciò che è realmente
 morto, e che solo per un nostro malinteso
 conserva una perturbatrice apparenza di vita,
 affinché si guadagni un più libero campo per
 lo sviluppo e la salutare azione delle parti
 ancor vive dell'elemento romano » (54).

Il diritto romano, dunque, non è estraneo
 alla coscienza tedesca, ne è anzi parte inte-
 grante, per cui non è solo realtà del passato,
 morto oggetto di un'indagine puramente anti-
 quaria. È questa una convinzione destinata
 a costituire un cardine ed un presupposto di
 ogni opera pandettistica, capace tra l'altro
 di stimolare e orientare la stessa ricerca sto-
 rica, cui veniva attribuito un ruolo nuovo e
 centrale nella definizione di una moderna
 coscienza critica degli ordinamenti. E di-
 fatti, da Savigny in poi, la storiografia giu-
 ridica sul mondo antico e l'età medievale

(53) SAVIGNY, *Sistema*, cit., I, 5.

(54) SAVIGNY, *op. ult. cit.*, I, 7.

conobbe un impiego di energie, di metodi e
 tecniche, che riuscì a fondare una tradizione
 scientifica, in cui si racchiude un intero ca-
 pitolo della storia culturale europea (55).

Il diritto romano, per Savigny, era stato
 recepito in Germania per via consuetudinaria,
 sia pure con importanti esclusioni (essenzial-
 mente il diritto pubblico), ma con « chiara
 coscienza »: « l'atto più grande e notevole di
 diritto consuetudinario generale, al principio
 dei tempi moderni, era stato appunto la rece-
 zione del diritto romano ». Esso perciò andava
 considerato non solo come diritto vigente nei
 Paesi tedeschi, ma come elemento che colle-
 gava le nazioni moderne, fin da quando « la
 comune religione cristiana le aveva riunite
 tutte con invisibile legame, senza però can-
 cellare il loro carattere nazionale » (56). La
 sua 'attualità' ha perciò un duplice fonda-
 mento: « Esso ci tiene fermi sul terreno di una
 viva realtà; esso ricollega il nostro pensiero
 giuridico da una parte ad un grandioso pas-
 sato, dall'altra parte al diritto di altre nazioni
 contemporanee, colle quali così noi veniamo
 a mantenere una unione ugualmente vantag-
 giosa per ambo le parti » (57).

Intesa in tal senso l'attualità del diritto
 antico si può comprendere perché Savigny
 proponga di « usare termini tecnici di nuova
 formazione, quando il linguaggio delle fonti
 non è sufficiente ». Esse offrono il materiale,
 costituiscono il punto di partenza per l'elab-
 orazione scientifica, che rappresenta il più
 autentico compito della giurisprudenza. « Con-
 siderati perciò in tal modo, i passi citati delle
 fonti non vanno presi soltanto come prove
 dei principii stabiliti nel sistema, ma questi
 principii stessi servono di guida e di commen-
 tario ai testi citati, che, siffattamente scelti,
 ordinati e collegati con l'esposizione siste-
 matica, vengono riavvicinati al nostro modo
 di pensare, e ci riescono quindi più accessi-
 bili » (58).

Questo tipo di rapporto attualizzante con
 le fonti e la rappresentazione storica della
 « recezione » che lo giustificava, con articola-
 zioni ed approfondimenti ulteriori, furono fatti
 propri dalla Pandettistica del secolo scorso,
 che non a caso spesso apriva i propri trattati
 con una descrizione del processo di diffusione
 del diritto romano in Germania (59). Occorre

(55) Cfr. in particolare WIEACKER, *Privatrecht
 geschichte*, cit., 416 ss.

(56) SAVIGNY, *op. ult. cit.*, I, 91 ss., 99 ss.

(57) SAVIGNY, *op. ult. cit.*, VII, 4.

(58) SAVIGNY, *op. ult. cit.*, I, 25.

(59) Il tema è specificamente studiato da BEN-

però aggiungere che l'inversione dei nessi tra l'indagine storica su ordinamenti concreti e la costruzione dogmatica di un 'sistema' doveva produrre una storiografia caratteristica, ma dagli esiti non sempre felici. Le ricerche storiche ispirate dalla Pandettistica, infatti, si risolsero di frequente in un inseguire a ritroso nozioni concepite sul modello del diritto vigente e mostrarono una chiara tendenza a sovrapporre all'esame dei rapporti che collegano assetti sociali determinati con le forme giuridiche corrispondenti il vincolo obbligante di opzioni suggerite dal presente, quando non addirittura gli schemi dei suoi 'istituti' (60).

Il punto decisivo dell'attività giuridica, in tutte le sue articolazioni, sta per Savigny e per i suoi successori, da Puchta a Vangerow, a Brinz, a Dernburg, a Windscheid, nella costruzione scientifica del sistema, nel riconoscimento e nell'esposizione della connessione intrinseca ad ogni diritto. I concetti, tra loro collegati, di 'rapporto giuridico' e di 'istituto giuridico' sono i capisaldi teorici della trattazione savignyana e con essi la scienza giuridica privatistica sarà d'ora innanzi chiamata a operare. Tali concetti hanno funzione ordinante, organizzano una visione sistematica che intende la distribuzione delle materie non come « un reticolo di caselle, un comodo aggregato di materiali » di « semplice aiuto per la memoria » (61), che cerchi di « separare ciò che è diverso, ma al tempo stesso di riunire il più possibile ciò che è simile » (62). Nell'elaborazione sistematica del diritto, « se deve avere una vera utilità, la sua interna connessione deve produrre una unità » (63).

Sofferamoci per un momento su queste tesi, destinate a rappresentare il cardine delle dottrine della Pandettistica, a ispirare il suo « culto per la sistematica », a fondare in definitiva il formalismo giuridico del secolo scorso (64).

DER, *Die Rezeption des römischen Rechts im Urteil der deutschen Rechtswissenschaft*, Frankfurt am Main-Bern-Las Vegas, 1979, 54 ss.

(60) V. in proposito il bel libro di BÖCKENFÖRDE, *La storiografia costituzionale tedesca nel secolo decimono. Problematica e modelli dell'epoca*, trad. it. (sull'ed. tedesca del 1961) a cura di P. SCHIERA, Milano, 1970.

(61) SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre*, redazione di GRIMM pubblicata da WESENBERG, Stuttgart, 1951, 15 s.

(62) THIBAUT, *Ueber unnöthige Unterscheidungen und Eintheilungen*, in *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts*, I, Jena, 1798, 79 s.

(63) SAVIGNY, *loc. ult. cit.*

(64) L'espressione riportata nel testo è di ORE-

Il rapporto giuridico (il diritto in senso soggettivo) ha per Savigny « natura organica », lega cioè in una reciproca dipendenza i singoli diritti, che solo per astrazione possono essere considerati separatamente. L'« elemento propriamente razionale » dell'attività dei giuristi consiste perciò nella « viva ricostruzione del rapporto giuridico in ogni singolo caso » (65). Analogamente, anche la regola di diritto, la norma (o diritto in senso oggettivo) « ha il suo più profondo fondamento nell'intuizione dell'*istituto giuridico* ». « Se noi dunque non ci fermiamo all'immediata apparenza, ma ci addentriamo nell'essenza della cosa, riconosceremo che realmente ogni rapporto giuridico è subordinato, come a suo tipo, ad un istituto giuridico corrispondente, ed è da questo dominato nello stesso modo che il singolo giudizio dalla regola generale di diritto ». Perciò la riflessione scientifica non solo può « costruire prima separatamente i vari istituti giuridici, e combinarli poi a (suo) arbitrio », ma deve anche riconoscere « che tutti gl'istituti giuridici sono collegati in un sistema, e che solo nella grande armonia di questo sistema, nel quale si ritrova la medesima loro organica natura, possono essere completamente intesi » (66). E poiché « tutti gl'istituti giuridici stanno in correlazione gli uni cogli altri e reagiscono gli uni sugli altri », l'elaborazione sistematica deve mirare a « ristabilire l'armonia » (67) turbata da contraddizioni di origine pratica (per esempio dall'introduzione di nuove regole a fianco ad altre rimaste immutate). Dalla « forma scientifica » che essa dà alla materia, « tendente a mettere in rilievo e ad integrare l'unità insita in essa, sorge una nuova vita organica, che reagisce sulla materia stessa, sicché dalla scienza come tale deriva necessariamente una nuova forma di produzione giuridica » (68).

Il sistema dunque ha forza espansiva, è un organismo capace di produrre dogmi scientifici. Su questa concezione, articolata secondo le linee di un complesso disegno teorico, riposa il primato della giurisprudenza nell'ambito del diritto e tra le stesse forme di orga-

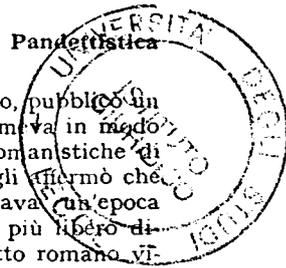
STANO, *Introduzione*, cit., 229. Sul rapporto tra Savigny ed il formalismo giuridico dell'Ottocento v. per tutti WILHELM, *op. cit.*, e WIEACKER, *op. cit.*, del quale v. anche da ultimo *Storicismo e formalismo alle origini della scienza giuridica moderna*, trad. it. a cura di A. MAZZACANE, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, IV, Milano, 1978, 891 ss.

(65) SAVIGNY, *Sistema*, cit., I, 36 s.

(66) SAVIGNY, *op. ult. cit.*, I, 38 s.

(67) SAVIGNY, *op. ult. cit.*, I, 65.

(68) SAVIGNY, *op. ult. cit.*, I, 69.



diritto in senso
tura organica »,
pendenza i sin-
razione possono
mente. L'ele-
e » dell'attività
viva ricostru-
in ogni singolo
anche la regola
to in senso og-
do fondamento
idico ». « Se noi
mediata appa-
ll'essenza della
mente ogni rap-
o, come a suo
corrispondente,
stesso modo che
ola generale di
scientifica non
eparatamente i
narli poi a (suo)
conoscere « che
collegati in un
nde armonia di
trova la mede-
possono essere
E poiché « tutti
in correlazione
o gli uni sugli
tica deve mi-
(67) turbata da
ca (per esempio
ole a fianco ad
a « forma scien-
ia, « tendente a
rare l'unità in-
vita organica,
sa, sicché dalla
sariamente una
giuridica » (68).
a espansiva, è
re dogmi scien-
ticolata secon-
isegno teorico,
idenza nell'am-
forme di orga-

nizzazione sociale. L'idea così argomentata da Savigny di un ruolo preminente della scienza giuridica e l'identificazione dell'ordinamento con il sistema del diritto romano attuale costituirono il presupposto continuamente ribadito, con sfumature o accentuazioni diverse, di tutte le opere pandettistiche. In assenza di un'attività legislativa realmente unificante, in assenza di un codice civilistico per i Paesi tedeschi (il BGB verrà promulgato solo nel 1900), spetta alla scienza, come ripeté l'Arndts fra i tanti, trarre un sistema dai materiali offerti dalle fonti, sceglierne le parti ancor vive ed organizzarne i principi in modo unitario (69).

7. *La fissazione dei metodi pandettistici: l'opera di G. F. Puchta.* — Se Savigny aveva posto ben più di semplici premesse agli svolgimenti della Pandettistica, fu il suo allievo e continuatore, Georg Friedrich Puchta, a fissare in maniera definitiva i caratteri metodologici della 'scienza del diritto romano attuale' sviluppando il pensiero del maestro in direzione di una dogmatica giuridica che influenzò la sua stessa opera ed ebbe un'incidenza generale sulla civilistica del secolo XIX (70). Egli infatti portò alle estreme conseguenze la nozione savignyana di sistema giuridico ed il connesso principio di una funzione produttiva della giurisprudenza, rispetto al quale Savigny aveva oscillato tra non poche incertezze (71).

Puchta fu tra i primi a sottolineare il carattere periodizzante e di svolta rappresentato dalle tesi del maestro, precisò ed articolò senza ambiguità o esitazioni la concezione teorica del diritto e della giurisprudenza posta da lui a fondamento della sua vi-

(69) ARNDTS, *Trattato delle Pandette* (= *Lehrbuch der Pandekten*, 1ª ed., 1852, 14ª ed., 1889), trad. it. a cura di F. SERAFINI, I, Bologna, 1877, 24.

(70) Su Puchta v. da ultimo BOHNERT, *Über die Rechtslehre Georg Friedrich Puchtas (1798-1846)*, Karlsruhe, 1975.

(71) Savigny infatti intendeva la funzione della giurisprudenza non tanto nel senso che l'elaborazione delle fonti, diretta a « trarne gli elementi d'un sistema », crei propriamente nuovo diritto, ma piuttosto nel senso che essa porti « a più chiara conoscenza il diritto che già esiste ». In ciò si manifesta « l'essenziale identità del diritto consuetudinario col diritto scientifico », che costituisce la caratteristica peculiare dei secoli moderni; in ciò si rivela la sostanziale coincidenza di diritto popolare e diritto scientifico, stabilitasi « fin dall'inizio » presso i Romani, quando la giurisprudenza « diventò l'organo principale del diritto popolare, la cui forza creatrice raramente si manifestò in seguito nella sua forma originaria ». Cfr. SAVIGNY, *Sistema*, cit., I, 107, 68 ss., 101 ss.

sione del diritto privato positivo, pubblico un trattato di *Pandette* che riassumeva in modo esemplare le nuove dottrine romanistiche di diritto civile. In quell'opera egli affermò che il *Sistema* di Savigny segnava un'epoca perché gettava le basi « per il più libero dispiegarsi della scienza del diritto romano vivente », contrassegnata da « un prevalente carattere sistematico », ma fornita anche di una coerente immagine del proprio passato, e cioè di una storia del diritto romano nell'età moderna, che è principalmente una « storia della scienza attraverso la quale, nelle concezioni complessive, come nelle singole dottrine e questioni », si è definito l'assetto del diritto romano attuale (72).

Il diritto romano infatti — sostiene Puchta — non si è affermato in Germania per un'imposizione esterna, ma con la forza della persuasione scientifica, così come la filosofia greca e tutte le antiche opere dello spirito, che hanno trovato una « nuova vita presso di noi ». Al pari di altri tesori dell'antichità, esso è diventato, in virtù dell'attività scientifica, « un bene comune di tutte le nazioni civili ed il suo uso non ha limiti nazionali » (73). Perciò la « vera trattazione » del diritto romano ai fini della giurisprudenza contemporanea « è quella che corrisponde alla doppia importanza che esso ha, come diritto del singolo popolo presso cui è ricevuto, e come diritto universale delle nazioni incivilite ». Tale significato più generale va per l'appunto considerato, senza fermarsi alla lettera del diritto romano: « Noi dobbiamo renderci liberi dalla nuda lettera e lasciarci penetrare dallo spirito » (74).

La storia del diritto dunque non giace in « un'arca sepolcrale »: essa ha uno svolgimento che segue le vicende e la trama di un'attività scientifica capace non solo di raccogliere il retaggio spirituale dell'antichità, ma anche di riconoscerci un bene comune a tutte le nazioni, e pertanto di stabilire sia il nesso che unisce i popoli attraverso le epoche, sia il genere di affinità che li lega nel presente (75). La tradizione romanistica, così idealizzata,

(72) PUCHTA, *Pandekten* (1ª ed., 1838), 7ª ed. a cura di RUDORFF, Leipzig, 1850, 15 s. Cfr. anche ID., *Recensione a SAVIGNY, Sistema*, cit., I e II, in *Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft*, 1840, 673-715.

(73) PUCHTA, *Pandekten*, cit., 1 s. Ma il tema è svolto ampiamente anche in altre opere dell'autore.

(74) Cfr., in particolare, PUCHTA, *Cursus der Institutionen* (1ª ed., 1841), 7ª ed. a cura di RUDORFF, Leipzig, 1871, 93.

(75) PUCHTA, *Institutionen*, cit., 92 s.

rapporto tra Sa-
nell'Ottocento v.
EACKER, *op. cit.*,
simo e formalismo
moderna, trad. it.
in onore di S. Pu-

diata osservanza, ma categorie generali che ordinavano il materiale stesso e si estendevano oltre la sua sfera. Alla scienza giuridica infatti, in quanto sistematica, spetta di rilevare, mediante operazioni di carattere deduttivo, la necessità logica che collega in maniera organica le parti del diritto, dentro e al di là delle fonti, e di individuare così una « genealogia dei concetti » in cui questi ultimi assumono vitalità produttiva. L'opera della giurisprudenza diventa di per sé creatrice, capace di portare alla luce, per mezzo delle sue deduzioni, quei principi giuridici nascosti nello spirito della nazione, che non sono visibili né nella coscienza immediata del popolo, né nelle sue azioni, e neppure nei precetti legislativi, bensì possono emanare soltanto da una deduzione scientifica (85). * I giuristi — conclude Puchta — sono portatori della verità della scienza; essi espongono ed applicano quelle proposizioni giuridiche che poggiano su fondamenti di natura esclusivamente interna e che hanno un'autorità anche solo in virtù della loro verità scientifica * (86).

8. *Crisi e fortune della Pandettistica.* — Non è possibile ora seguire, attraverso la 'giurisprudenza dei concetti' (87), lo svolgimento di simili dottrine sino all'affermarsi di quel positivismo giuridico che dominò tutti i campi del diritto alla fine dell'Ottocento (88). Né si può dar conto, neppure per cenni, delle resistenze, le critiche, le aperte opposizioni che via via si manifestarono nei confronti del deduttivismo logico-sistematico cui approdarono gli indirizzi della romanistica iniziata con Savigny, e che muovevano tutte, con differenze anche radicali tra loro, da una riflessione più sensibile ai problemi sociali, più attenta nel considerare le forme giuridiche come momento di organizzazione e controllo delle spinte presenti nella società (89).

(85) PUCHTA, *op. ult. cit.*, 88 ss.

(86) PUCHTA, *Vorlesungen*, cit., 42.

(87) V. l'utile antologia curata da KRAWIEZ, *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, Darmstadt, 1976.

(88) Per una sintesi critica v. da ultimo DILCHER, *Der rechtswissenschaftliche Positivismus. Wissenschaftliche Methode, Sozialphilosophie, Gesellschaftspolitik*, in *La formazione storica del diritto moderno*, cit., I, 123-148.

(89) Un panorama di tali opposizioni, che vanno dagli hegeliani, a Jhering, a Marx, alle dottrine sociologiche, utilitaristiche e socialistiche, è offerto da WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, cit., in particolare 413 ss., 423 ss., 439 ss., 447 ss.

Certo è che proprio attingendo ai concetti elaborati nell'ambito della scienza del diritto privato romano ed ai suoi criteri metodologici si vennero precisando e specificando nel corso del secolo le varie discipline giuridiche. Innanzi tutto la germanistica, che già alle origini aveva contribuito alla fondazione della scuola storica, ne aveva costituito un versante interno e complementare e si era poi sviluppata in modo simmetrico e parallelo rispetto agli orientamenti dei romanisti. Generalmente più aperti sul piano politico, più direttamente partecipi dei dibattiti del liberalismo tedesco e più disposti a modellare le proprie dottrine secondo le esigenze pratiche del processo di unificazione nazionale e di allargamento del mercato in Germania, gli studiosi di diritto germanico, dopo la 'pandettizzazione' della materia operata da Gerber (90), giunsero in seguito a monopolizzare il campo della commercialistica e del diritto finanziario.

Una vicenda analoga, meno studiata dalla storiografia, attraversarono anche il diritto penale (91) e il diritto processuale (92). Ma nella seconda metà del secolo, in modo non lineare, bensì segnato da adattamenti e ritorni, la romanistica perse progressivamente il primato tra le scienze giuridiche. La riflessione dei giuristi tedeschi, già indirizzata da Beseler e Gerber a costruire una dogmatica del diritto nazionale sganciata dai tradizionali modelli del diritto romano, tendette sempre più ad avvicinarsi al tema dello Stato e, attraverso l'estensione al diritto pubblico del metodo 'giuridico' nato originariamente nell'ambito del diritto privato, a fare della giuspubblicistica il terreno principale per il confronto critico e metodologico sul proprio sapere.

Si tratta di un itinerario che gli storici hanno indagato con ricchezza di analisi nei suoi vari aspetti: tecnici, culturali, ideologici (93). Ormai risulta ben chiaro come, al

(90) Tale aspetto dell'opera di Gerber fu posto efficacemente in rilievo da WILHELM, *Metodologia*, cit., 97 ss., ed è comunemente riconosciuto da tutti gli studiosi. Per un quadro complessivo della germanistica intorno alla metà del secolo v. da ultimo RÜCKERT, *August Ludwig Reyschers Leben und Rechtstheorie 1802-1880*, Berlin, 1974.

(91) Cfr. BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Milano, 1965.

(92) Cfr. NÖRR, *Zur Historischen Schule im Zivilprozess- und Aktionenrecht*, in *Tradition und Fortschritt im Recht. Festschrift zum 500jährigen Bestehen der Tübinger Juristenfakultät*, Tübingen, 1976, 73-89.

(93) Per tutti cfr. WILHELM, *op. cit.*; VON OERTZEN, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Posi-*

è per Puchta l'elemento di continuità e di vivente comunione tra i popoli. Sul suo fondamento, guardando piuttosto allo spirito che alla lettera del diritto romano, la scienza giuridica comprende nel suo sistema gli stessi materiali normativi dei diritti particolari (diritto consuetudinario, costituzioni del *Reich*, diritti cittadini e territoriali) e produce le forme per inquadrare tutto il diritto vigente (76).

Ogni diritto infatti si sviluppa attraverso cadenze di cui l'esperienza romana rappresenta il modello esemplare. Puchta ne aveva definito i ritmi sin dal 1823, illustrandoli e descrivendoli poi in modo più articolato nel *Gewohnheitsrecht* (77). In una prima fase, esso « vive nel popolo, semplicemente, come i suoi costumi ». Alla originaria semplicità segue il naturale determinarsi della « molteplicità », ed infine la « trattazione scientifica, che consiste nella produzione di un'unità formale: il sistema ». La valutazione esatta dei tre periodi ha un rilievo non solo scientifico, ma espressamente « politico ». La Germania si trova appunto all'inizio della terza fase, che presenta analogie sorprendenti con l'età augustea, sicché anche per essa il bisogno del momento è l'elaborazione scientifica del diritto (78).

Tale elaborazione venne definita da Puchta in modo molto netto nel prosieguo del tempo, con riferimento specifico al diritto privato romano. Il diritto infatti « è qualcosa di razionale »: contiene al suo interno « il seme del proprio completamento, attraverso i principi sui quali poggia, e attraverso la sua natura razionale, che permette di inferire da una proposizione un'altra, derivata dalla prima per interna necessità » (79). Le astrazioni giuridiche sono perciò connesse in una struttura unitaria, in un sistema chiuso che si costruisce secondo necessità logica. Si determina così l'autonomia dell'apparato concettuale del diritto positivo: « Compito della

scienza infatti è di riconoscere le regole giuridiche nel loro legame sistematico, come reciprocamente condizionate e derivanti l'una dall'altra, per ripercorrere la genealogia delle singole regole su su fino al loro principio, e del pari discendere dai principi fino alle loro più esterne ramificazioni » (80). Nel riconoscimento che proprietà del diritto è il racchiudersi delle sue massime in un tutto organico, di cui sono parte secondo rapporti d'intrinseca necessità, sta non solo l'identificazione della sua specifica « razionalità » (81), ma anche la possibilità per l'elaborazione scientifica di costruire una « piramide concettuale », di stabilire un sistema di derivazioni che lo libera da qualunque istanza esterna. Scrive Puchta: « Oggetto della scienza giuridica come scienza particolare è il diritto esclusivamente come particolare organismo, indipendentemente dalla sua proprietà come membro del tutto » (82). Più tardi Windscheid avrebbe ripetuto, in modo ancora più esplicito: « Considerazioni etiche, politiche o economiche, non sono cosa del giurista come tale » (83).

Erano così fissati i criteri teorici della giurisprudenza, la definitiva determinazione della scienza giuridica privatistica come metodologia della dogmatica, l'isolamento del sistema giuridico come condizione della sua autonomia e della sua completezza. Esse sono assicurate dalla conoscenza scientifica, che è riconoscimento del nesso interno collegante le varie parti del diritto, per cui ogni singolo elemento appare come membro del tutto, il tutto a sua volta come un corpo che si sviluppa in organi particolari. Perciò « solo la conoscenza sistematica del diritto è completa »: essa permette di comprendere le singole regole nella loro connessione organica e non come un mero aggregato di materiali. Al tempo stesso, giacché il diritto è sistema, « solo chi lo conosce come tale afferra in maniera completa la sua natura » (84).

Il passaggio definitivo verso una concezione formalistica della scienza giuridica era ormai compiuto. Tale passaggio si stabiliva a partire da un riconoscimento del diritto privato romano come orizzonte ideale da cui essa poteva trarre, per successive astrazioni, non solo elementi pratici, materiali d'imme-

(76) Esempari in proposito alcuni passaggi delle *Vorlesungen über das heutige römische Recht* (1^a ed., 1847), 6^a ed. a cura di RUDORFF, I, Leipzig, 1873-1874, 13 ss.

(77) Erlangen, I, 1828: II, 1837.

(78) PUCHTA, *Ueber die Perioden in der Rechtsgeschichte*, in *Kleine civilistische Schriften* a cura di RUDORFF, Leipzig, 1851, 135-148. Da segnalare l'accostamento (*ivi*, 143) tra Cesare e Napoleone, diretto ad interpretare la situazione tedesca contemporanea, che richiama alla mente i dibattiti su cesarismo e bonapartismo, com'è noto centrali nel pensiero politico del Vormärz ed oltre.

(79) PUCHTA, *Institutionen*, cit., 32; *Id.*, *Vorlesungen*, cit., 41.

(80) PUCHTA, *Institutionen*, cit., 33.

(81) PUCHTA, *op. ult. cit.*, 32.

(82) PUCHTA, *op. ult. cit.*, 85.

(83) WINDSCHEID, *Die Aufgaben der Rechtswissenschaft* (1884), in *Gesammelte Reden und Abhandlungen* a cura di OERTMANN, Leipzig, 1904, 101.

(84) PUCHTA, *op. ult. cit.*, 87.

di là delle ragioni di continuità tutte interne all'evolvere di paradigmi disciplinari o al perdurare di vedute politiche conservatrici presso singoli studiosi, il prolungarsi di concezioni e criteri elaborati dalla romanistica della prima metà del secolo oltre la svolta del '48, nel periodo del *Nachmärz*, ed il loro integrarsi nell'impianto teorico della giuspubblicistica, fosse radicato ben dentro gli sviluppi della società tedesca, dipendesse, in ultima analisi, dall'equilibrio determinatosi dopo la crisi che aveva investito il Paese. I mutamenti della società civile, provocati dall'espansione economica di tipo capitalistico, non trovarono uno sbocco corrispondente sul piano politico e istituzionale, la 'rivoluzione mancata', il fallimento delle politiche liberali ed il loro ridimensionamento secondo obiettivi più circoscritti, sfociarono in un compromesso precario ed instabile tra nuove forze produttive e vecchi ceti dominanti, in una difficile coesistenza tra nuovi rapporti sociali e forme politiche autoritarie e arretrate. Perciò da un lato rimasero sostanzialmente intatte le vecchie strutture con tutta la forza stringente dei loro apparati e delle loro ideologie. Dall'altro l'esigenza di comprendere quei nuovi rapporti e di assicurare un elemento oggettivo di mediazione dei contrasti di una società industriale non prese la via risoluta delle riforme e della rifondazione dello Stato, ma si affidò ancora una volta alla capacità della giurisprudenza di amalgamare le spinte, di interpretare e coordinare i mutamenti. L'individuazione di una sfera oggettiva del vivere associato, relativamente sottratta all'agire atomizzato dei singoli, rimase compito della scienza, il cui primato perdurò ancora a lungo, fondandosi sulla sua capacità di 'giuridicizzare' lo Stato attraverso la costruzione dogmatica e più in generale di costruire l'autonomia del 'giuridico' come orizzonte di certezze neutrali e separate (94).

Tralasciamo ora di considerare i dibattiti che animarono il campo del diritto pubblico. Qui basti sottolineare che il loro moltiplicarsi facendosi portatori dei progetti più ambiziosi dei giuristi di fronte alle necessità del momento tolse alla romanistica la funzione di definire e orientare sul piano teorico

tivismus, Frankfurt am Main, 1974; e da ultimo, con esauriente e opportuna utilizzazione della recente ricca storiografia non giuridica, FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979.

(94) FIORAVANTI, *op. cit.*, 127 ss.

tutto il sapere giuridico. La Pandettistica divenne una disciplina specifica, relativa al diritto privato, con un oggetto determinato dalle fonti romanistiche ed un'influenza al suo esterno sempre più circoscritta alla civilistica ed alla storiografia del diritto. Certo rimane un interrogativo, che ha formulato autorevolmente Wieacker (95) e che richiede ancora uno studio e una spiegazione approfonditi. Come mai la Pandettistica, che pure fornì gli strumenti concettuali, l'impalcatura teorica e metodologica al sapere giuridico più legato all'evolvere della società e del sistema produttivo verso le forme della società industriale capitalistica (le discipline investite dei temi dello Stato, dell'industria, del moderno commercio, della finanza), eluse in sostanza quegli stessi problemi, evitò quasi sempre di affrontarli direttamente? Una possibile direzione d'indagine — e l'indicazione non è ancora una risposta — dovrebbe probabilmente analizzare il significato del costituirsi di specialismi scientifici come forma specifica di organizzazione del potere nello Stato contemporaneo, del definirsi di una serie di competenze separate come forma particolare della sua nuova articolazione. Il formalismo dei singoli elementi del sapere giuridico, in altri termini, nella sua astrattezza e nella separazione delle varie parti, potrebbe risultare corrispondente con il separarsi dei rapporti sociali nelle forme astratte del sistema capitalistico.

Ma torniamo in modo più ravvicinato alla produzione scientifica della Pandettistica. Essa non perse la propria vitalità, anzi dominò ancora nelle università di tutta Europa i programmi scolastici (96), dette luogo, nella seconda metà dell'Ottocento, ad un susseguirsi di monografie su singoli istituti del diritto privato romano ed a un fiorire di trattati di carattere complessivo, che in generale sono stati poco studiati nel loro valore d'insieme, ma che pure rappresentarono il prodotto più autentico dell'intero indirizzo.

(95) *Pandektenwissenschaft und Industrielle Revolution* (1966), ora riunito con altri articoli in *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt am Main, 1974, 55 ss. V. anche COING, *Rechtsentwicklung und Wirtschaftsentwicklung im 19. Jahrhundert als Fragestellung für die Rechtsgeschichte*, in *Festschrift für F. Böhm*, Tübingen, 1975, 101-117.

(96) Cfr. COING, *Die Juristenausbildung der deutschen Historischen Schule als eines der Modelle des 19. Jahrhunderts*, in *L'educazione giuridica* a cura di GIULIANI e PICARDI, Perugia, 1975, 115-134; ORESTANO, *Sulla didattica giuridica in Italia tra il XIX e il XX secolo*, ivi, 135-146.

A voler riassumere i risultati principali di tale produzione, occorre sottolineare innanzi tutto l'efficacia esercitata sulla formazione dei giuristi in conseguenza del vastissimo impiego nell'insegnamento accademico. Sul piano metodologico, inoltre, diffuse una concezione del ruolo primario della giurisprudenza e della sua attività sistematica, che orientò sia l'indagine storiografica, sia l'elaborazione del diritto positivo. Infine, essa impose l'idea di una continuità del diritto romano tra le varie epoche, fondata sul carattere universale dei suoi principi, che è ancora lontana dall'essere ridiscussa in modo esauriente.

Fra i trattati di Pandette della seconda metà dell'Ottocento, quasi tutti ampliati e stampati ripetutamente, non di rado tradotti, si segnalano quelli di Arndts, Vangerow, Brinz, Bekker, Regelsberger e Dernburg (97). Ciascuno aveva caratteri di originalità nell'impianto e nelle singole dottrine, che potrebbero porsi in rilievo solo attraverso un'indagine minuziosa e analitica, in gran parte ancora da fare. Tutti però si muovevano entro il quadro teorico che si è disegnato prendendo in esame le tesi di Savigny e di Puchta e ad esse, con sfumature di diverso peso, facevano nell'insieme riferimento. L'opera più celebre della pandettistica fu comunque il *Lehrbuch des Pandektenrechts* di Windscheid (98). Pubblicato a partire dal 1862, raggiunse la forma definitiva nel 1891, con la settima edizione curata dall'autore, cui seguirono altre due e le traduzioni. Esso rappresentò la sintesi di tutta l'elaborazione dogmatica precedente e di tutte le ricerche storiche ed esegetiche della nuova tradizione romanistica: una vera e propria *summa*, si è detto, del sapere pandettistico, rispetto al quale ebbe un ruolo simile a quello della *Glossa ordinaria* rispetto alle opere dei glossatori (99).

Fondato anche su una conoscenza amplissima delle pronunce giudiziarie e presentato nelle forme armoniche di un'esposizione limpida e classica, il trattato godé di uno straordinario successo, sostituendo via via gli altri manuali e costituendo il punto di riferimento decisivo per la stessa prassi in materia civi-

listica. È forse difficile oggi rendersi conto sino in fondo dell'enorme influenza ch'ebbe l'opera nella Germania di fine secolo. Per misurarla appieno occorre ricordare come, in assenza di un codice unitario e di un'istanza giudiziaria suprema, la dottrina assunse comunque un rilievo determinante. In tale situazione le *Pandette* di Windscheid addirittura concentrarono in sé — scrive Wieacker (100) — l'autorità che oggi è divisa tra la legge, la giurisdizione di ultima istanza, la letteratura esegetica, il manuale. Tale autorità si consolidò in forme assai concrete nel 1880, quando il giurista fu chiamato a far parte della commissione per la redazione del codice civile tedesco. Egli vi esercitò un predominio assoluto, tanto da determinare non solo il primo progetto, che non a caso Otto Bähr definiva « un piccolo Windscheid », ma in sostanza anche la stesura definitiva del BGB (101).

Alla fine del secolo dunque, con l'opera di Windscheid, si ricomponeva la contrapposizione tra primato della giurisprudenza e codificazione con cui al suo aprirsi si erano annunciati i nuovi indirizzi della romanistica. Da un lato la legislazione veniva riassunta al primo posto tra le fonti nel sistema di Windscheid; dall'altro il codice prendeva una struttura sistematica, faceva propri gli 'istituti' prodotti dalla dogmatica, si poneva infine, col suo stesso dottrinarismo, in perfetta sintonia col costruttivismo logico della scienza. In tal modo l'uno e l'altra si rafforzavano vicendevolmente e si avviavano a conquistare il campo della civilistica e delle codificazioni negli altri Paesi, primo tra tutti l'Italia, dando inizio a un processo in cui si concentra una parte essenziale della storia del diritto nel corso degli ultimi cento anni. In questo senso la storia della 'fortuna' della Pandettistica si identifica con la storia stessa — per la maggior parte ancora da scrivere — del costituirsi della coscienza giuridica contemporanea.

Aldo Mazzacane

LETTERATURA. — Spunti ed accenni sulla Pandettistica, per lo più molto rapidi, si leggono, a proposito di singole dottrine, in quasi tutte le monografie dedicate in questo secolo ai vari istituti del diritto privato romano e in numerose trattazioni di diritto civile. L'unico tentativo d'insieme, ancora molto utile, di descrivere le modifiche introdotte nelle materie specifiche della civilistica, è quello di HEDEMANN, *Die*

(97) Sugli autori e le loro opere v. LANDSBERG, *Geschichte*, cit., III, 2, München-Berlin, 1910, 493 ss., 602 ss., 842 ss., 692 s. e 847 ss., 853, 931 ss.

(98) Un ampio profilo di Windscheid offre WOLF, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Tübingen, 1963, 591-621.

(99) WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, cit., 447.

(100) *Privatrechtsgeschichte*, cit., 446.

(101) Cfr. WOLF, *op. cit.*, 613; ivi riportate le parole di Bähr.

Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jahrhundert, 3 voll., Berlin, 1910, 1930, 1935. Sono infatti assai scarsi gli studi e le ricostruzioni complessive sugli aspetti tecnici, culturali e metodologici della Pandettistica.

È sempre fondamentale, per le notizie sui giuristi e le opere e per una prima valutazione critica, LANDSBERG in STINTZING und LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, III, 2, München-Berlin, 1910. V. poi i vari articoli di SCHWARZ in *Rechtsgeschichte und Gegenwart* a cura di THIEME e WIEACKER, Karlsruhe, 1960; KOSCHAKER, *L'Europa e il diritto romano*, trad. it. (sull'ed. tedesca del 1958) a cura di BISCARDI, Firenze, 1962; WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, trad. it. (sull'ed. tedesca del 1958) a cura di P. L. LUCCHINI, Milano, 1974; LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, trad. it. parziale (sull'ed. tedesca del 1960) a cura di S. VENTURA, Milano, 1966; ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1963, 204 ss.; e gli articoli dello stesso autore riuniti ora in *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna, 1978; COING, *Zur Geschichte des Privatrechtsystems*, Frankfurt am Main, 1962; ID., *Epochen der Rechtsgeschichte in Deutschland*, München, 1967, 88 ss.; WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967, 348 ss.; ID., *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt am Main, 1974; PUGLIESE, *I pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa* (Atti del terzo Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto), I, Firenze, 1977, 29-72. Benché dedicati essenzialmente al diritto pubblico, hanno un notevole rilievo al diritto pubblico, Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus, Frankfurt am Main, 1974; e FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979 (con ricchissima bibliografia).

PANE, PANIFICAZIONE E PASTA

SOMMARIO: 1. La disciplina fondamentale; la problematica della successione nel tempo delle norme di settore: generalità. — 2. La disciplina generale in materia di sostanze alimentari. — 3. La disciplina specifica della panificazione. — 4. La disciplina dell'impiego degli additivi e degli ingredienti del pane; gli avvenimenti della cronaca. — 5. L'orientamento della giurisprudenza. — 6. Enunciazione della problematica. — 7. Additivi ed ingredienti: differenziazione concettuale. — 8. La pretesa illegittimità del decreto ministeriale relativo alla regolamentazione concreta dell'impiego degli additivi e la sua disapplicazione. — 9. Analisi logica della creazione giurisprudenziale. — 10. Analisi dei poteri del Ministro per la sanità in materia di autorizzazioni relative alle sostanze alimentari. — 11. La conformità a legge dei decreti ministeriali non concertati in materia di impiego di additivi nella panificazione. — 12. Le misure di ordine amministrativo in materia di panificazione. — 13. La tutela dell'igiene nei locali destinati alla panificazione. — 14. La tutela del lavoro nei locali destinati alla panificazione. — 15. La disciplina della regolarità (di esercizio) nella produzione e vendita del pane. — 16. La disciplina della produzione e del commercio, in funzione del consumo, della pasta per usi alimentari.

1. *La disciplina fondamentale; la problematica della successione nel tempo delle norme di settore: generalità.* — La disciplina dell'attività diretta alla confezione ed alla messa a disposizione dell'utenza della sostanza alimentare denominata «pane», qualificabile come «panificazione», e la disciplina

che riguarda tale sostanza (indipendentemente, cioè, dal suo processo di produzione), in relazione alle conseguenze derivabili dal relativo suo uso, sono contenute, soprattutto, in due testi normativi, uno dei quali (l. 30 aprile 1962, n. 283) concerne l'intero genere delle sostanze alimentari e delle bevande: tale disciplina investe i relativi momenti della produzione e della vendita. La denominazione del testo è di tipo riduttivo, in quanto fa riferimento alla «disciplina igienica», tanto più che la locuzione è preceduta da altra di tipo ancor più riduttivo: «modificazioni degli articoli 242, 243, 247, 250 e 262 del testo unico delle leggi sanitarie, approvato con regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265». La verità è, però, che si è già notato, su un piano di generalità, come «varie leggi disciplinano la produzione ed il commercio delle più importanti sostanze alimentari non soltanto nell'interesse della sanità, ma anche nell'interesse dell'agricoltura, dell'industria e del commercio e perfino nell'interesse dell'amministrazione sanitaria» (1). Questa considerazione, oltre che ad una lettura «antiriduttiva» del valore del testo, sarà di ausilio riguardo a quanto risulterà, in prosieguo, in sede di esame di una «questione» interpretativa, attinente alla materia, che ha «infiammato» l'attenzione dell'opinione pubblica e provocato una colorita produzione giurisprudenziale, a livello pretorile, durante la stagione estiva del 1978, secondo quanto si andrà ad esporre in seguito (v. *infra*, § 4).

L'altro testo normativo di base ha riguardo alla materia specifica che costituisce oggetto diretto di questa trattazione. Alla specificità dell'attività, oggetto di produzione e di commercio, nonché dell'alimento, rientranti sotto l'ambito previsionale del testo cui si fa riferimento (l. 4 luglio 1967, n. 580), diversamente dal testo ricordato precedentemente, non si «aggiunge» la «riduzione», in denominazione, del «profilo» dell'interesse prospetticamente protetto, cosicché si può, senza riserva alcuna, anche sotto il profilo nominalistico, riconoscere la fondatezza dell'osservazione precedente. Pertanto, in ordine alla disciplina dell'attività di produzione e di commercio dell'alimento specifico, nonché rispetto alla disciplina di esso, inteso come bene oggetto di consumo da parte del pubblico, la gamma degli interessi da considerare protetti da tale testo non può considerarsi

(1) PAPALDO, *Alimenti e bevande (igiene degli)*, in questa *Enciclopedia*, II, 51.