

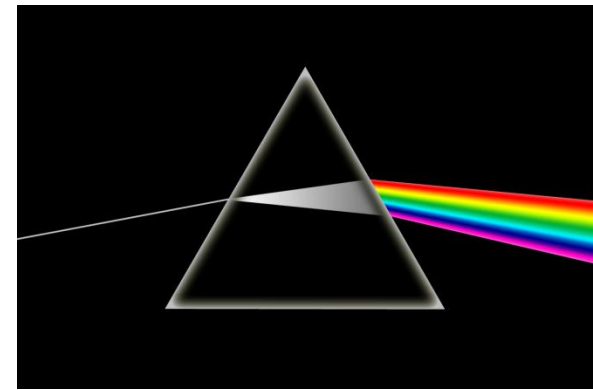


IL MODELLO TEDESCO: IL DIRITTO PRIVATO

Dott. Antonio Ianni
[antonio.ianni@unife.it]

corso di **SISTEMI GIURIDICI COMPARATI, SEDE DI ROVIGO**, a.a. 2016/17
12 Aprile 2017

VERSO IL CODICE CIVILE TEDESCO ...

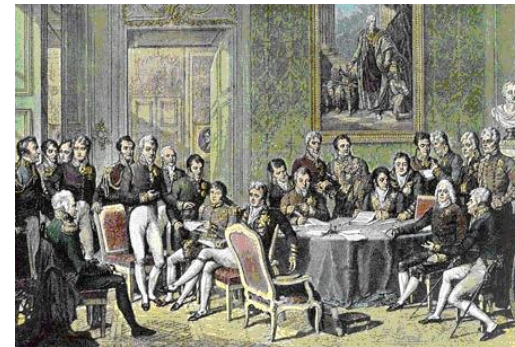


- **TEMPI, GENESI e CARATTERI** della codificazione tedesca

rappresentano la sintesi di *tensioni* ed *istanze* tra di loro differenti, ma tutte altrettanto incisive

- 1. IL CONTESTO STORICO-POLITICO**
- 2. IL CONTESTO ECONOMICO-SOCIALE**
- 3. LE RIFLESSIONI E SPECULAZIONI SCIENTIFICO-DOTTRINALI**

IL CONTESTO STORICO-POLITICO (1)



▪ Le istanze di **razionalizzazione** ed **unificazione** del diritto - espresse dall'*Illuminismo* - si dovettero confrontare con l'iniziale mancanza in Germania di uno Stato unitario, infatti:

➤ dopo il Congresso di Vienna (1815) si diede luogo alla **Confederazione germanica** [*Deutscher Bund*]: associazione tra 39 Stati liberi e sovrani, costituita nell'intento di governare le tensioni interne e organizzare la difesa comune nel caso di aggressioni esterne

➤ a **Francoforte** si insediò la **Dieta**: organismo permanente deputato alla gestione degli affari ordinari della Confederazione

➤ all'epoca, **anche l'Impero Austriaco fu Membro della Confederazione, con un ruolo di primo piano**

IL CONTESTO STORICO-POLITICO (2)



▪ Dopo i moti del 1848 (ad es. Berlino/Prussia) a **Francoforte** si insediò un'**assemblea parlamentare** [*Vorparlament*], **in un secondo momento con poteri anche costituenti** [*Frankfurter Nationalversammlung*]

➤ **il c.d. Parlamento di Francoforte** – eletto su base censitaria con rappresentanti provenienti da tutti gli Stati tedeschi – **ebbe una composizione principalmente borghese**

➤ *in particolare*, i rappresentanti eletti promossero: i) l'**unificazione** dello Stato nazionale;
ii) il **riconoscimento di diritti e libertà di stampo liberale** (libertà personale, di espressione, di stampa, di associazione, di religione)

➤ all'interno del Parlamento, ci si contrappose tra quanti avrebbero voluto unificare la Nazione sotto la guida dell'Austria (c.d. *grandi tedeschi*) e coloro che invece avrebbero preferito una guida prussiana (c.d. *piccoli tedeschi*)

IL CONTESTO STORICO-POLITICO (3)



- **Al termine dei lavori**, che produrranno anche un documento costituzionale (28 marzo 1849), **il Parlamento di Francoforte offrì la guida a Federico Guglielmo IV Re di Prussia il quale però rifiutò (27 aprile 1849)** *[la sua sarebbe infatti stata una legittimazione non più divina ma civile/concessa]*
- **Nel 1861 in Prussia salì al trono Guglielmo I (1861-1888), il quale nel 1862 nominò come Cancelliere Otto Von Bismarck** *[nel frattempo si ri-costituì la Confederazione Germanica, sempre a guida austriaca]*
- **Bismarck, attraverso una serie di campagne militari e alleanze, dapprima sconfisse l'Impero Austriaco (1866), dappoi Napoleone III/Francia (1871), conseguendo così nel giro di un decennio:**
 - 1) lo scioglimento della Confederazione germanica (1866) e quindi la separazione del destino tedesco da quello austriaco
 - 2) la creazione della *Confederazione del Nord* (1867): stato federale a guida prussiana, e con Bismarck cancelliere
 - 3) infine, **la nascita dell'Impero Tedesco [*Deutsches Reich*, 1871-1918] con Guglielmo I come Imperatore e Bismarck – ancora una volta – nel ruolo di cancelliere**

IL CONTESTO ECONOMICO-SOCIALE (1)



▪ A partire dal **1834**, fu costituita tra alcuni Stati tedeschi una **zona di libero scambio/unione doganale** [Zollverein]

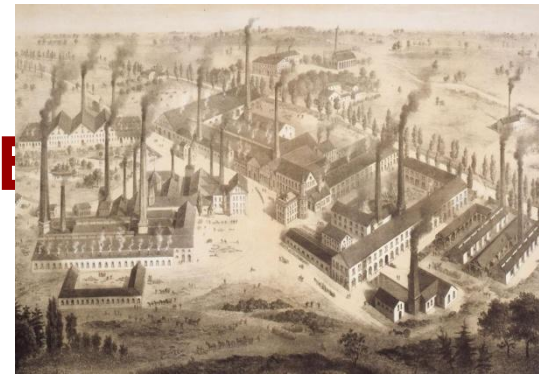
- *quindi e prima di ogni cosa, l'unione fu di carattere economico*
- **dalla zona di libero scambio rimaneva esclusa l'Austria** > il che contribuì alle tensioni che sfoceranno nel conflitto della seconda metà dell'Ottocento
- **la libertà di scambi favorì in particolare la Prussia** > la cui bilancia commerciale rispetto agli altri Stati "associati" fu quasi sempre in attivo

▪ **La zona di libero scambio – man mano estesa ad altri Stati – permise uno sviluppo economico costante ed esponenziale**

- così ad es., la rete ferroviaria crebbe fino a coprire nel 1870 circa 20 mila chilometri > nel 1839 erano appena 250
- l'impegno per i trasporti su rotaia contribuì - insieme ad altri settori - alla crescita del carbonifero (v. regione della Ruhr)

IL CONTESTO ECONOMICO-SOCIALE

(2)



- **Buona parte dei lavoratori si riversarono nei centri manifattieri ed urbani per impiegarsi nelle nuove industrie** (ad es., la popolazione della capitale prussiana – Berlino – nella metà dell'Ottocento contava già mezzo milione di persone)
 - più in generale, si assistette ad una crescita demografica che portò la popolazione verso la fine degli anni Settanta dell'Ottocento a quasi 30 milioni di individui (un dato del tutto identico a quello italiano di quegli stessi anni)
- **In mancanza di ogni meccanismo di tutela ed emancipazione sociale - anche solo in forma embrionale - la crescita si accompagnò ad (e fu agevolata da) un genere sfruttamento della neonata classe proletaria** (anche questo è un dato comune al processo di industrializzazione altrove avvenuto in Europa, Italia compresa)

IL CONTESTO ECONOMICO-SOCIALE (3)



- Il conflitto “da industrializzazione” esplose con le **rivolte europee del 1848**
- Lo stesso accadde in Germania > tuttavia, nel caso dei moti tedeschi si registrò una sorta di **contrapposizione tra ceto proletario** (per quanto in fase crescita, nel 1848 ancora poco numeroso) **e ceto medio/borghese**
- **peraltro ed in aggiunta**, gli operai dapprima riversarono la loro insofferenza nei confronti delle macchine “sfruttatrici”; invece, esigue furono le sommosse contadine
- **mentre e nel contempo**, la borghesia da un lato sembrò poco attenta alle rivendicazioni sociali (a favore piuttosto di libertà civili ed unificazione nazionale), dall'altro fu parecchio organica al sistema amministrativo-regio

IL CONTESTO ECONOMICO-SOCIALE

(4)



- Ad ogni modo, **le autorità si dimostrarono del tutto indifferenti a buona parte delle istanze sociali**

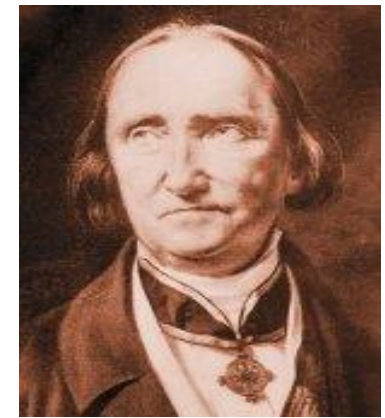
- spesso, le rivolte furono gestite con l'uso della forza (ad es., nei moti berlinesi del marzo 1848 i soldati prussiani – sparando sulla folla – uccisero circa 140 persone)

- del resto, lo stesso Parlamento di Francoforte fu impegnato principalmente nella questione dei diritti fondamentali civili/liberali e dell'unificazione nazionale

- e poi ancora: durante il lungo cancellierato di Bismarck tutt'al più furono assunti dei provvedimenti dal carattere latamente assistenziale (ad es. legge sulla assicurazione contro gli infortuni/1884), messi in campo come anestetico contro le crescenti simpatie socialiste

- Ma soprattutto, **il medesimo atteggiamento d'indifferenza** – nonostante l'acuirsi del conflitto sociale – **fu poi traslato anche nel testo del Codice Civile tedesco (!)**

FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY & LA SCUOLA STORICA (1)



- Il pensiero di **Friedrich Carl von Savigny** (1779-1861) è comunemente riconosciuto come uno dei pilastri della cultura giuridica tedesca
- dopo aver studiato ed insegnato in diverse università tedesche, **trascorse buona parte dei suoi anni di docenza** (dal 1810 al 1842) **alla Humboldt di Berlino** [tra gli altri, Karl Marx frequentò le lezioni berlinesi di Savigny]
- fu anche incaricato dalla Prussia di contribuire alla revisione della legislazione del Regno
- fin dai primi anni di impegno scientifico gli fu attribuito un ruolo di rilievo **all'interno della discussione accademica tedesca** (così in particolare dopo una sua – oramai celebre - monografia del 1803 in materia di *possesso*)

FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY & LA SCUOLA STORICA (2)



▪ Caratteri principali della CONCEZIONE (STORICA) SAVIGNIANA del Diritto:

➤ **il Diritto** - al pari della cultura e della lingua - **affonda le sue radici nella coscienza comune del popolo** > da questa ne trae fondamento e vitalità

[la similitudine tra Diritto e Linguaggio – quest'ultimo per Savigny altrettanto basato su di una pratica popolare continua e corrente – compare in molte delle opere del giurista tedesco]

➤ per **“coscienza comune del popolo”** Savigny intende **l'insieme dei costumi e delle credenze** - per l'appunto, “popolari” - **nel tempo createsi ed avvicendatesi in ragione delle diverse relazioni intercorse all'interno di una certa comunità**

Il Diritto promana **dall'insieme delle espressioni storiche** che **un determinato popolo** arriva a maturare > e quindi ovviamente **anche in chiave evolutiva** > è questo il c.d. **spirito del popolo [Volksgeist]**, concetto hegeliano cui Savigny ricorrerà in un secondo momento per meglio spiegare la sua idea di Diritto

LA POLEMICA SULLA CODIFICAZIONE: SAVIGNY VS. THIBAUT (1)



Thibaut v Savigny

■ **Nel 1814**, il romanista e civilista tedesco Anton Friedrich Justus **Thibaut** (1772-1840) – dal 1805 professore ad Heidelberg – pubblica lo scritto “***Sulla necessità di un diritto civile generale per la Germania***” > per Thibaut:

- il diritto tedesco appare troppo frammentato
- senza unificazione giuridica non è possibile giungere all'unificazione politica
- il modello da seguire è quello della codificazione francese napoleonica (del 1804)

■ **Savigny**, dal canto suo, in risposta a Thibaut pubblica - sempre nel 1814 - lo scritto “***Sulla vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza***”

LA POLEMICA SULLA CODIFICAZIONE: SAVIGNY VS. THIBAUT (2)



Thibaut v Savigny

■ Savigny costruisce la propria risposta a Thibaut in chiave storicistica:

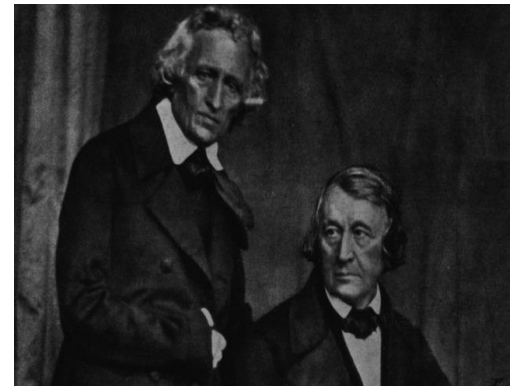
➤ se il **Diritto è una proiezione dello spirito popolare** e quindi si legittima in forza di questo, e si sviluppa e matura lungo il (per)corso storico di un certo popolo ...

➤ ... ne deriva che **ogni “ingabbiamento” del Diritto all’interno di un solo ed unico libro** (ossia il Codice) **non è altro che un artificio** ...

➤ ... **un artificio con il quale si crea una rottura (una idiosincrasia)** tra il *continuo procedere storico* e l'*immobilismo giuridico-codicistico*

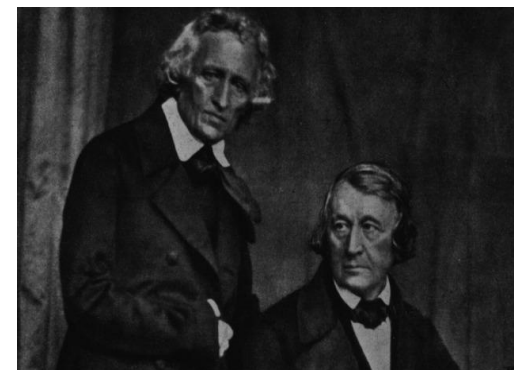
■ La c.d. “polemica sulla codificazione” non coinvolse la sola accademia giuridica > si trattava piuttosto di una riflessione più ampia sul futuro politico, sociale ed economico tedesco

ROMANISTI E GERMANISTI (1)



- Savigny non vivrà abbastanza per assistere alla “sconfitta” della sua posizione anti-codificazione
 - tuttavia contribuirà comunque, *indirettamente*, alla nascita della scuola giuridica cui si deve il Codice Civile tedesco
- ... Come?
 - Savigny – quanto alla **PARTE COSTRUTTIVA del sua teoria generale** – riteneva che fosse **compito dei GIURISTI organizzare ed ordinare** il materiale normativo nel corso della Storia prodotto dallo spirito popolare > così facendo (ri-)afferma il valore fondamentale della *scienza giuridica* [*Juristenrecht*]
- **L'insegnamento di Savigny verrà raccolto da due diversi orientamenti:**
 - **quello GERMANISTICO**, volto allo studio e alla riproposizione del diritto germanico
 - **quello ROMANISTICO**, volto allo studio e alla riproposizione del diritto romano

ROMANISTI E GERMANISTI (2)



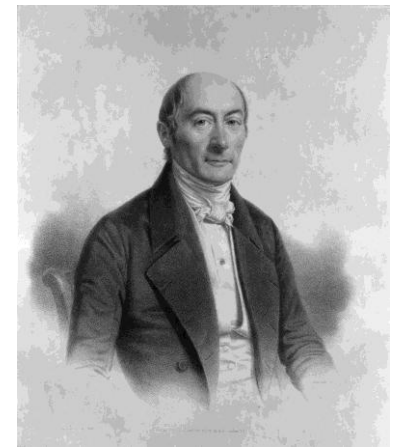
■ GERMANISTI

- Esponenti principali: **Jacob** (1785-1863) e **Wilhelm Grimm** (1786-1859); **Eduard Gans** (1797-1839); **Karl Friedrich Eichhorn** (1781-1854); **Georg Beseler** (1809-1888)
- Pensiero: **recuperare** – e quindi riproporre a seguito di sistematizzazione – **il diritto germanico cogente prima della recezione tedesca del diritto romano** (avvenuta sulla fine del XV secolo); il tutto secondo una matrice solidaristico-collettiva
- Contributo: **ad es. ed in particolare nel campo del diritto commerciale**, considerata la propensione ad attingere – in chiave funzionalista – alla prassi (anche) dei traffici economici

■ ROMANISTI

- Esponente principale: **Georg Friedrich Puchta (1798-1846)**, in gioventù fu dapprima allievo di Hegel e successivamente tra i principali di Savigny, nonché successore di quest'ultimo presso la Università Humboldt di Berlino (1842-1846). Fu profondo studioso del diritto consuetudinario, a suo dire da considerarsi come una delle massime espressioni del *Volksgeist*
- Pensiero: **recuperare** – e quindi riproporre a seguito di sistematizzazione - **il diritto romano** (in concreto quello contenuto nel *Corpus iuris civilis* così come rivisto nel corso dei secoli e specialmente durante il Medioevo, c.d. *ius commune*); il tutto secondo una matrice individualistico-privatistica
- Contributo: vedi *infra* le influenze della Pandettistica sul Codice Civile tedesco

GEORG FRIEDRICH PUCHTA & LA PANDETTISTICA (1)



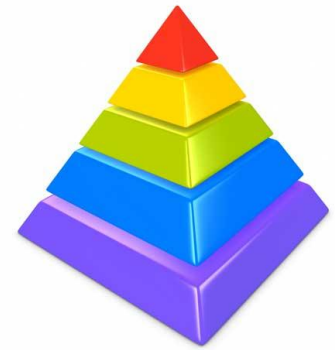
■ **Ad onor del vero, l'allievo PUCHTA coltivò una visione del Diritto che in parte lo allontanò dalla prospettiva storicistica del maestro F. von Savigny:**

- Da un lato, proseguì il pensiero di Savigny, **anch'egli idealizzando il Diritto Romano**
 - Diritto Romano che aveva avuto origine presso il popolo ...
 - ... dopo si era tramutato in una serie di ordinamenti (attraverso la sua diffusione e ramificazione lungo l'intero arco europeo) appartenenti alle nazioni "civili"

Di questo "prezioso" patrimonio culturale la scienza giuridica avrebbe dovuto cogliere l'essenza, ossia i Principi sui quali si poggia, ed infine inquadrare – entro tali Principi – tutto il diritto vigente

- Dall'altro, alla fine PUCHTA si impegnò principalmente/esclusivamente nella costruzione di un sistema (normativo) composto da concetti tra di loro coerenti, organizzati secondo una scala di astrazione sempre più raffinata > applicando dunque la logica formale alla speculazione/riflessione/metodologia giuridica ...
 - ... **il tutto conduce inevitabilmente ad un distacco dalla matrice culturale (popolare) del Diritto > il Diritto cessa di essere "mera" proiezione dello spirito popolare per divenire piuttosto una dimensione sostanzialmente autoreferenziale**, ossia una costruzione dogmatica che si auto-giustifica e auto-legittima

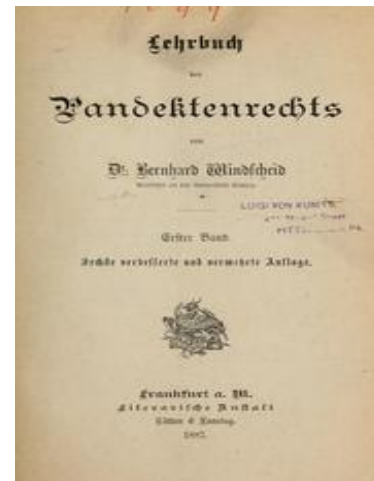
GEORG FRIEDRICH PUCHTA & LA PANDETTISTICA (2)



In sintesi:

- PUCHTA innanzitutto muove dal Diritto Romano, cercando all'interno di esso delle costanti generali, ovvero dei concetti generali e generici che egli arriva a confezionare ragionando per astrazione
 - così ad es. si ricava **il concetto generale di diritto soggettivo**, da intendersi come relazione di potere giuridico esercitabile nei confronti di un'altra persona o su di una cosa
 - entro tale concetto generale – che, una volta circoscritto nella sua nozione rimane immutabile – si inquadrano tutti i concetti rispetto a questo *derivati* e ad esso *riconducibili* (ad. es. diritto di proprietà e diritto di credito)
- Lo schema logico sopra sintetizzato – che nel contempo è sia deduttivo che induttivo – “non è altro” che la c.d. **piramide concettuale** [Begriffspyramide] > piramide alla quale PUCHTA deve parte della sua fama scientifica

GEORG FRIEDRICH PUCHTA & LA PANDETTISTICA (3)



LA SECONDA GENERAZIONE DELLA PANDETTISTICA

▪ La costruzione di PUCHTA fu poi ulteriormente raffinata da alcuni giuristi della “generazione” successiva:

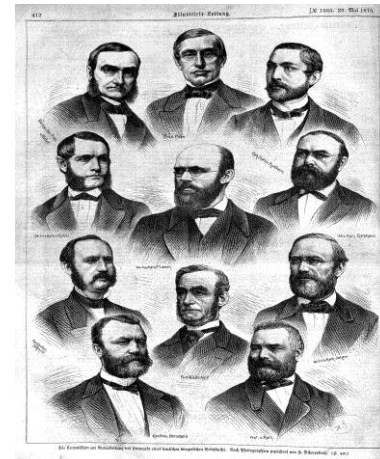
➤ **Karl Adolf von Vangerow** (1808-1870); **Heinrich Dernburg** (1829-1907) **Ernst Ferdinand Regelsberger** (1831-1911); **Immanuel Bekker** (1827-1916); **Bernhard Windscheid** (1817-1892)

➤ in particolare, **WINDSCHEID** prese parte al primo progetto di redazione del **Codice Civile tedesco** > in quella prima proposta si ritrovano molte delle teorizzazioni che WINDSCHEID aveva espresso nella sua opera “**Manuale del diritto delle Pandette**” [*Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1861-1870]

▪ La Scuola giuridica di cui stiamo discutendo – *Pandettistica* – prende il nome dal fatto che i suoi esponenti si dedicarono, nel senso prima spiegato, allo studio del *Corpus iuris civilis* di **Giustiniano**, ed in particolare alla parte del *Corpus* denominata **Pandette** (come “confermato” anche dall’opera principale partorita da Windscheid)

➤ in senso denigratorio la Scuola venne anche chiamata (“etichettata”) **GIURISPRUDENZA DEI CONCETTI** [*Begriffsjurisprudenz*]

IL CODICE CIVILE TEDESCO [*Bürgerliches Gesetzbuch/BGB*] (1)



- Una volta raggiunta l'*Unificazione nazionale* (1871), cominciarono i lavori per la redazione del Codice Civile

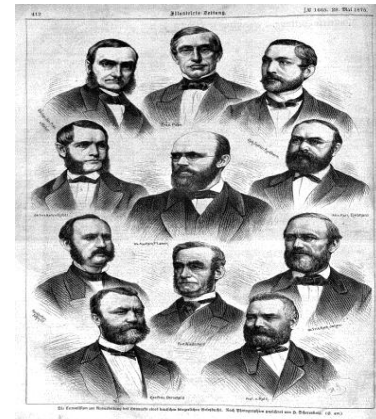
➤ A tal fine, nel febbraio 1874 venne insediata una prima commissione composta da 11 membri: 6 giudici delle Corti imperiali, 3 alti funzionari dello Stato e 2 docenti universitari (uno dei quali era proprio il già menzionato Windscheid)

- Il testo partorito nel 1887 dalla prima commissione – e quindi dopo oltre un decennio di lavoro – fu oggetto di parecchie critiche per:

i) la sua impostazione eccessivamente dogmatica/dottrinale (così ad es. per ciò che riguardava il sistema di rinvii interni tra sezione generale e sezioni particolari);

ii) il linguaggio troppo astratto e tecnicistico

IL CODICE CIVILE TEDESCO [*Bürgerliches Gesetzbuch/BGB*] (2)



- A fronte delle critiche ricevute, **nel 1890 si decise per una seconda commissione**, dalla composizione quantitativamente (24 membri in luogo degli 11 originali) e qualitativamente differente (erano presenti anche rappresentanti del mondo industriale e fondiario; non era presente Windscheid)
 - **la seconda commissione cercò di porre rimedio ai difetti del primo documento, anche se le modifiche rispetto alla prima proposta furono sostanzialmente minime**
- Il testo della seconda commissione (1895), a seguito di alcune ulteriori marginali modifiche, **venne poi presentato nel 1896 – come terzo progetto – a favore del Reichstag** (ovverosia, l'assemblea parlamentare a suffragio universale dell'Impero): venne approvato con il voto contrario di tutti i 42 i socialdemocratici presenti
 - da ultimo, **il progetto licenziato dal Reichstag venne trasmesso al Bundesrat** (l'organo di rappresentanza dei vari territori locali) che nell'agosto del 1896: i) approvò gli emendamenti decisi dal Reichstag; ii) approvò definitivamente il testo
- Alla luce di quella che fu la volontà dell'Imperatore [*Kaiser*], intenzionato così ad inaugurare un secolo di prosperità e magnificenza per la Germania finalmente unificata,

il BGB entrò in vigore il 1 Gennaio del 1900

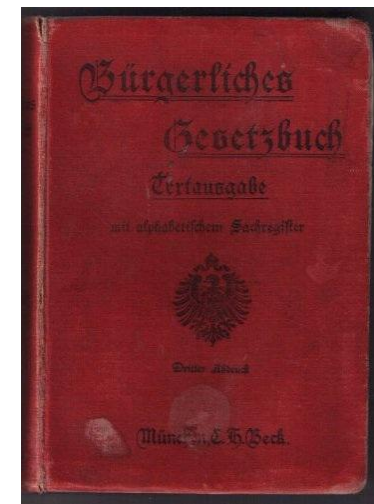
**Bürgerliches
Gesetzbuch**
Drittausgabe
mit alphabetischem Sachregister

Dritter Abdruck
München, J. F. Beck.

IL PRIMO LIBRO (§§ 1-240) contiene la c.d. PARTE GENERALE [Allgemeiner Teil]

- all'interno della Parte Generale sono racchiusi alcuni **istituti fondamentali (per lo più) di elaborazione squisitamente pandettistica**
 - norme generali sulla PERSONA FISICA e sulla PERSONA GIURIDICA
 - alcune definizioni in materia di COSE/BENI
 - ... ma soprattutto la disciplina generale del NEGOZIO GIURIDICO [*Rechtsgeschäft*, §§ 116-144]: la dichiarazione di volontà (espressione per eccellenza della c.d. *potenza normativa dell'individuo*) diretta a creare effetti giuridici di varia natura > categoria alla quale si riconducono il contratto (ed i vari singoli contratti), il matrimonio, il testamento, etc.
- **la Parte Generale funziona come contenitore di norme comuni che – salvo eccezione esplicita – si applicano ad ogni possibile situazione/relazione giuridica particolare:** così ad es. la disciplina generale sull'invalidità del negozio giuridico si impone per buona parte dei tipi contrattuali (disciplinati nel Libro Secondo)

IL CODICE CIVILE TEDESCO [*Bürgerliches Gesetzbuch/BGB*] (4)



IL SECONDO LIBRO (§§ 241-853) è dedicato alle OBBLIGAZIONI

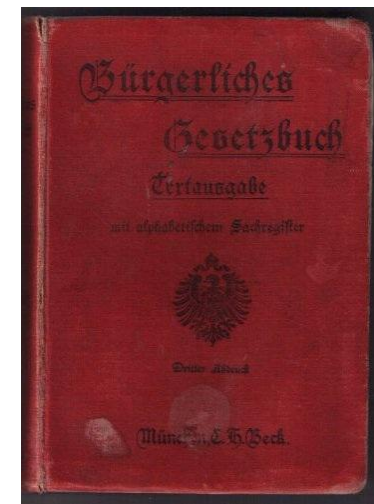
- disciplina dei RAPPORTI OBBLIGATORI
- disciplina dei CONTRATTI (compravendita, locazione, etc.)

*[... la disciplina dei rapporti contrattuali – anche letta alla luce della Parte Generale – è improntata ad una sostanziale **libertà ed uguaglianza (formale) contrattuale**]*

- disciplina della RESPONSABILITÀ CIVILE

*[modello della **tipicità dell'illecito** - beni esplicitamente tutelati: vita, corpo, salute, libertà, proprietà ... od altro diritto altrui/ § 823]*

IL CODICE CIVILE TEDESCO [*Bürgerliches Gesetzbuch/BGB*] (5)



IL TERZO LIBRO (§§ 854-1296) è dedicato ai DIRITTI SUI BENI

➤ quindi DIRITTI REALI e POSSESSO

[disciplina ispirata da una **logica (abbastanza) individualistica** (così ad es. al § 903 dedicato alle *facoltà esclusive del proprietario*; il BGB rinuncia a definire la proprietà)]

IL QUARTO LIBRO (§§ 1297-1921) è dedicato al DIRITTO DI FAMIGLIA

IL QUINTO LIBRO (§§ 1922-2385) è dedicato al DIRITTO SUCCESSORIO

- In materia sia **familiare** che **successoria** si veicola una visione conservatrice/reazionaria e patriarcale: subordinazione della donna e discriminazione tra figli c.d. naturali e figli c.d. legittimi (a tutto favore dei secondi)]
- N.B. > per entrambe le materie sono intervenute delle riforme: famiglia(1977); filiazione (2010)

LE IDEOLOGIE DEL BGB (1)

Il BGB è connotato da una logica (cumulativamente)



- **INDIVIDUALISTICA**: si pensi alla disciplina del **NEGOZIO GIURIDICO**
 - Negozio giuridico da intendersi come atto di volontà "suprema" del soggetto > dunque si spiega la scelta di non incidere (salvo eccezioni) sull'esercizio di tale volontà (ad es. in materia eterointegrazione dei rapporti contrattuali)
- **BORGHESE-PROPRIETARIA**: si pensi alla disciplina della **PROPRIETÀ PRIVATA**
 - così nel caso delle facoltà proprietarie: diritto proprietario da esercitare come meglio si ritiene, con il potere di escludere ogni ingerenza di soggetti terzi
- **LIBERISTA**: si pensi alla disciplina del **CONTRATTO**
 - dove non viene inserito alcun correttivo a favore del contraente debole per l'eventuale situazione di c.d. *asimmetria sociale* > nulla ad esempio e' previsto a tutela del contraente-lavoratore subordinato > dunque eguaglianza meramente formale e intangibilità della libertà contrattuale
- **CONSERVATRICE**: si pensi alla disciplina del DIRITTO DI FAMIGLIA E SUCCESSORIO

Da qui le dure critiche espresse – fin dal primo progetto di Codice – da **Anton Menger** [1841-1906; giurista austriaco, esponente del c.d. *Socialismo Giuridico*] e da **Otto von Gierke** [1841-1921; germanista - all'epoca del documento della prima commissione parlò di un testo bisognoso di «una goccia di olio socialista»]

LE IDEOLOGIE DEL BGB (2)



■ Il BGB è un prodotto interamente pandettistico

- **ARCHITETTURA/SISTEMATICA:** si pensi al rapporto tra Parte Generale e Libri successivi
- **SINTASSI:** si pensi all'utilizzo della tecnica del rinvio
 - ogni ripetizione viene puntualmente evitata richiamando i paragrafi che riguardano quel certo istituto > di conseguenza, la lettura e la comprensione (specialmente per un non-giurista) risultano tutt'altro che agevoli
- **LINGUAGGIO:** si pensi all'utilizzo di termini e concetti dall'altissima raffinatezza tecnica e dall'elevato astrattualismo
 - una lingua giuridica *programmata dal e diretta al* solo giurista professionista > peraltro molti dei concetti generali non vengono definiti, lasciando così campo libero all'intervento della Dottrina – unica deputata al chiarimento – in un secondo momento (= Dottrina come fonte principale del diritto civile tedesco)
- Da qui il commento di **Otto von Gierke** (invero, riferito al primo progetto): si tratta di un «**compendio di pandette tradotto in paragrafi di legge**»

CONTRO E OLTRE LA PANDETTISTICA: RUDOLF VON JHERING E LO SCOPO NEL DIRITTO



■ **Rudolf von Jhering** (1818-1892) fu un giurista tedesco, docente presso diverse università della Germania e a Vienna

➤ **inizialmente sposò la Pandettistica** (del maestro PUCHTA): in uno dei suoi primi scritti parlò addirittura di «concetti giuridici che si accoppiano e ne generano di nuovi»

➤ **in un secondo momento** – pur conservando una visione storicistica/savignana – **si allontanò dalla Dogmatica**: nel suo celebre volume “**Lo scopo nel diritto**” [*Der Zweck im Recht*] rifiutò il concettualismo, affermando nel contempo che «creatore di tutto il diritto è lo scopo ... ossia [scopo come] un motivo pratico»

➤ gli scopi sono per JHERING le diverse esigenze ed interessi che provengono dalla vita sociale > a questi interessi il Giurista deve guardare quando (ad es.) si impegna nella definizione di una regola contrattuale > solo una volta individuata una regola che sia funzionale agli interessi che di volta in volta si vogliono tutelare allora si potrà ricavare una determinata definizione che racchiuda quella data ipotesi giuridica > mai viceversa!

CONTRO E OLTRE LA PANDETTISTICA: LA GIURISPRUDENZA DEGLI INTERESSI



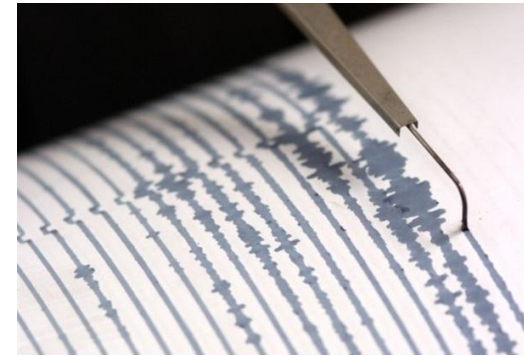
- Il punto di arrivo cui giunse JHERING fu poi raccolto e sviluppato dagli studiosi della **c.d. Scuola di Tubinga**, anche meglio conosciuta come **Giurisprudenza degli Interessi** [*Interessenjurisprudenz*]
- Principale esponente: **PHILIPP HECK** (1858-1943), docente negli ultimi anni della sua carriera (1901-1928) presso l'Università di Tubinga > fu Heck a coniare (con intento dispregiativo) l'espressione *Giurisprudenza dei Concetti* con riferimento alla Pandettistica e al suo CONCETTUALISMO estremo
 - secondo HECK: i) **scopo primario** della scienza giuridica è preoccuparsi del soddisfacimento degli interessi di vita (materiali ed ideali) espressi dalla comunità sociale; ii) **la legislazione rifletterà** (deve riflettere!) **la composizione di tali interessi così come questi si impongono** (e specularmente spesso taluni soccombono) **nella dialettica pubblica-politica**
- **L'interprete** – *in primis* il Giudice – **dovrà ricavare rispetto al caso di specie una regola che concretizzi il contemperamento degli interessi così come questo è stato accolto a livello generale dal Legislatore all'interno della disposizione** > dunque l'interprete **NON** è svincolato rispetto alle scelte “valoriali” compiute dal Legislatore

CONTRO E OLTRE LA PANDETTISTICA: LA SCUOLA DEL DIRITTO LIBERO



- **Nel 1855** il processualista tedesco **Oskar von Bülow** (1837-1907) pubblica uno scritto dal titolo “**Legge ed ufficio del giudice**” [*Richteramt*]: secondo il giurista la disposizione legislativa non crea essa stessa diritto, ma permette che a crearlo – da ultimo – sia il Giudice con la regola espressa in sentenza (il che significa tuttavia che la Legge pur sempre circoscrive l’ambito di azione del Giudice)
- Seguendo queste prime riflessioni, altri parleranno poi di “libera scienza del diritto”: in particolare, **EUGEN EHRlich** (1862-1922) e **HERMANN KANTOROWICZ** (1877-1940) > indicati come esponenti, per l’appunto, della c.d. **Scuola del diritto libero** [*Freirechtsschule*]
 - **LIBERA SCIENZA DEL DIRITTO** da intendersi come **possibilità che dinanzi ad una lacuna [o ad un’anomia assoluta], il Giurista possa individuare la regola pertinente, attraverso l’osservazione sociologica del comportamento degli individui** (ad es. contesto familiare) > e quindi “offrire” questa regola al Giudice (che si troverà al cospetto di una norma di stretta derivazione sociale) > il che però NON vuol dire essere del tutto svincolati da eventuali scelte normative espresse, sostituendosi integralmente al Legislatore (=libertà condizionata del giurista!)

BGB: UN CODICE IN SOMMOVIMENTO



NOTA BENE: per una disamina sul ruolo essenziale ricoperto dalle CLAUSOLE GENERALI presenti nel BGB si rimanda alla SECONDA PARTE del corso (DIRITTO PUBBLICO) quando si discuterà del loro rapporto con la Costituzione Federale del 1949 (*Drittwirkung*)

- Talvolta, e nonostante la presenza delle clausole (evolutive) generali, il Legislatore nazionale, negli anni, ha ritenuto di dover intervenire per **novellare** alcune porzioni del BGB > ad es., nel caso della già citata riforma del diritto familiare e della filiazione
- Alcune volte, gli interventi sono stati il frutto del recepimento di talune normative sovranazionali europee > così ad es. in relazione all'implementazione delle numerose *Direttive in materia di tutela del consumatore*: nel gennaio 2001, con intenti di "riordino" della disciplina, venne approvata la *Legge sulla modernizzazione del diritto delle obbligazioni* [*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, entrata in vigore nel 2002] > in sostanza si riscrive quasi integralmente il Libro II (... e si interviene anche su di alcune norme della Parte Generale)

LA CIRCOLAZIONE DEL MODELLO TEDESCO. *UNA PANORAMICA SELETTIVA*



■ CIRCOLAZIONE ED INFLUENZA IN EUROPA (alcuni esempi significativi)

- **AUSTRIA:** influenza della Pandettistica in occasione delle novelle del 1914-16 al Codice Civile (ABGB)
- **ITALIA:** influenza della Pandettistica sulla Civilistica che contribuì al confezionamento del Codice Civile del 1942
- **PORTOGALLO:** influenza sulla codificazione del 1966, nella quale è presente (come nel BGB) una Parte Generale

■ CIRCOLAZIONE ED INFLUENZA FUORI DALL'EUROPA (alcuni esempi significativi)

- **BRASILE:** influenza sulla codificazione del 1916, nella quale è presente (come nel BGB) una Parte Generale (e lo stesso dicasi per il nuovo Codice del 2002)
- **GIAPPONE:** recezione pressoché letterale di buona parte del BGB; sono del tutto originali ed autoctoni solo il Diritto di Famiglia e delle Successioni
- **CINA:** influenza della Pandettistica sui recentissimi Progetti di Codificazione, non da ultimo attraverso il lavoro di romanisti italiani
- **USA:** influenza sul pensiero di CHRISTOPHER C. LANGDELL (1826-1906), e quindi (specialmente in ambito metodologico/didattico) sull'organizzazione della formazione universitaria del giurista