

# Rechtsgeschichte

[www.rg.mpg.de](http://www.rg.mpg.de)

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg14>  
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte Rg 14 (2009)  
<http://dx.doi.org/10.12946/rg14/212-215>

Rg **14** 2009 212–215

**Olindo De Napoli**

## Blick zurück auf die Krise

anderen Wissensformen, alternativ: der Nichtbeachtung und Abschottung gegen sie. So weit ist man noch nicht. Es bleibt daher in den meisten Fällen bei der immanenten Rekonstruktion

von Expertendiskursen, d. h. methodisch und perspektivisch beim Alten. Das kann – wie hier – trotzdem interessant sein.

**Miloš Vec**

## Blick zurück auf die Krise\*

Il tema del saggio è di estremo interesse: è un'indagine sulla crisi dell'ermeneutica, la reinterpretazione dell'eredità romanistica nei nuovi orizzonti del diritto civile e, più in generale, il rapporto tra storia e dogma nella dottrina italiana del primo Novecento, spesso influenzata, nei momenti di crisi e di svolta, da quella tedesca. Una delle tesi di fondo dell'Autore è che vi sia nella cultura giuridica un »problema di identità disciplinare« (18) relativo alla funzione della tradizione romanistica, che attraversa una fase di crisi, in un percorso che porterà sempre più all'affermazione dell'inadeguatezza del legame tra legislazione civile e diritto romano.

Si sostiene significativamente, aldilà di interpretazioni che hanno visto nella codificazione del 1942 l'espressione del diritto privato romano elaborato dalla Pandettistica, che nelle vicende della scienza giuridica tra Otto e Novecento, si verificarono chiari fattori di disgregazione della tradizione romanistica che, pure, non si affermarono immediatamente. È fondamentale il problema del rapporto tra storia e dogma che segna i tratti di questa crisi.

Così l'Autore svolge la sua analisi prendendo in considerazione il pensiero dei grandi giuristi della prima metà del secolo, specie riguardo ai problemi ermeneutici suscitati nell'analisi di istituti romanistici, a partire da Pietro Bonfante, maestro di una intera generazione di giuristi.

Bonfante affermava il legame vivo e organico degli istituti giuridici con la storia »intesa come scienza naturalistica«; in una visione naturalistica e finalistica, la ricerca romanistica continuava a risultare fondamento del diritto vigente. Criticando la scarsa penetrazione storica degli studi ottocenteschi, segnati dall'ottica disgiuntiva stato/società e diritto privato/diritto pubblico, e quindi rea di applicare categorie posticce al passato (poiché nozioni come stato, diritto, economia sono il frutto di un'elaborazione ben più recente), egli si distinse per aver propugnato che le categorie e la terminologia impiegata nella ricostruzione storica si deducessero dalle fonti stesse, in un atteggiamento antiidealistico; l'idealismo, infatti, poneva la storia in antitesi con la dommatica. Lo storicismo bonfantiano è intriso di evolucionismo: »gli istituti giuridici si svilupperebbero secondo modalità e forme affini a quelle tipiche dell'evoluzione biologica« (30), con un'attenzione diretta alla funzione storica dell'istituto giuridico. Comunque, l'elemento storico e quello formalizzante non sono in contrasto, perchè essi risultano momenti diversi di una stessa ricerca. Ne deriva l'idea dell'irrinunciabilità della storicità per la dottrina, e dell'indagine storico-filologica come strumento di scientificità della dommatica. In questo processo di valorizzazione della storicità, un ruolo importante ebbe Salvatore Riccobono, »ferma-

\* MASSIMO NARDOZZA, Tradizione romanistica e »dommatica« moderna. Percorsi della romano-civilistica italiana nel primo Novecento, Torino: Giappichelli 2007, VI, 143 S., ISBN 978-88-348-7418-9

mente convinto del valore *sub specie aeternitatis* del diritto romano (« 36 in nota), i cui studi erano tutti tesi a cogliere il moto interno del pensiero dei giuristi; si contestava radicalmente l'utilizzazione di categorie metastoriche valide in assoluto, giacché esse sono da considerarsi prodotti storici, da analizzarsi, quindi, nel loro processo genetico.

Nardoza analizza poi le correnti responsabili, già dalla fine dell'Ottocento, della crisi del diritto romano come scienza attuale, dall'idealismo di Croce e Gentile, che riducevano il giuridico nell'economia il primo e nell'etica il secondo, negandovi autonomia (la giurisprudenza era intesa come mera tecnica), al positivismo giuridico e alle scuole sociologiche del diritto, tutte volte alla tutela dei bisogni sociali a scapito del diritto individuale. Dal punto di vista metodologico ciò comportava l'apertura alle scienze positive e al contempo la critica alla Pandettistica nel suo sforzo attualizzante. Il dibattito metodologico si estendeva all'intero contesto delle scienze sociali e alla distinzione tra giuridico ed empirico. Con la crisi dello stato liberale si moltiplicavano le voci favorevoli ad un «codice privato sociale» che, rinnegando il presupposto individualistico, subordinasse il diritto soggettivo al vantaggio e alla difesa sociale: l'attacco al diritto soggettivo si esplicava anche attraverso il tema dell'«abuso di diritto». Si iniziò così a delineare una teoria della relatività dei diritti, in un atteggiamento generale ostile al diritto romano, che appariva alla scuola sociologica un ostacolo da abbattere. Salvioli, ad esempio, parlava del diritto romano come «diritto dei forti e delle diseguaglianze», e allo stesso modo Scolari lo intendeva come qualcosa di cui liberarsi. Da qui l'atteggiamento di difesa dei romanisti fin dal primo Novecento, inteso a sottolineare la vitalità del diritto romano ed anche a proteggere

le fondamenta individualistiche del diritto, pur nelle correzioni orientate al «sociale» che era necessario porre. Da queste polemiche derivò una vera crisi della romanistica, il cui ruolo attualizzante era messo in discussione, giacché sempre più si sosteneva che essa dovesse dedicarsi unicamente all'ambito storiografico, mettendo da parte la prospettiva fondativa ed interpretativa del diritto vigente.

Fu il paradigma interpretativo di Vittorio Scialoja a rappresentare la svolta rinnovatrice negli studi romanistici, come una risposta a questa crisi. Dal richiamo a Savigny veniva a Scialoja l'idea del diritto come scienza autofondata e autofondante; questi si assunse in qualche modo il compito di coniugare scientificità e prassi, senza astrazioni fuorvianti, poiché la scienza giuridica è immanente nella storicità. L'affermata universalità del diritto romano non è quindi dovuta a ragioni metafisiche, ma è la causa della sua sopravvivenza al crollo dell'edificio politico che l'aveva prodotto, fino a generare il diritto civile moderno. Il diritto romano è il *servus servorum* del sapere giuridico, in un'ottica che, pur nella storicizzazione, non rinuncia all'aspirazione a un sapere giuridico universale.

La visione storicistica portò, poi, ad una critica fortemente antidogmatica nel pensiero di giuristi come Biondo Biondi e Pietro De Francisci. Sarà soprattutto il primo, in polemica con Emilio Betti, ad assumere una posizione antidogmatica, in considerazione della storicità dei concetti giuridici, ponendo fortemente e in modo assai critico il problema dell'uso delle categorie nella dommatica moderna: si stigmatizzava l'atteggiamento di chi interpretava il passato con le categorie dommatiche appartenenti al proprio contesto ed epoca, senza «spogliarsene». La storia del diritto si qualifica, invece, essenzialmente come indagine *ricostruttiva*, in una pro-

spettiva compiutamente diacronica, contro la dommatica vigente che ha necessariamente carattere *costruttivo*. Al contrario, altri affermavano l'impraticabilità di un siffatto approccio puramente storicistico: per Arangio Ruiz vi sono delle esigenze del pensiero »imprescindibili«; Betti sottolineava la necessità dell'uso della logica del presente nell'interpretazione del passato. Nardoza si diffonde a lungo sul pensiero di Betti, la cui ermeneusi risulta effettivamente un punto fondamentale nella storia e nella filosofia del diritto. Non si fa storia del diritto senza la previa utilizzazione degli strumenti concettuali disponibili nel presente, e l'idea di »spogliarsene« è mera illusione. Tale considerazione, però, non comportava un ritorno alla Pandettistica, bensì un suo superamento. Il concetto odierno può essere utilizzato in riferimento al passato aldilà della ricorrenza del *nomen juris*, nella misura in cui ne rispecchi l'intima struttura. Forse l'aspetto più innovativo del pensiero di Betti consistè nell'aver invertito i ruoli di diritto romano e diritto moderno: non è il primo che fonda il secondo, ma è a partire dalle categorie elaborate dal secondo che è possibile interpretare il primo; si afferma così »l'incontrovertibile primato »logico« della scienza giuridica moderna su quella antica« (74). Altro punto qualificante della riflessione bettiana, ma anche di De Francisci, è la non riduzione del diritto nella legge, in un atteggiamento antipositivistico: il diritto è il diritto romano elaborato e poi rinnovato dalla scienza giuridica. Ne derivava evidentemente un'accentuazione della funzione di ceto dei giuristi. Per De Francisci, vicino all'istituzionismo di Santi Romano, la dommatica non può fondarsi sulla legge, perchè sarebbe una semplificazione che impedirebbe di vedere la molteplicità dei principi e delle stratificazioni giuridiche; di conseguenza non è lo stato che può circoscrivere

l'esperienza giuridica. Al contrario il diritto è identificato essenzialmente nell'organizzazione, in un'ottica che vede maturare una teoria del diritto sociologica, non dogmatica: si esclude, quindi, l'autosufficienza epistemologica della giurisprudenza, in quanto non si può prescindere dal dato storico che rintraccia le origini delle costruzioni.

L'autore vuole ricondurre le posizioni dei due giuristi al fenomeno più ampio della »crisi del diritto romano«. Tale fenomeno, vedrà mutare dagli anni Trenta l'assunto per il quale il diritto romano è essenzialmente un diritto civile caratterizzato dalla universalità (era l'idea, tra gli ultimi, di Filippo Vassalli). La cesura, l'abbandono di un paradigma, è segnata dall'opera di Francesco Santoro Passarelli, che ne *Le dottrine generali del diritto civile* isolava in modo scientifico i concetti »puri« utili a descrivere qualsiasi materiale normativo, slegando tali concetti dall'esperienza del passato. La scienza giuridica è mera tecnica finalizzata al raggiungimento di determinati scopi; a tale preoccupazione tecnicistica corrispondeva il rigetto della politica e anche la rinuncia alla storia, in un'ottica in cui non si può non sentire l'influsso della giurisprudenza degli interessi tedesca. In questa fase è rigettata anche qualsiasi ipotesi attualizzante del diritto romano e del dato storico in generale. Sarà il fondamentale insegnamento di Riccardo Orestano a ricomporre la frattura tra storia e dogma, fra diritto romano e scienza giuridica, riaffermando la storicità delle forme. Il saggio si chiude con l'analisi delle tendenze formalistiche, criticate per il tentativo (non nuovo) di esaurire il diritto nella legge e disconoscere la storicità.

Concludendo, si tratta di un libro estremamente denso ed interessante: l'aver posto l'accento sulla complessa dialettica tra storia e dommatica ha aiutato a mettere in chiaro quelli che

sono alcuni nodi fondamentali (almeno quelli metodologici) di mezzo secolo di cultura romanistica. Il saggio accenna solo qui e lì ai rapporti tra le varie correnti e la politica; si tocca il tema del presunto conservatorismo del ceto dei romanisti e quello del fascismo giuridico. Su tali argomenti molto si potrebbe dire. Si tratta evi-

dentemente solo di una suggestione, poiché un tema del genere meriterebbe uno studio apposito. Intanto Nardoza inizia a gettar luce su tutta una vicenda di estremo interesse e a lungo negletta dalla storiografia.

**Olindo De Napoli**

## Das A bis O der Regelung der Märkte\*

Dieses Buch ist laut Vorwort aus einer Lehrveranstaltung hervorgegangen, die der Verfasser für die Schwerpunktfächer Handels- und Gesellschaftsrecht, Unternehmens- und Steuerrecht sowie Arbeitsrecht und Recht der sozialen Sicherung an der Universität Bonn anbietet. Es ist in 16 – mit Großbuchstaben bezeichnete – Kapitel gegliedert, hinter denen sich 4 Hauptteile von sehr unterschiedlichem Umfang erkennen lassen. Zunächst (»A. Einleitung«) wird das Buch vorgestellt: Es will nicht Wissenschaftsgeschichte, sondern die Entwicklung rechtlicher Regeln und Institutionen darstellen; sein Gegenstand liegt weithin neben dem klassischen Privatrecht, ist aber wesentlich weiter, als der – erst im 20. Jahrhundert entstandene und nach wie vor wenig klare – Begriff des Wirtschaftsrechts suggeriert. Im Mittelpunkt steht die Zeit von 1800 bis 1970. Der zweite Teil präsentiert die Vorgeschichte. Kapitel B (»Bis zur Entstehung des freien Marktes«) schildert prägende Institutionen der vorliberalen Epoche: Märkte und Zölle, *iustum pretium* und Zinsverbot, die Entstehung der Geldwirtschaft, Zünfte und Gilden, die feudalistische Grundherrschaft, Merkantilismus und Kameralismus. Kapitel C (»Der Markt als Wirtschaftsprinzip: die *invisible hand* des Libe-

ralismus«) ist stärker ideengeschichtlich orientiert: Dargestellt wird die Entwicklung des Liberalismus in England (John Locke, Adam Smith), ihr Einfluss auf Kant und die Umsetzung der neuen Lehre vor allem in England und in den preußischen Reformen. Der Hauptteil des Werkes umfasst die Kapitel D bis M. In ihnen wird nach Rechtsgebieten getrennt; eigene Darstellungen sind gewidmet dem Handelsrecht, dem gewerblichen Rechtsschutz, dem Gesellschaftsrecht, dem Sozial- und Verwaltungsrecht, dem Kartellrecht, dem Steuerrecht, dem Arbeitsvertragsrecht, dem Tarifvertragsrecht und dem »Recht der betrieblichen Mitbestimmung«. Innerhalb dieser Kapitel wird nach Epochen (19. Jahrhundert, Kaiserreich, Weimarer Republik, Nationalsozialismus, Bundesrepublik) gegliedert; das geschieht nicht schematisch; durchweg werden die Besonderheiten der jeweiligen Materie berücksichtigt. Den Schlussteil bilden zwei wiederum rechtsgebietsübergreifende Abschnitte. Kapitel N (»Weltwirtschaftsrecht?«) thematisiert die sich verdichtenden Regelungsprobleme der grenzüberschreitenden Wirtschaftsbeziehungen; der Bogen spannt sich vom Freihandel des frühen 19. Jahrhunderts zur Gründung der EWG. Das abschließende Kapitel

\* MATHIAS SCHMOECKEL, Rechtsgeschichte der Wirtschaft seit dem 19. Jahrhundert. Unter Mitarbeit von Matthias Maetschke, Tübingen: Mohr Siebeck 2008, XVII, 486 S., ISBN 978-3-16-149587-8